

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI NELLA PROSPETTIVA DELLA TUTELA DEGLI UTENTI*

Di Davide De Grazia

| 202

L'evoluzione della disciplina dei servizi pubblici nella prospettiva della tutela degli utenti (Davide De Grazia)

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Servizi pubblici e servizi di pubblica utilità, tra diritto interno e ordinamento europeo.* – 3. *Il nuovo ruolo della pubblica amministrazione.* – 4. *I diritti degli utenti: standard e carte dei servizi.* – 5. *Il rapporto di utenza e le forme di tutela degli utenti.* – 6. *Il ricorso per l'efficienza dei concessionari di servizi pubblici (c.d. "class action").* – 7. *Le prestazioni dei servizi sociali e il possibile rilievo diretto della costituzione al fine del riconoscimento del diritto alla loro fruizione da parte degli utenti.*

1. Premessa

Il presente saggio trae spunto dalle riflessioni sulla portata dell'art. 101 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206¹, articolo che, insieme all'art. 2, comma 1, lett. g), contiene gli unici riferimenti del Codice del consumo esplicitamente dedicati al tema dei «servizi pubblici»².

Si tratta di disposizioni che la stessa rubrica dell'articolo definisce «di rinvio» alla disciplina vigente in materia. Per tratteggiare un quadro della tutela dell'utente dei servizi pubblici sarà dunque necessario dare conto delle disposizioni, generali e di settore, costituenti tale disciplina.

*Contributo sottoposto a valutazione da parte di un membro del Comitato dei revisori.

¹ Su cui possono vedersi anche D. DE BONIS, *Art. 101, Norma di rinvio*, in G. Alpa, L. Rossi Carleo (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, 649 e ss.; R. MOREA, *Sub art. 101*, in E. Capobianco, G. Perlingieri (a cura di), *Codice del consumo*, Napoli, 2009, p. 600 e ss.

² Ai sensi dell'art. 2, comma 1, del Codice del consumo, «sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa, sono favorite le iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni (...) g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza».

Prima di procedere in questa rassegna, pare opportuno soffermarsi su alcune notazioni preliminari, utili per comprendere a quali fenomeni ci si riferisce, nell'attuale assetto, con la generica locuzione «servizio pubblico».

2. Servizi pubblici e servizi di pubblica utilità, tra diritto interno e ordinamento europeo

Il concetto di servizio pubblico è ritenuto tra i più tormentati del diritto amministrativo³. L'assenza di una definizione normativa generale non è affatto compensata da definizioni, pur presenti nell'ordinamento, che di volta in volta utilizzano la locuzione assegnandole significato e ambito di rilevanza diversi a seconda del sistema normativo di riferimento⁴.

³ Sul punto, v. già U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, p. 3 ss.

⁴ Si pensi ad esempio alla rilevanza che la locuzione assume «agli effetti della legge penale» al fine della definizione dell'«incaricato di pubblico servizio» (art. 358 c.p.). Ancora, si pensi alle attività costituenti «servizi pubblici essenziali» ai fini della legge n. 146/1990: tra tali servizi sono annoverate attività (come l'amministrazione della giustizia) che non sono riconducibili alle funzioni della pubblica amministrazione. Cfr. D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2010, 5^a



Neppure l'assunzione del «servizio pubblico» come uno dei criteri di riparto della giurisdizione di cui all'art. 33, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (così come novellato dall'art. 7, legge 21 luglio 2000, n. 205) aveva consentito di pervenire ad una definizione normativa generale del concetto: la disposizione, nella sua formulazione precedente alla sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004⁵, conteneva un'elencazione meramente esemplificativa, e perciò stesso non esaustiva, di quelle attività che il legislatore definiva «servizi pubblici». Ciò ha costretto sia il giudice amministrativo che il giudice ordinario a riempire di contenuti il riferimento al «pubblico servizio», con risultati contraddittori, quando non del tutto contrastanti.

Assolutamente esemplari, per avere un'idea della difficoltà di costruire una nozione condivisa del pubblico servizio, anche soltanto al fine della definizione di un criterio univoco di riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, risultano due pronunzie rese nei primi mesi del nuovo secolo dai due massimi organi giurisdizionali⁶: mentre il Consiglio di Stato è giunto ad attribuirgli il significato vastissimo di «attività connessa alla cura di interessi collettivi»⁷, la Corte di Cassazione lo ha ritenuto «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»⁸.

Negli ultimi decenni la complessità della materia è ulteriormente aumentata in concomitanza con il radicale ripensamento dei modi dell'azione della pubblica amministrazione e la valorizzazione, ormai recepita a chiare lettere nel testo costituzionale, della «autonoma iniziativa dei cittadini» (art. 118, u.c., Cost.), l'esercizio della quale costituisce veicolo per consentire «il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, comma 2, Cost.).

Una reimpostazione di tale portata delle relazioni tra l'azione dei poteri pubblici e l'iniziativa eco-

nomica privata non poteva che avere profonde ricadute nella materia in esame⁹.

Da una situazione in cui la pubblicità del servizio identificava anche la pubblicità del soggetto titolare dei poteri di organizzazione e di gestione/erogazione dello stesso, ed in cui proprio lo status pubblicistico del soggetto assuntore-erogatore costituiva garanzia per gli utenti, si è passati, attraverso la progressiva apertura dei diversi settori dei servizi pubblici economici alla libera concorrenza, ad una rideterminazione delle modalità di soddisfazione delle esigenze della collettività mediante la ridefinizione delle responsabilità dei pubblici poteri (chiamati, oggi, più che altro a regolare) e dei soggetti erogatori, con la conseguente esigenza di ridisegnare strumenti e forme di garanzia degli interessi degli utenti¹⁰.

Ciò detto, posto che una stessa attività può assumere la duplice veste di attività economica *tout court* e di servizio pubblico, la nuova caratterizzazione del servizio pubblico (in senso lato) si impone alla luce delle indicazioni provenienti dall'ordinamento europeo e, in particolare, in relazione alla necessità di definire un quadro concettuale che non si ponga in contrasto con la categoria dei «servizi di interesse economico generale» di cui all'art. 106, par. 2, TFUE (già art. 86, par. 2, TCE)¹¹.

Il carattere della economicità costituisce criterio per discriminare tra servizi per i quali si pone il problema della compatibilità con le disposizioni del diritto europeo in materia di concorrenza e libertà economiche e servizi (di «interesse generale», che nel sistema italiano vengono comunemente definiti «sociali») per i quali tale problema di compatibilità si pone in termini significativamente più limitati¹².

⁹ Per una recente analisi delle problematiche in discorso può vedersi il saggio di F. CNTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010.

¹⁰ A. CORPACI, *Le linee del sistema di tutela degli utenti dei servizi pubblici*, in A. Corpaci (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, 2003, p. 15 ss.

¹¹ Sui rapporti tra «servizio pubblico» e «servizio di interesse economico generale» si può vedere D. SORACE, *I Servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 1, 2010, p. 1 ss.; A. MASSERA, *I servizi pubblici in ambiente europeo*, Pisa, 2004; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003; L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, Tomo IV, Milano, 2007, p. 1791 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2009, p. 15 ss.

¹² Cfr. CGCE, 17.06.1997, C-70/95, *Sodemare*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, p. 683 ss., che ha riconosciuto che uno Stato membro possa legittimamente riservare agli operatori privati che non perseguono fini di lucro la partecipazione alla procedura di affidamento di un servizio di assistenza agli anziani;

ed., p. 151 ss.

⁵ Corte cost., 6.07.2004, n. 204, in *Foro it.*, 2004, 1, c. 1259 ss.

⁶ Curiosamente, le due pronunzie videro la luce il medesimo giorno (il 30 marzo 2000) e riguardavano esattamente la stessa materia, ovvero la riconduzione dell'attività farmaceutica nell'ambito del concetto di servizio pubblico. Ciò rende plasticamente ancora più evidente la difficoltà che incontra l'elaborazione di una nozione unica e condivisa di servizio pubblico.

⁷ Consiglio di Stato, ad. plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, c. 365 ss.

⁸ Corte di Cass., sez. un., 30 marzo 2000, n. 71, in *Foro it.*, 2000, II, c. 2211 ss.

Secondo la Commissione europea, la distinzione tra le due tipologie di servizi non può essere tracciata a priori, essendo a tal fine necessaria una analisi caso per caso¹³, con la conseguenza che a stabilire i criteri per discernere servizi economici e non economici sarà, inevitabilmente, la giurisprudenza (in particolare, quella della Corte di giustizia dell'Unione europea).

Così, premesso che per «impresa», nel diritto europeo, deve intendersi qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, consistente nell'offerta di beni e servizi dietro retribuzione su un determinato mercato¹⁴, perché si possa pervenire alla qualificazione di un'attività come oggetto di impresa non è d'ostacolo il fatto che l'entità in questione svolga anche attività non economiche¹⁵.

Pertanto, pur non essendo necessario, perché un servizio possa ritenersi fornito dietro retribuzione, che quest'ultima sia pagata dai beneficiari, il concetto di servizio economico sicuramente non può essere utilizzato per descrivere le attività svolte dallo Stato o per conto dello Stato nel quadro dei suoi doveri in ambito sociale, culturale, educativo e giudiziario, quali i corsi assicurati dal sistema nazionale di pubblica istruzione o la gestione di regimi di sicurezza sociale, e ciò anche quando ai destinatari dei servizi sia richiesto di pagare una tassa per contribuire in parte alle spese di funzionamento del sistema¹⁶. Ciò, d'altra parte, non significa che nessuna attività svolta da un ufficio pubblico possa considerarsi economica ai fini del regime giuridico del relativo servizio¹⁷; la riconducibilità a tale regime, però, deve certamente escludersi per quelle attività consistenti nell'esercizio di pubblici poteri¹⁸.

I «servizi di interesse economico generale», secondo la Commissione, «si differenziano dai servizi ordinari per il fatto che le autorità pubbliche ritengono che debbano essere garantiti anche quando il

mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo»¹⁹.

Dunque, secondo questa impostazione, l'interesse (economico) generale esprime la valutazione politica fatta dai poteri pubblici circa la necessità che determinati bisogni trovino adeguata soddisfazione²⁰. A questa valutazione politica si affianca la valutazione tecnica della incapacità del mercato di garantire adeguata soddisfazione a quei bisogni.

In presenza di questi due presupposti, l'ordinamento europeo consente che una determinata attività (economica) sia orientata (anche) alla soddisfazione di interessi ritenuti meritevoli dagli organi politici. A tale fine, lo svolgimento della relativa attività diviene oggetto di un compito («missione»), secondo la terminologia dell'art. 106 TFUE), per il cui assolvimento il trattato consente che quell'attività sia sottoposta ad un regime derogatorio rispetto alle regole della concorrenza²¹ e che dunque siano adottate misure capaci di condizionare più o meno intensamente le scelte imprenditoriali, potendosi giungere, in *extrema ratio*, al riconoscimento di diritti esclusivi.

Alla luce delle indicazioni provenienti dal diritto europeo, possono dunque qualificarsi come servizio pubblico «quelle attività che sono conformate dall'amministrazione e sono sottoposte ad un regime di doverosità in considerazione delle prestazioni che, con il loro esercizio, l'amministrazione stessa vuole siano rese alla collettività, mediante la loro messa a disposizione del pubblico»²².

Come accennato, la valutazione della meritevolezza dei bisogni tradizionalmente conduceva alla «assunzione» del servizio da parte dell'amministrazione, che si incaricava così di provvedere alla sua prestazione, eventualmente avvalendosi dell'attività di privati concessionari²³ ov-

ma v. anche CGCE, 25.10.2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 4, p. 391 ss., che ha escluso la legittimità della concessione ad alcune organizzazioni sanitarie di un monopolio di fatto sul mercato dei servizi di trasporto d'urgenza e di trasporto di malati.

¹³ Commissione europea, *Comunicazione "I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo"*, COM (2007) 725 def., p. 5.

¹⁴ CGCE, 11.07.2006, C-205/03 P, *Fenin*, *Racc.* 2006, p. I-6295; Id., 23.03.2006, C-237/04, *Enirisorse*, *Racc.* 2006, p. I-2843.

¹⁵ CGCE, 1.07.2008, C-49/07, *Motoe*, *Racc.* 2008, p. I-4863.

¹⁶ Cfr. dir. n. 123/2006/CE, cons. n. 34.

¹⁷ Cfr. la qualificazione giuridica dei servizi di collocamento nella sentenza della CGCE, 23.04.1991, C-41/90, *Höfner e Elser*, *Racc.* 1991, p. I-1979.

¹⁸ Cfr. ad es. CGCE, 26.03.2009, C-113/07 P, *Selex*, *Racc.* 2009, p. I-2207, in materia di controllo aereo.

¹⁹ Comunicazione della Commissione europea, *I servizi di interesse generale in Europa*, 2001/C 17/04.

²⁰ Cfr. D. SORACE, *I Servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, cit., p. 4, che ricorda che l'art. 1, par. 3, c. 2, della dir. n. 2006/123/CE, relativa i servizi nel mercato interno, lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità al diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi di interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti.

²¹ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2009, p. 101 e ss.

²² A. BRANCASI, *Il servizio pubblico di trasporto terrestre e la liberalizzazione dei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in Id. (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, 2003, p. 13.

²³ Sul modello della concessione di pubblici servizi, v. R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 459 ss.



vero di enti costituiti *ad hoc* (aziende speciali, istituzioni, società a partecipazione pubblica)²⁴.

L'affermazione, sotto la spinta europea, delle politiche di liberalizzazione dei servizi e la codificazione del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.) hanno portato ad un radicale mutamento dell'approccio dei pubblici poteri rispetto al problema della definizione delle modalità di soddisfazione dei bisogni dei cittadini.

Questa nuova impostazione parte dall'idea che i bisogni della persona possono trovare adeguata soddisfazione (rispetto alle esigenze di continuità delle prestazioni, di accessibilità dei prezzi, di diffusione sul territorio etc.) attraverso il libero dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali²⁵.

