

## I SERVIZI PUBBLICI LOCALI E LA LORO EVOLUZIONE

Di Fabiola Chiappalone

La tematica dei servizi pubblici locali è stata da sempre al centro di grandi dibattiti dottrinali e legislativi in quanto su tale terreno si incrociano interessi contrapposti, ovvero esigenze di governo pubblico del mercato e di sviluppo dell'iniziativa dei privati<sup>1</sup>. Sul piano giuridico, si riscontra la necessità di una riflessione sulla tematica, in quanto la nozione viene utilizzata non sempre in maniera univoca per i riflessi che il diritto comunitario e il principio di sussidiarietà producono sui concetti tradizionali. Inoltre, a destare ulteriori problemi di interpretazione è anche l'individuazione dei confini del pubblico servizio da parte degli enti locali i quali sono chiamati a svolgere un ruolo di primo piano proprio nell'individuazione e nell'assunzione del servizio pubblico. Poiché manca una definizione legislativa generale che possa inquadrare il servizio pubblico che sia valevole per l'intero ordinamento giuridico, si è giunti all'elaborazione della nozione grazie al lavoro di interpretazione attuato dalla dottrina e dalla giurisprudenza che hanno elaborato delle concezioni teoriche differenziate in base al quadro normativo e istituzionale di riferimento. La materia, sin da quando esiste è stata oggetto della tradizionale distinzione tra concezione *soggettiva* ed *oggettiva*. In dottrina ed in giurisprudenza non c'è una prevalenza di una o dell'altra teoria, coesistendo entrambe le nozioni, oltre ad una nozione mista di servizio pubblico. Secondo la teoria *soggettiva* è *servizio pubblico l'esercizio di un'attività non autoritativa assunta da un pubblico potere*, viene dato così rilievo al ruolo svolto dal soggetto pubblico, che esercita un'attività non autoritativa. Secondo la teoria *oggettiva*, è servizio pubblico quello che svolge un'attività indirizzata e coordinata a fini sociali a favore della collettività, dando quindi un rilievo all'attività svolta, indirizzata a fini sociali, per la collettività, indipendentemente dal fatto che a monte vi sia un soggetto pubblico. L'erogazione del servizio pubblico, finalizzato allo sviluppo economico e sociale della comunità, può avvenire direttamente o indirettamente, ma sempre per il soddisfacimento dei bisogni della collettività. L'art. 112 del TUEL, al primo comma, non contiene una definizione di servizio pubblico locale, ma si limita a indicarne l'oggetto ossia *"produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali"*; siamo quindi di fronte ad un'interpretazione mista, che da un lato focalizza l'attenzione sul ruolo svolto dall'Ente locale che gestisce i servizi e dall'altro si sofferma sull'oggetto del servizio pubblico. Secondo il Consiglio di Stato gli enti locali sono *"enti locali a fini generali, dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria"* nel senso che *"essi hanno facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni e attività, purché genericamente rivolte a fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità di riferimento"*. Sul piano delle definizioni giuridiche generali, anche dentro lo stesso ordinamento, sono rinvenibili diverse nozioni. In Italia ad esempio, particolare rilievo ha assunto, a livello statale, la definizione inizialmente contenuta nell'art. 128, comma 2 del D.Lgs. 112/1998, secondo cui per servizi sociali si intendono *"tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere le situazioni di bisogno e difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia"*; mentre a livello regionale, si riscontrano varie definizioni più o meno vicine a quella appena riportata. La materia, occorre notare subito, rientra nel quadro derivante dal rinnovato art. 117, tra quelle di competenza esclusiva regionale, salve peraltro le interferenze e le ripercussioni, attuali o potenziali, di alcune competenze concorrenti, a cominciare da quelle connesse alla *"tutela della salute"*, intesa in senso ampio, o di determinate competenze statali esclusive e di natura *"trasversale"*, quali innanzitutto quella di cui alla lettera *m)* del secondo comma dell'art. 117 che regola la *determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*, nonché quelle di cui alla lettera *b)* in tema di *immigrazione*, alla lettera *e)* in tema di *tutela della concorrenza* e alla lettera *o)* sulla *previdenza sociale*

---

<sup>1</sup> 26 Giannini M.S., *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 69 ss.

