

Corte cost. 204/2004: una prima lettura in tema di servizi pubblici

di Leopoldo Coen *

(14 luglio 2004)

Erano stati in molti a dirlo: più crescerà lo spazio affidato al giudice amministrativo e maggiori saranno le probabilità che a questo riguardo si invochi il rispetto dell'art. 103 della Costituzione, quanto più il giudice amministrativo tenderà ad ampliare i confini della propria giurisdizione, tanto più aumenteranno le occasioni per un intervento correttivo della Corte costituzionale. Con parole simili Aldo Travi commentava già la nota ordinanza dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2000, in tema di servizi pubblici, lamentando appunto la tendenza ad interpretare in chiave "espansionistica", e assai poco rispettosa del dettato costituzionale, le norme attributive della giurisdizione esclusiva di recente approvazione (cfr. *Giornale dir. amm.* 2000, 576). Ora quanto preannunciato, se non addirittura auspicato da più parti, è accaduto.

La sentenza n. 204 della Corte costituzionale interviene in effetti non solo a riportare entro limiti accettabili i confini della giurisdizione amministrativa, ma soprattutto a riaffermare la validità dei tradizionali criteri di definizione di tali confini. Molti passi della motivazione rimarcano infatti il principio per cui, tranne casi del tutto eccezionali (e perciò limitati), la giurisdizione di TAR e Consiglio di Stato verte su atti e decisioni frutto dell'esercizio di poteri autoritativi (discrezionali) dell'amministrazione e che, ove tale aspetto sia carente, la cognizione del giudizio spetti al giudice ordinario, anche qualora parte sia la p.a.. Già all'indomani dell'entrata in vigore degli articoli 33 e 34 del d.lgs. 80/1998, trasfusi con poche modificazioni nel testo della legge n. 205 del 2000, approvati (anche) per semplificare la scelta della giurisdizione in casi complessi, si è invece assistito ad una progressiva erosione degli spazi della giurisdizione ordinaria ad opera soprattutto del Consiglio di Stato, anche attraverso una lettura del dettato normativo spesso esorbitante i limiti della ragionevolezza.

Da questo punto di vista la sentenza merita perciò apprezzamento. Tuttavia non sembra del tutto scongiurato il pericolo che il giudice amministrativo cada nuovamente in tentazione, nello sforzo di "limitare i danni" per quanto possibile, perseverando nell'opera di ritaglio dell'altrui giurisdizione. Il pensiero va innanzitutto alle controversie in materia di pubblici servizi e, in particolare, a quelle tra gestore e utente, che hanno prodotto decisioni fortemente contrastanti proprio in tema di riparto della giurisdizione.

Quali novità si produrranno dunque già nel breve periodo nell'ambito di controversie legate a questi settori, così importanti tra gli interventi pubblici?

Secondo le nuove regole del riparto dettate dalla Corte (anche) in materia di servizi pubblici, spetta al giudice amministrativo la decisione delle controversie che hanno ad oggetto rapporti di concessione, tranne le contestazioni relative a indennità, canoni e corrispettivi, si fondino questi su provvedimenti amministrativi, ovvero su accordi sostitutivi o integrativi di provvedimenti. Spettano ancora al giudice amministrativo le controversie relative all'affidamento del servizio (affidamento diretto, nei limitati casi ove questo è consentito, o più frequentemente, a seguito di una procedura ad evidenza pubblica) e quelle connesse all'esercizio di poteri di vigilanza e controllo nei confronti del gestore. Ciò non significa però che tutto quanto non è espressamente menzionato dalla nuova disposizione normativa appartenga di per sé alla cognizione del giudice ordinario: in questi casi infatti torna ad applicarsi il tradizionale criterio di riparto della giurisdizione, basato sulla distinzione tra diritti ed interessi. Si ricreano così i presupposti per cui, anche dopo questa pronuncia, il Consiglio di Stato persista a mostrarsi ancora così sensibile all'esigenza di tutelare ed estendere le proprie attribuzioni? si continuerà perciò ad avere la sensazione di leggere motivazioni dichiaratamente tese a svolgere una consapevole difesa della giurisdizione del giudice amministrativo, mirata ad esaltarne il ruolo al di là di una lettura prudente dell'art. 103 Cost.? (Come faceva notare A. Travi, *cit.*, 581).