Ove ciò ricorra, è ragionevole, oltre che ossessivo dei principi di sussidiarietà orizzontale e proporzionalità, che l'amministrazione lasci la soddisfazione dei bisogni al libero gioco delle parti economiche, residuando semmai l'esigenza di garantire il rispetto, da parte degli operatori di mercato, delle regole della libera concorrenza, esigenza soddisfatta dalla disciplina *antitrust* e dalle autorità che sono chiamate a garantirne l'osservanza²⁶.

Ovviamente, in un situazione del genere, nulla vieta che nuovi operatori facciano il loro ingresso nel mercato per erogare le stesse prestazioni: una tale eventualità, oltre ad essere coperta dalla tutela che la Costituzione riconosce alla libertà di iniziativa economica (art. 41, comma 1, Cost.), è anche ritenuta desiderabile in considerazione dei vantaggi che ne deriverebbero per gli utenti, i quali non potrebbero beneficiare dell'allargamento del numero degli operatori in concorrenza tra loro.

Può però accadere che il mercato spontaneamente si orienti verso la erogazione di prestazioni secondo modalità (di prezzo, di continuità, di diffusione sul territorio etc.) ritenute non adeguate dall'amministrazione rispetto all'esigenza di garan-

tire piena soddisfazione ai bisogni reputati meritevoli.

In questi casi, il rispetto delle sole regole poste a garanzia della concorrenza non basta a garantire un assetto dell'attività economica in cui tutti gli interessi ritenuti rilevanti (anche costituzionalmente) trovino adeguata considerazione e tutela²⁷.

In queste ipotesi di «fallimento del mercato» («*market failure*») si rende necessaria l'adozione, da parte dei pubblici poteri, di specifiche misure di *regolazione* che, pur senza snaturare l'attività economica come attività preordinata alla remunerazione degli *input* produttivi e quindi alla realizzazione di un utile, condizionino gli operatori verso l'assunzione di comportamenti tali da consentire la salvaguardia degli interessi meritevoli di tutela di cui s'è detto.

La tipologia delle misure regolatorie variano a seconda delle finalità che si ritiene di dover perseguire e del grado di incidenza sulle situazioni giuridiche dei destinatari.

Una prima categoria di misure trova fondamento nell'art. 41, comma 2, della Costituzione e negli artt. 16 e 52 della Carta dei diritti dell'Unione europea e si contraddistingue per l'effetto conformativo dell'attività economica privata in vista del perseguimento di finalità non estranee alle logiche economiche, quali la circolazione dell'informazione, il superamento delle asimmetrie informative, la tutela dell'ambiente, della salubrità del posto di lavoro etc.²⁸.

L'ordinamento, però, prevede la possibilità di esercitare poteri regolatori capaci di incidere più profondamente la sfera giuridica dell'imprenditore, il cui fondamento normativo riposa, invece, su norme quali l'art. 41, comma 3, della Costituzione e gli artt. 14 e 106, par. 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea²⁹, attraverso l'equiparazione del concetto di programma di cui all'art. 41, comma

²⁴ Cfr. M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 1992, p. 7 ss.; G. CAIA, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili giuridici*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, p. 1 ss.; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, p. 51 ss.; A. NIUTTA, A. POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 1999, p. 477 ss.; M. DUGATO, *L'affidamento diretto di servizi a società con partecipazione pubblica locale minima*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 1128 ss.; M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001; S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008.

²⁵ Cfr. D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 371 ss.

²⁶ G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.; C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 43 ss.

²⁷ E ciò perché la particolare natura dell'attività svolta da certi operatori può coinvolgere interessi da tutelare in maniera particolarmente intensa (e differenziata rispetto ai modi di tutela della concorrenza) in una dimensione sia individuale che collettiva, oppure può non dare adeguata rilevanza, se regolata con le sole misure proconcorrenziali, alle esigenze di certe categorie di attori del mercato.

²⁸ L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, p. 109 ss., che definisce queste misure come di «regolazione in senso debole».

²⁹ Già artt. 16 e 86 TCE. L'art. 14 TFUE, in particolare, sottolinea «l'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale», e impegna «l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati» a provvedere «affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti».



3, Cost. alla nozione di «obbligo di servizio pubblico» di matrice europea³⁰. Tale tipologia di poteri ha quale sua caratteristica peculiare la capacità di condizionare, pur nel rispetto del fondamentale principio di proporzionalità³¹, l'attività economica privata verso l'adozione di scelte non coerenti con le normali logiche di mercato e con il «naturale» orientamento dell'impresa alla massimizzazione del profitto, ogni volta in cui si reputi che esso condurrebbe alla «scrematura» dei profili di attività meno lucrativi, con sacrificio degli interessi delle corrispondenti fasce di utenti. Si giustifica così l'imposizione di obblighi di servizio pubblico³² e l'introduzione di quelle deroghe al principio concorrenziale che siano (strettamente) necessarie a garantire la prestazione dei servizi³³, in considerazione della loro importanza ai fini della promozione della coesione sociale e territoriale (art. 14 TFUE).

I servizi così erogati da operatori economici privati (sottoposti a misure regolatorie più o meno intense da parte della pubblica amministrazione) sono correntemente denominati, anche dal legislatore³⁴,

³⁰ L. DE LUCIA, *op. cit.*, p. 128 ss., che parla, in questo caso, di «regolazione in senso forte». Sul significato dell'espressione «obbligo di servizio pubblico» si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 113 ss.

³¹ Fondamento del principio di proporzionalità, che regola l'esercizio di poteri autoritativi da parte della pubblica amministrazione, è l'esigenza che i diritti e le libertà dei privati non siano sacrificati più di quanto è strettamente necessario per la soddisfazione del pubblico interesse; esso impone di graduare l'intensità dei poteri dell'amministrazione in considerazione della loro diretta incisione su diritti di rilievo costituzionale, primo fra tutti, per ciò che concerne i servizi pubblici economici, la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. Cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 105 ss. Sulla rilevanza del principio in relazione al regime dei servizi pubblici si veda anche A. BRANCASI, *L'autotrasporto di linea tra regolazione dell'attività economica e servizio pubblico*, cit., p. 189 ss.

³² Con il conseguente assoggettamento, in tutto o in parte, dell'attività regolata al regime del servizio di pubblica utilità (L. DE LUCIA, *op. cit.*, *passim*, e in particolare p. 127 ss. e p. 170 ss.).

³³ La previsione di deroghe al regime della concorrenza è compatibile con l'ordinamento comunitario. Dispone infatti l'art. 106, par. 2, TFUE che «le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale (...) sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata». Per le applicazioni della disposizione appena citata da parte della giurisprudenza comunitaria, si vedano le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee 10.12.1991, C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 225 ss. e in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2287 ss. e 19.05.1993, C-320/91, *Courbeau*, in *Foro it.*, 1993, IV, c. 333 ss.

³⁴ Cfr. la legge 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.*

«servizi di pubblica utilità», nozione che corrisponde, quanto a disciplina, a quella di «servizi di interesse economico generale» di cui all'art. 106 TFUE.

Gli interventi regolatori possono essere finalizzati a che le prestazioni siano erogate secondo livelli minimi di prestazioni, che divengono contenuto di *obblighi di servizio universale*, definibile come «un insieme minimo di servizi di una qualità determinata, accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni nazionali specifiche, offerti ad un prezzo accessibile»³⁵.

La liberalizzazione e la sottoposizione alla regolazione amministrativa delle attività imprenditoriali correlate alla prestazione dei servizi di pubblica utilità è passata in alcuni casi attraverso la disaggregazione di attività prima esercitate in modo unitario (in quanto costituenti un'unica «filiera» del servizio) da parte di soggetti controllati dai pubblici poteri, al fine di consentire un'apertura alla concorrenza per i segmenti di attività in cui era possibile compiere un tale passo.

Questa soluzione è stata seguita soprattutto nei settori contraddistinti dalla presenza di infrastrutture economicamente non riproducibili, nei quali, pro-

³⁵ Si veda l'art. 1, comma 1, lett. l) del D.lgs. n. 259/2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche), che a sua volta riprende la definizione dettata a livello comunitario dalla direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica. In argomento cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 115 ss.

Ai contenuti del servizio universale fanno riferimento anche altri testi normativi. Si veda ad es. l'art. 1 della legge n. 481/1995, che stabilisce che le disposizioni della stessa legge hanno «la finalità di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, (...) nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela dei consumatori (...)», e prosegue prevedendo che «il sistema tariffario deve altresì armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale (...)». Si veda, ancora, l'art. 3 del D.lgs. n. 261/1999, che definisce i contenuti del servizio postale universale, in attuazione della direttiva 97/67/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997 concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, e così via. Sul servizio universale, in dottrina, si veda G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002; N. RANGONE, *Continuità, trasparenza e regolazione del servizio universale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 1089 ss.; F. SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 535 ss.; V. GASPARINI CASARI, *Il servizio universale*, in *Dir. econ.*, 2000, p. 263 ss.; G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Merc. concurr. regole*, 2000, p. 429 ss.

prio allo scopo di consentire la più ampia apertura possibile al mercato, si è scelto di mantenere sotto il controllo pubblico la proprietà e la gestione delle infrastrutture al fine di garantire la parità di condizioni nell'accesso alle stesse da parte dei soggetti privati che intendessero svolgere attività di prestazione dei relativi servizi³⁶.

Il risultato della prestazione dei servizi alla cittadinanza è dunque oggi tendenzialmente realizzato direttamente attraverso il mercato, che a tale fine può essere sottoposto alla regolazione amministrativa.

Possono però residuare ipotesi in cui la regolazione pubblica di una certa attività economica non risulti sufficiente a garantire la soddisfazione dei bisogni della collettività.

Tale eventualità discende dal fatto che, se l'attività imprenditoriale privata può essere regolata più o meno intensamente, rimane comunque salva, in quanto garantita dall'art. 41, comma 1, della Costituzione, la libertà di iniziativa economica, libertà che, nel suo significato «in negativo», consente all'operatore del mercato di cessare in qualsiasi momento l'attività imprenditoriale.

In ipotesi come quella appena evocata, soltanto eccezionalmente il legislatore consente all'amministrazione di imporre all'imprenditore di proseguire lo svolgimento del servizio, e comunque per il tempo strettamente necessario, in attesa del subentro di un nuovo operatore, a scongiurare il rischio che la *vacatio* comprometta la continuità nella fruizione del servizio³⁷.

Laddove non vi siano operatori disposti a subentrare, si verificano i casi più gravi di fallimento del mercato.

In questi casi l'amministrazione è costretta ad assumersi direttamente la responsabilità della erogazione delle prestazioni e a ricorrere così a schemi operativi diversi dalla mera regolazione, quali la stipula di contratti di servizio con le imprese private, in modo tale da obbligarle contrattualmente a rendere una certa prestazione per un certo periodo di tempo, ovvero la costituzione di imprese pubbli-

che che si facciano direttamente carico dell'erogazione delle prestazioni.

L'assunzione di questo diverso ruolo da parte dell'amministrazione può essere accompagnato dalla adozione di misure profondamente incidenti sulla libertà di iniziativa economica privata, potendosi giungere fino alla sua esclusione dagli ambiti nei quali è istituito il servizio pubblico, al fine di evitare fenomeni di *cream skimming*, consistenti nella erogazione, da parte di alcuni soltanto degli operatori presenti, di prestazioni altamente redditizie senza dover sopportare i costi imposti dall'esigenza di garantire l'universalità del servizio³⁸. In questi casi può giungersi alla instaurazione di un regime di riserva di attività sulla base dell'art. 43 Cost.

L'ammissibilità per il diritto europeo del regime di riserva di attività di cui all'art. 43 Cost. si fonda sullo stesso art. 106 TFUE che, come si è visto, in termini generali stabilisce la sottoposizione delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale alle regole della concorrenza «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata».

In presenza di queste condizioni (la cui sussistenza deve essere vagliata alla luce del principio di proporzionalità) l'ordinamento europeo consente la instaurazione di un regime di riserva mediante l'attribuzione di «diritti esclusivi», consistenti in quei «diritti riconosciuti da uno Stato membro ad un'impresa mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa che riservi alla stessa, con riferimento ad una determinata area geografica, la facoltà di prestare un servizio o di esercitare un'attività»³⁹.

Il ricorso alla riserva da parte del legislatore nazionale non è dunque escluso dal diritto europeo⁴⁰.

³⁸ In argomento si vedano F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 105 e ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 160 ss.; A. BRANCASI, *Il servizio pubblico di trasporto terrestre*, cit., p. 25 ss.; A. MONTEBUGNOLI, *Sulla nozione di servizio pubblico*, in *Econ. pubbl.*, 1992, 1-2, p. 3 ss.; G. ROSSI, *I servizi pubblici*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1998, p. 16.

³⁹ Direttiva 25.06.1980, n. 80/723/CEE, della Commissione, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche.

⁴⁰ Si veda ad esempio quanto dispone, per quanto riguarda il servizio postale, l'art. 4 del D.lgs. n. 261/1999, secondo cui «al fornitore del servizio universale, nella misura necessaria al mantenimento dello stesso, possono essere riservati la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione di invii di corrispondenza interna e transfrontaliera, anche tramite consegna espressa».

Sul punto, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, nella già citata sentenza *Courbeau*, ha avuto modo di chiarire che «posto che la concessione di diritti esclusivi, correlati all'espletamento di un servizio di interesse economico generale, sottrae il titolare dei diritti alle regole comunitarie di concor-

³⁶ D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, cit., p. 408 ss.; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi 'a rete'*, Milano, 2007. Per quanto concerne, ad esempio, la liberalizzazione nel settore del trasporto ferroviario, può vedersi S. TORRICELLI, *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in A. Brancasi (a cura di), *op. cit.*, p. 39 ss.

³⁷ Per quanto riguarda il servizio di trasporto pubblico di linea, si veda A. BRANCASI, *L'autotrasporto di linea*, cit., p. 184 ss.; in relazione al servizio farmaceutico, sia consentito il rinvio a D. DE GRAZIA, E. MENICHETTI, *Il «servizio farmaceutico» e le forme di gestione delle farmacie comunali tra riforma dei servizi pubblici e nuovo titolo V della Costituzione*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2003, p. 798 ss.



