

La nozione di “servizio pubblico” nelle ricostruzioni della giurisprudenza

di Piergiorgio Novaro

SOMMARIO: 1. Una nozione controversa. 2. Breve richiamo alla concezione storica dell’istituto. 3. Le più moderne concezioni; 3.1 Le ricostruzioni sul piano generale: l’impostazione oggettiva; 3.2. (segue). Delimitazioni nell’impostazione oggettiva; 3.3 Ulteriori ricostruzioni sul piano generale: l’impostazione che sottolinea la rilevanza del potere pubblico sul servizio pubblico. 4. Un settore emblematico per la ricostruzione della nozione di servizio pubblico: l’attività bancaria; 4.1 La disciplina prima delle riforme legislative degli anni ottanta; 4.2 La disciplina dopo le riforme legislative degli anni ottanta. 5. Il discrimine tra servizio pubblico e le attività strumentali ad esso. 6. Estensione della nozione di servizio pubblico: la questione delle attività rivolte alla generalità degli utenti ma fruite senza domanda individuale. 7. Il carattere “economico” o sociale” del servizio pubblico. 8 Il servizio di pubblica utilità. 9 Verso un superamento della nozione autonoma (e generale) di servizio pubblico?

1. Una nozione controversa.

Scopo di questa rassegna è mettere in rilievo, alla luce delle recenti pronunce, i riflessi giurisprudenziali della problematica e non ancora risolta questione della definizione e correlata identificazione del servizio pubblico.

Si procederà, perciò, ad evidenziare, *in primis*, le ripercussioni dell’annosa diatriba dottrinale circa l’inquadramento metodologico di una nozione, quella di servizio pubblico appunto, che non vanta alcun, seppur abbozzato o generale, tentativo di definizione legislativa. In particolare, si porrà l’accento sul recepimento in giurisprudenza dell’una o dell’altra posizione prese dalla dottrina in merito, vale a dire da quelle differenti impostazioni che, rispettivamente, muovono da un approccio di stampo oggettivistico ovvero soggettivistico.

Si passerà, quindi, *in secundis*, all’analisi di un settore particolarmente emblematico, quello creditizio, proprio per la peculiarità che di esso è propria, avendo subito un’evoluzione giurisprudenziale e, al contempo, legislativa, che ha contribuito a sancire in modo definitivo – caso quanto mai raro – l’esatta qualificazione dei servizi bancari. Grazie, infatti, ad un intervento del legislatore in merito, si è concluso il fruttuoso dibattito in argomento con una presa di posizione, come vedremo, oggi netta ed univoca.

Infine, dopo aver analizzato alcuni peculiari settori per discernere cosa è “servizio pubblico” e cosa, invece, è “servizio all’amministrazione pubblica” si volgerà lo sguardo al concetto di servizio di pubblica utilità, questo sì avente un riferimento legislativo diretto ed esteso, ancorché di carattere non definitivo.

Il metodo di ricerca di questo scritto si incentra volutamente sull’analisi della giurisprudenza, tralasciando la dottrina. La scelta è dovuta proprio al carattere estremamente controverso del te-

ma prescelto, riguardo al quale la dottrina non è ancora pervenuta ad una ricostruzione generalmente condivisa neppure sul piano maggioritario, registrandosi piuttosto una pluralità di visioni e letture. Pertanto, sembra interessante, almeno a livello di primo approccio, concentrare l'attenzione sulla giurisprudenza che – in assenza di definizioni legislative – delinea i caratteri del sistema e disegna i vari istituti giuridici con un risultato sostanziale “quasi legislativo”.

2. Breve richiamo alla concezione storica dell'istituto.

La prima e più risalente definizione di servizio pubblico, che ha riscosso un discreto successo in dottrina, rivendicava la natura di attività propria ed esclusiva della pubblica Amministrazione dello stesso. In questa originaria concezione di stampo puramente soggettivistico, infatti, servizio pubblico era ritenuto quell'attività, non autoritativa, svolta da un soggetto pubblico. Esso era, dunque, caratterizzato dalla preminenza del dato prettamente formale per cui la definizione dell'attività deriva dalla sua qualificazione nominalistica.

L'importanza di questa prima elaborazione è oggi pienamente rilevabile in sede di inquadramento cronologico e sistematico della materia, meno invece sotto il profilo propriamente pratico, essendo ormai da tempo abbandonata in giurisprudenza a favore di concezioni successive che dalla stessa hanno, indubbiamente, preso spunto sia per allontanarsi diametralmente, sia per superarla e, al contempo, rimodellarla alla luce di ulteriori riflessioni.

3. Le più moderne concezioni.

3.1 Le ricostruzioni sul piano generale: l'impostazione oggettiva.

Posta la non appagante concezione originaria di servizio pubblico, si è assistito alla ricerca di nuove ricostruzioni. Quella che si distacca maggiormente dalla concezione originaria è una ricostruzione ancorata a dati normativi che si rinvergono nel nostro testo costituzionale con una matrice che vuole essere prettamente oggettivistica. Siffatta linea ricostruttiva è nata ed è stata elaborata proprio per l'esigenza di disporre di una nozione di servizio pubblico non più ancorata semplicemente ad una qualificazione correlata alla natura del soggetto gestore, basata, pertanto, su dati formali e nominalistici; essa, invero, trae spunto da un'intuizione interpretativa (U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*), la quale intravede nel dettato dell'art. 43 Cost., una definizione velata, indiretta, *in nuce*, che apre il campo ad una riconsiderazione della materia in chiave antitetica rispetto alle conclusioni cui si era giunti in precedenza.

Una delle maggiori osservazioni tratte da tale corrente di pensiero era, appunto, che il fatto che la Carta costituzionale menzionasse la possibilità di riserva originaria ovvero di trasferimento per fini di utilità generale di << imprese o categorie di imprese, che si riferiscono a servizi pubblici essenziali >> costituirebbe un'implicita ammissione, da parte del Costituente, della possibile esistenza di servizi pubblici essenziali non soggetti a riserva originaria e che non siano ancora trasferiti in mano pubblica. In altri termini, l'art. 43 Cost., dal momento che riconosce come tali anche i servizi pubblici svolti da privati in un periodo di tempo precedente all'ipotetica riserva o trasferimento, sarebbe ancorato a dati puramente oggettivi.

Con taglio del tutto oggettivo, peraltro, questa nozione si identifica, sempre secondo tale opinione, con le imprese private che operano, pur in assenza di un conferimento esplicito da parte dell'Amministrazione; oltre a ciò, ai sensi dell'art. 41 Cost., il contenuto della definizione normativa si ravvisa nelle attività economiche indirizzate a fini di utilità generale tramite programmi e controlli.

Ora, nonostante le perplessità a lungo manifestate dalla dottrina e giurisprudenza circa la mancanza nel nostro ordinamento di una definizione legislativa esplicita di pubblico servizio, il perdurante silenzio del legislatore in argomento (se si eccettua una definizione di pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio rispettivamente agli artt. 357 e 358 c.p., che sono ben lungi dall'aver fornito una risposta univoca alle decine di interrogativi sollevati, e soprattutto avente rilevanza oltre il campo penalistico) ha acuito la problematica alla luce, anche, di interventi normativi che hanno lasciato, sostanzialmente, agli interpreti la definizione della questione.

Faccio riferimento, in particolare all'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 – Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'art. 11, comma 4° della l. 15 marzo 1997, n. 59 – , il quale, nell'introdurre, nel complesso, un criterio di riparto per materie nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, attribuisce alla cognizione di quest'ultimo << tutte le controversie in materia di pubblici servizi >> che si riferiscono, tra l'altro, ai rapporti << tra le amministrazioni pubbliche ed i gestori comunque denominati di pubblici servizi >>, nonché delle controversie in materia di vigilanza e controllo nei confronti di gestori di tali servizi .

La norma appena riportata trova fondamento in un parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato; l'Amministrazione referente, infatti, poneva l'accento, nella relazione, sulla indeterminatezza intrinseca della materia dei servizi pubblici. Oltre a ciò si osservava come, secondo il diritto comunitario, il concetto di servizio pubblico non si fondi sulla natura pubblica o privata del

soggetto gestore, come, peraltro, indirettamente confermato dalla serie di leggi speciali istitutive di autorità indipendenti.

Ebbene, proprio da siffatte considerazioni il Consiglio di Stato prende spunto per elaborare una definizione estensiva della nozione in esame. Ritengono, propriamente, i Giudici di Palazzo Spada che il legislatore delegante indicando la materia dei servizi pubblici senza il riferimento alla concessione o ai rapporti di concessione, contenuto nell'art. 5, comma 1°, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, paia indirizzarsi verso una nozione oggettiva di servizio pubblico.

Tale nozione, nella sua portata più ampia comprende tutte le attività svolte da qualsivoglia soggetto, riconducibili ad un ordinamento di settore, sottoposte cioè a controllo, vigilanza, o a mera autorizzazione da parte di una amministrazione pubblica (Cons. Stato, ad. gen., parere 12 marzo 1998, n. 80 in *Foro It.* 1998, III, 350 ss. Dello stesso orientamento sono le successive pronunce Cons. Stato, sez. IV, 29 novembre 2000, n. 6325 in *Giur. It.* 2001, 61; Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2001, n. 1514 in *Giur. It.* 2001, 1728; Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2004, n. 1547 in *Foro amm. CDS* 2004, 843; Cons. Stato, sez. V, 1 luglio 2005, n. 3672 in *Guida al dir.* 2005, 30, 99).

La riforma, così illustrata nel parere sopra riportato, si ispira, pertanto, alla c.d. teoria oggettiva, in base alla quale assume rilievo decisivo – in sede di individuazione delle attività sussumibili sotto la nozione di servizio pubblico – non già la possibilità di considerarle “di pertinenza” dell'Amministrazione pubblica, bensì il fatto di essere assoggettate ad una disciplina settoriale che assicuri costantemente il conseguimento dei fini sociali: questi ultimi, pertanto, lungi dal limitarsi a connotare sul versante meramente teleologico tale genere di attività, costituiscono la ragione della sottoposizione della stessa ad un regime giuridico tutto peculiare (Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6574 in *Giur. It.*, 2005, pag. 626).

Affinché si abbia servizio pubblico, pertanto, non è strettamente necessario uno specifico conferimento da parte della pubblica Amministrazione, essendo infatti sufficiente che l'attività sia indirizzata, in primo luogo, a fini di utilità generale e sia, in secondo, sottoposta a programmi e controlli.

Pertanto, i fattori distintivi del pubblico servizio sono, da un lato, la connotazione del servizio, sul piano finalistico, con l'idoneità a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti e, dall'altro, la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi.