Come si ricorderà, in materia di controversie tra utenti e gestori di servizi pubblici, un filone giurisprudenziale aveva assunto i termini "soggetti privati" (di cui all'art. 33, comma 2, lett. e) del d.lgs. 80/1998) riferendoli appunto ai gestori, anziché agli utenti. Di conseguenza la giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario veniva ripartita in base alla natura del soggetto (pubblico ovvero privato) incaricato della gestione del servizio: al giudice ordinario le controversie tra utente e gestore privato, al giudice amministrativo quelle tra utente e gestore pubblico, quasi a voler riservare a TAR e Consiglio di Stato ogni controversia che vedesse coinvolto un soggetto pubblico, a prescindere dalla

pretesa fatta valere in giudizio (secondo la tesi sostenuta dal Consiglio di Stato già in epoca precedente la riforma: si veda il parere del 12 febbraio 1980, n. 30, in *Foro it.* 1999, III, 350.).

Di orientamento opposto la lettura che si rifaceva ad un noto precedente della Cassazione (Cass., s.u., 9 agosto 2000, n. 558/SU, in *Foro it.* 2001, I, 2580, commentata da D. Dalfino) allorché si è osservato che, quando nel medesimo art. 33 il legislatore si è riferito ai gestori, lo ha fatto espressamente nel comma 2, lett. a), ove si menzionano "soggetti gestori di pubblici servizi", e lett. c) ("gestori di pubblici servizi"), mentre nessun riferimento è contenuto in quella specifica parte finale della disposizione in tema di "rapporti individuali di utenza" che i gestori intrattengono con soggetti privati, destinatari del servizio. Su questa lettura si è a sua volta fondata la tesi per cui, nelle ipotesi estranee alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, così come prevista dal d.lgs. 80/1998, non sarebbe scattata "automaticamente" quella del giudice ordinario, ma si sarebbe dovuto appunto applicare il criterio generale di riparto della giurisdizione. In questo modo, ad esempio, ogni qualvolta la pretesa dell'utente fosse correlata all'esercizio di poteri amministrativi (tra cui si includono anche quelli di organizzazione del servizio) la decisione sarebbe spettata alla giurisdizione amministrativa, a nulla rilevando la natura pubblica o privata del gestore. Viceversa, nel caso di controversie relative all'adempimento di obblighi contrattuali relativi all'erogazione del servizio, la giurisdizione sarebbe spettata al giudice ordinario.

Che la ripartizione della giurisdizione basata sulla natura privata o pubblica del gestore non fosse convincente, dal momento che dalla veste formale da questi assunta sarebbe dipesa la definizione di una questione delicata come il riparto della giurisdizione, lo ha avvertito la stessa Cassazione, tanto è vero che d'accordo con il Consiglio di Stato si è proceduto all'istituzione di un'apposita commissione "mista", costituita da tre consiglieri di Stato e tre della Cassazione, con il compito di fissare le linee guida a proposito dei punti più complessi e controversi in tema di riparto della giurisdizione, a seguito delle modificazioni introdotte negli anni '98 e 2000 (i cui risultati si possono leggere in *Foro it.* 2004, V, 18). A riprova delle difficoltà affrontate, soprattutto nel momento in cui si è deciso di abbandonare il criterio di distinzione basato sul tipo di rapporto in discussione (gestore vs. amministrazione al giudice amministrativo, utente vs. gestore, al giudice ordinario; secondo una lettura senz'altro più semplice e soprattutto meno compromessa con discutibili teorie sulla "degradazione" dei diritti o sulla "funzione" della norma di organizzazione, cui le altre ipotesi si devono necessariamente appoggiare) e del carattere compromissorio delle soluzioni adottate, la relazione finale ha proposto una nuova lettura ibrida del predicato "privato": questo andrebbe riferito "alla veste *giuridica* che compete al gestore quale parte del rapporto obbligatorio, ancorché sia formalmente un soggetto pubblico" (cfr. *Foro it.*, cit. 28). In altre parole, se si è capito bene, la giurisdizione si riparte a seconda se il gestore nel caso di specie ha agito in veste di autorità pubblica, ovvero quale controparte contrattuale dell'utente. Un ritorno dunque al modello classico di riparto, senza smentire (troppo) quello sostenuto dal Consiglio di Stato. In questo modo, tuttavia, le affermazioni della commissione rischiano di provare troppo, poiché, a prescindere dalla struttura formale assunta dal gestore e delle modalità di organizzazione del servizio, la rilevanza dell'interesse perseguito fa sì che l'aspetto pubblicistico sia pressoché sempre presente, dal momento che le prestazioni sono rivolte in ogni caso a soddisfare in via immediata esigenze della collettività (ed è infatti quanto sostiene Cass., s.u., n. 1997/2003, in *Foro amm. CdS* 2003, 469). La linea di confine tra le due giurisdizioni sarebbe perciò destinata a rimanere incerta e comunque tendenzialmente favorevole all'estensione della giurisdizione amministrativa.

