

PROFILI CONTRATTUALI E FISCALI NELLA PRESTAZIONE DI SERVIZI PUBBLICI: IL LIMITE DELLE “IDEE CHIARE E DISTINTE”¹

GIAMPAOLO ROSSI

Perché è frequente l'incertezza tra il carattere fiscale o contrattuale del rapporto fra utenti e gestori dei servizi pubblici?

In linea teorica la differenza è netta. Si rifà a due capisaldi degli ordinamenti che hanno contorni chiari e definiti.

L'imposizione fiscale implica l'unilateralità del rapporto e l'irrilevanza di profili di sinallagmaticità; gli atti sono autoritativi, supportati da tutti quegli elementi che contornano gli atti autoritativi (l'autotutela e via di seguito). All'opposto il prezzo è disciplinato dal codice civile, presuppone un atto volontario, un incontro di libere volontà, e quindi è retto dai rapporti liberamente scelti fra i privati.

Questi sono i due capisaldi.

A questa differenza teorica e concettuale corrispondono i due regimi. Nel caso in cui l'entrata è fiscale la giurisdizione spetta al giudice tributario, l'IVA non è dovuta, l'ammontare della prestazione viene graduato in relazione a indici rilevatori della capacità contributiva, non sono applicabili i principi del codice civile, il prelievo è autoritativo e vi sono poteri di accertamento e sanzionatori. Se invece la prestazione è qualificata in termini non tributari, la giurisdizione è del giudice ordinario, l'IVA è dovuta, si applicano i principi del codice civile in mancanza di una deroga espressa, il rapporto è paritario e non vi sono poteri amministrativi di accertamento e sanzionatori, non vi sono in genere variazioni legate a indici di capacità contributiva degli utenti.

I due regimi sono chiari. Ma allora perché è frequente l'incertezza?

Non vi sarebbe questa incertezza (e non vi era in passato) se si configurassero ancora le prestazioni di servizio come prestazioni amministrative. Quando i pubblici poteri, che svolgevano solo attività autoritative (perché avevano funzioni di ordine, di disciplina, di funzionamento della collettività) hanno iniziato a gestire servizi pubblici, hanno utilizzato gli apparati e gli

¹ Testo rielaborato della relazione tenuta alla giornata di studio di *Federutility* su: GLI EFFETTI DELLA SENTENZA N. 335/2008 COME DISCIPLINATI DAL DM 30 SETTEMBRE 2009: ASPETTI TECNICI E MODALITÀ OPERATIVE. (Roma, 24.3.2010)

strumenti giuridici propri delle funzioni autoritative. La scuola è ancora un ufficio periferico di un Ministero anche se ha una parziale autonomia; anche le aziende autonome sono nate come parte dei comuni o dello Stato e poi solo lentamente si sono autonomizzate.

Dal punto di vista scientifico si diceva che le attività di servizio erano prestazioni amministrative rese ai privati dalla pubblica amministrazione. E quindi, ad esempio, il francobollo, come si capisce dal nome stesso, era una tassa. Se ancora il sistema fosse questo non vi sarebbe nessuna incertezza. All'opposto non vi sarebbe nessuna incertezza se, in una economia di mercato dinamica, i servizi pubblici fossero retti dall'incontro fra libere volontà, dal regime del diritto privato; il corrispettivo sarebbe sicuramente un prezzo, commisurato alla prestazione.

Così non è e questo spiega le incertezze nella giurisprudenza.

Emblematiche sono due sentenze della Corte Costituzionale. La prima è la 335 del 2008 sul servizio idrico, nella quale la Corte Costituzionale ha individuato nel contratto di utenza la fonte del rapporto obbligatorio e quindi ha ritenuto che la tariffa corrisponda a un tutto unico nel quale non sia isolabile una parte fiscale, e che quindi la quota per attuare il piano d'ambito non riguarda l'utente, ma attiene al rapporto fra gestore ed ente territoriale; è quindi estranea al rapporto contrattuale. La Corte ne ha dedotto la conseguenza che è illegittimo che sia dovuta anche la quota di depurazione (e tra l'altro, nel caso specifico, l'attività di depurazione non era svolta). Questa quota versata per anni dagli utenti, va quindi restituita. I bilanci dei soggetti gestori del servizio ne sono sconvolti.

Al contrario, la Corte Costituzionale 238/2009, con riferimento alla TIA sui rifiuti ha rilevato che la prestazione è doverosa, che manca un rapporto sinallagmatico, che quindi la competenza è del giudice ordinario e anche qui, vi è un obbligo di restituzione perché in questo caso va restituita l'IVA, in quanto non dovuta.