Ebbene, per quanto riguarda il primo dei requisiti prima accennati, rappresentato dalla prestazione rivolta alla generalità degli utenti, più volte la giurisprudenza fedele a questo orientamento ha ribadito l'essenzialità dello stesso ai fini dell'esatta qualificazione di un'attività: centrale ai fini della nozione di servizio pubblico è il requisito della prestazione dell'attività alla generalità degli utenti (Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2001, n. 2605 in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.* 2002, 171. Ne-

gli stessi termini si pongono le sentenze T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 11 marzo 2004, n. 2841 in *www.dirittodeiservizipubblici.it*; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 2 marzo 2004, n. 1588 in *www.giustamm.it*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 29 novembre 2001, n. 5111 in *www.giustamm.it*; T.A.R. Marche, 12 gennaio 2001, n. 2 in *Ragiusan* 2001 206-7, 94).

Sulla base di tale ragionamento, pertanto, si giunge, ad esempio, ad escludere dal novero dei servizi pubblici il servizio di tesoreria consistente nel complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria dell'ente e al pagamento delle spese, alla custodia dei valori e titoli; ciò, dal momento che tali attività risultano espletate unicamente a favore dell'ente, sì da soddisfare le esigenze organizzative e gestionali di quest'ultimo e non quelle di una collettività di utenti, requisito questo necessario per definire un servizio come servizio pubblico (T.A.R. Campania, sez. I, 11 marzo 2004, n. 2841, in *Ragiusan*, 2005, 253, 176). Al contrario, proseguendo nel medesimo filone argomentativo si annette alla categoria il servizio di illuminazione delle strade comunali il carattere di servizio pubblico locale (Cons. Stato, sez. V, 16 dicembre 2004, n. 8090 in *Urb. & App.* 2005, 563).

Per altro verso, viene specificato che sono indifferentemente servizi pubblici quelli di cui i cittadini usufruiscano *uti singuli* ovvero come componenti la collettività (*uti universi*), purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali (Cons. Stato, sez. V, 16 dicembre 2004, n. 8090 in *Urb. & App.* 2005, 563). Ancora una volta, pertanto, viene ribadita l'importanza della finalità sociale, collettiva del servizio che lo distingue dalla semplice attività privata mossa da scopi particolaristici.

Si osserva inoltre come la nozione di "servizio pubblico" è ancorata all'elemento funzionale, cioè al soddisfacimento diretto dei bisogni di interesse generale e nella fase procedimentale genetica del rapporto di concessione di un servizio pubblico, durante la quale con proprie determinazioni unilaterali definisce modi di essere o vicende successive del rapporto stesso, l'Amministrazione, è titolare di un potere autoritativo (T.A.R. Puglia, sez. I, 9 marzo 2006, n. 800 in *www.iuritalia.it*. Nello stesso senso si esprimono Cons. Stato, sez. IV, 5 ottobre 2004, n. 6489 in *Foro it.* 2006, III, 216; T.A.R. Puglia, sez. II, 17 gennaio 2006, n. 137 in *www.iuritalia.it*).

Uno specifico requisito previsto è, peraltro, la presenza di controlli da parte della pubblica Amministrazione; si tratta, specificamente, della sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a norme di continuità, regolarità, capacità e qualità, cui non potrebbe essere assoggettata, invece, una comune attività economica (Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6574 in *Cons. Stato* 2004, I, 2107).

Tuttavia, talora non è parso sufficiente il mero dato della predeterminazione di generiche misure di controllo, vigilanza od autorizzazione da parte dell'Amministrazione; ciò che contraddistingue l'attività qualificabile come servizio pubblico è anche la necessità che la stessa sia espletata

in ossequio al principio di imparzialità: tale dovere di imparzialità si concreta in una serie di obblighi gravanti sul gestore del servizio pubblico, tra cui, non solo quello di svolgere l'attività con caratteri di continuità e regolarità, ma anche e soprattutto quello di non operare alcuna forma di favoritismo o discriminazione (Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303 in *Giust. Civ.* 2002, I, 2039. Del medesimo avviso T.A.R. Lombardia, Brescia, 27 giugno 2005, n. 673 in *www.giustamm.it*).

Né la determinazione di una tariffa può assurgere ad elemento identificativo di un servizio pubblico, in quanto l'essere o no subordinato al pagamento di un corrispettivo dipende dalle caratteristiche tecniche del servizio e della volontà "politica" dell'ente, ma non incide sulla sua qualifica di servizio pubblico. Si pensi, a titolo esemplificativo, a quanto stabilito con specifico riferimento ai servizi pubblici locali dall'art. 117 T.U.E.L., il quale precisa che la tariffa ne costituisce il corrispettivo ma non ne definisce il contenuto, determinato dalla possibilità concreta dell'ente di dividere sui singoli l'onere della gestione ed erogazione della prestazione (Cons. Stato, sez. V, 16 dicembre 2004, n. 8090 in *Urb. & App.* 2005, 563).

In altri casi, nondimeno, l'assenza della predisposizione di una tariffa può concorrere ad indicare la non pubblicità di un determinato servizio come nel caso, preso in esame dal T.A.R. Calabria, del servizio di noleggio di autobus con conducente. In tale fattispecie, infatti, non può essere ricondotta, a detta del Collegio, alla nozione legislativa di <<servizi pubblici di trasporto regionale e locale>>, di cui all'art. 1, comma 1°, d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, poiché tale servizio non opera in <<modo continuativo o periodico>>, né è connotato normalmente da <<itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite>> nel significato palesato dal senso letterale delle parole usate dal legislatore (T.A.R. Calabria, sez. II, 13 gennaio 2005, n. 4 in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Un ulteriore aspetto problematico è rappresentato dal carattere privato del soggetto che esercita il servizio. Esso, infatti, è del tutto anodino ai fini del concetto: la possibilità che il servizio sia gestito da un privato discende sia dalla descrizione normativa generale della fattispecie dei servizi pubblici in termini del tutto oggettivi e dall'abbandono della necessità di intervento di provvedimenti (<<attività e prestazioni di ogni genere >>); sia dalle esemplificazioni normative, che non danno mai rilievo all'aspetto del soggetto gestore (Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2001, n. 2605 in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.* 2002, 171. In senso conforme T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 28 ottobre 2003, n. 13141 in *Dir. & Formazione* 2004, 525).

3.2 (segue). *Delimitazioni nell'impostazione oggettiva.*

Secondo una recente pronuncia resa a Sezioni unite dalla Corte di Cassazione secondo la quale è opportuno delimitare la portata della nozione delineata nelle soprariportate pronunce del Consiglio di Stato. Se, infatti, è esatto sostenere che con l'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998 è stata re-

cepita la nozione c.d. oggettiva del servizio pubblico, proprio in considerazione del fatto che il servizio può essere svolto anche da soggetti privati, deve tuttavia escludersi che alla suddetta nozione possa essere attribuita una accezione così ampia da comprendere qualsiasi attività privata soggetta a controllo, vigilanza o autorizzazione della pubblica amministrazione. (Cass. Civ., sez. un., 1 dicembre 2000, n. 1241 in *Foro It.* 2001, I, 2580).

Si profila in questo modo un'accezione restrittiva del concetto che verrà successivamente rielaborata dalla suprema Corte in occasione di una serie di pronunce riguardanti, *inter alia*, regolamenti di giurisdizione nelle materie di cui all'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998.

L'orientamento espresso dal supremo Tribunale, invero, presenta punti di contatto, pur non aderendo *in toto*, con le conclusioni cui il Consiglio di Stato è giunto nelle sentenze soprariportate. In effetti, la Corte di Cassazione riconosce che con l'art. 33 in questione il legislatore ha optato, seppur non espressamente, per una concezione oggettiva del servizio pubblico; rifugge, tuttavia, un'accezione troppo ampia del concetto, in modo tale da venire ad elaborare una concezione, per così dire, restrittiva dello stesso.

In una fattispecie riguardante il rapporto di lavoro a tempo indeterminato di un medico convenzionato con una Asl, la Corte di Cassazione civile a Sezioni unite afferma che se è esatto che l'art. 33 del d.lgs. 80/98 ha recepito la nozione c.d. oggettiva di servizio pubblico, non deriva da ciò che sia definibile come servizio pubblico ogni attività privata soggetta a controllo, vigilanza o mera autorizzazione da parte di un'amministrazione pubblica, perché, così inteso, il servizio pubblico finirebbe per coincidere con ogni attività privata rilevante per il diritto amministrativo. Il servizio si qualifica come pubblico perché l'attività in cui esso consiste si indirizza istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare "direttamente" esigenze della collettività, requisito che non si verifica allorché l'attività stessa è destinata in via immediata a rifornire strutture che solo successivamente soddisfano esigenze della collettività (Cass. Civ., sez. un., 3 agosto 2000, n. 532 in *CD Rom Foro It.* 1987 - 2000).

Del medesimo avviso, ancora le Sezioni unite in una successiva sentenza nella quale, tuttavia si lancia un monito sui possibili rischi insiti nell'indebita estensione della nozione oggettiva proprio in considerazione del fatto che, secondo quest'ultima, il servizio pubblico può essere svolto anche da soggetti privati. Perciò, deve escludersi che alla suddetta nozione possa essere attribuita una accezione così ampia da comprendere qualsiasi attività privata soggetta a controllo, vigilanza o autorizzazione della pubblica Amministrazione.

Se ciò si ammettesse, si dovrebbe in pari tempo riconoscere che ogni attività privata che abbia una qualche rilevanza per il diritto amministrativo integri, di per sé, un pubblico servizio, il quale, viceversa, è solo quello che, istituzionalmente, è in via diretta indirizzato a soddisfare le esigenze

della collettività (Cass. Civ., sez. un., 1 dicembre 2000, n. 1241 in *Foro It.*, 2001, I, 2580; Nello stesso senso T.A.R. Sicilia, Catania, 27 ottobre 2004, n. 2985 in *www.giustamm.it*).

Ciò, naturalmente, nonostante il fatto che il giudice della legittimità delle leggi (Corte Cost., sentenza 6 luglio 2004 n. 204 in *Giur. Cost.* 2004, 4, 2524) abbia ritenuto che l'art. 33 del d.lgs. 80/98, come introdotto con l'art. 7 della l. 205/00, sia incostituzionale perché fa riferimento ad una materia – quella dei pubblici servizi – dai confini non compiutamente delimitati; in particolare, la Consulta focalizza l'attenzione sull'esistenza o meno di un atto di investitura, sia esso una concessione o simili, affinché si possa definire con certezza la materia.

Inoltre, soprattutto il richiamo a tutte le controversie ricadenti in tale settore rende evidente che la materia così individuata prescinde totalmente dalla natura delle situazioni soggettive coinvolte, radicando la giurisdizione esclusiva sul dato puramente oggettivo del normale coinvolgimento in tali controversie del generico pubblico interesse, e così travolgendo il necessario rapporto di specie a genere che l'art. 103 Cost. postula come ordinario discrimine tra le giurisdizioni, allorché contempla le materie devolvibili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo come particolari rispetto a quelle nelle quali la pubblica Amministrazione agisce comunque quale autorità (Cass. Civ., sez. un., 23 dicembre 2004, n. 23830 in *Foro It.* 2005, I, 2077).