Il problema che si pone oggi è dunque stabilire se queste indicazioni possano fungere ancora da criteri guida, dopo l'intervento della Corte costituzionale. Aver ribadito con forza il principio per cui al giudice amministrativo spetta la cognizione delle controversie in materia di servizi pubblici solo nel caso in cui l'amministrazione ha agito in forza dei suoi poteri autoritativi, consente di continuare ad allocare la giurisdizione delle controversie tra utente e gestore (organo "indiretto" dell'amministrazione?) in capo al TAR, ogni qualvolta si assuma che il secondo ha agito "in veste" di amministrazione? Se così fosse, la decisione della Corte costituzionale sarebbe utile solo a metà, ma sussistono buone ragioni per ritenere il contrario e che la sentenza possa dispiegare appieno i suoi effetti.

Le disposizioni normative, nella "nuova" formulazione, sembrano limitare chiaramente la giurisdizione alla sole controversie in cui parti siano la pubblica amministrazione ed il gestore, ed inoltre siano coinvolti poteri (e non meri comportamenti) della prima. E che queste siano appunto le *so/e* controversie la cui cognizione spetti al TAR si evince anche dal mutamento impresso al tenore della disposizione ad opera della sentenza della Corte: dall'attribuzione di una materia "in blocco", seguita dall'indicazione comunemente ritenuta esemplificativa delle fattispecie, si è oggi passati, anche grazie all'elisione di quel "tutte" (le controversie), all'individuazione dei casi di giurisdizione esclusiva in quanto derogatori al criterio generale di riparto e comunque collegati all'esercizio di specifici poteri autoritativi dell'amministrazione.

Da questo punto di vista non dovrebbe essere più possibile quindi imbattersi in pronunce che affermano la giurisdizione del giudice amministrativo anche in processi che vedono opposti utente e gestore, qualora nell'oggetto della controversia si ritenga compreso anche un sindacato sull'esercizio del potere di organizzazione del servizio (determinazione di orari, del numero di mezzi predisposti allo svolgimento dei compiti previsti, fissazione delle tariffe, e così via), sul discutibile assunto che a fronte di queste attività vi sia solo e sempre l'interesse legittimo. Non è più questione di qualificazione della situazione soggettiva vantata, bensì di stretta interpretazione del dettato normativo "redatto" dalla Corte costituzionale. E su queste basi dovrebbe essere chiaro che in futuro controversie del genere, compreso l'accertamento di eventuali responsabilità per carenze organizzative del gestore, appartengono alla cognizione del giudice dei diritti. Sarà perciò compito suo stabilire se vi sia stata violazione dei doveri di prestazione del servizio nei confronti dell'utente e per quali ragioni, anche disapplicando eventualmente atti autoritativi presupposti, assunti dal gestore o disposti dall'amministrazione.

* p.a. di diritto amministrativo - Università di Ferrara - col@unife.it