Per differenziarli dai servizi di pubblica utilità, di cui si è detto in precedenza, si parla in questi casi di servizi pubblici (in senso stretto), con tale espressione volendosi intendere quel novero più ristretto di attività caratterizzate dalla assunzione, da parte della pubblica amministrazione, di una funzione non meramente regolatoria, ma di organizzazione della gestione dei servizi.

3. Il nuovo ruolo della pubblica amministrazione

Al di fuori dei casi in cui i pubblici poteri si determinano a provvedere direttamente alla organizzazione del servizio da rendere all'utente, dunque, il modo attraverso il quale, nel nuovo assetto, la pubblica amministrazione dovrebbe ordinariamente, nel nuovo assetto, assicurare la fruizione di certe prestazioni è la regolazione delle attività economiche.

La definizione più ricorrente in letteratura assegna al termine «regolazione» il significato di «controllo continuo e focalizzato, esercitato da una «agency» pubblica, su attività cui una data comunità attribuisce rilevanza sociale»⁴¹.

renza solo nei limiti in cui l'applicazione di queste impedisca l'assolvimento della specifica missione ad esso affidata, ricorre un caso di esclusione lecita della concorrenza quando il titolare è tenuto ad assicurare i propri servizi a tutti gli utenti in condizioni di eguaglianza indipendentemente da fattori territoriali e di altra natura, e quindi con l'esigenza di compensare i minori profitti (o le perdite) di taluni settori con i guadagni tratti da quelli più redditizi (in tali condizioni, l'eventuale intervento di un concorrente, privo dei suddetti vincoli ed in grado perciò di scegliere i settori più redditizi e di praticarvi tariffe più vantaggiose, impedirebbe la detta compensazione, ostacolando l'espletamento del servizio di interesse generale)».

⁴¹ La definizione è di P. SELZNICK, *Focusing Organizational Research on Regulation*, in R.G. Noll (a cura di), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, 1985, p. 363, ed è stata ripresa da diversi autori italiani: S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, 1999, Torino, p. 95 ss.; A. LA SPINA - G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, p. 29 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., p. 86 ss.; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, p. 275 ss. Il riferimento al «controllo continuo e focalizzato» è senz'altro utile per cogliere le peculiarità della funzione di regolazione svolta dalla pubblica amministrazione rispetto all'esercizio della giurisdizione, che per definizione è episodico (in quanto esercitata, di norma su impulso di parte) e generale (ovvero non delimitata per oggetti di competenza). Al contrario, la regolazione, intesa sotto il versante del controllo, è continua, dal momento che si prevedono poteri di ufficio in capo agli organismi investiti della funzione ed anzi doveri di attivazione tali da garantire una vigilanza sui mercati considerati non sottoposta a soluzioni di continuità, e settoriale, dal momento che le norme individuano gli ambiti materiali di competenza (il credito, l'intermediazione mobiliare, la produzione e distribuzione dell'energia elettrica etc.) nei quali le *agencies* sono chiamate a svolgere le loro funzioni. Si veda, per quanto riguarda in particolare l'attività di regolazione svolta dalle

Nonostante il concetto abbia richiamato l'attenzione della dottrina solo in tempi recenti, esso non sembra indicare funzioni realmente nuove della pubblica amministrazione: si tratta di una nozione meramente descrittiva, dal momento che «non offre elementi che consentano di individuare un criterio idoneo ad andare oltre l'esame separato dei singoli poteri che compongono il fenomeno giuridico»⁴².

La regolazione non si traduce dunque in una nuova categoria di poteri e di atti amministrativi: essa è nulla più che attività amministrativa, che si manifesta mediante i tipici strumenti dell'agire dell'amministrazione pubblica. Tali strumenti vengono a volte definiti mutuando la terminologia delle esperienze ordinarie anglosassoni (si parla spesso, infatti, di poteri di *rule making* e di *adjudication*), ma non sono altro che i classici poteri della pubblica amministrazione, poteri «connotati da una forte relazionalità (causale) nonostante le loro differenze funzionali»⁴³.

Semmai, la novità del fenomeno è apprezzabile sotto l'altro aspetto, su cui ci si è già soffermati in precedenza, legato al nuovo approccio dello Stato e della pubblica amministrazione nei confronti del fenomeno economico (anche nei settori connotati dall'assoggettamento delle attività d'impresa al regime dei servizi di pubblica utilità e quindi agli «obblighi di servizio pubblico»): un approccio che vede lo Stato non più imprenditore o gestore, ma «regolatore», attraverso una disciplina pubblicistica non più finalizzata alla pianificazione o alla programmazione dell'attività degli operatori economici, ma al condizionamento indiretto, alla garanzia del rispetto delle regole del gioco concorrenziale, alla circolazione delle informazioni, alla trasparenza dei mercati e, nei settori connotati dal regime del servizio di pubblica utilità, alla garanzia della soddisfazione dei bisogni ritenuti meritevoli mediante l'erogazione di prestazioni con determinate caratteristiche di continuità, diffusione sul territorio, orientamento tariffario ai costi etc.⁴⁴.

autorità indipendenti, G. AMATO, *Autorità indipendenti nella costituzione economica*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, p. 6 ss.; Id., *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 662 ss.

⁴² L. DE LUCIA, *op. cit.*, p. 298 ss.; L. GIANI, *op. cit.*, p. 19 ss.

⁴³ L. DE LUCIA, *op. cit.*, p. 300.

⁴⁴ Prendendo in considerazione le diverse esigenze che possono essere assunte a fondamento e giustificazione dell'intervento regolatorio, «la régulation est une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel» (G. MARCOU, *La notion juridique de régulation*, in *AJDA*, 20.02.2006, p. 347. V. anche D. SORACE, *Il modello di regolazione dell'energia: profili generali*, in F.



Il mantenimento in mano alla pubblica amministrazione di poteri regolatori risponde all'esigenza che la liberalizzazione dei mercati non conduca alla deregolamentazione senza freni o ad un atteggiamento di irresponsabilità dello Stato nei confronti dei fenomeni economici⁴⁵: «al contrario, la ritirata dello Stato gestore postula e favorisce, per molte ragioni l'emersione di uno Stato regolatore. Ad esempio, una privatizzazione di per sé può essere un cambiamento solo apparente, se non un peggioramento della situazione. Di norma, essa rinvia pertanto ad una adeguata regolazione»⁴⁶.

L'emersione dell'«approccio regolatorio» è coincisa con la scelta consapevole della tendenziale attribuzione delle funzioni amministrative di regolazione ad una nuova tipologia di soggetti pubblici: le autorità indipendenti⁴⁷. La tendenziale associazione della funzione di regolazione economica alla forma organizzativa incarnata da queste ultime autorità costituisce un dato facilmente osservabile, il frutto della prevalenza delle ragioni della garanzia in settori «sensibles», in cui «particolarmente complesso si presentava il confronto tra diritti privati connessi alle iniziative economiche, libertà fondamentali o comunque interessi meritevoli di tutela

dall'ordinamento ed esigenze di controllo pubblico»⁴⁸.

Per quanto riguarda le attività economiche sottoposte al regime del servizio di pubblica utilità, la stretta relazione tra liberalizzazioni e istituzione di autorità di regolazione e garanzia è testimoniata dall'art. 1-*bis* del d.l. n. 332/1994, convertito in legge n. 474/1994, che disponeva la subordinazione della dismissione delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici nelle società operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi alla creazione di organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico.

È così che la privatizzazione delle imprese statali e la liberalizzazione e l'apertura alla concorrenza nell'ambito di settori dell'attività economica connotati dalla presenza delle particolari esigenze del servizio pubblico sono state accompagnate, in stretta connessione, dalla istituzione di autorità indipendenti⁴⁹ competenti alla regolazione degli stessi settori affinché l'affermazione della libertà di iniziativa economica e della concorrenza non produca effetti indesiderati in ordine al pieno godimento dei

Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007.

⁴⁵ «Lo Stato che viene definito 'regolatore' non è uno Stato che indirizza, pianifica l'economia o uno Stato interventista, ma nemmeno uno Stato che opta per il *laissez faire*» (S.A. FREGO LUPPI, *op. cit.*, p. 94). L'approccio seguito preferisce dunque condizionare le scelte dei privati mediante l'uso di tecniche (tipica la c.d. *moral suasion*, ma anche la posizione di regole condizionali in luogo di quelle finalistiche) meno «invasive» rispetto all'esercizio del diritto di iniziativa economica. «A differenza di altri interventi pubblici nell'economia, non vi è volontà di sostituirsi al mercato. Si intende piuttosto evitarne possibili distorsioni a tutela degli attori; si noti, non solo degli operatori, garantiti nella loro possibilità di competere, ma anche dei consumatori, che vanno protetti, oltre che dai rischi dei monopoli, anche dai pericoli che possono aversi in un mercato (ancorché) concorrenziale (ad esempio di carenza di informazione o 'cattivo uso' di informazioni)» (ancora S.A. FREGO LUPPI, *op. cit.*, p. 93); sul punto si veda anche F.P. CASAVOLA, *Quale «statuto» per le Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997, p. 25: «lo slogan, ad esempio, "meno Stato, più mercato", non deve interpretarsi come richiesta di arretramento dello Stato dinanzi ad una espansione dei privati nel mercato, ma di mutamento del ruolo dello Stato in economia: non imprenditore privilegiato e più forte con altri imprenditori, ma garante delle regole di accesso e di correttezza per tutti sul mercato».

⁴⁶ A. LA SPINA - G. MAJONE, *op. cit.*, p. 283.

⁴⁷ Ed infatti, secondo una più recente ricostruzione del fenomeno, con il termine regolazione «si tende a configurare quella azione di controllo esercitata da un soggetto pubblico, a cui, da un lato, viene attribuito un particolare grado di autonomia sul piano infrastrutturale; e che, dall'altro, cumulerebbe l'esercizio di funzioni di tipo normativo, amministrativo e paragiurisdizionale, assolvendo a compiti di *adjudication*, mediante la soluzione di conflitti di natura intersoggettiva»: così M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001, p. 13.

⁴⁸ A. MASSERA, «Autonomia» e «indipendenza» nell'amministrazione dello Stato, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, vol. III, p. 467.

⁴⁹ Si pensi a quanto previsto dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, recante *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità*, con cui è stata istituita, tra le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas. L'autorità in questione è chiamata a garantire la soddisfazione di interessi quali la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, la loro fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, la certezza e la trasparenza delle tariffe, che devono essere tali da armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse, e inoltre la tutela degli interessi di utenti e consumatori (art. 1, comma 1). L'art. 2, comma 14, della legge, espressamente trasferisce all'autorità «tutte le funzioni esercitate da organi statali e da altri enti ed amministrazioni pubbliche, anche a ordinamento autonomo, relative alle sue attribuzioni», con salvezza delle funzioni di indirizzo nel settore spettanti al governo e le attribuzioni riservate alle autonomie locali. L'attuazione delle rilevanti scelte rimesse all'Autorità per l'energia elettrica e il gas passa attraverso la previsione in capo ad essa di non meno rilevanti ed incisivi poteri, analiticamente disciplinati dai commi 12 e 20 dell'art. 2 della legge n. 481/1995; disciplina che deve però trovare adeguato raccordo con il regime cui l'art. 3 della stessa legge sottopone il settore dell'energia elettrica e del gas. Sul punto si veda A. FERRARI, *Sub art. 2, commi 1°-4°*, in A. Bardusco, G. Caia, G. Di Gaspare (a cura di), *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, commentario alla legge 14 novembre 1995, n. 481, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 238 ss.

diritti dei consociati a che il servizio, costituente ormai oggetto di attività imprenditoriale privata, sia prestato a condizioni di qualità, continuità, accessibilità e capillarità tali da consentirne a tutti il godimento.

Tale scelta è motivata dalla duplice esigenza di attribuire funzioni particolarmente complesse (come quelle relative alla determinazione delle tariffe o degli standard tecnici di prestazione) ad organismi in possesso delle competenze tecniche necessarie al loro svolgimento, ma anche di risolvere in radice eventuali conflitti di interesse che potrebbero verificarsi qualora l'impresa erogatrice del servizio fosse in mano pubblica⁵⁰.

Quello dell'autorità indipendente come autorità di regolazione, come si diceva, è il modello allo stato tendenzialmente dominante. Ciò non significa, ovviamente, che esso sia l'unico modello attualmente esistente per la regolazione dei servizi di pubblica utilità. In alcuni settori permane il modello ministeriale (si pensi a quanto avviene, ad es., per il trasporto ferroviario), mentre per i servizi pubblici locali gli artt. 42 e 112 e ss. del Testo unico degli enti locali continuano ad attribuire agli organi degli enti locali importanti funzioni di regolazione dei servizi (quali la disciplina generale delle tariffe per la fruizione dei servizi, la determinazione delle forme di gestione e così via)⁵¹.

Tutto questo pone l'interrogativo in ordine alle ragioni che hanno spinto il compilatore del Codice del consumo a limitare allo Stato e alle regioni la funzione di garantire, nell'ambito delle rispettive competenze, i diritti degli utenti dei servizi pubblici.

Si potrebbe pensare che le ragioni di tale limitazione risiedano nel fatto che il codificatore abbia inteso riferire la portata dell'art. 101 del Codice del consumo alla sola garanzia attuata tramite l'esercizio della funzione legislativa, che come noto ai sensi dell'art. 117 Cost. compete allo Stato e alle regioni (oltre che alle province autonome di Trento e di Bolzano).

La spiegazione però non convince ove si tenga presente che la garanzia cui il comma 1 dell'art. 101 fa riferimento passa attraverso «la concreta e corretta attuazione dei principi e dei criteri previsti dalla normativa vigente in materia», e dunque tramite l'esercizio di funzioni tipicamente amministrative

che consentano la traduzione in concreto dei principi posti dalle leggi già vigenti.