È proprio con specifico riguardo al problema dell'individuazione del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nella materia dei servizi pubblici che si concentra il dibattito giurisprudenziale circa l'esatta definizione da assegnare ad un concetto, come più volte ribadito, dai contorni quanto mai sfuocati.

In particolare, la Corte di Cassazione prende atto della tendenza dell'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998 ad essere sottoposta in giurisprudenza ad una duplice interpretazione: in un primo senso, restrittivo, come volta a circoscrivere la cognizione del G.A. al novero delle controversie, anche di natura patrimoniale, direttamente, però, collegate all'espletamento del servizio. In un senso inverso, invece, come intesa ad attrarre (o a confermare l'attrazione) in quella giurisdizione delle controversie comunque connesse alla materia dei servizi pubblici, quale che sia la natura (anche, quindi, privata) dei soggetti cui ne sia in concreto affidata la gestione, con ciò riflettendo l'opzione del legislatore per una nozione del servizio pubblico in senso "oggettivo" ed "unificante", sul modello di riferimento del *service public* francese (Cass. Civ., sez. un., 30 marzo 2000, n. 30, in *Foro It.* 2000, I, 2210).

A conferma di ciò viene altrove riconosciuto che la nozione in oggetto trova un significativo modello in quella elaborata dall'ordinamento francese, al quale la più autorevole dottrina attinge per delineare i confini del nuovo sistema di riparto della giurisdizione introdotto col d.lgs n. 80 del 1998 e con la l. n. 205 del 2000. Nella tradizione giuridica francese, infatti, il *service public*, per essere

administratif e formare, quindi, oggetto della *pleine jurisdiction* del giudice amministrativo, deve essere soggetto ad una disciplina derogatoria del diritto comune, essendone esclusi quelli à *gestion prive* e quelli à *caractere industriel et commercial*, i quali sono devoluti alla giurisdizione ordinaria (Cass. civ., sez. un., 12 novembre 2001, n. 14032, in *Foro it.* 2002, I, 1842).

Diverso è invece il riferimento che il giudice amministrativo, fedele ad un'accezione estensiva – come osservato in precedenza – del concetto in analisi, fa della produzione giurisprudenziale d'oltralpe: si sostiene dal confronto dell'art. 33 del d.lgs. citato con le norme della relativa legge delega, appunto, che nell'ordinamento italiano, al concreto fine della determinazione del riparto delle giurisdizioni e <<sulla scorta del sistema francese>>, il legislatore delegante ha inteso la nozione di servizio pubblico in un senso potenzialmente tanto vasto, da consentire al legislatore delegato di potervi far rientrare tutto quanto attenga allo svolgimento dell'azione dell'Amministrazione, per ogni suo aspetto. Inoltre, si fa presente che il legislatore della l. 15 marzo 1997, n. 59 – Delega al governo per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa – col richiamo alla generica nozione di servizio pubblico, ha fatto riferimento non ad un concetto da contrapporre ad altre specifiche modalità di perseguimento degli interessi collettivi, ma ad ogni aspetto dell'attività amministrativa, senza poter distinguere gli atti dai comportamenti. Il legislatore utilizza alcuni termini a loro volta caratterizzati da una certa elasticità e, dunque, si rimette alla successiva interpretazione dei massimi consensi giurisprudenziali per la concreta delimitazione dei casi da essi disciplinati (Cons. Stato, ad. plen., ordinanza 30 marzo 2000, n. 1 in *Foro It* 2000, III, 368).

La Cassazione, del resto, non può fare a meno di riconoscere che né l'elemento letterale (di per sé neutro), né il dato sistematico (in questo caso non univoco, venendo in gioco le linee evolutive dello stesso "sistema" di riferimento), né il canone teleologico (per il carattere sostanzialmente aperto dell'obiettivo perseguito dal legislatore delegato del '98, in relazione anche alla struttura a maglie larghe, e in ragione comunque, di una non precisa formulazione, delle direttive contenute nella legge delega) risultano decisivi ai fini della operazione ermeneutica; potendo, anzi, dall'applicazione (variamente combinata) di tali criteri ricavarsi un supporto complessivamente bilanciato a ciascuna delle due, pur opposte, tesi interpretative formulate al riguardo delle disposizioni in esame.

Al punto che, alla stregua dei canoni ermeneutici di cui all'art. 12 delle preleggi, nessuna delle due soluzioni interpretative (quella così per dire pubblicistica e quella privatistica) risulta implausibile o decisamente meno plausibile dell'altra (Cass. Civ., sez. un., 30 marzo 2000, n. 30, in *Foro It.* 2000, I, 2210).

Tuttavia, emblematica della differente posizione interpretativa assunta dalla Cassazione è una sentenza resa a Sezioni unite nel 2000 con la quale si afferma che il servizio si qualifica come

“pubblico” perché l’attività in cui esso consiste si indirizza istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell’Amministrazione pubblica – che possono essere realizzati direttamente o indirettamente, attraverso l’attività dei privati –. Il servizio pubblico è, cioè, caratterizzato da un elemento funzionale – soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale – che non si rinviene nell’attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali (Cass. civ., sez. un., 30 marzo 2000, n. 71, in *Foro It.* 2000, I, 2211. In senso conforme Cass. civ., sez. un. 1 dicembre 2000, n. 1241 in *Foro it.* 2001, I, 2580).

A quanto detto va aggiunto, poi, che nonostante le opinioni espresse dalla Cassazione vadano ormai in questo senso, il Consiglio di Stato rimane fermo sulle sue posizioni anche nella produzione giurisprudenziale successiva. Per quest’ultimo, infatti si devono intendere per servizi pubblici non soltanto quelle prestazioni originariamente sottratte alla concorrenza perché riservate alle amministrazioni pubbliche e da queste rese alla collettività degli utenti direttamente o tramite concessionario con modalità comunque privilegiate anche se non sempre autoritative. Oltre a tali attività – ed ancorché privatizzate e quindi anch’esse rese in regime di concorrenza – oggetto della disciplina legislativa menzionata sono, infatti, anche le attività economiche naturalmente riservate ai privati, ma che, tuttavia, presentano profili di interesse generale che ne giustificano l’assoggettamento ad un disciplina settoriale, indipendentemente dalla qualificazione soggettiva dell’operatore che ne è l’esercente (Cons. Stato 10 ottobre 2005 n. 5467 in *Foro amm.* CDS 2005, 10, 3003).

Si è qui, indubbiamente, in presenza di una tenue ma decisa contrapposizione tra le opinioni espresse in merito dai massimi consessi giurisprudenziali. Da un lato, quindi, la Corte di Cassazione che esprime fermamente la propria propensione per un’accezione del concetto che sia restrittiva, temendo i rischi che un eccessivo allargamento della nozione di servizio pubblico possa implicare, mentre, dall’altro, il Consiglio di Stato che non sembra discostarsi da quella definizione estensiva, già fatta propria nel parere del 1998 di cui prima, la quale tende a riconoscere ad un’ampia gamma di attività la qualifica di servizio pubblico.

Accade, perciò, che in tempi recenti i Giudici di Palazzo Spada giungano a dilatare il requisito della sottoposizione del servizio ad obblighi e controlli da parte dell’Autorità – che abbiamo visto essere uno dei requisiti che qualificano una determinata attività come servizio pubblico – fino a ricomprendervi attività che sono state liberalizzate dal legislatore.

Si ritiene infatti che una normativa di liberalizzazione non è di per sé incompatibile con quella previgente di carattere generale che miri a salvaguardare la concorrenza e gli interessi dell’utenza. In altri termini, la *voluntas legis* di liberalizzare un settore: non può indurre a considerare abrogate per incompatibilità le norme finalizzate alla salvaguardia della dinamica concorrenzia-

le ma, al contrario, implica il potere-dovere dell'Autorità di disporre tutte le misure volte a favorire l'affermarsi di un mercato caratterizzato da una effettiva concorrenza, anche nell'interesse dell'utenza, non solo con azioni repressive *ex post*, ma anche imponendo comportamenti che *ex ante* possano rimuovere o prevenire effetti distorsivi (Cons. Stato, sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3352 in www.giustamm.it).

Da ciò discende, secondo quest'ultimo orientamento, che anche nei settori liberalizzati, caratterizzati da soggetti che operano secondo schemi di diritto privato, sia possibile individuare un servizio pubblico in linea con i dettami della teoria oggettiva.

3.3 Ulteriori ricostruzioni sul piano generale: l'impostazione che sottolinea la rilevanza del potere pubblico sul servizio al pubblico.

L'impostazione soggettivistica, invero, non implica assolutamente una gestione diretta ed esclusiva della pubblica Amministrazione; in altre parole, l'affidamento del servizio pubblico ad un privato è vicenda che non mette in crisi la nozione soggettiva, ma anzi è perfettamente compatibile con la medesima, posto che assume rilevanza l'imputabilità all'organizzazione pubblica complessiva, la titolarità del servizio, non la sua gestione. Non rileva, pertanto, il carattere pubblico o privato di chi espleta il servizio pubblico, ma l'esistenza di uno specifico vincolo tra il gestore e l'Amministrazione pubblica. La possibilità, quindi, che un soggetto privato espleti il servizio difficilmente non può essere assunto come argomento a favore della propensione del legislatore per una concezione di tipo oggettivo, poiché anche la concezione soggettiva, sia essa intesa nell'accezione più moderna, non nega affatto la possibilità di una gestione dell'attività da parte di privati.

Una moderna visione soggettiva del servizio pubblico rappresenta da un certo punto di vista, l'endiadi delle due posizioni precedenti. Si può, infatti, affermare che essa rappresenti un tentativo di sintesi e, contestuale, superamento degli elementi fondanti di entrambe.

In effetti, si privilegia ancora una volta, da un lato, la caratteristica della fruizione del servizio da parte della collettività, che già avevamo visto assumere notevole importanza nella concezione oggettiva. Si ribadisce, perciò, in tale ottica, che per essere considerato pubblico un servizio deve essere rivolto alla generalità dei cittadini, intesi, a seconda dei casi, *uti singuli* ovvero *uti universi*. Ed è proprio il rilievo che riveste la collettività costituisce, secondo i sostenitori di questa tesi una base di partenza per il riconoscimento della necessità e fondatezza dell'elemento soggettivo; è, infatti, compito primo dell'Amministrazione provvedere agli interessi di una collettività stanziata in un determinato territorio.