sempre del medesimo comma. Con la *nazionalizzazione* e la *municipalizzazione* di attività che fino a quel momento erano state svolte dai soggetti privati sotto forma di impresa, la nozione di servizio pubblico diventa un problema rilevante dal punto di vista giuridico solo con l'inizio del secolo attuale. La *municipalizzazione* inquadrata come esigenza ed espressione dello Stato moderno di intervenire nella sfera dell'impresa privata con la finalità di soddisfare attraverso i pubblici servizi i bisogni collettivi si afferma come manifestazione dell'autonomia dei Comuni basata sulla gestione dei servizi pubblici di maggior rilievo economico e sociale, attraverso attività configurate di natura economica ma sottratte all'economia di mercato. Dopo un complesso e travagliato iter legislativo, venne emanata la Legge 29 marzo 1903 n. 103, la cosiddetta legge Giolitti, che istituì le aziende municipalizzate e questo fu il primo provvedimento legislativo di carattere generale in materia di servizi pubblici locali. La suddetta legge venne sottoposta ad una speciale riforma attuata con il R.D. 4 febbraio 1923 n. 253 e che sfociò nel T.U. 15 ottobre 1925, n. 2578 che conteneva l'elencazione dei servizi pubblici riuniti in 19 categorie la cui elencazione venne definita *esemplificativa e non tassativa* sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza. La materia dei servizi pubblici però fu innovata dalla Legge 142/1990, che ne stabilì i principi per le forme di gestione e l'impostazione fu ripresa nel TUEL. La norma si differenzia in quanto non elenca più i numerosi servizi assumibili dai comuni, ma dà un'ampia definizione di *servizio pubblico locale* che viene riportata all'art. 112 e ricomprende tutte quelle prestazioni dell'ente locale *“che abbiano per oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare i fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”*. La caratteristica del servizio pubblico è quindi quella di far fronte alle esigenze immediate e dirette della comunità locale e di perseguire fini *“sociali”*. Il legislatore, non elencando i possibili servizi ma utilizzando una definizione di tale ampiezza, sottolinea l'autonomia dell'ente locale nello scegliere quelle attività che meglio si adattano a soddisfare le esigenze della propria collettività. Infatti il Comune essendo l'ente che rappresenta la propria comunità e ne promuove lo sviluppo, costituisce da sempre l'interlocutore primario delle numerose e complesse esigenze della popolazione, che si concretizzano nella richiesta di servizi. Tuttavia è importante dare una definizione di servizio pubblico locale: con questo termine si definisce quel complesso di servizi organizzati ed erogati dagli enti minori, che sono i Comuni e le Province. Si tratta di una serie molto cospicua di attività di interesse della collettività locale che va dai trasporti all'illuminazione pubblica, dalle farmacie alla nettezza urbana, che possono essere svolte tanto dallo stesso ente locale, attraverso suoi organi o enti o società partecipate, tanto da imprenditori privati legati all'ente da uno speciale rapporto convenzionale. La dottrina definisce i servizi pubblici locali come *quelle attività economiche in astratto suscettibili di essere organizzate in forma di impresa, che si caratterizzano per la loro diretta ed immediata finalizzazione alla soddisfazione di un bisogno primario della collettività locale*. A livello comunitario, la disciplina dei servizi pubblici è una materia complessa che interessa al tempo stesso l'ambito della concorrenza e quello del mercato interno e inoltre, è retta dai principi di sussidiarietà e proporzionalità, posto che la competenza dell'Unione Europea si espliciti nei limiti delle sole attribuzioni espressamente conferite dai Trattati e nella misura strettamente necessaria, lasciando quindi ampio spazio di normazione agli Stati e alle loro articolazioni territoriali. Preso atto dei pregi e dei difetti dell'impostazione soggettiva e di quella oggettiva per come originariamente prospettate e riconosciuta l'esistenza e l'utilizzabilità della categoria in esame sul piano non solo economico, ma anche giuridico, si è dunque ricercata una nozione di servizio pubblico che tenesse conto dell'una e dell'altra opzione teorica, individuando ulteriori elementi che ne potessero caratterizzare il contenuto. In particolare, si è tentato di contemperare la funzionalizzazione a finalità sociali delle attività di diritto pubblico e privato concernenti il servizio pubblico, tipica dell'approccio *oggettivo*, con la necessità di definire criteri e regole per far sì che dette attività rispondessero a criteri di pubblico interesse. Così, l'elaborazione teorica più moderna ha spostato la propria attenzione su un particolare aspetto: quello delle modalità di organizzazione e di gestione del servizio pubblico<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Police A., *Spigolature sulla nozione di servizio pubblico locale*, 2007, cit., pp. 87 e 88 nel quale l'autore conclude che l'interpretazione dell'art. 86 del Trattato istitutivo dell'UE conferma una compresenza tra aspetti soggettivi e oggettivi dei servizi ad esso riconducibili, laddove l'individuazione da parte dell'Autorità legittima un regime derogatorio,