D'altra parte, non può nemmeno ritenersi che la norma intenda fondare una nuova e diversa responsabilità dello Stato e delle regioni, come «supergaranti» dell'attuazione dei principi posti dalla legislazione in materia di servizi pubblici: la disposizione è chiara nel limitare il raggio di azione dei due livelli territoriali di governo all'«ambito delle rispettive competenze».

Dal momento, dunque, che la garanzia dei diritti degli utenti dei servizi pubblici passa tramite l'esercizio di funzioni amministrative che, come si è visto, fanno capo anche (e, per taluni settori, in misura preponderante) a soggetti pubblici diversi dallo Stato e dalle regioni, pare necessario concludere che l'omissione di qualsiasi riferimento a tali amministrazioni sia frutto di una dimenticanza del legislatore.

Dunque, ove si voglia dare alla disposizione in esame valore meramente ricognitivo delle funzioni attribuite dalla legge alla pubblica amministrazione in materia di pubblici servizi, dovrà tenersi nella necessaria considerazione che oltre allo Stato e alle regioni, l'ordinamento attribuisce importanti funzioni di regolazione dei servizi pubblici ad altri organismi quali le autorità indipendenti istituite proprio a questi fini e, riguardo ai servizi pubblici locali, alle province e ai comuni.

Ove invece si voglia riconoscere all'art. 101, comma 1, un proprio valore precettivo, nel senso che si ritenga che esso valga ad affermare una precisa responsabilità delle pubbliche amministrazioni in ordine alla garanzia del diritto alla fruizione dei servizi pubblici, bisognerebbe operare un'estensione in via interpretativa della portata dell'articolo adesso in commento alle altre pubbliche amministrazioni a cui l'ordinamento attribuisca funzioni di regolazione dei servizi pubblici.

4. I diritti degli utenti: standard e carte dei servizi

I commi 2, 3 e 4 dell'art. 101 del Codice del consumo si occupano degli standard di qualità dei servizi. Si tratta di disposizioni che rinviano alla normativa vigente in materia di servizi pubblici, sia per quanto riguarda la stessa previsione degli standard qualitativi sia per ciò che concerne i soggetti erogatori dei servizi, che sono obbligati ad adottare la carta dei servizi attraverso meccanismi diversificati in relazione al settore.

La questione della definizione degli standard è ovviamente di centrale importanza in quanto chiama in causa direttamente, per ciò che concerne la mate-

⁵⁰ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 181 ss.

⁵¹ Si consideri che, rispetto ai servizi pubblici locali, l'art. 35, comma 14, della legge n. 448/2001 prevede espressamente che «nell'esercizio delle loro funzioni, gli enti locali, anche in forma associata, individuano gli standard di qualità e determinano le modalità di vigilanza e controllo delle aziende esercenti i servizi pubblici, in un quadro di tutela prioritaria degli utenti e dei consumatori».



ria dei servizi pubblici, la determinazione dei contenuti della «cittadinanza sostanziale» e quindi rinvia alla questione della rimozione degli «ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (art. 3 Cost.).

Non a caso il riformatore costituzionale del 2001, nell'ambito della ridefinizione del riparto della competenza legislativa tra Stato e regioni, ha ritenuto di assegnare allo Stato la potestà legislativa esclusiva in materia di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, comma 2, lett. m, Cost.)⁵².

I commi 2 e 3 dell'art. 101 del Codice del consumo sembrano richiamare, in forma più sintetica, quanto già disposto dall'art. 11 del d.lgs. n. 286/1999, che al primo comma stabilisce che «i servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme, anche associative, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi».

Già la legge n. 281/1998 aveva riconosciuto in capo a consumatori ed utenti il diritto «fondamentale» alla «erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza» (art. 1, comma 2, lett. g).

Ancora prima, la legge istitutiva delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (legge n. 481/1995) aveva indicato tra i suoi obiettivi quella della garanzia di «adeguati livelli di qualità (...) in condizioni di economicità e di redditività» (art. 1).

L'art. 101 del Codice del consumo, non sembra dunque introdurre particolari novità al panorama normativo in materia.

Ordinariamente, la definizione degli standard ha a che fare tanto con la determinazione degli «obiet-

tivi di qualità che si riferiscono al complesso delle prestazioni» (standard generici) quanto con la individuazione delle caratteristiche qualitative e quantitative di ciascuna delle singole prestazioni costituenti il servizio (standard specifici)⁵³. La definizione di tali ultimi standard, dal punto di vista dell'utente, è evidentemente di cruciale importanza, dal momento che soltanto facendo riferimento ad essi il fruitore del servizio può verificare direttamente l'adempimento degli obblighi gravanti sul gestore⁵⁴.

Gli standard sono definiti con «direttive» emanate da soggetti pubblici.

Tali direttive sono emanate dalle autorità indipendenti di regolazione nei settori in cui la legge abbia attribuito a tali soggetti le relative funzioni amministrative.

L'Autorità dell'energia elettrica e del gas, ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. h), della legge n. 481/1995, «emana le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti (...), definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione».

Analogamente, ai sensi dell'art. 1, comma 6, della legge n. 249/1997, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, tra le altre funzioni, «emana direttive concernenti i livelli generali di qualità dei servizi e per l'adozione, da parte di ciascun gestore, di una carta del servizio recante l'indicazione di standard minimi per ogni comparto di attività».

Per i settori in cui non operano autorità di regolazione, la già citata legge n. 286/1999, al comma 2 dell'art. 11, stabilisce che «le modalità di definizione, adozione e pubblicizzazione degli standard di qualità, i casi e le modalità di adozione delle carte dei servizi, i criteri di misurazione della qualità dei servizi, le condizioni di tutela degli utenti, nonché i casi e le modalità di indennizzo automatico e forfetario all'utenza per mancato rispetto degli standard di qualità sono stabilite con direttive, aggiornabili annualmente, del Presidente del Consiglio dei Ministri»⁵⁵.

⁵³ Cfr. la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994, *Principi sull'erogazione dei servizi pubblici*, all. 2.

⁵⁴ G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, p. 314 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., p. 210.

⁵⁵ Per quanto riguarda il settore postale, l'art. 2 del d.lgs. n. 261/1999 designa, quale organo di regolazione, l'Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale che, ai sensi dell'art. 12, «al fine di garantire un servizio postale di buona

⁵² Sui livelli essenziali si veda: E. BALBONI, *Il concetto di «livelli essenziali e uniformi» come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Istituz. feder.*, 2001, p. 1103 ss.; M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra stato e regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della costituzione*, in *Pol. dir.*, 2002, p. 345 ss.; G. ROSSI - A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Il nuovo titolo V della Costituzione. Stato/regioni e diritto del lavoro*, suppl. al fasc. n. 1 di *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 34 ss.; C. PINELLI, *Sui livelli essenziali di prestazione concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 881 ss.; V. MOLASCHI, *Sulla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni»: riflessioni sulla vis expansiva di una «materia»*, in *San. pubbl. priv.*, 2003, p. 523 ss.; ID., *«Livelli essenziali delle prestazioni e Corte costituzionale»: prime osservazioni*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 398 ss.



Un «prototipo» di tali direttive è quella emanata con D.P.C.M. del 27 gennaio 1994 e contenente i principi sull'erogazione dei servizi pubblici.

Ai sensi della direttiva, «l'erogazione dei servizi pubblici, nell'ambito delle modalità stabilite dalla normativa regolatrice di settore, deve essere continua, regolare e senza interruzioni. I casi di funzionamento irregolare o di interruzione del servizio devono essere espressamente regolati dalla normativa di settore. In tali casi, i soggetti erogatori devono adottare misure volte ad arrecare agli utenti il minor disagio possibile». E inoltre «l'erogazione del servizio pubblico deve essere ispirata al principio di eguaglianza dei diritti degli utenti»; «i soggetti erogatori hanno l'obbligo di ispirare i propri comportamenti, nei confronti degli utenti, a criteri di obiettività, giustizia ed imparzialità. In funzione di tale obbligo si interpretano le singole clausole delle condizioni generali e specifiche di erogazione del servizio e le norme regolatrici di settore»; «il servizio pubblico deve essere erogato in modo da garantire l'efficienza e l'efficacia. I soggetti erogatori adottano le misure idonee al raggiungimento di tali obiettivi».

Un numero sempre maggiore di disposizioni fa obbligo ai soggetti gestori di adottare le carte dei servizi, in cui devono trovare indicazione gli standard delle prestazioni che ciascun gestore si impegna a mantenere nell'erogazione del servizio.

Si tratta di uno strumento che negli anni '90 ha conosciuto notevole impulso anche sotto la spinta di esperienze maturate in altri contesti ordinamentali⁵⁶.

Nei più importanti settori economici soggetti alla disciplina del servizio di pubblica utilità, il Governo ha così predisposto schemi generali di riferimento per l'adozione delle carte dei servizi da parte dei gestori⁵⁷.

Gli standard stabiliti secondo le procedure e con gli strumenti a cui si è fatto fin qui riferimento con-

qualità, stabilisce, sentito il consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, gli standard qualitativi del servizio universale, adeguandoli a quelli realizzati a livello europeo, essenzialmente con riguardo ai tempi di istradamento e di recapito ed alla regolarità ed affidabilità dei servizi. Detti standard sono recepiti nella carta della qualità del servizio pubblico postale».

⁵⁶ Si pensi a quanto avvenuto nel Regno Unito con l'adozione della *Citizen's Charter* (1991), in Francia con la *Charte des services publics* (1992), in Belgio con la *Charte des utilisateurs des services publics* (1992), in Spagna con il *Plan de Modernización de la Administración del Estado* (1992).

⁵⁷ Cfr. per il servizio di assistenza sanitaria il D.P.C.M. del 19 maggio 1995, per l'istruzione scolastica il D.P.C.M. del 7 giugno 1995, per la distribuzione dell'energia elettrica il D.P.C.M. 18 settembre 1995, per la distribuzione del gas il D.P.C.M. 18 settembre 1995, per l'assistenza e la previdenza sociale il D.P.C.M. 21 dicembre 1995, per il servizio postale il D.P.C.M. 30 gennaio 1996, per i trasporti il D.P.C.M. 30 dicembre 1998, per il servizio idrico il D.P.C.M. 29 aprile 1999.

corrono alla definizione del contenuto del contratto che regola il rapporto di utenza.

L'effetto di integrazione del contenuto del contratto di utenza è esplicitamente previsto per le direttive adottate dalle autorità di regolazione: ai sensi del comma 37 della legge n. 481/1995 «le determinazioni delle Autorità di cui al comma 12, lett. h), costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio»⁵⁸, espressione quest'ultima con cui ci si riferisce allo schema contrattuale predisposto dall' esercente, contenente le condizioni generali della fornitura del servizio⁵⁹.

Lo stesso effetto di integrazione del contratto è prodotto dalle direttive emesse dal Presidente del Consiglio sulla base del citato art. 11, comma 2, della legge n. 286/1999: il recepimento degli standard fissati da tali direttive nelle carte dei servizi costituisce in capo agli utenti diritti tutelabili con i rimedi generali previsti dal codice civile, integrando il contratto o costituendo oggetto di promesse al pubblico⁶⁰.

Per tali settori, la citata direttiva del 27 gennaio 1994 stabilisce che «l'osservanza degli standard non può essere soggetta a condizioni. Essi sono deroga-

⁵⁸ Sul punto, si veda V. COZZOLI, *Sub art. 2, comma 37°*, in A. Bardusco, G. Caia, G. Di Gaspare (a cura di), *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, cit., p. 460 ss.

⁵⁹ G. NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 319; V. COZZOLI, *op. cit.*, p. 460; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 182 ss., secondo cui «i regolamenti di servizio possono essere configurati (...) come atti che indicano le condizioni generali che si applicano ai contratti con gli utenti e che hanno effetto nei limiti ed alle condizioni previste dall'art. 1341 c.c. La loro vigenza non è dunque fondata su alcun particolare potere di supremazia del soggetto che produce ed eroga il servizio nei confronti dell'utente, ma invece su un rapporto contrattuale che vincola ambedue i soggetti e comporta l'insorgere nei confronti dell'utente di diritti e di obblighi».

Ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. p), della legge n. 481/1995, poi, l'autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità è chiamata a controllare che ogni soggetto esercente adotti una carta dei servizi, sulla base di quanto dispone la direttiva del Presidente del Consiglio del 27 gennaio 1994, con l'indicazione degli standard dei singoli servizi e a verificarne il rispetto.

⁶⁰ G. NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 316 ss.; G. VESPERINI, *Il recepimento della carta dei servizi pubblici in atti normativi*, in G. Vesperini, S. Battini, *La carta dei servizi pubblici: erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini, 1997, p. 96 ss.; D. SORACE, *op. ult. cit.*, p. 147.

L'effetto di integrazione del contratto di servizio ad opera delle indicazioni contenute nella carta dei servizi è espressamente previsto, nel settore dei trasporti pubblici, dall'art. 12 del D.lgs. n. 422/1997, secondo cui «i contratti di servizio» definiscono le condizioni di erogazione del servizio «nel rispetto anche delle disposizioni dell'articolo 14, comma 2, del regolamento n. 1191/69/CEE, così come modificato dall'articolo 1 del regolamento 1893/91/CEE, nonché nel rispetto dei principi sull'erogazione dei servizi pubblici così come fissati dalla carta dei servizi del settore trasporti».



bili solo se i risultati sono più favorevoli agli utenti».

Acquistano così consistenza e significato i «diritti degli utenti dei servizi pubblici» di cui al comma 1 dell'art. 101 del Codice del consumo, diritti che hanno ad oggetto la prestazione dei servizi secondo gli standard qualitativi e quantitativi definiti nelle direttive emanate dalle autorità di regolazione o dal Presidente del Consiglio, e quindi recepiti, ove previsto, nelle carte dei servizi.

Alle procedure di definizione e di valutazione degli standard di erogazione dei servizi deve essere garantita, secondo il comma 3 dell'art. 101, la partecipazione degli utenti mediante forme rappresentative. Anche questa disposizione recepisce in forma sintetica quanto già previsto da diverse norme generali e settoriali.

