

***Pubblicato su D&G - Dir. e Giust. 2002, f. 14, 50**

Commento a Tribunale di Torre Annunziata, Sez. I, Ord. 4 marzo 2002

di

Giovanni Maria di Lieto

La società ricorrente promuoveva giudizio chiedendo al giudice di accertare “l’entità dell’incremento dei prezzi – dall’aggiudicazione all’attualità – dell’appalto affidatole dal Comune” relativo ai lavori di costruzione e ampliamento del Palazzo di Giustizia (alla aggiudica dell’appalto - dalla quale erano scaturiti due giudizi dinanzi al Ga - non era immediatamente seguita la conclusione del contratto).

Così definito il tema del contendere tra le parti, il Giudice adito esamina pregiudizialmente la questione della giurisdizione a decidere sul ricorso (ex art. 33 D.Lgs. n. 80/98, nella formulazione introdotta da art. 7 L. n. 205/2000), così argomentando: “... in considerazione della ratio sottesa alla novella legislativa di cui sopra (volta a devolvere alla cognizione del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, in modo da affidargli tali giudizi *ratione materiae*, superando così la mera distinzione in funzione della situazione giuridica tutelata), ne deriva che tutte le controversie concernenti pubblici servizi, ivi comprese quelle relative all’esecuzione dei contratti di appalto e dei conseguenti rapporti giuridici, spettano alla cognizione del Ga, senza che rilevi minimamente la precedente distinzione (adottata in dottrina e giurisprudenza) tra fase procedimentale, anteriore alla conclusione del contratto di appalto, e fase negoziale ed esecutiva del contratto medesimo, dovendosi, invece, individuare il tipo di giudice in ragione della sola inerenza di tali contratti ad un pubblico servizio”.

L’art. 33 del D.Lgs. n. 80/98 introduce la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo per le controversie in materia di servizi pubblici.

Per stabilire la portata della devoluzione al Ga delle controversie in materia di pubblici servizi è opportuno affrontare due questioni di ordine preliminare: a) cosa debba intendersi per “pubblici servizi”, ai fini dell’applicazione della norma

in esame; b) quale sia l'ampiezza della giurisdizione esclusiva, posto che la norma devolve al Ga "tutte le controversie in materia di pubblici servizi".

Riguardo al primo punto, l'art. 33 D.Lgs. n. 80/98 non precisa il concetto di servizio pubblico, contenendo un elenco meramente esemplificativo di ipotesi ("compresi quelli afferenti...") e lasciando all'interprete il compito di delimitare la nozione e la materia dei servizi pubblici.

Sul servizio pubblico esistono due teorie: quella soggettiva e quella oggettiva.

La prima ritiene servizio pubblico ciò che è erogato da soggetti pubblici, assegnando rilievo determinante al fatto che il servizio sia di competenza di un soggetto pubblico.

La seconda si fonda sul disposto degli artt. 41 e 43 Cost., ponendo in rilievo l'attività e la sua attitudine a soddisfare un interesse di carattere generale. Tale interpretazione è confermata dall'art. 22 della L. n. 142/90, la cui definizione di servizio pubblico ("produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali") è una specificazione della nozione dell'attività avente carattere di preminente interesse generale di cui all'art. 43 Cost.

Dall'elenco contenuto nell'art. 33 D.Lgs. n. 80/98 si può ritenere che la nozione cui ha riguardo il legislatore sia quella oggettiva, facendosi riferimento ad attività economiche pubbliche – a prescindere che siano poi gestite da società private – sottoposte a programmi e leggi idonei ad indirizzarle a fini sociali.

Riguardo al secondo punto, l'art. 33, co. 1, D.Lgs. n. 80/98 ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie che riguardano i servizi pubblici.

Si tratta di stabilire se la nozione di servizio pubblico in senso oggettivo comprenda esclusivamente le prestazioni volte direttamente al soddisfacimento dei bisogni della collettività ovvero anche le prestazioni che raggiungano tale scopo in via strumentale.

Le Sezioni Unite della Cassazione aderiscono alla tesi restrittiva, ritenendo che "il servizio si qualifica come pubblico allorquando l'attività, in cui esso consiste, sia indirizzata istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente

esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'amministrazione pubblica" (SS.UU. 71/2000).

In applicazione di tale principio, attribuiscono la giurisdizione al Go per le controversie relative alla fornitura di prodotti sanitari e farmaceutici effettuata direttamente ad un'azienda sanitaria locale (SS.UU. 71/2000) e per quelle relative alla risoluzione del contratto avente ad oggetto la preparazione e la consegna dei pasti per scuole comunali (SS.UU. 72/2000), la prestazione dei privati rivestendo carattere di strumentalità rispetto al servizio pubblico (in sé considerato).