In chiave soggettiva, posta la doverosità di determinate attività di prestazione di beni e servizi per il soddisfacimento dei fini sociali della collettività, si è affermata la necessità di una valutazione pubblicistica a monte per la qualificazione di un servizio come *pubblico* e della sua assunzione e regolazione da parte dell'Amministrazione pubblica<sup>3</sup>. Nell'evidenziare l'inadeguatezza della tesi *soggettiva* tradizionale che voleva un'istituzionalizzazione globale dell'attività di servizio in ogni suo momento, si è impostato il problema distinguendo l'attività di gestione da quella di organizzazione di un pubblico servizio. In tale ottica, se per qualificare e organizzare un'attività come servizio pubblico era necessaria e sufficiente l'atto di assunzione della Pubblica Amministrazione, dall'altro canto al ricorrere della presenza di una certa organizzazione e della previa determinazione delle finalità alle quali il servizio deve rispondere, si rilevava irrilevante la natura giuridica del gestore. Assumendo infatti la sussistenza in capo al pubblico potere di un dovere giuridico di provvedere alla erogazione di servizi pubblici, funzionali a garantire il soddisfacimento di interessi collettivi, è possibile separare la titolarità dal ruolo dell'organizzazione rispetto ai compiti di gestione ed erogazione delle prestazioni all'utenza. Farebbero capo all'Amministrazione compiti di esclusiva pertinenza pubblica, come tali inderogabili, quale la previa ponderazione degli interessi collettivi da curare in un dato momento storico, sociale ed economico e – in relazione a ciò – la scelta del tipo, del soggetto e delle modalità attraverso cui provvedervi, nonché il regime dei controlli atti a garantire la corretta, continua e sistematica erogazione delle prestazioni. Dall'analisi di certo non esaustiva degli orientamenti sulla nozione di servizio pubblico, si evince come, nel cogliere pregi e difetti delle originarie impostazioni, le più recenti tendenze da parte delle dottrine si dimostrino propense ad ammettere una soluzione dialettica di temperamento, o meglio, a riconoscere l'insussistenza di una vera e propria dicotomia. Si tende infatti a riconoscere l'assunzione e l'organizzazione dei servizi pubblici come compiti propri dell'Amministrazione Pubblica, in quanto oggetto di valutazioni a *carattere essenzialmente politico*, funzionali al soddisfacimento di interessi pubblici. Le finalità di interesse generale al cui soddisfacimento i servizi pubblici devono propendere sono quelle prestazioni atte a garantire qualitativamente e quantitativamente l'assolvimento di bisogni essenziali; in tale ottica vi è una inscindibile compenetrazione di criteri di natura giuridica ed economica che si integrano vicendevolmente alla ricerca di un punto di equilibrio. L'attributo pubblico di un'attività di servizio può discendere in diversa misura dalla necessaria assunzione *pubblica* della titolarità del servizio e dall'essere la relativa attività destinata a rivolgersi e ad adeguarsi alle esigenze del *pubblico*<sup>4</sup>. L'elaborazione teorica che ha caratterizzato la nozione e la disciplina dei servizi pubblici ha necessariamente condizionato la qualificazione e la tutela del rapporto di utenza. L'impostazione in termini soggettivi dei servizi pubblici è nata, come si è visto, dalla constatazione del progressivo incrementarsi di quella particolare tipologia di intervento pubblico *diretta a promuovere la civiltà del popolo nelle sue varie manifestazioni di benessere fisico, economico e intellettuale*, che si è ritenuto opportuno distinguere rispetto alla tradizionale attività amministrativa, impostata su un rapporto di autorità tra Amministrazione e collettività amministrata. Ci si trova, non più dinanzi ad un'attività di diritto privato in senso stretto, bensì ad un *servizio amministrativo* gestito ed erogato secondo criteri e con finalità proprie dell'attività amministrativa. L'assunzione del servizio investiva di connotati pubblicistici ogni segmento dell'attività, assoggettandola ad una disciplina speciale rispetto a quella di diritto privato. In altri termini, identificandosi il fine sociale – correlato al beneficio della collettività dei fruitori del servizio – con il fine pubblico proprio dell'agire amministrativo, si legittimava l'attrazione delle attività di organizzazione e gestione del servizio stesso alla competenza propria del soggetto pubblico. È in tale cornice che il rapporto tra il soggetto erogatore del servizio pubblico e i singoli veniva ricostruito in termini di prestazione amministrativa resa a privati. Da tale inquadramento del rapporto tra gestore del servizio e utenti emerge la