Per ciò che concerne la regolazione dei servizi di pubblica utilità attuata attraverso autorità indipendenti, l'art. 2, comma 12, lett. h), della legge n. 481/1995 già prevedeva il dovere dell'Autorità di regolazione, nell'esercizio della funzione di direttiva in relazione ai livelli generali e specifici di qualità delle prestazioni, di sentire «i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settori e tipo di prestazione».

La legge n. 481/1995 istituisce dunque una forma di contraddittorio più ampia di quella prevista dall'art. 101, comma 3, del Codice del consumo, prevedendo il coinvolgimento non soltanto degli utenti/consumatori dei servizi, e per essi di loro rappresentanti, ma anche dei soggetti esercenti il servizio⁶¹.

Ovviamente, la presenza di entrambe le categorie persegue la finalità di definire in concreto standard effettivamente raggiungibili da parte dei gestori, che però rispondano il più possibile alle esigenze dell'utenza, e ciò soprattutto in settori in cui la presenza di posizioni dominanti sul lato dell'offerta potrebbe portare ad abusi a discapito, per l'appunto, della qualità del servizio.

La legge poi prevede che le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità procedano periodicamente alla consultazione delle organizzazioni rappresentative degli utenti, nonché delle organizzazioni ambientaliste, delle associazioni rappresentative delle imprese e dei lavoratori, e provvedano a svolgere rilevazioni sul grado di soddisfazione degli utenti. Le autorità sono anzi chiamate a disciplinare con appositi regolamenti le modalità di svolgimento

di tali audizioni periodiche (art. 12, comma 23, legge n. 481/1995)⁶².

Norme ancora più generali sulla partecipazione dei soggetti interessati mediante procedure di consultazione pubblica sono dettate dal Codice delle comunicazioni elettroniche⁶³.

Si potrebbe ritenere che l'effetto precettivo del comma 3 dell'art. 101 consista nella estensione della regola della partecipazione delle associazioni rappresentative degli utenti alla definizione degli standard dei servizi a tutti i settori in cui non ci siano disposizioni specifiche che già lo prevedano.

Sul punto si deve peraltro ricordare che la già ricordata direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994 prevede già in via generale che «gli standard sono sottoposti a verifica con gli utenti in adunanze pubbliche».

5. Il rapporto di utenza e le forme di tutela degli utenti

Tutte le considerazioni che precedono in ordine al diverso ruolo assunto nell'attuale fisionomia dei servizi pubblici dai diversi attori coinvolti nella loro prestazione (pubblica amministrazione, soggetti gestori, utenti privati) inducono adesso a fare alcune precisazioni in ordine al «rapporto di utenza» di cui parla il comma 2 dell'art. 101 del Codice del consumo.

Di fronte allo scenario sinteticamente descritto, non c'è ormai più nessuna ragione per continuare a ritenere il fruitore del servizio pubblico in una posizione di soggezione nei confronti dei soggetti chiamati a garantire la prestazione⁶⁴.

⁶² La materia è stata disciplinata dall'Autorità dell'energia elettrica e del gas con le delibere n. 44 del 1997, n. 56 del 1999 e 33 del 2003. Sul punto sia consentito il rinvio a D. DE GRAZIA, *La regolazione dei servizi di pubblica utilità e l'attività «normativa» dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in P. Carretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2005, p. 100.

⁶³ Ai sensi dell'art. 11 del Codice (d.lgs. n. 259/2003), «il Ministero [delle comunicazioni] e l'Autorità [per le garanzie nelle comunicazioni], quando intendono adottare provvedimenti in applicazione del Codice che abbiano un impatto rilevante sul mercato di riferimento, consentono alle parti interessate di presentare le proprie osservazioni sulla proposta di provvedimento entro un termine non inferiore a trenta giorni a decorrere dalla notifica alle parti interessate della proposta di provvedimento».

⁶⁴ Sul punto cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 182 ss., che osserva come in passato si era ritenuto che i fruitori di servizi pubblici «dovevano considerarsi destinatari di un atto di "ammissione" al servizio che aveva l'effetto di porli in una situazione di speciale soggezione (...) nei confronti di chi erogava il servizio. Questo soggetto, a sua volta, si trovava, nei confronti dei fruitori, in una situazione di "supremazia speciale" che lo legittimava a dettare unilateralmente norme regolanti i loro comportamenti. Ma una tale spie-

⁶¹ Sul punto, si veda V. COZZOLI, *Sub art. 2, comma 12°, lett. h)*, in A. Bardusco, G. Caia, G. Di Gaspare (a cura di), *op. cit.*, p. 306 ss.



La natura della posizione dell'utente del servizio pubblico nei confronti del soggetto gestore era già chiara al legislatore che infatti nell'originaria versione dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998 aveva espressamente escluso dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici «i rapporti individuali di utenza con soggetti privati», rapporti che, dunque erano attratti dalla giurisdizione del giudice ordinario. Tale conclusione deve essere tenuta ferma ancora oggi, nonostante l'intero comma 2 dell'art. 33 sia stato dichiarato incostituzionale dalla Consulta⁶⁵, e ciò per la stessa filosofia che anima la sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, che ha inteso escludere la giustificazione della devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle materie in cui non siano in discussione momenti di esercizio di poteri autoritativi da parte della pubblica amministrazione⁶⁶.

In verità, la questione della sostanza della posizione giuridica degli utenti dei servizi pubblici nei confronti dell'amministrazione era già stata affrontata, prima dell'affermazione dell'approccio regolatorio, da chi aveva correttamente osservato che la stessa Costituzione parla, in molti casi, letteralmente di «diritti» dei cittadini rispetto ad alcune prestazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, pur se variamente condizionati di fronte a fattori quali la limitatezza delle risorse, le forme e i modi di organizzazione dei servizi e così via.

gazione riconduce al diritto amministrativo una vicenda che può essere meglio spiegata in termini di diritto comune».

⁶⁵ Corte cost., 6.07.2004 n. 204, cit., che ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità dell'art. 33, comma 2, del d.lgs. n. 80/1998, nella parte in cui prevedeva la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di «tutte le controversie in materia di pubblici servizi» anziché delle «controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore».

⁶⁶ Secondo la Corte «il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, comma 2, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo».

Già allora si riteneva che i poteri dell'amministrazione, in questo campo, dovevano essere tenuti ben distinti rispetto ai tradizionali poteri autoritativi della P.A.: mentre rispetto a questi ultimi vengono in gioco «interessi di libertà» dei destinatari degli atti amministrativi, gli utenti di servizio pubblico vantano, nei confronti dell'amministrazione titolare dei poteri di organizzazione del servizio, «interessi-diritti» alle prestazioni, ovvero «interessi di pubblico servizio», la cui soddisfazione costituisce limite invalicabile, nel senso che tali poteri possono solo «avere diversi modi di esercizio, ma solo perché in diversi modi può essere raggiunto l'obiettivo-limite»⁶⁷.

A maggior ragione oggi, nel mutato approccio di cui si è detto, non può essere messo in dubbio che il rapporto di utenza debba essere ricostruito come rapporto paritario (fatto di diritti e di obblighi, e non di potere e soggezione) tra utente e gestore⁶⁸.

La locuzione «rapporto di utenza» indica sinteticamente proprio questa realtà: un rapporto, ovvero una relazione tra pari, che si impegnano reciprocamente alla esecuzione di prestazioni, ovvero la prestazione oggetto del servizio e il pagamento della tariffa.

Si sono visti i modi e gli strumenti predisposti dall'ordinamento per la definizione delle condizioni contrattuali del rapporto di utenza: tali condizioni sono determinate dall'erogatore del servizio e, per quanto riguarda gli standard qualitativi generici e specifici e, entro certi limiti, le tariffe, dalle autorità di regolazione. Esse sono poi versate nelle carte dei servizi, i cui contenuti integrano il contratto che è alla base del rapporto di utenza.

«Il nuovo regime dei servizi di pubblica utilità dirige il diritto alla prestazione non più verso lo Stato o altro ente pubblico (...), ma nei confronti di soggetti privati (le imprese erogatrici) che agiscono secondo la logica propria del mercato, gravitando

⁶⁷ Cfr. D. SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 205 ss., e in partic. c. 212 ss., il quale, di fronte all'obiezione radicale fondata sulla circostanza che la piena soddisfazione dei bisogni dei cittadini sottesi ai servizi in questione richiedeva ingenti masse finanziarie non sempre disponibili per lo Stato, osservava che «non si vede come la non solvibilità del debitore possa estinguere o trasformare la natura dell'eventuale diritto di credito». Si veda anche G. ALPA, *Contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 107 ss.

⁶⁸ Per una sintetica rassegna dell'evoluzione, dottrinarie e giurisprudenziale, che ha portato a tale conclusione può rinviarsi a M. MONTINI, *Mezzi e forme di tutela giurisdizionale degli utenti dei servizi economici*, in A. Corpaci (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, cit., p. 111 ss., il quale ritiene ormai possibile «ricondurre l'intero assetto delle posizioni soggettive connesse alla posizione del cittadino/utente, almeno con riferimento ai servizi pubblici economici, nell'ambito del modello delle obbligazioni negoziali».



sulla sfera pubblica unicamente la responsabilità, variamente articolata, per il servizio complessivamente considerato»⁶⁹.

L'intervento (regolatorio) della pubblica amministrazione, lungi dall'incidere autoritativamente sulle posizioni degli utenti, si pone proprio a tutela di questi ultimi, condizionando i gestori privati dei servizi verso l'adozione di comportamenti coerenti con la necessità di garantire standard di servizio adeguati⁷⁰.

Non potendo essere messo seriamente in discussione il carattere paritario, nei termini appena visti, del rapporto tra fruitore e soggetto erogatore, si può semmai ricostruire la posizione dell'utente come soggetto da cui si diramano due ordini di relazioni parallele, uno nei confronti dei soggetti (privati, o eventualmente pubblici) erogatori delle prestazioni costituenti servizio pubblico, l'altro nei confronti dell'amministrazione incaricata della regolazione dell'attività economica costituente servizio di pubblica utilità⁷¹.

Il diritto dell'utente a ricevere dal gestore prestazioni in linea con gli standard qualitativi e quantitativi definiti in sede di regolazione del servizio trova riconoscimento e garanzia da parte dell'ordinamento in una molteplicità di forme.

In primo luogo, tale tutela passa per l'obbligo fatto al gestore di rendere conoscibili gli standard del servizio, al fine di consentire agli utenti di verificarne l'osservanza⁷².

La necessità che gli standard siano resi conoscibili agli utenti è espressamente prevista, in via generale, dal comma 2 dell'art. 101 del Codice del consumo. Tale esigenza è però già alla base della disposizione di cui all'art. 2, comma 12, lett. i) e l), della legge n. 481/1995, il quale, per quanto riguarda i servizi di pubblica utilità, prevede che l'autorità di regolazione si faccia carico della più ampia pubblicità delle condizioni di svolgimento dei servizi.

La mancata osservanza degli standard di servizio da parte dei soggetti gestori potrà essere fatta vale-

re, nei confronti di questi ultimi, tramite apposite procedure di reclamo, ovvero in sede di conciliazione stragiudiziale⁷³, ovvero ancora in sede giurisdizionale⁷⁴, tramite la formulazione nei confronti del gestore di domande di risarcimento dei danni, che non precludono comunque la via della richiesta di indennizzo.

A quest'ultimo proposito, vi è da ricordare che diverse disposizioni prevedono la possibilità che l'utente possa tutelarsi avverso il mancato rispetto degli standard di servizio mediante la richiesta di forme di «rimborso nei casi in cui è possibile dimostrare che il servizio reso è inferiore, per qualità e tempestività, agli standard pubblicati» (direttiva del Presidente del Consiglio del 27 gennaio 1994), ovvero di indennizzi automatici e forfettari, che possono essere richiesti dagli utenti nei confronti del gestore «per mancato rispetto degli standard di qualità» (art. 11, comma 2, del d.lgs. n. 286/1999) o qualora il gestore «non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti» (art. 12, comma 2, lett. g), della legge n. 481/1995). La misura degli indennizzi è stabilita con direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri ovvero delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità⁷⁵.

Oltre che individualmente, i diritti degli utenti nei confronti dei gestori dei servizi pubblici possono essere esercitati anche in una dimensione collettiva. Tale esercizio avviene in sede di definizione degli standard (ove, come si è detto, è prevista la partecipazione delle organizzazioni rappresentative degli utenti), ma anche in sede giurisdizionale, tramite l'esercizio delle azioni inibitorie già previste dall'art. 3 della legge n. 281/1998 e oggi disciplinate dagli artt. 139 e ss. del Codice del consumo⁷⁶.

L'attuale disciplina dei servizi di pubblica utilità attribuisce poi una qualche rilevanza, oltre che al rapporto di utenza che si instaura tra il fruitore del servizio ed il gestore, anche ad una parallela serie di relazioni, che riguardano l'interesse degli utenti a che le autorità pubbliche adottino i provvedimenti necessari perché i servizi siano resi a condizioni e secondo standard ritenuti accettabili ed adeguati alla soddisfazione degli «interessi-diritti» di servizio pubblico.

⁶⁹ Così L. DE LUCIA, *op. cit.*, p. 43.

⁷⁰ D. SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico»*, cit., c. 212 ss.

⁷¹ Cfr. G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., p. 572 ss., che individua uno degli aspetti che caratterizzano la nuova disciplina dei servizi di pubblica utilità nella «duplice direzione alla quale sono rivolte le pretese degli utenti. Questa è il risultato della distinzione tra i soggetti che gestiscono i servizi e le autorità preposte alla loro regolazione». Sul punto si vedano anche M. CAMMELLI, *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni per i servizi*, A. MASSERA, *Diritti degli utenti e regolazione della concorrenza: le carte dei servizi e le autorità indipendenti*, entrambi in D. Sorace (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998, p. 3 ss. e p. 31 ss.