Seguendo tale ragionamento, quindi, nel momento in cui si accetta che l'attributo di pubblico ad un servizio si riconnette alla sua destinazione alla collettività, che sia votato cioè al perseguimento di fini che non siano particolaristici, non si può non riconoscere la centralità della riconducibilità, *lato sensu*, del servizio alla pubblica Amministrazione. Con ciò, si badi bene, si è ben lungi dall'affermare, attraverso un anacronistico ritorno al passato, che la pertinenza del servizio alla p.a. implichi necessariamente la natura pubblicistica del soggetto che espleta il servizio, come richiesto dalla primigenia concezione soggettiva di cui sopra.

Rilevano, per contro, le finalità pubblicistiche dell'attività che implicano una sussunzione della stessa nell'alveo dei compiti propri della pubblica Amministrazione. In altri termini, è sufficiente che l'Amministrazione si assuma la titolarità del singolo servizio, ossia riconosca l'appartenenza dell'interesse, alla base dello stesso, al novero di quelli di cui è latrice.

In questo senso, la nozione di servizio pubblico deve essere intesa come prestazione resa alla generalità, da parte di un soggetto, anche privato, che sia inserito nel sistema dei pubblici poteri o sia a questi collegato, e, che sia sottoposta ad un regime giuridico derogatorio dal diritto comune (Cass. civ., sez. un., 12 novembre 2001, n. 14032, in *Foro it.* 2002, I, 1842) Con questi accenti definitori si rielabora un concetto che era già stato espresso dalle stesse Sezioni Unite, le quali aggiungevano che il servizio pubblico si qualifica come tale perché l'attività in cui esso consiste si indirizza istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'Amministrazione pubblica, che possono essere realizzati direttamente o indirettamente attraverso l'attività di privati. Il servizio pubblico è, cioè, caratterizzato, secondo l'opinione espressa in questa circostanza dal supremo Tribunale, da un elemento funzionale (soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale) che non si rinviene nell'attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali (Cass. civ., sez. un., 30 marzo 2000, n. 71, in *Foro It.* 2000, I, 2211).

Allo stesso modo, si assiste, all'interno della produzione giurisprudenziale di legittimità, ad una diffusione crescente delle pronunce che sposano questa nuova teoria. Sintomatiche di questa apertura dei giudici amministrativi sono soprattutto una serie di pronunce dei Tribunali di prima istanza che appaiono più propensi rispetto ai Giudici di Palazzo Spada.

Si è fatta strada, infatti, la convinzione che dato fondamentale nella materia dei servizi pubblici, quand'anche siano locali, è la scelta politico-amministrativa dell'ente (locale) di assumere il servizio pubblico, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della collettività. La qualificazione di servizio pubblico locale va limitata, infatti, alle attività caratterizzate, sotto il profilo oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile scelti in base ad opzioni di carattere meramente politico per ciò che concerne la destinazione delle risorse economi-

che disponibili e all'ambito di intervento; sotto il profilo oggettivo, invece, peculiarità di un servizio così denominato è la riconduzione diretta o indiretta ad una figura soggettiva di rilievo pubblico. (T.A.R. Liguria, sez. II, 28 aprile 2005, n. 527, in *Foro amm. T.A.R.* 2002, 2996). È stato, poi, specificamente osservato che il servizio si qualifica come "pubblico" perché l'attività in cui esso consiste si indirizza istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'Amministrazione pubblica (T.A.R. Basilicata, Potenza, 4 settembre 2002, n. 598 in *Foro amm. TAR* 2002, 2996; in egual modo si esprime il T.A.R. Lazio, sez. III, 20 gennaio 2004, n. 473 in *www.dirittodeiservizipubblici.it*).

Degna di particolare nota risulta essere, oltre a ciò, l'individuazione, compiuta dai Giudici del T.A.R. di uno speciale rapporto che lega l'Amministrazione concedente ed il concessionario del servizio; con l'espressione "servizio pubblico", per l'appunto, deve intendersi il servizio di cui la legge riconosce l'utilità sociale reso da enti pubblici o da privati concessionari o comunque gestori autorizzati nei confronti della collettività indistinta o comunque di una certa massa di utenti: quindi, nel caso in cui non sia una pubblica Amministrazione la diretta erogatrice, vi deve essere un rapporto trilaterale tra la P.A. che pone le regole o che affida il servizio, il soggetto che lo gestisce ed infine gli utenti (T.A.R. Veneto, sez. I, 16 maggio 2005, n. 2025 in *www.giustamm.it*; in senso conforme T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2005, n. 3397 in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Liguria 22 aprile 2005, n. 484 in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Liguria, sez. II, 19 marzo 2005, n. 362 in *Foro amm. TAR* 2005, 3, 669; T.A.R. Liguria, sez. II, 31 marzo 2004, n. 312 in *www.dirittodeiservizipubblici.it*).

Ragionamento questo, che prende le mosse da una pronuncia del Consiglio di Stato in cui il Collegio prende atto della sempre maggiore diffusione di titoli (anche convenzionali) alternativi al modulo concessorio per quanto riguarda l'affidamento del servizio a terzi; pertanto per differenziare l'appalto di servizi dalla concessione si evidenzia che il primo riguarda prestazioni rese in favore dell'Amministrazione, laddove il secondo riguarda sempre << un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'Amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio>>. Naturalmente, date queste premesse, discende che nel caso trattato dal Collegio, ma con determinazioni aventi portata generale, la valorizzazione dell'elemento organizzativo ed istituzionale compiuta dal legislatore conferma la sostanziale ampiezza del concetto di servizio pubblico locale, che non preesiste alla decisione di assunzione dell'ente locale, ma viene definito dall'Amministrazione territoriale, nel quadro della propria autonomia, in relazione agli obiettivi, di valenza politica, preordinati allo sviluppo sociale ed economico della collettività (Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294 in *Foro It.* 2003, III, 327; nonché Cons. Stato, sez. VI, 7 agosto 2002, n. 4152 in *www.iuritalia.it*; Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2002, n. 4012 in *Riv. It. Dir. Pubb. Comunit.* 2002, 1421).

Ciò, ad esempio, induce ad affermare che il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti urbani, è riconducibile senz'altro alla figura dell'affidamento di un servizio pubblico: le prestazioni richieste al privato "appaltatore" sono rivolte non già a vantaggio dell'amministrazione, ma riguardano, in modo generalizzato, le collettività locali rappresentate dai due Comuni (Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294 in *Foro It.* 2003, III, 327).

In realtà, quest'ultimo organo giurisdizionale appare meno propenso a riformulare il concetto di servizio pubblico alla luce di quanto emerso, tuttavia, si è visto non mancano pronunce che si sono schierate per quest'ordine d'idee; ciò che contraddistingue, infatti, l'attività qualificabile come servizio pubblico è la necessità, ormai ricavabile da precisi riferimenti normativi, che la stessa sia espletata in ossequio al principio di imparzialità: non senza obiettare, a quest'ultimo riguardo, che siffatto principio è destinato ad assumere una particolare conformazione quando l'attività, anziché presentare i caratteri della funzione pubblica, consiste, per l'appunto, nella prestazione di servizi.

Un principio questo di matrice costituzionale che informa l'attività della pubblica amministrazione e di conseguenza l'espletamento del servizio, dal momento che la titolarità dello stesso è riconducibile in capo alla p.a.

L'imparzialità si concretizza, quindi, nella previsione di una puntuale serie di obblighi gravanti, naturalmente, sul gestore del pubblico servizio tra i quali si annoverano, non solo quello di svolgere l'attività con caratteri di continuità e regolarità, ma anche e soprattutto quello di non operare alcuna forma di favoritismo o discriminazione, ammettendo alle prestazioni cui il servizio stesso è preordinato, tutti coloro che vi hanno titolo, nel rispetto, peraltro, del principio di uguaglianza dei diritti dell'utenza (Cons. Stato, sez. V, 7 agosto 2002, n. 4152 *Foro amm.* 2003, 246).

Si ribadisce, in tal modo, che caratteristica essenziale di un'attività qualificabile come servizio pubblico debba essere la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali, in specie, quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a norme di continuità, regolarità, capacità e qualità, cui non potrebbe essere assoggettata, invece, una comune attività economica (*ibidem*).

In particolare il Consiglio di Stato torna a sottolineare l'importanza dell'ultima caratteristica esaminata nell'individuare un pubblico servizio in una fattispecie riguardante, nello specifico un servizio di segnaletica all'interno di un'area industriale appartenente ad un consorzio pubblico. In questo caso, il Collegio ritiene che si tratti di un servizio che è istituzionalmente indirizzato al soddisfacimento dei bisogni della generalità delle imprese e del pubblico che accede all'area industriale e il cui svolgimento assume i caratteri della doverosità e deve conformarsi ad obblighi di continuità e regolarità, estranei ad una comune attività economica (Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6368 in *Foro amm. CDS* 2005, 11, 3380).

Proseguendo, è bene rilevare che in alcuni casi, a prescindere dall'individuazione di una serie di criteri sintomatici della pubblicità del servizio, che si possa applicare in via generale ad una pluralità di fattispecie, la giurisprudenza rinviene, in specifiche norme settoriali, delle adesioni, operate dal legislatore e valide esclusivamente per quella materia, ad un'accezione soggettiva della nozione.

Per ciò stesso, essa pone come elemento fondante del servizio, che esso sia riservato ai Comuni; come risulta dalla letterale espressione usata dall'art. 1 del d.p.r. 10 settembre 1982, n. 915 – Attuazione delle direttive CEE numero 75/442 relativa ai rifiuti, numero 76/403 relativa allo smaltimento dei policlorodifenili e dei policlorotrifenili e numero 78/319 relativa ai rifiuti tossici e nocivi –, sottolinea infatti la Cassazione, solo il servizio di smaltimento dei rifiuti urbani, evidentemente in quanto obbligatoriamente riservato ai Comuni in privativa, viene espressamente definito “servizio pubblico”, senza che, ovviamente, tale natura possa attribuirsi anche all'attività di smaltimento dei rifiuti speciali nell'ipotesi, verificatasi nel caso in esame, in cui tali rifiuti siano dai produttori conferiti ai soggetti esercenti il servizio relativo ai rifiuti urbani.

Il testuale dato normativo evidenzia che il legislatore ha seguito, in *subiecta materia*, la concezione cd. soggettiva di servizio pubblico avendo espressamente valorizzato, per definire pubblico solo il servizio di smaltimento dei rifiuti urbani, il fatto che esso sia riservato in privativa ai Comuni (Cass. civ., sez. un., 27 novembre 2002, n. 16831 in *Giust. Civ.* 2003, I, 1249).