---

mentre l'elemento oggettivo costituisce il limite, alla stregua del principio di proporzionalità e ragionevolezza, della sua legittimità.

<sup>3</sup> Berti G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, pp. 493-494.

<sup>4</sup> F.G. Scoca, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Studi in memoria di G. Roehrsen*, Padova, 1991, in cui l'autore sostiene che, concretandosi il servizio in una serie di prestazioni rese al pubblico, anche sul piano economico la presenza dell'utente sia determinante per l'individuazione del carattere pubblico del servizio.

condizione di subordinazione e sudditanza dell'interesse del singolo rispetto alla superiorità dell'interesse curato dall'Amministrazione. Per acquisire il diritto alla prestazione del servizio ad esempio, si riteneva necessario un procedimento amministrativo di ammissione. Anche nel corso del rapporto, poi, ragioni di interesse pubblico legittimavano il gestore a modificare le condizioni di erogazione delle prestazioni all'utenza, nonché ad esercitare sull'utente poteri disciplinari e sanzionatori per eventuali violazioni delle regole preposte allo svolgimento del servizio. È possibile pertanto concludere che secondo l'impostazione soggettiva tradizionale delle prestazioni amministrative rese a privati non vi fosse alcuna connessione tra servizio pubblico e rapporto di utenza, posto che tale rapporto non veniva ritenuto rilevante ai fini dell'attività della Pubblica Amministrazione, la quale era invece mirata a *soddisfare direttamente l'interesse pubblico attraverso il soddisfacimento del coincidente interesse dell'utente*. Con l'avvento dell'ordinamento repubblicano, ai fini sociali si è riconosciuta rilevanza primaria come criterio guida dell'attività normativa e dell'agire amministrativo *all'interno dello statuto costituzionale della libertà di iniziativa economica*. Si è sviluppata la nozione oggettiva tradizionale di servizio pubblico, fondata sull'esegesi dell'art. 43 e dell'art. 41 3 comma della Costituzione. Dal riconoscimento ex art. 43 Cost. della potestà normativa di trasferire determinate imprese a soggetti pubblici o collettivi si è desunta la possibilità che in precedenza potessero esservi servizi pubblici gestiti da imprese private e necessariamente sottoposti a riserva pubblica. È possibile desumere come la titolarità del servizio non debba per forza essere pubblica, ben potendo essere riservata a soggetti privati come le comunità di lavoratori e di utenti. Dall'art. 41 3 comma della Costituzione si evince quali attività sono riconducibili alla nozione oggettiva di servizio pubblico e al suo specifico regime giuridico: tutte le attività economiche indirizzate e coordinate a fini sociali mediante programmi e controlli. Tuttavia anche la prospettiva oggettiva tradizionale, concentrata a spiegare e a legittimare gli interventi normativi e amministrativi sulle attività economiche pubbliche e private, focalizzando l'attenzione sui profili dell'organizzazione dei pubblici poteri e sulle relazioni tra Amministrazioni e imprese private ha contribuito nel suo complesso a distogliere l'attenzione della dottrina allo studio del rapporto di utenza. Per un verso, si ritiene che l'intervento pubblico debba considerarsi funzionale al soddisfacimento di finalità generali di utilità sociale e non di bisogni individuali, rispetto ai quali l'incidenza delle singole prestazioni erogate costituisce un mero risvolto esecutivo. Per altro verso il nuovo contesto costituzionale assicura rilievo al singolo e alle sue istanze esclusivamente nell'ambito delle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e dunque, nelle strutture organizzative delle quali si estrinseca il concetto di organizzazione politica, economica e sociale del Paese. In tal senso, anche il riconoscimento costituzionale del principio di eguaglianza sostanziale ex art. 3 Cost., viene interpretato come rinvio al legislatore del compito di rimuovere quegli ostacoli tali da impedire una piena immedesimazione degli interessi individuali negli interessi sociali. Alla fine degli anni '80 del secolo scorso, a seguito di profondi mutamenti dell'assetto sociale ed economico del Paese e del processo di integrazione comunitaria, si è resa necessaria una rilettura dei rapporti tra potere pubblico e libera iniziativa economica privata. In generale, i precedenti modelli dello Stato sociale sono stati riorganizzati e si è dovuto intervenire per contenere i costi dell'Amministrazione e per rendere le strutture pubbliche idonee a svolgere in modo più efficiente ed efficace la propria attività. Il legislatore è dunque intervenuto da un lato, rinnovando la disciplina delle modalità di organizzazione e funzionamento interno delle strutture politiche e amministrative, conferendo forza al principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., e dall'altro, redistribuendo competenze normative e amministrative tra Stato, Regioni ed Enti Locali. Svanita l'illusione che il potere pubblico potesse provvedere ad ogni bisogno dei cittadini, nuove istanze individualistiche hanno spinto a porre al centro del sistema di organizzazione e gestione dei servizi alla collettività, ma il soddisfacimento di interessi particolari nell'ambito di un sistema che favorisca il confronto tra operatori economici e la libera scelta dell'utente. Si è ammesso così in linea di principio anche il mercato potesse provvedere al soddisfacimento di doveri di solidarietà precedentemente ritenuti assolvibili solo riconducendo la relativa attività economica nella sfera dell'attività amministrativa. Su tali basi, dottrina e giurisprudenza hanno prestato particolare attenzione alle modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici e all'equilibrio tra garanzia di funzionamento del mercato e tutela dell'interesse generale ad essi sotteso. Gli interventi di stimolo dell'apertura al mercato comunitario ed i processi di riforma dell'assetto