La sentenza delle SS.UU. n. 72/2000 propende per la tesi restrittiva anche in virtù di considerazioni di legittimità costituzionale, l'interpretazione estensiva ponendo problemi di violazione dell'art. 103 Cost., che legittima l'attribuzione al Giudice amministrativo della cognizione di diritti soggettivi nell'ambito di controversie correlate all'interesse generale (senza possibilità di indiscriminata estensione a controversie coinvolgenti esclusivamente diritti patrimoniali).

Sulla giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di pubblici servizi è intervenuta anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (ord. n. 1/2000), dichiarando la giurisdizione del Ga nelle controversie intercorrenti tra il titolare della farmacia ed il servizio sanitario nazionale.

L'Ad. PI. distingue la controversia oggetto della decisione da quella dell'appaltatore di fornitura di medicinali destinati al servizio sanitario nazionale (per la quale la sentenza delle SS.UU. n. 71/2000 dichiarava la giurisdizione del Go), così argomentando:

- "l'appaltatore di forniture risulta creditore in base all'esecuzione di un contratto di appalto di fornitura, caratterizzata dalla consegna della merce all'Amministrazione";
- "il titolare della farmacia risulta creditore in base ad un rapporto giuridico di diritto pubblico, che non si basa su un contratto e in base al quale è tenuto a fornire i farmaci agli assistiti, per conto del servizio sanitario nazionale";
- "le farmacie, anche quelle di cui sono titolari i soggetti privati [...] svolgono un servizio pubblico in senso tecnico, quello sanitario, sulla base di regole

pubblicistiche che costituiscono attuazione dell'art. 32 della Cost. e riguardano ogni aspetto della loro attività”;

- “neppure può affermarsi che manca qualsiasi connessione tra il diritto di credito del titolare della farmacia e l'interesse pubblico sotteso alla organizzazione ed alla gestione del servizio farmaceutico”;

- “... ogni aspetto del rapporto intercorrente tra l'Amministrazione e il titolare della farmacia è disciplinato dal diritto amministrativo: l'inadempimento degli obblighi di una delle parti si ripercuote, inevitabilmente, sull'efficienza del servizio e sugli interessi pubblici coinvolti”.

Secondo le SS.UU. e l'Adunanza Plenaria, il servizio pubblico soddisfa direttamente le esigenze della collettività, restando fuori da tale categoria ogni attività strumentalmente utilizzata per erogarlo.

Consegue da tale impostazione che la specifica menzione, sub lett. f), art. 33, D.Lgs. n. 80/98, delle controversie riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, risulta suscettibile di una interpretazione restrittiva, volta a circoscrivere la cognizione del Ga al novero delle controversie - anche di natura patrimoniale - semprechè direttamente collegate all'espletamento del servizio.

Se l'appalto - strumentale al pubblico servizio - è attratto nella giurisdizione amministrativa esclusiva, le controversie relative alla mera esecuzione del contratto - strumentale all'appalto di pubblico servizio - rimangono devolute alla cognizione del Go.

Nel caso di specie, l'ordinanza in commento non applica i principi individuati dalle Sezioni Unite della Cassazione (sentt. nn. 71 e 72 del 30/3/2000) e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (ord. n. 1/2000); né è coerente alle premesse (“... tutte le controversie relative alla fase successiva all'affidamento o alla stipula del contratto ricadono nell'alveo della nuova giurisdizione esclusiva del Ga ex art. 7 L. n. 205/2000 sol che incidano direttamente sull'espletamento di un pubblico servizio”).

Invero, la domanda - di carattere patrimoniale - volta alla determinazione del *quantum* della revisione prezzi, sembra priva di correlazione diretta con l'interesse generale all'espletamento del servizio pubblico, non mettendo in

discussione l'interesse pubblico connesso alla organizzazione e gestione del servizio. La cognizione del giudice amministrativo estesa ai diritti soggettivi ha ragion d'essere solo quando nella controversia assume rilevanza diretta la cura dell'interesse pubblico affidato all'Amministrazione.

In conclusione, ad avviso di chi scrive, la giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi, attribuita al Ga dall'art. 33 D.Lgs. n. 80/98, deve ritenersi estesa alle controversie relative alla fase successiva all'affidamento o alla stipula del contratto d'appalto, esclusivamente in ragione della diretta ed effettiva incidenza delle controversie sull'espletamento del pubblico servizio.

Giovanni Maria di Lieto