Un altro settore sottoposto ad una disciplina peculiare, ma dal quale si posso ricavare spunti per una definizione generale dell'istituto, riguarda, poi, le farmacie. Il Consiglio di Stato, a tal proposito, in adunanza plenaria, ha infatti ribadito, data la delicatezza delle posizioni soggettive in gioco, che il rapporto tra il titolare di una farmacia e il servizio sanitario nazionale, che si caratterizza per gli ampi poteri di vigilanza e di autotutela dell'Amministrazione, comporta la sussistenza di specifici obblighi che derivano da leggi e regolamenti; inoltre, tale rapporto impone all'Amministrazione di corrispondere le somme dovute, per l'erogazione dei farmaci agli utenti, solo a seguito del rispetto della normativa di settore.

Pertanto le farmacie, anche quelle di cui sono titolari i soggetti privati, fanno parte del S.S.N.; esse svolgono un servizio pubblico in senso tecnico, quello sanitario, sulla base di regole pubblicistiche che costituiscono attuazione dell'art. 32 Cost. e riguardano ogni aspetto della loro attività (Cons. Stato, ad. plen., ordinanza 30 marzo 2000, n. 1 in *Foro It* 2000, III, 368).

Lo stesso dicasi, del resto, per la liquidazione, l'accertamento e la riscossione dei tributi locali che costituiscono anch'esse attività di servizio pubblico, la cui regolamentazione rinviene nella distinta ed autonoma normativa settoriale ad essi dedicata. Tale normativa prevede forme di affidamento e di gestione analoghe a quelle dei servizi pubblici locali (art. 52 del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446)

e rinvia alle relative prescrizioni (come l'art. 22 della l. 12 giugno 1990, n. 142) legislative ed, implicitamente, anche quelle regolamentari di attuazione (Cons. Stato, sez. V, 1 luglio 2005, n. 3672 in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.* 2005, 5, 1452).

Si tratta, quindi, in questi casi, di una opzione legislativa *ad hoc* nei confronti dell'accezione soggettiva della nozione di servizio pubblico che non genera contraddizione in termini, neppure qualora si protenda verso l'opposta visione con riferimento alla generalità dei casi.

Da questa ultima serie di sentenze e dall'analisi di quanto avvenuto nello specifico settore dei servizi bancari, di cui al prossimo paragrafo, infatti, un unico dato appare incontrovertibile: al di là delle fumose categorie generali, solo una precisa scelta del legislatore nei singoli settori può stabilire se si è in presenza di un servizio pubblico o meno.

4. Un settore emblematico per la ricostruzione della nozione di servizio pubblico: l'attività bancaria.

I servizi bancari rappresentano un'attività emblematica per comprendere come una determinata indicazione normativa di regime giuridico possa essere rilevante per determinare se ci si trova di fronte o meno ad un servizio pubblico.

La qualificazione dell'attività bancaria in termini di servizio pubblico ha dato adito in passato ad un'accesa diatriba che valicava il profilo giuridico prettamente amministrativo, per influire sull'identificazione del dipendente di un istituto bancario come incaricato di pubblico servizio ai sensi della legge penale. Tema questo di non poco conto, se si considera l'aggravio, che suddetta qualifica comporta in termini di responsabilità penale in determinate fattispecie in materia di reati economici e non solo. La commistione tra l'aspetto amministrativo e penale, in questa specifica materia, è profonda a tal punto da renderli inscindibili; motivo per cui della spinosa questione si è occupata prevalentemente la Corte di Cassazione penale.

Occorre precisare, a tal proposito, che la materia è stata oggetto di un'innovazione legislativa, contenuta nel d.p.r. 27 giugno 1985, n. 350 – attuazione della direttiva in data 12 dicembre 1977, del Consiglio delle Comunità Europee n. 77/780 in materia creditizia, in applicazione della legge 5 marzo 1985, n. 74 –, la quale ha prodotto un profondo cambiamento dell'orientamento giurisprudenziale grazie ad una chiara ed esplicita presa di posizione del legislatore.

4.1 La disciplina prima delle riforme legislative degli anni ottanta.

Si riteneva, in generale, prima dell'intervento normativo citato, che ogni attività bancaria, essendo volta alla raccolta del risparmio e all'esercizio del credito, fosse contrassegnata da un interesse pubblico immanente in virtù del quale essa era inserita in un'organizzazione unitaria del rela-

tivo settore economico, costituita, regolata, diretta e controllata da pubblici poteri anche per la realizzazione di pubbliche finalità e pertanto essa acquistava la qualità di servizio pubblico in senso oggettivo, valevole, ai sensi dell'art. 358 comma 2° c.p., per la considerazione dei soggetti legittimati a compierla come incaricati di servizio pubblico.

Ciò portava, pertanto, a considerare l'attività bancaria, fosse essa esercitata da imprese private ovvero da istituti pubblici, come inquadrata nello schema del servizio pubblico in senso oggettivo (Cass. pen., sez. un., 10 ottobre 1981, *Carfi* in *Cass. pen.* 1982, 32; Cass. pen., sez. VI, 13 novembre 1985, *Ercolano* in *Cass. pen.* 1987, 1530; Cass. pen., sez. VI, 3 giugno 1980, *Suitieri* in *Foro It.* 1981, II, 108).

In particolare, in vigenza della l. 7 marzo 1938 n. 141, per l'ordinamento, l'attività bancaria la raccolta del risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito erano funzioni di interesse pubblico, le quali erano esercitate da istituti di credito di diritto pubblico, da banche di interesse nazionale, da casse di risparmio, nonché da imprese private a tal fine autorizzate; inoltre, ad ulteriore riprova si aggiungeva che tutte le aziende che esercitavano l'attività di raccolta del risparmio e l'esercizio del credito erano sottoposte al controllo della Banca d'Italia; perciò, non poteva disconoscersi all'impiegato di un istituto, compreso fra gli istituti di credito di diritto pubblico, qualità di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio a seconda dell'attività esercitata (Cass. pen., sez. VI, 3 giugno 1980, *Suitieri* in *Foro It.* 1981, II, 108).

Allo stesso modo l'impiegato di una banca privata possedeva la qualità di incaricato di pubblico servizio; tale connotazione pubblicistica, infatti, permaneva anche se l'attività bancaria fosse stata svolta da imprese private autorizzate e pure se le operazioni economiche compiute dagli amministratori e funzionari di banca, fossero state strumentalmente realizzate in regime di diritto privato (Cass. pen., sez. VI, 27 gennaio 1984, *Parmiggiani* in *Giust. Pen.* 1986, II, 632).

Infine, allo scopo di avvallare l'opinione che negava l'accoglimento della totale "privatizzazione" dell'attività bancaria, la Cassazione faceva leva su di un aggiuntivo argomento che si operava una distinzione tra il rapporto "interno" del dipendente con l'istituto ed, invece, il rapporto "esterno" di quest'ultimo con gli utenti del servizio. Specificamente, la considerazione del dipendente bancario sotto il profilo del suo rapporto "interno" con l'istituto per cui lavora e della correlativa natura privatistica del vincolo, non toglie la necessità di distinguere il suo rapporto "esterno" con gli utenti del servizio che ha connotazione pienamente pubblicistica (Cass. pen., sez. VI, 28 settembre 1984, *Bagnoli* in *Giur. It.* 1985, II, 312).

4.2 La disciplina dopo le riforme legislative degli anni ottanta.

La produzione giurisprudenziale fin qui esaminata, che aveva formato, senza dubbio, un orientamento quanto mai consolidato, viene smentita nel 1985 dal potere legislativo.

L'art. 1 del d.p.r. 27 giugno 1985, n. 350, stabilisce infatti al comma 1° che «< L'attività di raccolta del risparmio fra il pubblico, sotto ogni forma, e di esercizio del credito ha carattere d'impresa, indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli enti che la esercitano >>».

La nuova normativa, pertanto, ha disciplinato l'accesso all'attività bancaria in modo tale da evidenziare la volontà legislativa di considerare tale attività, da chiunque intrapresa, come esercizio di impresa privata, soggetta a controlli e limiti, ma non tali da qualificarla diversamente (così come avviene per altre attività tipicamente private gestite in regime di libera concorrenza). La circostanza che l'attività bancaria sia svolta da enti con personalità di diritto pubblico, in concorrenza con soggetti di diritto privato, non permette di farne derivare una diversa considerazione dell'attività da essi svolta sotto il profilo oggettivo, sia perché la qualità del soggetto che esercita una attività non giova a mutarne la natura, sia per la necessaria unitarietà della disciplina, anche sotto l'aspetto penalistico (Cass. pen., sez. I, 24 ottobre 1988, *Corazza* in *Giust. Pen.* 1989, II, 354. Nello stesso senso si esprimono Cass. pen., sez. VI, 16 gennaio 1991, n. 396 in *Giust. Pen.* 1991, II, 400; Cass. pen., sez. un., 28 febbraio 1989, *Vita e altri* in *Giust. Pen.* 1990, II, 193; Cass. pen., sez. VI, 28 giugno 1988, *Centa Martin* in *Cass. pen.* 1989, 328).

L'attività in questione non è, in conseguenza di ciò, soggetta a controlli penetranti a tal punto da essere compresi nella nozione di servizio pubblico.

L'esercizio dei pubblici poteri di disciplina, coordinamento e controllo nel settore del credito, di cui all'art. 47 Cost., è coerente con gli interventi pubblici previsti dall'art. 41 Cost. sull'attività economica affinché questa sia indirizzata e coordinata ai fini sociali, analogamente a quanto avviene per altre attività economiche in cui la natura privatistica è universalmente riconosciuta. Ciò in considerazione del fatto che in virtù della l. 5 marzo 1985, n. 74 e del d.p.r. 27 giugno 1985, n. 350, ad un'ampia discrezionalità riservata alla Banca d'Italia nel momento genetico dell'attività creditizia, si è sostituito un atto dovuto, subordinato solo alla verifica delle condizioni soggettive ed oggettive normativamente predeterminate (Cass. pen., sez. un., 16 luglio 1987, n. 8432 in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.* 1987, 695).

Seguendo questo schema, la Corte Costituzionale, investita della questione, conferma che non deve fuorviare, in questo caso, la sopravvivenza di direttive, controlli e obblighi che tuttora permangono nei confronti di ogni ente creditizio, perché essi non sono diversi da quelli previsti - anche in forme più penetranti - per altre attività economiche, la cui natura privatistica è universalmente riconosciuta. Questa ingerenza dei pubblici poteri nelle attività economiche di imprese private trova, invero,

legittimazione nell'art. 41 Cost., senza che ciò tuttavia ne adulteri la natura (Corte Cost. 10 – 17 marzo 1988, n. 309 in *Giur. Cost.* 1988, I, 1289).