⁷² W. GASPARRI, *Gli istituti alternativi di composizione delle liti*, in A. Corpaci (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, cit., p. 205 ss.

⁷³ Cfr. W. GASPARRI, *Gli istituti alternativi di composizione delle liti*, cit., p. 169 ss.

⁷⁴ Cfr. G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., p. 591 ss.

⁷⁵ Sul punto si rinvia a G. NAPOLITANO, *Gli «indennizzi automatici» agli utenti di servizi pubblici*, in *Danno e resp.*, 1996, p. 15 ss.; Id., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., p. 592 ss.; M. CAMMELLI, *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni per i servizi*, cit., p. 13.

⁷⁶ Sul punto si veda M. MONTINI, *Mezzi e forme di tutela giurisdizionale degli utenti dei servizi economici*, cit., p. 143 ss.



Se una tale «pretesa» possa dare luogo a situazioni giuridicamente tutelabili in capo agli utenti nei confronti delle pubbliche amministrazioni è questione a tutt'oggi aperta.

Un sicuro e significativo momento di rilevanza dell'interesse degli utenti nell'ambito dell'esercizio delle funzioni di competenza dell'autorità amministrativa di regolazione dei servizi è dato dalla partecipazione, nei termini che si sono visti sopra, delle associazioni rappresentative alle procedure preordinate alla definizione degli standard di servizio pubblico.

La possibilità degli utenti di accedere ad altre forme di tutela (di annullamento o risarcitoria) nei confronti dell'amministrazione per il cattivo esercizio della funzione di regolazione delle attività economiche private connotate dal regime del servizio di pubblica utilità andrebbe vagliata, in primo luogo, alla luce della rilevanza assegnata dall'ordinamento allo specifico «interesse di servizio» portato dal singolo utente⁷⁷.

Da questo punto di vista, un utile punto di partenza è rinvenibile nel nuovo testo dell'art. 117 della Costituzione, come modificato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, che, come si è visto, attribuisce alla potestà legislativa esclusiva statale la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, comma 2, lett. m, Cost.).

La Costituzione assegna cioè alla legge statale il compito di stabilire, nei vari settori in cui il legislatore consideri doveroso l'intervento dei pubblici poteri a garanzia della soddisfazione di certi bisogni, i livelli essenziali delle relative prestazioni.

⁷⁷ Per qualche notazione generale, e con riguardo particolare alla «definizione di nuovi diritti» da parte delle carte dei servizi, da cui il giudice potrebbe «acquisire nuovi spazi di valutazione, in linea con la sempre più ampia sottoposizione della P.A. ai principi della responsabilità civile», si veda F. PELLIZZER - L. TRUCCHIA, *Brevi spunti sulla tutela dell'utente*, cit. *rispetto alla qualità del servizio: l'autorità di regolazione*, in D. Sorace (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, cit., p. 57 ss. e p. 64 ss. In relazione all'estensione dell'area della discrezionalità amministrativa e all'ammissibilità del sindacato giudiziario sulle scelte dell'amministrazione, si veda C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 127 ss., e in partic. p. 156: «alle origini, la materia dell'organizzazione esprimeva il massimo della discrezionalità amministrativa. Oggi il quadro è cambiato. La funzione di organizzazione si è in qualche modo positivizzata (e forse in parte privatizzata). In particolare, specialmente nell'ambito delle attività di erogazione di pubblici servizi, è evidente il carattere strumentale della discrezionalità organizzativa, cosicché, qualora sia possibile definire la consistenza giuridica dell'interesse dei destinatari del servizio, questo stesso interesse diviene limite alla discrezionalità organizzativa, nel senso che essa comunque non ricomprende quelle scelte che possano pregiudicare l'altrui situazione soggettiva».

Si è visto come in diversi settori il legislatore abbia già provveduto a dettare il contenuto minimo delle prestazioni che devono essere erogate agli utenti nel rispetto di certi parametri attraverso il concetto di «servizio universale».

Il problema potrebbe consistere, dunque, nella definizione delle tutele da riconoscere in capo agli utenti nelle ipotesi in cui le amministrazioni di regolazione male esercitino i poteri loro attribuiti dalla legge, consentendo ai gestori l'erogazione di servizi al di sotto degli standard del servizio universale.

La diversità dei modi in cui può tradursi l'azione dei pubblici poteri finalizzata della garanzia della prestazione dei servizi (secondo il modello del servizio di pubblica utilità, che vede la regolazione amministrativa di attività economiche svolte da privati, ovvero secondo gli schemi del servizio pubblico in senso stretto), conduce ad una varietà di forme che può assumere la responsabilità della pubblica amministrazione nei confronti dei cittadini/utenti.

La questione rimanda al complesso problema della definizione di un assetto che garantisca la coesistenza e la distinzione tra le responsabilità del potere politico e quelle dell'organismo tecnico di regolazione⁷⁸, un assetto che, nella chiara distinzione tra le due sfere di competenza, individui quali scelte di fondo debbano essere lasciate alla responsabilità di un organo a legittimazione democratica (ad esempio il contenuto e le caratteristiche del servizio universale) e, nell'ambito di queste linee direttrici di fondo, conferisca all'autorità di regolazione piena indipendenza nell'adozione delle misure più idonee in vista della soddisfazione degli interessi pubblici definiti dagli organi politici con il minor turbamento possibile del gioco concorrenziale.

In un disegno di questo tipo, una serie di scelte e di decisioni adottabili dalla amministrazione non potrebbe che collocarsi al livello della politica generale dei servizi. Si tratta delle scelte strategiche che vengono fatte per decidere se perseguire la via della regolazione o provvedere direttamente alla (organizzazione della) prestazione del servizio (pubblico in senso stretto), quindi delle decisioni relative alla definizione degli standard (per i servizi di pubblica utilità) o alle forme di gestione dei servizi (per i servizi pubblici in senso stretto), e così via.

Tali decisioni che raramente sono idonee a produrre effetti diretti nei confronti degli utenti, e dunque generano solo responsabilità politica, che può essere «fatta valere» solo mediante il processo politico-elettorale (ovvero mediante la conferma o la rimozione, in sede elettorale, dei rappresentanti che

⁷⁸ D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Merc. concurr. regole*, 2003, p. 349.



abbiano male amministrato in materia di politica dei servizi)⁷⁹.

Una volta, però, che le scelte di politica generale dei servizi siano state compiute, la traduzione degli indirizzi così formati dovrebbe essere di pertinenza delle autorità amministrative, che in tale loro attività non potrebbero sottrarsi al sindacato sulla legittimità dei propri atti.

Non è dunque escluso che si verifichino casi in cui, oltre alla responsabilità politico-istituzionale di cui si è appena detto, possa essere fatta valere una diversa forma di responsabilità.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui la pubblica amministrazione ometta di adottare gli atti (eventualmente anche normativi) che siano necessari a dare attuazione agli «interessi-diritti» degli utenti definiti in sede di determinazione degli indirizzi di politica dei servizi, mediante il condizionamento dei comportamenti dei gestori.

Ancora, si pensi all'ipotesi in cui l'amministrazione eserciti illegittimamente specifici poteri conferiti dalla legge, ad esempio in materia di nomine, di emanazione di direttive ai gestori, di trasferimenti di risorse finanziarie e via dicendo.

In questi casi, sussistendo tutti i presupposti, nulla dovrebbe impedire agli utenti di accedere ai mezzi di tutela predisposti dall'ordinamento nei confronti della pubblica amministrazione.

La tutela costitutiva, ovvero l'annullamento dei provvedimenti amministrativi illegittimi adottati dalla pubblica amministrazione nell'esercizio della funzione di regolazione dei servizi di pubblica utilità, oltre che dai gestori destinatari degli effetti diretti degli atti di regolazione illegittimi, potrebbe essere richiesta dagli utenti solo attraverso le loro organizzazioni rappresentative, e ciò in considerazione dell'orientamento secondo cui rispetto agli atti della amministrazione regolatrice gli utenti possono vantare interessi diffusi.

Anche l'accesso al risarcimento dei danni, per quanto questo tipo di tutela possa essere considerato non pienamente appagante rispetto al particolare tipo di interessi di cui sono portatori gli utenti dei servizi pubblici⁸⁰, non potrebbe dirsi pregiudizialmente escluso.

Tale tutela, attivabile individualmente dagli utenti che ritengano di aver subito un danno «da dis-servizio» quale conseguenza del cattivo esercizio delle funzioni amministrative, pone semmai il problema della individuazione di criteri che consentano di determinare (e quantificare) il danno subito dal singolo utente (e consistente nel mancato godimento

di una prestazione a cui si aveva diritto) e di ricollegarlo causalmente all'illegittimo esercizio del potere da parte dell'amministrazione.

A questi fini, potrebbe utilizzarsi lo schema argomentativo seguito dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea nella nota sentenza *Franovich*, relativa agli obblighi risarcitori degli Stati membri nei confronti dei privati per la mancata attuazione di direttive⁸¹.

Per ammettere, in termini generali, la possibilità della tutela risarcitoria, appare significativo che la legge n. 239/2004, di riordino del settore energetico, preveda (all'art. 1, comma 16) che «i componenti dell'organo competente per la determinazione delle tariffe elettriche, ivi compresa la determinazione del sovrapprezzo termico, rispondono degli atti e dei comportamenti posti in essere nell'esercizio delle loro funzioni, ove i fatti non abbiano rilevanza penale, ai sensi e per gli effetti degli articoli 2043 e seguenti del codice civile soltanto a titolo di responsabilità civile, in conformità con le disposizioni degli articoli 33, 34 e 35 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituiti dall'articolo 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205».

Al di là della strana formulazione della disposizione (non si vede per quale altro tipo di responsabilità, se non quella civile, i componenti dell'organo potrebbero rispondere ai sensi dell'art. 2043 c.c., né quale sia il significato del richiamo agli artt. 33 e ss. del d.lgs. n. 80/1998), il fatto che non sia specificata alcuna limitazione dei soggetti nei confronti dei quali i membri dell'organo di determinazione delle tariffe siano chiamati a rispondere civilmente sembra consentire interpretazioni tali da ricomprendere tra i soggetti danneggiati assistiti dalla tutela risarcitoria tanto gli operatori eventualmente pregiudicati dalla determinazione delle tariffe, quanto gli stessi utenti dei servizi.

6. Il ricorso per l'efficienza dei concessionari di servizi pubblici (c.d. "class action")

Con il d.lgs. 20.12.2009, n. 198 è stata data attuazione alle disposizioni dell'art. 4 della legge n. 15/2009 in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici. Il decreto legislativo ha così introdotto nell'ordinamento quella che è stata, forse incautamente, subito definita *class action* nei confronti dell'amministrazione⁸².

⁷⁹ M. CAMMELLI, *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni per i servizi*, cit., p. 13 ss.

⁸⁰ D. SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico»*, cit., p. 215.

⁸¹ CGCE, 19.11.1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Franovich*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comunit.*, 1992, p. 138 ss.

⁸² Criticano questa definizione F. MARTINES, *L'azione di classe del d.lgs. 198/2009: un'opportunità per la pubblica ammini-*



Preliminarmente, vale la pena di evidenziare la discutibilità della scelta (se di scelta consapevole si è trattato) del legislatore delegato di mantenere il ricorso di cui al decreto citato estraneo all'articolato del nuovo Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2.07.2010, n. 104. Se l'intento perseguito con il Codice era quello di rendere più organica la disciplina del processo amministrativo, anche tramite la riconduzione sotto un unico sistema dei diversi riti speciali nel tempo via via introdotti (oggi disciplinati nel libro quarto del Codice), proprio non si capiscono le ragioni che hanno indotto a lasciare fuori dal Codice del processo la disciplina di un rito (speciale) quale quello introdotto con d.lgs. n. 198/2009.

strazione?, in *www.giustamm.it*, 8/2010; F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, Relazione al convegno *Le class actions: modelli a confronto*, Università di Roma Tre, 9 giugno 2010, in *www.federalismi.it*; U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 246 ss.

Le suggestioni alimentate dalle esperienze nordamericane avevano spinto più volte il legislatore italiano a tentare di introdurre strumenti processuali ispirati alle *class actions* di matrice anglosassone, che traggono origine dalla medievale *representative suite* inglese.

Attualmente, l'ordinamento in cui l'istituto in parola trova la sua più compiuta e funzionale disciplina è senz'altro quello statunitense (*Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure* nella formulazione scaturente dall'emendamento del 1° luglio 1966), preso usualmente a modello da qualsiasi sistema giuridico che si cimenti con il tentativo di adottare al proprio interno analoghi strumenti processuali. Per i riferimenti sulle *class actions* di matrice statunitense possono vedersi, tra i molti contributi, P. FAVA, *L'importabilità delle class actions in Italia*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 166 ss.; C. CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 609 ss., e in partic. p. 622 ss.; A. GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, 1996; N. TROCKER, *Class action negli USA - e in Europa?*, in *Contr. impr. - Europa*, 2009, p. 178 ss.; A. FRIGNANI, P. VIRANO, *Le class actions nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Dir. econ. assicur.*, 2009, p. 5 ss.; L. FERRARESE, *Le norme statunitensi sulle azioni collettive: analisi comparativa italiana e spunti di riflessione*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 746 ss.; F. MACARIO - C. STAZI, *L'azione collettiva risarcitoria: profili di diritto comparato*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 65 ss.; L. RENZI, *Il modello statunitense di class action e l'azione collettiva risarcitoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1213 ss.

Le *class actions* non sono altro, nella definizione minima che può essere data all'istituto, che lo strumento processuale preordinato a consentire l'accesso alla tutela giurisdizionale a pretese seriali, provenienti da una platea più o meno vasta di attori (ma la *class action* è configurabile anche dal lato passivo, ovvero nel caso di pluralità di potenziali convenuti) caratterizzate dalla comunanza di questioni di fatto o di diritto rilevanti ai fini della decisione finale. Secondo la disciplina contenuta nella *rule* sopra richiamata, al ricorrere di particolari condizioni, uno o più membri di una classe possono agire (*class* di attori) o essere convenuti (*class* di convenuti) in giudizio come parti rappresentative di tutti gli altri appartenenti stessa classe.