amministrativo nazionale hanno contribuito in modo particolare a diversificare le sorti dei servizi pubblici prestati a livello nazionale e locale. Il rapporto di utenza tende a diventare lo strumento più idoneo a rendere operative ed effettive le garanzie che l'ordinamento offre all'interesse e al godimento dei pubblici servizi. In base alla rilevanza giuridica che il rapporto di utenza ha progressivamente assunto nell'evoluzione dei servizi pubblici, si rende necessaria un'analisi dei principi e delle disposizioni introdotte dal diritto comunitario, in particolare per quanto riguarda l'inquadramento dell'attività economica e dell'intervento pubblico in economia in generale, con particolare riferimento alle conseguenze che ne derivano in materia di servizi. L'ordinamento comunitario trova i suoi presupposti politici e giuridici nell'intento di creare una comunità economica degli Stati membri orientata alle leggi del mercato. Un sistema giuridico in cui l'efficienza paretiana nell'allocazione dei beni e dei servizi assume un *ruolo normativo centrale* nel determinare l'equilibrio tra libera iniziativa economica ed esigenza di garantire a ciascuno la piena fruizione dei benefici offerti dall'instaurazione di uno spazio economico senza frontiere interne. In tale sistema si assume che il mercato, in quanto sistema di organizzazione delle transazioni economiche, conduca a un risultato massimamente efficiente solo in presenza di equilibri concorrenziali perfetti, creando una base di offerta quanto più possibile estesa e una competizione tra il maggior numero possibile di imprese. L'ordinamento comunitario assume dunque la necessità che in ogni ambito di mercato comunitario vengano individuati principi e regole atti a promuovere e a tutelare la concorrenza perfetta e ad eliminare ogni ostacolo all'apertura dei mercati, alla libera competizione e alla parità tra operatori. Tra le attività soggette al diritto comunitario rientrano tutte quelle astrattamente suscettibili di essere erogate secondo criteri economici, ivi comprese attività tradizionalmente gestite in regime di riserva in virtù della loro stretta connessione con finalità pubblicistiche, come ad esempio i servizi pubblici. Anche nel prendere in considerazione i servizi pubblici, il diritto comunitario impone di indagare la natura delle attività prestate e di individuare le attività suscettibili di essere erogate in regime di libera iniziativa economica, promuovendone la concorrenzialità.