A tal proposito interviene anche il Consiglio di Stato secondo il quale all'attività bancaria deve riconoscersi natura imprenditoriale privata in base alla corretta rilettura dei principi anche costituzionali di governo del settore creditizio, con l'abbandono del riferimento all'art. 43 Cost. e l'inquadramento della disciplina bancaria nell'ambito degli artt. 41 e 47 Cost., nonché con l'interpretazione funzionale dell'art. 1 legge bancaria (Cons. Stato, sez. IV, 14 settembre 1988, n. 741 in *Cons. Stato* 1988, I, 1063. Dello stesso avviso T.A.R. Basilicata, 24 maggio 1985, n. 92 in *Giust. Civ.* 1986, I, 2051 il quale aggiunge che all'attività bancaria è da ritenere connaturata la qualifica di attività privata, socialmente rilevante, ma pur sempre privata).

È utile, inoltre, sottolineare come sia tuttora, a maggior ragione data la lettera del testo normativo, irrilevante ai fini dell'esatta qualificazione dell'attività dell'istituto di credito, la natura soggettiva dello stesso. Di recente, infatti, è stato ribadito dal supremo Tribunale che l'attività bancaria svolta dagli enti creditizi, siano essi pubblici o privati, ha natura privatistica, come confermato dalla riforma introdotta con la l. 26 aprile 1990, n. 86, che – legittimando la concezione “funzionale-oggettiva”, sottolineata anche dall'art. 135 della vigente legge bancaria – richiede, per la configurazione di un'attività pubblicistica, l'assoggettamento della stessa a norme di diritto pubblico ed atti autoritativi (Cass. pen., sez. VI, 19 gennaio 2000, n. 708 in *www.iuritalia.it*. In senso conforme Cass. pen., sez. VI, 26 novembre 1987, *Giorgetto* in *Giust. Pen.* 1989, II, 146; Cass. pen., sez. II, 29 settembre 1987, *Gai* in *Cass. Pen.* 1989, 385).

La questione della rilevanza pubblicistica o meno dell'attività bancaria è, pertanto, risolta; ciò nondimeno non si nega in assoluto che alcune specifiche operazioni svolte dagli istituti di credito conservino rilievo pubblicistico. È questo il caso, nello specifico, dei crediti speciali o agevolati, cui la Cassazione mantiene, in sintonia con il previgente orientamento, la qualificazione di servizio pubblico. Ritengono, infatti, i supremi Giudici che è di natura pubblica l'attività bancaria relativa ai crediti speciali o agevolati, e in genere a tutti i crediti di scopo legale, e rispetto a questa attività è pertanto applicabile lo statuto penale della p.a. (Cass. pen., sez. un., 28 febbraio 1989, *Cresti* in *Cass. pen.* 1989, 1711; conforme Cass. pen., sez. un., 23 maggio 1987, *Tuzet*, in *Foro it.* 1987, II, 481).

Per di più, rimangono sottoposte al diritto pubblico le attività degli enti creditizi pubblici che esulano dalla gestione economica, come quella che concerne la costituzione e l'estinzione dell'ente, il funzionamento dei suoi organi statutari e, in particolare per quanto si riferisce alle Casse di Risparmio, l'amministrazione e la destinazione degli utili a finalità di beneficenza, assistenza e pubblica utilità.

Qui effettivamente si rivela l'attività amministrativa come "funzione", nel suo originario significato di *deputatio ad finem*, e qui riaffiora, perciò, a causa dell'esercizio di un'attività tendente alla realizzazione dei fini pubblicistici della pubblica Amministrazione (Corte Cost. 10 – 17 marzo 1988, n. 309 *cit.*).

In conclusione dato l'attuale assetto normativo, successivo all'entrata in vigore della l. 5 marzo 1985, n. 74 e del d.p.r. 27 giugno 1985, n. 350, si ha servizio pubblico negli enti di credito pubblici, solo quando svolgano attività riguardanti la vita dell'ente (costituzione, estinzione, funzionamento degli organi statutari) ovvero i suoi compiti tipicamente pubblicistici (in campo monetario, valutario, finanziario, etc.), mentre resta esclusa da tale qualificazione ogni attività di gestione economica (Cass. pen., sez. VI, 22 dicembre 1988, *Calmieri*).

5. Il discrimine tra servizio pubblico e attività strumentali ad esso.

Nella rassegna sulla ricostruzione giurisprudenziale della nozione di servizio pubblico merita attenzione il modo in cui vengono considerate le attività a monte del servizio pubblico, e cioè le attività strumentali all'esercizio del servizio pubblico e senza le quali lo stesso non può concretizzarsi appieno; più in particolare, tali attività non si rivolgono direttamente alla collettività cui il servizio è indirizzato, ma piuttosto al gestore stesso. Sono, in sintesi, attività con rilevanza meramente interna, dei cui effetti, cioè, non beneficia direttamente il pubblico.

L'importanza di siffatta qualificazione si è imposta di nuovo all'attenzione degli operatori giuridici con l'entrata in vigore della l. 4 agosto 2006, n. 248 di conversione del d.l. 4 luglio 2006, n. 223. recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto dell'evasione fiscale.

L'art. 13 della legge citata, in particolare vieta, ai fini di non alterare le regole della concorrenza, a società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate per la produzione di beni e servizi "strumentali" all'attività di tali enti, con esclusione dei "servizi pubblici locali" di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti né con affidamento diretto né con gara. Si capisce, quindi, come risulti di estrema rilevanza individuare un confine netto tra quelli che possono qualificarsi come servizi pubblici e quelle attività che, invece, sono strumentali agli stessi.

Le due differenti attività sono state oggetto di pronunce giurisprudenziali anche nel passato. La giurisprudenza non manca, peraltro, di chiarire che la materia dei pubblici servizi, con riferimento all'art. 33 del d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80, concerne le prestazioni erogate dal gestore del servizio al pubblico degli utenti, e non comprende invece le prestazioni effettuate a favore del gestore per consentirgli l'organizzazione del servizio. Detta materia, vale a dire, comprende i rapporti che si in-

staurano tra il gestore del servizio e gli utenti in favore dei quali le prestazioni del servizio vengono effettuate, ma non può ampliarsi sino ad includere l'attività strumentale al servizio pubblico consistente nell'acquisizione dei beni e dei servizi necessari per l'espletamento del servizio pubblico (Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2002, n. 10726 in *D & G Dir. e Giust.* 2002, 33, 30). Dello stesso avviso la giurisprudenza amministrativa che estende il concetto di attività strumentali a tutte quelle che risultino essere estranee alla diretta finalizzazione del servizio al pubblico (Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2003, n. 3346 in *Foro amm. CDS* 2003, 3020; conformemente si esprimono Cons. Stato, sez. IV, 5 ottobre 2004, n. 6489 in *Foro amm. CDS* 2004, 2806; T.A.R. Lazio, sez. III, 3 febbraio 2004, n. 977 in *Ragiusan* 2004, 245/6, 128; T.A.R. Lazio, sez. I bis, 6 novembre 2002, n. 9725 in *Dir. & Formazione* 2002, 1747).

Seguendo, precisamente, siffatte direttive, ad esempio, il Consiglio di Stato giunge ad escludere dalla nozione di servizio pubblico locale le attività di realizzazione di opere pubbliche su beni appartenenti alla Provincia in termini di manutenzione, rifacimento e modernizzazione, sull'assunto che tale nozione raggruppa le prestazioni volte a soddisfare in via diretta gli interessi della collettività locale che per usufruirne paga un corrispettivo. Esse, piuttosto, sono attività rivolte in favore dell'ente che esulano dall'ambito di operatività della normativa che consente l'attribuzione diretta dei servizi a società miste il cui partner privato sia individuato, per costante giurisprudenza, mediante procedura di gara (Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2004, n. 1547 in *Foro amm. CDS* 2004, 843).

Questo è anche il caso dell'attività di fornitura all'Amministrazione della difesa di quei beni necessari allo svolgimento dei compiti istituzionali della stessa. Ebbene, al fine di evitare una dilatazione eccessiva della nozione in oggetto fino a ricomprendere l'espletamento di ogni funzione pubblica indirizzata al perseguimento ed alla cura di interessi di carattere generale nonché le attività ad esse strumentali, si conclude che l'esercizio delle attribuzioni in materia di difesa costituiscono invero una funzione essenziale ed ineludibile dello Stato per la conservazione dello stesso ordinamento, la salvaguardia della società civile ed il mantenimento dell'integrità del territorio nazionale e non sono, pertanto, riconducibili nella nozione di "pubblico servizio" (T.A.R. Lazio, sez. I bis, 6 novembre 2002, n. 9725 in *Dir. & Formazione* 2002, 1747).

6. Estensione della nozione di servizio pubblico: la questione delle attività rivolte alla generalità degli utenti ma fruite senza domanda individuale.

Una trattazione separata, perché esemplificativa della labilità ed indeterminatezza della materia, meritano quelle attività di servizio che, pure se fruite dalla generalità degli utenti (*rectius* cittadini), non sono oggetto di domanda individuale tesa ad ottenere la specifica prestazione. esempli-

ficativamente, si può citare il “verde pubblico” così come il riscaldamento degli edifici o impianti comunali a fruizione collettiva (per l’attività sportive, ricreative e consimili).

Particolare attenzione, nella casistica giurisprudenziale, è stata data allo specifico servizio di riscaldamento di immobili appartenenti ad un ente pubblico. Da una serie di sentenze sull’argomento si evince, infatti, l’apparente impossibilità di risolvere in termini astratti la questione e la necessità, ancora una volta, da parte del giudice di esaminare le peculiarità della singola fattispecie.

In particolare, proprio il criterio che valorizza le finalità di utilità generale, cui accennavamo poc’anzi, ha operato da *discrimen* in una serie di pronunce tra semplice attività imprenditoriale e servizio pubblico in ordine ad una stessa attività. Così il servizio di riscaldamento di proprietà immobiliari comunali viene definito servizio pubblico, in quanto attività di gestione, dal momento che l’utenza del servizio in questione non va individuata, restrittivamente, nei dipendenti comunali, bensì nel pubblico che si reca agli uffici (Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345 in *Foro amm. CDS* 2005, 12, 3667 e sez. V, 26 maggio 2001, n. 2605 in *Riv. It. Dir. pubb. Comunit.* 2002, 171).