Per quanto qui di più prossimo interesse, lo strumento processuale offerto dal d.lgs. n. 198/2009, disponibile a partire dal 15 gennaio 2010, consente ai «titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori» di agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi «(...) dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di performance contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 13 del medesimo decreto e secondo le scadenze temporali definite dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150»⁸³.

L'azione, volta a «ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio», costituisce strumento finalizzato a consentire l'intervento giudiziale su eventuali disfunzioni di carattere organizzativo della pubblica amministrazione e degli esercenti dei pubblici servizi⁸⁴. Piuttosto che un'azione funzionale alla protezione immediata e diretta di posizioni giuridiche individuali, l'istituto sembra orientato a introdurre una forma di tutela oggettiva e correttiva, funzionale alla attuazione del principio del buon andamento, rispetto alla quale la tutela dell'interesse individuale si configura come occasionale⁸⁵, con una «paradosale proiezione all'indietro di circa un secolo, quando era predominante la teoria dell'interesse solo occasionalmente protetto che offuscava e sviliva la si-

⁸³ Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 198/2009.

⁸⁴ In argomento, G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2012.

⁸⁵ In questo senso possono leggersi le considerazioni contenute nel parere del Consiglio di Stato, sez. cons. atti norm., ad. 9.06.2009, n. 1943. In termini, con accenti critici, anche U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della P.A.: la class action*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 246 ss.; A. BARTOLINI, *La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, F. CINTIOLI, *Note sulla c.d. class action amministrativa*, in *www.giustamm.it*, 2010, p. 15; F. MANGANARO, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in *www.giustamm.it*, 2010. Contro l'impostazione in termini di giurisdizione oggettiva, v. F. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, p. 4; S. DORE, G. LECCISI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo recante "Attuazione dell'art. 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari dei pubblici servizi"*, in *www.giustamm.it*, 2009.



tuazione giuridica soggettiva di cui era chiesta protezione davanti al giudice»⁸⁶.

Presupposto per l'attivazione dello strumento di tutela in esame, come si è accennato, è che vi sia una «lesione diretta, concreta ed attuale» di «interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori». La lesione di tali interessi rilevanti ed omogenei deve essere conseguenza della «violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento», ovvero della «violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi» o, infine, della «violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di *performance* contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150».

Siffatta individuazione, da parte del legislatore delegato, dell'oggetto del giudizio è stata criticata per la vaghezza dei presupposti dell'azione, la cui concreta determinazione sarà inevitabilmente demandata alla giurisprudenza del giudice amministrativo⁸⁷.

Il ricorso, come si è visto, può essere proposto dal titolare di «interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori»⁸⁸. La formulazione del decreto legislativo appare, sul punto adesso in esame, significativamente più restrittiva rispetto alle indicazioni contenute nella legge delega, ai sensi della quale l'accesso alla particolare forma di tutela in esame avrebbe dovuto essere consentito «a ogni interessato», qualora dalla disfunzione amministrativa fosse derivata «la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori». Perché vi sia *legittimatio ad causam*, in altri termini, non basta essere titolari di un interesse giuridicamente rilevante, ma è anche necessario che tale interesse sia omogeneo a quello di una pluralità di utenti, con la conseguenza, in caso contrario, della inammissibilità dell'azione⁸⁹.

Il ricorso è proposto nei confronti degli enti i cui organi sono competenti a esercitare le funzioni o a gestire i servizi cui sono riferite le violazioni e le

omissioni lamentate⁹⁰, ma sono comunque esclusi dall'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto le autorità amministrative indipendenti, gli organi giurisdizionali, le assemblee legislative e gli altri organi costituzionali nonché la Presidenza del Consiglio dei Ministri⁹¹.

A conoscere del ricorso è il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva⁹².

Venendo alla tutela ottenibile attraverso l'esperimento del ricorso, ci si imbatte nel primo vistoso limite dell'istituto in esame, concepito «al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio»⁹³: si tratta dunque di una azione collettiva «correttiva»⁹⁴ e non risarcitoria, come invece quella di cui all'art. 140-*bis* del Codice del consumo.

A quest'ultimo proposito, vale la pena di sottolineare il rapporto che il d.lgs. n. 198/2009 istituisce tra il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici e le azioni collettive previste e disciplinate dal Codice del consumo.

Ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 198/2009, la proposizione del ricorso per l'efficienza delle amministrazioni è preclusa in due ipotesi: in primo luogo, se un organismo con funzione di regolazione e di controllo istituito con legge statale o regionale e preposto al settore interessato ha instaurato e non ancora definito un procedimento volto ad accertare le medesime condotte oggetto del ricorso; in secondo luogo, se, in relazione alle medesime condotte, sia stato instaurato un giudizio ai sensi degli artt. 139, 140 e 140-*bis* del Codice del consumo⁹⁵. Qualora uno di tali ultimi rimedi sia proposto successivamente al ricorso per l'efficienza delle amministrazioni, «il giudice di quest'ultimo ne dispone la sospensione fino alla definizione dei predetti procedimenti o giudizi». Inoltre, sempre ai sensi dell'art. 2 del decreto, «a seguito del passaggio in giudicato della sentenza che definisce nel merito il giudizio instaurato ai sensi dei citati articoli 139 e 140, il ricorso [per l'efficienza delle amministrazioni] diviene improcedibile. In ogni altro caso, quest'ultimo deve essere riassunto entro centoventi (...) dalla definizione con pronuncia non di merito sui giudizi instaurati ai sensi degli stessi articoli 139 e 140, altrimenti è perento».

⁸⁶ Così U.G. ZINGALES, *op. cit.*, p. 250.

⁸⁷ In argomento, L. OLIVIERI, *Tutti i rischi della class action nella P.A.*, in *www.lavoce.info*, 15.05.2009.

⁸⁸ Di strumento a tutela di interessi diffusi si parla nelle sentenze del TAR Lazio, Roma, sez. I, 13.02.2012, n. 1416 e 13.06.2011, n. 5220.

⁸⁹ Sul punto, v. C.E. GALLO, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2010, p. 502.

⁹⁰ Art. 1, comma 5.

⁹¹ Art. 1, comma 1-*ter*.

⁹² Art. 1, comma 7.

⁹³ Art. 1, comma 1.

⁹⁴ F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, cit.

⁹⁵ Sul punto si veda P.M. ZERMAN, *Partenza in salita per la class action*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.



Da tali disposizioni si desume la natura sussidiaria del ricorso per l'efficienza delle amministrazioni⁹⁶, destinato ad interrompersi ed estinguersi quando della questione dedotta in giudizio sia investita un'autorità di regolazione e controllo ovvero quando la medesima divenga oggetto di un giudizio tra quelli disciplinati dalla summenzionate norme del Codice del consumo. La ragione si coglie nella opportunità di evitare la duplicazione dei procedimenti di verifica della legittimità delle omissioni della pubblica amministrazione laddove sulla valutazione degli stessi episodi di inefficienza sia già stato investito un potere dotato delle competenze necessarie a stimolare l'attivazione di processi correttivi da parte dei pubblici uffici interessati⁹⁷.

Se questa è la spiegazione del regime di preclusioni appena tratteggiato, si deve riconoscere che essa appare ragionevole con riguardo all'eventualità dell'esperimento dell'azione inibitoria di cui agli artt. 139 e 140 del Codice del consumo, che ha un oggetto analogo a quello dell'azione correttiva esperibile ai sensi del d.lgs. n. 198/2009. Altrettanto non può dirsi, però, in relazione all'altra *class action* consumeristica, ovvero quella disciplinata dall'art. 140-bis del Codice del consumo, e ciò perché la tutela conseguibile con quest'ultima (il risarcimento del danno), secondo quanto espressamente disposto dall'art. 1, c. 6, del d.lgs. n. 198/2009, non può costituire oggetto del ricorso per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni⁹⁸. Ne discende una significativa riduzione degli strumenti di tutela a disposizione degli utenti dei servizi pubblici.

Condizione di procedibilità del ricorso è che la parte resistente sia stata previamente diffidata ad effettuare, entro il termine di novanta giorni, gli interventi utili alla soddisfazione degli interessati. Decorso inutilmente tale termine, l'azione può essere proposta entro un anno⁹⁹.

⁹⁶ F. CINTIOLI, *Note sulla c.d. class action amministrativa*, cit., p. 4; P.M. ZERMAN, *Partenza in salta per class action*, cit.; I. LUCATI, *Class action anche nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 398 ss.

⁹⁷ C.E. GALLO, *op. cit.*, p. 505.

⁹⁸ F. MARTINES, *op. cit.*; G. VELTRI, *Class action pubblica: prime riflessioni*, in *www.lexitalia.it*, 2010, 2; F. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*

⁹⁹ Art. 3 del d.lgs. n. 198/2009. La condizione di procedibilità può essere soddisfatta anche mediante la promozione del tentativo di risoluzione non giurisdizionale della controversia ai sensi dell'articolo 30 della legge n. 69/2009: il ricorso può essere proposto entro l'anno dall'esito negativo del tentativo di risoluzione.

Sul contenuto del ricorso può vedersi TAR Lazio, Roma, sez. I, 3.09.2012, n. 7483, secondo cui l'azione non è sottratta ai comuni principi in materia di domanda giudiziale, e, dunque, alla regola che essa debba essere sufficientemente determinata nel suo *petitum*, in relazione al contenuto dell'azione ed alla sua finalità, con la conseguenza che parte ricorrente non può limitarsi genericamente a chiedere l'emaneazione di atti amministra-

Della proposizione del ricorso è data immediatamente notizia sul sito istituzionale dell'amministrazione o del concessionario intimati. Nel termine di venti giorni liberi prima dell'udienza di discussione del ricorso (che è fissata d'ufficio dal giudice in una data compresa tra il novantesimo ed il centoventesimo giorno dal deposito del ricorso), i soggetti che si trovano nella medesima situazione giuridica del ricorrente possono intervenire¹⁰⁰.

Se il giudice, avendo accertato la violazione, l'omissione o l'inadempimento degli obblighi di cui all'articolo 1, comma 1, accoglie la domanda, con la sentenza ordina alla pubblica amministrazione o al concessionario di porre rimedio alle violazioni entro un congruo termine. La sentenza (di cui è anche data notizia con le stesse modalità previste per il ricorso) è tra gli altri comunicata, dopo il passaggio in giudicato, agli organismi con funzione di regolazione e di controllo preposti al settore interessato, alla procura regionale della Corte dei conti (per i casi in cui emergano profili di responsabilità erariale), agli organi preposti all'avvio del giudizio disciplinare e a quelli deputati alla valutazione dei dirigenti coin-

tivi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo, ma, trattandosi di atti "obbligatori", deve dimostrare, quale elemento costitutivo essenziale della sua domanda, che tali essi sono, e ne dovrà pertanto definire il contenuto, indicando la fonte normativa di tale obbligo, in riferimento alla situazione di pregiudizio lamentata, o quantomeno, tutto ciò dovrà essere *de plano* desumibile dal ricorso, per consentire al giudice di pronunciare l'accertamento richiesto e le statuizioni consequenziali.

¹⁰⁰ Come è intuibile, uno dei profili più delicati della disciplina delle azioni di classe è costituito dalle regole relative alla determinazione dell'ambito soggettivo di efficacia del giudicato. In astratto, il diritto degli appartenenti alla classe di decidere se dare fiducia all'attore rappresentativo, e quindi assoggettarsi alla decisione resa dal giudice davanti al quale sia proposta la *class action*, ovvero chiedere di essere estromessi dal giudizio (al fine, eventualmente, di proporre l'azione autonomamente) può trovare diversa disciplina a seconda se si scelga la regola dell'*opt-out* (per cui gli appartenenti alla classe hanno un certo periodo di tempo che chiedere la propria estromissione dal giudizio, trascorso il quale tale potere non è più esercitabile, salvo che non intervengano particolari evenienze) o dell'*opt-in* (per cui chi intende aderire alla *class action* esercitata ha l'onere di attivarsi ad es. iscrivendosi in appositi registri tenuti presso il giudice). La scelta dell'una o dell'altra soluzione ovviamente ha forti ricadute sulla funzionalità dell'istituto processuale, dal momento che una disciplina basata sulla seconda soluzione darà il massimo delle garanzie contro il rischio della formazione di giudicati contro la volontà di coloro su cui tali decisioni produrranno effetti, al prezzo, però, di una significativa perdita di convenienza dell'uso dell'istituto processuale. Per contro, la preferenza per la regola dell'*opt-out* (cui è ispirata, dopo la riforma del 1966, anche la *rule 23* delle *FRCP* sopra citata), consentendo la massima estensione possibile degli effetti del giudicato (favorevole o sfavorevole alla classe), anche a soggetti che, in ipotesi, potrebbero non aver mai avuto notizia del procedimento in corso, richiede un'accorta e analitica disciplina delle *notices*, ovvero delle comunicazioni con cui gli appartenenti alla classe sono messi a conoscenza della pendenza del giudizio. Sul punto, P. FAVA, *op. cit.*, p. 219 ss.





volti e, in caso di accoglimento della domanda nei confronti di un concessionario di pubblici servizi, all'amministrazione vigilante per le valutazioni di competenza in ordine all'esatto adempimento degli obblighi scaturenti dalla concessione e dalla convenzione che la disciplina¹⁰¹. Ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 198/2009, in caso di «inottemperanza», che deve essere «perdurante», alle statuizioni della sentenza, l'interessato può esperire agire attraverso il giudizio di ottemperanza, oggi disciplinato dalle disposizioni del titolo quarto del Codice del processo amministrativo.

La tutela effettivamente concedibile dal giudice è peraltro condizionata da una serie di limiti disseminati dal legislatore delegato tra le disposizioni del decreto legislativo che ha introdotto il ricorso collettivo.