I giudici ragionano sulla base del regime stabilito dalla legge. Il loro ragionamento non è condizionato, in questo caso dal diritto europeo. La Corte di Giustizia, nel 2009, C- 254/2008, ha rilevato, ad esempio, che in materia di rifiuti gli Stati possono decidere il regime del rapporto: può essere una tassa o un prezzo. Nelle direttive comunitarie non vi è nessun principio che disponga nel merito, e in effetti la normativa nei diversi paesi è variegata e varia anche, nel tempo, all'interno di ciascun paese.

Il ragionamento che fanno i giudici è analogo a quello che per vari decenni hanno fatto in materia di enti pubblici: cioè hanno individuato nella disciplina gli indici rivelatori del carattere pubblico o di quello privato. Il tipo di rapporto può essere stabilito

in un modo o nell'altro dal legislatore, tanto che la stessa Corte Costituzionale chiarisce che i regimi precedenti in materia di rifiuti avevano una diversa impostazione. L'inquadramento giuridico può quindi essere diverso, a seconda di come il legislatore lo costruisce. Ci sono una serie di indici che fanno propendere per l'una o l'altra soluzione. Da questi il giudice deriva il tipo di disciplina applicabile e la applica anche laddove la norma non abbia esplicitamente disposto e considera illegittimi alcuni profili dissonanti rispetto a quelli prevalenti. Più volte l'analisi è incerta e ciò spiega una giurisprudenza oscillante anche nelle sentenze della Corte di Cassazione.

Questa incertezza non è risolta né da categorie economiche né da categorie giuridiche. La scienza economica ha cercato di suddividere i servizi in indivisibili e divisibili, però molti servizi si sottraggono a questa ripartizione così netta. Le categorie giuridiche, recepite anche dalla normativa, distinguono i servizi in economici e non economici, ma anche queste sono categorie in realtà labili o comunque vi sono punti di confine che non consentono la riconduzione netta all'una o all'altra.

Occorre quindi chiedersi quali siano le ragioni di questa incertezza e verificare se sia adeguata la rigida riconduzione di ogni fattispecie all'una e all'altra delle mega-categorie (fiscali e contrattuale).

Questa divisione così rigida corrisponde a un sistema ordinamentale precedente a quello che hanno assunto ora i servizi pubblici.

La vicenda sostanziale registra da un lato un positivo incremento del profilo imprenditoriale e dell'economicità delle gestioni, e dall'altro un rafforzamento dei profili di doverosità, connessi alla accresciuta tutela dei diritti.

A volte la doverosità concerne anche l'utente; a partire dalla scuola dell'obbligo, dalle vaccinazioni obbligatorie, vi sono una serie di casi in cui anche l'utente non è libero di ricevere la prestazione ma è tenuto ad utilizzarla.

A questi profili di doverosità corrispondono una serie di corollari per cui anche se il servizio è configurato come economico, molto spesso il corrispettivo non copre la totalità del costo. Basta pensare, ad esempio, al trasporto pubblico, nel quale il rapporto fra utente e gestore ha natura contrattuale ma subisce una profonda alterazione per lo squilibrio tra i costi e i prezzi. Né si può pensare che il contratto fra utente e gestore incorpora il contratto di servizio fra gestore ed ente territoriale, perché sarebbe forzato configurarlo come contratto a favore di terzi. Questa non è una vicenda patologica, ma è legata a una idea forte che esistono interesse a soddisfazione necessaria che possono essere

soddisfatti anche attraverso strumenti imprenditoriali con profili di mercato, ma che questi sono profondamente alterati dal profilo di doverosità che li connota.

Si prospettano negli Stati Uniti ricorsi alla Corte Suprema degli USA contro la legge Obama che impone ai privati di stipulare un contratto con altri privati. Ma ciò è possibile perché l'ordinamento configura come obbligatoria una certa prestazione e ciò altera la nitidezza del rapporto contrattuale.

Allora se così è, come fa la Corte Costituzionale a ragionare con l'accetta e tra l'altro in termini spesso contraddittori perché desume dal diritto positivo come deve essere il diritto positivo? La Corte può, certamente, rilevare l'illogicità o altri vizi di alcune norme nel confronto con le altre ma non può ricondurre a schemi univoci fattispecie che non lo sono.

Per decenni la giurisprudenza ha dovuto stabilire se un ente era pubblico o privato, perché se era pubblico derivavano certe conseguenze, se era privato derivavano altre conseguenze. Dall'insieme degli indici ha dedotto la natura, **secondo un criterio di prevalenza**. Questo è il punto: bisogna capire che nelle materie miste non si può ragionare con l'accetta con categorie che sono state costruite quando le materie miste non c'erano e quindi bisogna ragionare secondo un criterio di prevalenza.

Questa può essere una via d'uscita; una posizione equilibrata che eviti di ricondurre ognuna delle fattispecie miste all'una o all'altra delle categorie create quando queste non esistevano.