Per contro, in altre occasioni, i Giudici del Consiglio di Stato ritengono che la medesima fattispecie, cioè la gestione del c.d. “servizio calore”, così come denominato dal Collegio, non possa annoverarsi nella nozione di “pubblico servizio”, non solo per le modalità (pura attività economica, erogazione non “del” Comune ma “al” Comune, rilevanza della manutenzione ecc.) ma soprattutto perché mancano quelle connotazioni “sociali” che giustificano l’eccezionale previsione. Assoluta rilevanza assume, quindi il beneficio che l’attività in questione assicura alla collettività da valutare in concreto, caso per caso; infatti, la possibilità, derogatoria, prevista dall’ordinamento di poter prescindere dal rispetto delle regole generali sul previo esperimento di idonee procedure selettive – stabilite dalla normativa nazionale e comunitaria –, deve trovare la sua giustificazione non in una vuota rilevanza pubblicistica basata sulla semplice riconducibilità del servizio ad un ente pubblico, ma su una sua (soggettiva ed) oggettiva qualificazione che deve garantire (anche alla prestazione economica) una realizzazione di prevalenti fini sociali e di promuovimento dello sviluppo economico e civile delle relative comunità, realizzazione che certo non può essere riferita ad una mera prestazione economica svolta a favore di un Comune (Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 2003, n. 1289 in *Foro amm. CDS* 2003, 998). Alla stessa conclusione, muovendo però da posizioni differenti, giunge al riguardo il T.A.R. Liguria, sez. II, del 6 dicembre 2003, n. 1627 (in www.dirittodeiservizipubblici.it), secondo il quale la gestione del servizio di prestazioni e forniture per centrali termiche di un Comune non può annoverarsi nella nozione di pubblico servizio non solo in ragione della qualità del destinatario dell’attività economica ma soprattutto perché mancano quel-

le connotazioni sociali che giustificano l'eccezionale ricorso a forme di gestione diretta o indiretta dell'attività, comunque, riconducibili all'Amministrazione. In questo caso, pertanto, si nota come il Tribunale di primo grado si orienti verso un concetto di matrice soggettivistica, in quanto all'indirizzo ad una pluralità di individui, requisito che conserva la propria rilevanza, si somma la mancanza delle connotazioni sociali dell'attività che giustificano l'assunzione della titolarità della stessa da parte dell'Amministrazione; requisito, questo, pregnante nella concezione soggettiva.

7. Il carattere “economico o “sociale” del servizio pubblico.

Il concetto di servizio pubblico non si esaurisce, abbiamo visto, nella descrizione di un'unica tipologia di attività imputabile, direttamente o indirettamente, alla pubblica Amministrazione; né tanto meno in un'attività da contrapporre alle varie manifestazioni della funzione amministrativa. Esso rappresenta piuttosto una congerie di attività ricondotte ad una categoria unitaria, in quanto accomunate dalla volontà dei pubblici poteri di organizzarle e di assumerne la titolarità .

Ciò detto, persiste all'interno della stessa categoria una differenziazione fondamentale tra servizi che presentano un carattere industriale e commerciale, da un lato, e servizi a carattere assistenziale ed erogativo, dall'altro. Questi ultimi consistono in una serie di prestazioni gratuite o sottocosto effettuate a soggetti in possesso di determinati requisiti da parte dello Stato ovvero, a seconda dei casi, da altri enti pubblici territoriali; in queste ipotesi, dunque, l'Amministrazione provvede alla copertura delle spese derivanti dalla prestazione del servizio in termini anti-economici. È l'Amministrazione stessa a porsi, per così dire, come utente collettivo del servizio, e non l'insieme dei *cives* come nel caso di servizi a carattere economico, che si espletano attraverso l'imposizione di una tariffa.

La giurisprudenza amministrativa, a tal proposito, aveva già avuto modo di affermare che è configurabile un pubblico servizio locale, ogni qual volta l'Amministrazione comunale si propone di svolgere compiti di miglioramento e di perfezionamento della società (Cons. Stato, sez. V, 16 settembre 1994, n. 996 in *Cons. Stato* 1994, I, 1220).

Sotto questo profilo, si è affermato che il trasporto scolastico degli alunni delle scuole materne e dell'obbligo configura una modalità di trasporto pubblico che agevola il perseguimento degli obiettivi educativi, propri della comunità scolastica, e che, per tale modalità, è riconducibile allo schema di servizio pubblico locale.

La circostanza, infatti, che il servizio scolastico non venga svolto a favore di una collettività indifferenziata, senza un corrispettivo pagato dagli utenti, non è di per sé sufficiente a negare la qualificazione della attività di trasporto scolastico come servizio pubblico locale, giacché essa rappresenta solo un elemento che ne caratterizza la diversità rispetto al “servizio pubblico di linea”, e

che lo connota quale servizio di tipo solidaristico (Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2004, n. 7636 in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Il servizio di trasporto scolastico può, pertanto, essere incluso tra il novero dei servizi pubblici locali proprio in ragione di quelle finalità sociali – assistenziali che lo caratterizzano.

In questa prospettiva, pertanto, rientrano tra i servizi pubblici, ancorché privi di rilevanza economica, i c.d. servizi sociali (quali: mense, asili nido, assistenza ai non abbienti, etc.), quelli della cultura e del tempo libero (compresi nella categoria per effetto della menzione espressa contenuta nell'art. 113 *bis*, comma 3° del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) ed altri consimili (T.A.R. Umbria, 24 ottobre 2003, n. 821 in *www.giustizia-amministrativa.it* . Nello stesso senso Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2001, n. 1514 in *Giur. It.* 2001, 1728; T.A.R. Lazio, sez. II, 14 ottobre 2005, n. 8630 in *Giur. Merito* 2005, 11, 2493).

Può, successivamente, aggiungersi, sempre in considerazione delle esigenze sottese alla distinzione e degli effetti che ne discendono, che la qualificazione di un servizio come privo di rilevanza economica deve operarsi in via residuale, una volta che sia stata verificata l'insussistenza dei caratteri che connotano l'altra categoria.

In ultima analisi, non mancano, tuttavia, in giurisprudenza, tentativi di negare la natura pubblica di questi ultimi servizi sulla base dell'assunto che, seguendo un'impostazione di stampo oggettivo, si qualificherebbe il servizio pubblico come attività economica (non necessariamente riservata ai pubblici poteri), pubblica o privata, diretta a soddisfare fini sociali, e soggetta a programmi e controlli imposti dalla legge al fine di indirizzarla e coordinarla a fini sociali. I servizi sociali, che non presentano la forma organizzativa imprenditoriale, in quest'ottica, rimarrebbero al di fuori della nozione oggettiva di servizio pubblico così qualificata.

Ciò, appunto perché si ritiene che questa impostazione di tipo oggettivo sia maggiormente rispondente al processo di progressiva liberalizzazione dei servizi pubblici oggetto di riserva legale e di privatizzazione formale e sostanziale degli enti gestori di servizi pubblici nazionali e locali (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, sentenza 10 ottobre 2004, n. 2313 in *www.giustizia-amministrativa.it*).

8. Il servizio di pubblica utilità.

In cosa consista, precisamente, un servizio di pubblica utilità, non è agevole a dirsi. Né tanto meno ovvio appare chiarire in cosa questi si differenzia dalla nozione di servizio pubblico.

In effetti, sebbene la categoria abbia uno specifico riferimento normativo, la l. 14 novembre 1995, n. 481 – Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione

delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità –, esso è tuttavia privo di una definizione esplicita; l'art. 1, infatti, si limita ad esporre gli obiettivi della legge che sono, appunto, garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità nonché la predisposizione di adeguate garanzie tariffarie. Quali siano, poi, questi settori lo si desume dal successivo art. 2, il quale prevede l'istituzione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG) e l'Autorità per le telecomunicazioni (AGICOM).

Le attività sottoposte al potere di regolazione delle due Autorità riportate, pertanto, sono qualificabili come servizi di pubblica utilità; sono, in particolare, quelle attività d'impresa svolte principalmente in regime di concorrenza, inerenti a prestazioni ritenute dall'ordinamento di particolare rilievo sociale e, perciò, assoggettate ad uno specifico regime giuridico ai sensi dell'art. 41 comma 3° Cost. Sulla stessa posizione si assesta il Consiglio di Stato, secondo il quale, appunto, la l. 14 novembre 1995 n. 481 prima citata ha inteso disciplinare la concorrenza e la regolazione di tutte quelle attività, le quali, anche se genericamente definite servizi, sono caratterizzate dalla connotazione di pubblica utilità, e riguarda non soltanto i pubblici servizi intesi come prestazioni originariamente sottratte alla concorrenza – perché riservate alle amministrazioni pubbliche e da queste rese alla collettività degli utenti direttamente o per tramite concessionario, con modalità privilegiate anche se non autoritative – ma anche le attività economiche naturalmente riservate ai privati, che presentano profili di interesse generale e che ne giustificano l'assoggettamento ad una disciplina settoriale indipendente dalla qualificazione giuridica dell'operatore (Consiglio Stato, sez. VI, 10 ottobre 2005, n. 5467 in *Foro amm. CDS* 2005, 10, 2003).

A generale conferma di quanto detto accorrono le affermazioni del Consiglio di Stato circa la natura giuridica degli impianti adibiti all'espletamento di quei servizi che rientrano nella nozione in esame; si tratta, infatti, di impianti di interesse generale, gestiti da soggetti privati con criteri imprenditoriali. Sicché, la qualificazione corretta degli impianti è di opere private di pubblica utilità (Cons. Stato, sez. VI, 26 agosto 2003, n. 4847 in *Giur. It.* 2003, 2400).

Inoltre, per quel che riguarda il settore dell'energia elettrica si rileva che giacché la normativa in tema di mercato dell'energia elettrica, di cui al d.lgs. 16 marzo 1999 n. 79, non ha inteso sganciare alcun segmento produttivo del settore dal potere regolatorio dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, mentre deve ritenersi che sia penetrata nell'ordinamento una nozione oggettiva di pubblico servizio, con conseguente compatibilità tra tale nozione ed un'attività svolta da soggetti privati in regime di concorrenza, l'attività di grossista dell'energia elettrica rientra nell'ambito della nozione di “servizio di pubblica utilità” di cui alla l. 14 novembre 1995 n. 481, con conseguente as-

soggettività al potere regolatorio dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 21 gennaio 2005, n. 138 in *www.giustamm.it*).

Ciò detto, si pone ora il secondo degli interrogativi connaturati all'individuazione dei servizi di pubblica utilità: se, cioè, ed in cosa questi ultimi si differenzino dai servizi qualificati come pubblici. Emblematica in merito è, senza dubbio, una pronuncia dei Giudici di Palazzo Spada, i quali giungono a sostenere, con specifico riferimento ad una serie di società operanti nel settore del gas naturale, che risultano del tutto irrilevanti le argomentazioni circa la natura, o meno, di servizio pubblico delle varie fasi della filiera del gas, in quanto l'ambito di applicazione della legge n. 481/95 non è affatto delimitato dalla nozione di servizio pubblico, ma abbraccia tutte le componenti rilevanti del sistema nazionale del gas (tutti i segmenti della rete del servizio), compresa la fase di accesso al sistema, la cui definizione delle condizioni è espressamente demandata all'Autorità per l'energia elettrica e il gas. Del resto, la differente denominazione (servizi di pubblica utilità) utilizzata nella l. 14 novembre 1995, n. 481 non può che significare una differenziazione dalla nozione di servizio pubblico e la volontà del legislatore di estendere le funzioni dell'Autorità ad un ambito più ampio, specificatamente individuato dall'art. 2, comma 12° (Cons. Stato, sez. VI, 30 ottobre 2001, n. 5681 in *Foro amm.* 2001, 2866). Tale comma, invero, disciplina puntualmente le funzioni che le Autorità di regolazione svolgono allo scopo di perseguire le finalità sancite dal precedente art. 1; tra questa spicca, nel dettaglio, la lettera e), la quale conferisce alle Autorità medesime il potere di predisporre tariffe base in relazione all'andamento del mercato.