E' infatti previsto, in via transitoria, che a determinare, anche progressivamente, la concreta applicazione delle norme sul ricorso collettivo alle amministrazioni ed ai concessionari di servizi pubblici debbano intervenire uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri¹⁰² «in ragione della necessità di definire in via preventiva gli obblighi contenuti nelle carte di servizi e gli standard qualitativi ed economici di cui all'articolo 1, comma 1, e di valutare l'impatto finanziario e amministrativo degli stessi nei rispettivi settori»¹⁰³.

Inoltre, i poteri di cognizione e di tutela del giudice incontrano significativi condizionamenti nelle norme che vincolano il giudicante, in sede di valutazione circa la sussistenza della lesione di cui al comma 1 dell'art. 1 del decreto, a tenere conto «delle risorse strumentali, finanziarie, e umane concretamente a disposizione delle parti intime»¹⁰⁴ e, in sede di emissione della sentenza, a ordinare alla pubblica amministrazione o al concessionario di porre rimedio all'inadempimento «nei limiti delle

risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica»¹⁰⁵.

Dalle previsioni da ultimo citate discende un duplice ordine di limiti alla disponibilità di un'effettiva tutela attraverso l'azione per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni.

Per un verso, infatti, la disposizione che stabilisce che il giudice amministrativo, già in sede di «giudizio di sussistenza della lesione», debba tenere conto «delle risorse strumentali, finanziarie e umane concretamente a disposizione delle parti intime», sembra anticipare la rilevanza della disponibilità di adeguate risorse da parte dell'amministrazione fin dal momento della valutazione dei presupposti per l'affermazione della responsabilità della parte resistente, rendendola condizione per la stessa configurabilità del fatto generatore di danno ed offrendo così all'amministrazione un comodo espediente per bloccare il ricorso fin dalle fasi iniziali del giudizio¹⁰⁶.

Per altro verso, la previsione che limita la tutela concedibile dal giudice alle iniziative assumibili nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e «senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica» costituisce un rilevantissimo condizionamento rispetto alla utilità concreta dell'azione, giacché assai difficilmente l'amministrazione potrebbe porre rimedio ad una propria inerzia senza affrontare costi e spese¹⁰⁷. Infatti, si può immaginare che un limite del genere possa non comportare significativi condizionamenti nell'accesso alla tutela laddove oggetto del ricorso sia l'emanazione di atti amministrativi generali obbligatori, che non sempre costituiscono fonte diretta di oneri finanziari. Non altrettanto si può dire allorché oggetto della domanda sia il rispetto di obblighi contenuti in Carte dei servizi o di standard qualitativi ed economici, rispetto ai quali l'unico modo per concedere una tutela adeguata nel rispetto della clausola di invarianza finanziaria consisterebbe, con tutta probabilità, nell'imposizione di una riorganizzazione complessiva dell'attività degli uffici dell'ente interessato finalizzata alla rimozione le cause dell'inefficiente uso delle risorse¹⁰⁸, con tutte le difficoltà che si possono immaginare rispetto alla possibilità che il giudice si avventuri in valutazioni di questo genere.

¹⁰¹ Art. 4 del d.lgs. n. 198/2009.

¹⁰² Da adottarsi su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e di concerto, per quanto di competenza, con gli altri Ministri interessati ovvero, rispetto applicazione del decreto alle regioni ed agli enti locali, su conforme parere della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

¹⁰³ Art. 7 del d.lgs. n. 198/2009. Deve, peraltro, sottolinearsi che la prima giurisprudenza che si è misurata con la portata della disposizione appena citata ha escluso che essa possa applicazione a fronte di «obblighi di emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento», essendo in questi casi compiutamente determinati tutti i profili giuridicamente rilevanti ai fini della concessione del rimedio giurisdizionale: cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III bis, 20.01.2011, n. 552 (in materia di adozione del piano di riqualificazione dell'edilizia scolastica). Sulla stessa vicenda cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 9.06.2011, n. 3512.

¹⁰⁴ Art. 1, comma 1-bis.

¹⁰⁵ Art. 4, comma 1.

¹⁰⁶ Sul punto si vedano U.G. ZINGALES, *op. cit.*, p. 251; F. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*; D. ZONNO, *Class action pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse legittimo?*, in *Giur. merito*, 2010, p. 2362 ss.

¹⁰⁷ C.E. GALLO, *op. cit.*, p. 506.

¹⁰⁸ F. MANGANARO, *op. cit.*

7. Le prestazioni dei servizi sociali e il possibile rilievo diretto della costituzione al fine del riconoscimento del diritto alla loro fruizione da parte degli utenti

| 222

Come si è accennato in precedenza, la categoria europea dei «servizi di interesse generale» corrisponde, nell'ordinamento nazionale, a quella di servizi sociali, ovvero a quella categoria di «servizi alla persona» (comprendenti l'istruzione, l'assistenza sanitaria e alle persone disabili e l'assistenza sociale) alla cui prestazione corrispondono diritti sanciti dalla Costituzione (rispettivamente, all'art. 34, c. 3, all'art. 32, c. 1, e all'art. 38, c. 1) appartenenti alla categoria dei «diritti sociali».

Tale ultimo richiamo radica in capo ai pubblici poteri il dovere di soddisfare gli interessi delle persone connessi ai servizi sociali assicurando livelli essenziali di prestazioni su tutto il territorio nazionale (art. 117, c. 2, lett. m, Cost.)

La circostanza che si tratti, come si è detto, di «servizi alla persona», non significa necessariamente che le relative prestazioni non possano essere oggetto di un'attività svolta per finalità economiche, ma costituisce la ragione di fondo che giustifica il peculiare regime costituzionale cui tali servizi sono sottoposti. Infatti, la particolarissima relazione con l'utente che l'erogazione di tali servizi consente di instaurare, ne fa, per i privati, un formidabile veicolo per la realizzazione di altre istanze (di natura etica, religiosa o comunque ideale) tutelate dalla Costituzione che, in alcuni casi, ne fa oggetto di libertà (si veda, ad es., l'art. 19 Cost.). In effetti, non mancano privati che sono spinti a erogare prestazioni costituenti oggetto dei servizi sociali non da motivazioni economiche ma etiche, religiose, filosofiche e così via.

Ciò spiega, da un lato, le ragioni per cui a questi servizi non possano applicarsi disposizioni quali quelle contenute negli artt. 41, c. 3, e 43 Cost. e le misure in essi previste, pena, altrimenti, la compromissione di diritti e libertà che altre disposizioni costituzionali espressamente riconoscono e tutelano; dall'altro lato, le stesse considerazioni costituiscono il fondamento costituzionale che giustifica l'imposizione a carico delle pubbliche amministrazioni del dovere di provvedere direttamente alla erogazione dei servizi sociali: infatti, le iniziative private spinte da motivazioni non economiche ma ideali potrebbero risolversi in modalità delle prestazioni non accettabili da una parte dei potenziali fruitori (si pensi, per esempio, ad attività di istruzione o

di assistenza svolte con obiettivi confessionali o di propaganda politica)¹⁰⁹.

Da queste considerazioni discende la necessità che i servizi pubblici sociali siano organizzati ed erogati non seguendo il modello offerto dal principio di sussidiarietà orizzontale, ma secondo la formula del servizio pubblico in senso stretto (o soggettivo) e trovano dunque ragione le disposizioni costituzionali che, se da un lato sanciscono che «l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento», che «enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione» (art. 33, cc. 1 e 3) e che «l'assistenza privata è libera» (art. 38, c. 5), dall'altro lato stabiliscono che la Repubblica «tutela la salute» e «garantisce cure gratuite agli indigenti» (art. 32, c. 1), «istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi» (art. 33, c. 2), «rende effettivo» il diritto dei «capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi (...) di raggiungere i gradi più alti degli studi» mediante «borse di studio, assegni alle famiglie e altre provvidenze» (art. 34, cc. 2 e 3) e che ai compiti di assistenza agli inabili, ai minorati, agli indigenti «provvedono organi ed istituti preposti o integrati dallo Stato» (art. 38, c. 4).

Il diretto e necessario coinvolgimento delle pubbliche amministrazioni nella erogazione dei servizi sociali, unito alla prescrizione costituzionale che vuole che debbano esservi livelli essenziali delle relative prestazioni garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117, c. 2, lett. m, Cost., indurrebbe a ritenere che gli utenti possano vantare un diritto pieno ed incondizionato a ricevere quelle prestazioni.

La questione impinge nel problema della natura prescrittiva o meramente programmatica delle disposizioni costituzionali, problema come noto affrontato dalla Corte costituzionale fin dalla sentenza n. 1/1956.

Con specifico riferimento alla questione della fruizione dei servizi sociali, la Consulta, con sentenza n. 455/1990, richiamando numerosi precedenti, ha ritenuto che «al pari di ogni diritto a prestazioni positive, il diritto a ottenere trattamenti sanitari, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione

¹⁰⁹ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 166 e ss.



alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento».

Da quanto ritenuto dalla Consulta dovrebbe desumersi la qualificazione dei diritti sociali, ovvero del diritto a fruire delle prestazioni dei servizi sociali, come “diritti finanziariamente condizionati”, l’effettiva disponibilità di risorse finanziarie costituendo fattore condizionante di ogni intervento positivo da parte dei pubblici poteri¹¹⁰.

Tale conclusione, però, non può essere assolutizzata, se non altro perché la giurisprudenza costituzionale, quella amministrativa e quella ordinaria hanno, nel corso del tempo, rinvenuto nell’ordito costituzionale la previsione di diritti la cui doverosa soddisfazione discende direttamente ed automaticamente dalle disposizioni costituzionali, per i quali non si rende necessaria l’interposizione del legislatore ordinario e che da quest’ultimo non possono dunque essere condizionati¹¹¹.

Un esempio recente è dato dalla sentenza della Corte costituzionale 26.02.2010, n. 80, con cui è stata dichiarata l’incostituzionalità delle disposizioni della legge finanziaria per il 2008 che ponevano un tetto alle assunzioni di insegnanti di sostegno per contrasto con le norme costituzionali in materia di diritto all’istruzione, e ciò sulla scorta della considerazione che se è vero che «il legislatore nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili gode di discrezionalità», è altrettanto vero che detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite nel «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati».

Le considerazioni svolte dalla Consulta nel pronunciamento appena citato sono state riprese dalla giurisprudenza amministrativa in materia di diritto degli alunni disabili all’insegnamento di sostegno¹¹².

Indicazioni nel senso del rinvenimento di un nucleo di disposizioni costituzionali direttamente rilevanti ai fini del riconoscimento del diritto alle prestazioni dello stato sociale, immediatamente precettiva e prevalenti sulla disciplina legislativa o su atti amministrativi generali, si rinvergono anche nella giurisprudenza del giudice ordinario, ed in partico-

lare in quella relativa al diritto all’insegnamento di sostegno nelle scuole pubbliche¹¹³ e quella relativa al diritto all’assistenza sanitaria in caso di terapie mediche urgenti non previamente autorizzate dalla regione di residenza¹¹⁴, o fruite all’estero¹¹⁵, o mediante somministrazione di farmaci non inclusi nel prontuario terapeutico o nei protocolli adottati dal Servizio sanitario nazionale¹¹⁶, ovvero in caso di fruizione di prestazioni terapeutiche da parte dello straniero extracomunitario irregolare¹¹⁷.

¹¹³ Cfr. Trib. Milano, 10.01.2011, in *www.dirittoscolastico.it*, secondo cui «la scelta discrezionale dell’amministrazione scolastica di ridurre le ore di "sostegno" agli studenti disabili può costituire discriminazione indiretta ogni qual volta essa non si accompagni ad una corrispondente identica contrazione della fruizione del diritto allo studio anche per tutti gli altri studenti normodotati e risulti in concreto inadeguata al rispetto del nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (nel caso di specie, il giudice ha ordinato alle amministrazioni convenute il ripristino del numero di ore sostegno fornito ai figli dei ricorrenti nell’anno scolastico 2009/2010); Trib. Roma, sez. II, 19.01.2009, in *www.ilcaso.it*, secondo cui «il diritto fondamentale alla istruzione e alla integrazione scolastica di persona portatrice di handicap (v. artt. 34, 38, 32, 2 Cost.), non può ritenersi condizionato all’esercizio del potere attribuito alla pubblica amministrazione di provvedere all’organizzazione dell’attività scolastica pubblica nell’ambito delle risorse disponibili sicché la controversia insorta al riguardo rientra nella giurisdizione del giudice ordinario che, data la natura del diritto di cui viene chiesta tutela, può condannare la P.A. ad un *facere* specifico».

¹¹⁴ Cass. civ., sez. lav., 20.02.2001, n. 2444; Id., 26.08.1999, n. 8939; Cass. civ., Sez. un., 10.03.1999, n. 117.

¹¹⁵ Cass. civ., Sez. un., 8.08.2001, n. 10963; Id., 29.11.1999, n. 837; Id., 19.02.1999, n. 85; Cass. civ., sez. lav., 14.06.1999, n. 5890.

¹¹⁶ Trib. Avezzano, 2.02.2010, in *www.altalex.com*; Cass. civ., Sez. un. (ord.), 24.06.2005, n. 13548; Id., 29.03.2001, n. 4659; Id., 3.10.1996, n. 8661.

¹¹⁷ Cass. civ., sez. I, 27.01.2005, n. 1690.

¹¹⁰ Sui diritti finanziariamente condizionati v. F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni Ottanta*, in *Quad. reg.*, 1985, 1, p. 54 e ss.

¹¹¹ In argomento possono vedersi M. MIDIRI, *Giurisprudenza, tutela dei diritti, vincoli di bilancio*, in *Contr. impr.*, 2011, 3, p. 596 e ss.; C. COLAPIETRO, *Garanzia e promozione dei diritti sociali nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1995, p. 4 e ss.

¹¹² TAR Sardegna, sez. I, 17.06.2011, n. 616; Id., 17.11.2011, n. 1104; Id. 30.10.2010, n. 2456; Id., 11.11.2010, n. 2571; TAR Campania, Salerno, sez. I, 11.10.2011, n. 1640; TAR Toscana, 19.05.2010, n. 1508.