Nell'ambito dell'esercizio del potere regolatorio, il perseguimento di obiettivi di effettiva concorrenzialità nel mercato dell'energia incide su segmenti di rilievo per gli operatori - laddove in particolare interviene sui componenti parametrici necessari a determinare il giusto equilibrio fra tariffe e remuneratività - e ricade così direttamente sulle loro qualificate posizioni, incise dall'esercizio del potere suddetto e differenziate dagli altri soggetti; peraltro, le ricadute dell'intervenuta regolazione operano come condizioni ed opportunità migliorative dell'accesso al mercato energetico, ossia in termini di nuove potenzialità offerte, ma non ancora acquisite con effetto accrescitivo delle facoltà giuridico-economiche, nei confronti dei "nuovi" soggetti che hanno la possibilità di inserirsi nell'accresciuto giuoco della concorrenza (T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 11 marzo 2005, n. 531 in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Sembra opportuno, a questo punto, soffermarsi su di un provvedimento giurisdizionale emesso dal T.A.R. Lombardia, estremamente importante e dimostrativo, del quale si cercherà di analizzare compiutamente gli aspetti più rilevanti.

Con la sentenza n. 3478 del 28 luglio 2005, la sezione IV del Tribunale amministrativo della Lombardia (in *www.giustizia-amministrativa.it*) si pronuncia in merito ad un ricorso, presentato da

una società importatrice di gas naturale, per l'annullamento, previa sospensione, della delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas 29 dicembre 2004, n. 248 relativa a “modalità di aggiornamento della componente materia prima delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale e revisione del corrispettivo variabile relativo alla commercializzazione all'ingrosso”.

La fattispecie trova i propri antecedenti in due deliberazioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (più precisamente le deliberazioni 29 novembre 2002, n. 195 e 12 dicembre 2002, n. 207) con le quali si introducono modificazioni al meccanismo di indicizzazione delle tariffe per la fornitura del gas naturale ai clienti finali del mercato vincolato, per quanto riguarda il costo della materia prima. Inoltre, sempre con tali determinazioni, si stabilisce l'ultrattività delle condizioni contrattuali di fornitura applicate anche nel periodo successivo alla liberalizzazione del mercato.

In particolare, con la deliberazione del 2004, oggetto del gravame, l'Autorità prescrive l'introduzione di una c.d. clausola di salvaguardia, che pone un tetto massimo percentuale all'aumento dei prezzi praticati ai clienti finali, nell'eventualità che il prezzo del *Brent* superi uno specificato valore.

Non solo, il provvedimento in questione ha poi disposto che siffatto dispositivo di adeguamento trovi luogo anche nei contratti di compravendita all'ingrosso della materia prima; questi, tuttavia non prevedono clausole di revisione delle condizioni contrattuali in seguito alla modifica dei presupposti economici della fornitura, ciò nonostante gli esercenti sono vincolati alle determinazioni effettuate dall'Autorità relative alle condizioni economiche da applicare ai clienti finali. Da qui la contestazione della legittimità del provvedimento da parte della ricorrente, la quale contesta l'inesistenza di un potere regolatorio dal parte dell'Autorità nei riguardi di attività come la vendita all'ingrosso e dell'importazione di gas naturale, che non rientrerebbero tra quelli identificati dalla legge 481 come di pubblica utilità.

A questo punto il collegio, conscio del fatto che la l. n. 481 del 1995 non contiene, come precedentemente affermato, una definizione esplicita di servizio di pubblica utilità, volge lo sguardo alla normativa settoriale, che nel caso specifico è rappresentata dal d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 – Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'art. 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144 –.

Il d.lgs. n. 164 del 2000, infatti, faceva salvi i poteri regolatori dell'AEEG senza escludere alcuna fase produttiva del settore del gas naturale. Per giurisprudenza costante poi, si riteneva, dall'analisi complessiva delle disposizioni in materia di servizi pubblici, che non esistesse un'incompatibilità ontologica tra il concetto di servizio pubblico e la titolarità di un'attività da parte di un soggetto privato; al contrario, la qualificazione di un'attività in termini di pubblico servizio non dipendeva dalla sua pertinenza in capo all'Amministrazione pubblica, ma dal suo assoggettamento ad una disciplina

di settore che assicurasse il perseguimento di fini sociali, a prescindere dalla titolarità dell'attività esercitata. Inoltre, l'intera filiera del settore del gas naturale poteva essere ricondotta al concetto di servizio pubblico inteso in senso oggettivo, o servizio di pubblica utilità.

Ora, ad un quadro normativo così delineato, osserva la Corte, vengono apportate consistenti modifiche, dal momento che la legge 23 agosto 2004, n. 293 – Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia – all'art. 1, comma 2°, ha distinto nei settori dell'energia elettrica e del gas naturale tra attività libere, attività di interesse pubblico e attività riservate e oggetto di concessione amministrativa. In virtù di tali considerazioni, occorre giungere alla conclusione, sempre secondo l'opinione del T.A.R. Lombardia, che deve ritenersi che nelle prime (ovvero nelle attività libere, nella specie, vendita all'ingrosso di gas naturale) sia venuto meno il potere regolatorio dell'Autorità; << le attività libere, che non sono né oggetto... di concessione amministrativa né di interesse pubblico, e pertanto non possono non essere sottratte al potere regolatorio dell'Autorità di settore >> (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 28 luglio 2005, n. 3478, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Per tale ultima attività, infatti, non è individuabile un fondamento legislativo o comunitario che disponga un obbligo di servizio pubblico.

Siffatta divisione era già stata affermata dallo stesso T.A.R. in un precedente del 2001, a detta del quale, all'interno delle varie fasi in cui è suddivisa l'industria del gas naturale, solo l'attività di distribuzione al pubblico concreta un servizio pubblico, costituendo le altre fasi mere attività economiche private, come tali libere (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 31 gennaio 2001, n. 700 in *Giorn. Dir. amm* 2001, 476). Ciò, nonostante altre sezioni dello stesso organo giurisdizionale si fossero espresse in senso opposto affermando che poiché la normativa in tema di mercato dell'energia elettrica, di cui al d.lg. 16 marzo 1999 n. 79, non ha inteso sganciare alcun segmento produttivo del settore dal potere regolatorio dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, mentre deve ritenersi che sia penetrata nell'ordinamento una nozione oggettiva di pubblico servizio, con conseguente compatibilità tra tale nozione ed un'attività svolta da soggetti privati in regime di concorrenza, l'attività di grossista dell'energia elettrica rientra nell'ambito della nozione di “servizio di pubblica utilità” di cui alla l. 14 novembre 1995 n. 481, con conseguente assoggettabilità al potere regolatorio dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 21 gennaio 2005, n. 138 in *www.giustizia-amministrativa.it*. In senso conforme, con riferimento al mercato del gas naturale T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 5 ottobre 2004, n. 5429 in *_www.giustamm.it*).

Tuttavia la prima interpretazione, malgrado la presenza di sentenze che si pronunciano in senso difforme, appare preferibile in quanto più in linea con i principi elaborati in sede comunitaria e la *ratio* della legge Marzano (l. 239/04); dalla lettura sinottica delle disposizioni contenute nella

legge ultima citata e nel decreto Letta (d.lgs. 164/00) emerge chiaramente, infatti, la volontà del legislatore di riservare ai poteri regolatori dell'Autorità esclusivamente le attività di interesse pubblico ovvero oggetto di riserva.

9. Verso un superamento della nozione autonoma (e generale) di servizio pubblico?

Quanto fin qui riportato rappresenta un *excursus* delle varie nozioni di servizio pubblico che nel nostro ordinamento si sono succedute ed, in un certo senso, accavallate, stante l'assenza, lo ricordiamo, di una definizione esplicita in tal senso.

Abbiamo visto, inoltre, come la giurisprudenza amministrativa si sia limitata, a causa della particolare complessità intrinseca della materia, a seguire di volta in volta le differenti teorizzazioni concepite dalla dottrina amministrativista senza, peraltro, contribuire ad una soluzione efficace del *rebus*.

È mancato, infatti, un consolidamento in un senso o nell'altro da parte dei giudici degli interessi legittimi, che possa guidare l'interprete, nell'attuale latitanza del potere legislativo, verso un agognato, seppur minimo, livello di certezza. Non si è giunti, in altri termini, allo stato attuale, ad una definizione sostanziale della questione in attesa, come in altri campi è già accaduto, di una conferma ovvero di una smentita della costruzione giurisprudenziale da parte del legislatore.

A prescindere dall'impostazione che il singolo operatore giuridico possa ritenere più appropriata, un merito è d'uopo attribuire, incontestabilmente, all'ultima delle concezioni esaminate, sia essa appellata come nuova concezione soggettiva o concezione soggettiva temperata, che dir si voglia: l'aver tentato di superare la dicotomica contrapposizione esistente tra elaborazione di tipo oggettivo e soggettivo. Questa, come abbiamo avuto modo di vedere, fonde ed al contempo trasmuta i criteri posti a fondamento delle teorie antecedenti.

Al proposito è possibile affermare, alla luce delle modificazioni legislative che negli ultimi anni hanno interessato specifici settori considerati pubblico servizio, che è privo di utilità riproporre al giorno d'oggi la distinzione tra elementi soggettivi ed oggettivi.

Sembra, invero, arduo negare, tenendo conto delle specifiche normative settoriali, che la rilevanza istituzionale del servizio pubblico non risieda più nella gestione dello stesso ma nella regolazione. Ciò sta a significare che se si accetta la matura polimorfa del concetto in questione – come la varietà delle esperienze concrete sembra suggerire, caratterizzate, appunto, da una pluralità di figure soggettive e modalità organizzative e gestionali – non si può non riscontrare, nella disciplina normativa prevista per ogni servizio, un elemento unificatore e paradigmatico.

Di conseguenza, non pare a chi scrive del tutto errato orientarsi verso una nozione sistemica dell'istituto, vale a dire che derivi da un insieme di norme che regolano una specifica attività; in

questo modo si può approntare un approccio unitario alla materia che tiene conto, precisamente, dell'interesse generale sotteso alla regolazione normativa degli assetti in gioco.

Si è visto, infatti, come al di là delle a volte insormontabili difficoltà di ricondurre *ad unicam* una materia variegata e multiforme come quella dei servizi pubblici, solo una precisa scelta normativa che disciplini un singolo settore possa dissipare i relativi dubbi.