

# DIRITTI SOGGETTIVI, INTERESSI LEGITTIMI E RISARCIMENTO DEL DANNO NEI SERVIZI PUBBLICI "PRIVATIZZATI"

di Fabio Belfiori

Regioni & Ambiente

## Introduzione

I servizi pubblici sembrano non trovare pace. Tanto da un punto di vista normativo, quanto da quello giurisprudenziale questo importante settore di attività evidenzia una particolare incapacità di pervenire ad una sistemazione concettuale. Se da un lato infatti è nota la recente riforma effettuata con la legge finanziaria 2002, mentre la "riforma della riforma" sembra dietro l'angolo, meno noto è invece il dibattito che suscitano i servizi pubblici nelle aule dei tribunali.

È un fatto che di fronte a singole cause, i giudici amministrativi e quelli ordinari pervengono spesso a conclusioni diverse, se non addirittura antitetiche.

Pur non costituendo, nel nostro ordinamento, un vincolo per il giudice, il precedente giurisprudenziale assume un particolare rilievo se proveniente dalle supreme magistrature (Corte di Cassazione e Consiglio di Stato). Questo rilievo è tale che consolidati orientamenti tendono ad influenzare non solo i giudici di primo grado e di appello, bensì anche gli opera-

tori, i quali a fronte di determinate e reiterate decisioni delle massime corti, assumono la legittimità di comportamenti che a tali orientamenti si conformano.

Se non che quando si è di fronte ad orientamenti mutevoli nei confronti di determinate materie o a veri e propri contrasti, l'incertezza diviene massima e gli operatori si trovano sprovvisti di quel supporto interpretativo giurisprudenziale tanto utile quando la normativa oggetto di applicazione risulta non chiara o confusa.

## I servizi pubblici nella giurisprudenza di Cassazione e Consiglio di Stato

Uno dei settori che sperimenta spesso contrasti giurisprudenziali è quello dei servizi pubblici. In rapporto a questa materia negli ultimi anni Cassazione e Consiglio di Stato, nelle loro supreme composizioni (rispettivamente le Sezioni Unite e l'Adunanza Plenaria), spesso si sono trovati su due opposte sponde. In particolare, sia in riferimento alla competenza giurisdizionale nelle controversie intercorrenti tra utenti-fruitori dei servizi

e gestori degli stessi, sia relativamente al problema del risarcimento del danno, Cassazione e Consiglio di Stato sembrano non tener conto gli uni degli altri.

## La giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo in materia di pubblici servizi.

Il legislatore del 1998 (D. lgs 80/98) ha inteso attribuire alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo la materia "servizi pubblici" e con essa le controversie inerenti l'istituzione, modificazione, estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi. Dati i connotati della giurisdizione esclusiva, che è piena e inerente tutti gli aspetti emergenti dalla controversia riconducibile ad essa, il giudice amministrativo potrebbe trovarsi a dover statuire in merito ad aspetti squisitamente privatistici, quali questioni societarie e contratto sociale, che sono difficilmente riconducibili alla vocazione tradizionale della giurisdizione amministrativa e che trovano, invece, migliore allocazione nelle sfere della giurisdizione ordinaria.

Consigliabile è sembrata quindi una in-

 **CARBONAFTA**  
&  
*Carbometalli* s.r.l.

Via del Pignocco, 51/53 - 60027 OSIMO (AN)  
tel. 071.714.305 / 6 - 0717.133.592 - fax 0717.133.176  
e-mail: carbonaftacarbometallisa@tin.it



COMBUSTIBILI LIQUIDI PER L'INDUSTRIA E PER RISCALDAMENTO DOMESTICO  
GASOLIO NAZIONALE PER AUTOTRAZIONE  
CARBURANTI AGEVOLATI PER L'AGRICOLTURA - LUBRIFICANTI  
RECUPERO OLI USATI ED EMULSIONI OLEOSE  
BONIFICHE E SMANTELLAMENTO SERBATOI PER PRODOTTI PETROLIFERI  
RECUPERO PILE OBSOLETE, MEDICINALI SCADUTI, TUBI FLUORESCENTI



**OLI USATI**  
CONCESSIONARIO  
CONSORZIO OBBLIGATORIO DEGLI OLI USATI



**BATTERIE ESAUSTE**  
INCARICATO  
CONSORZIO OBBLIGATORIO BATTERIE AL PIOMBO E RIFIUTI PIOMBOSI

**CONSORZIO NAZIONALE ACCIAIO**  
RACCOLTA CONTENITORI METALLICI



**POLIECO**  
RACCOLTA POLIETILENE

**OLI VEGETALI ESAUSTI**  
INCARICATO C.Q.N.Q.E.



www.onon.it



interpretazione restrittiva della norma che introduce la esclusiva competenza del G.A. in materia di vicende modificative e/o estintive di soggetti gestori di servizi pubblici,

cosicché non vengano attratte a tale esclusiva competenza le questioni meramente privatistiche afferenti al "contratto societario" e non aventi riflessi sulle modalità organizzative e di erogazione del servizio pubblico. In verità in riferimento a questa tipologia di giurisdizione esclusiva amministrativa non sarebbe sembrato inopportuno indicare esplicitamente, come fatto in riferimento alle controversie inerenti le attività e prestazioni dei gestori (art. 33 c. 2 lett. f D. lgs 80/98), i casi in cui permane la competenza del giudice ordinario. Tanto più che tale mancato parallelismo potrebbe indurre taluni interpreti ed operatori ad optare per un'interpretazione estensiva della giurisdizione amministrativa in tema di vicende modificative e/o estintive, con conseguente "invasione di campo" da parte del G.A. nell'ambito di questioni privatistiche non supportata da idonea esperienza esegetica<sup>1</sup>.

#### **La deroga alla giurisdizione amministrativa esclusiva ed il concetto di "soggetto privato"**

L'art. 33 c. 2 lett. f) D. lgs 80/98,

sempre in materia di servizi pubblici, introduce una disposizione volta ad attribuire al G.A. un'ampia sfera di contenzioso, ossia le controversie riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento dei pubblici servizi. Si tratta di controversie inerenti il rapporto tra utenti e gestore del servizio, anche se tali controversie rimangono, per effetto della deroga di cui si dirà, circoscritte agli atti generali adottati dal gestore in sede di organizzazione dell'attività e destinata indirettamente ad influire sul concreto configurarsi dei singoli rapporti di fruizione del servizio. Esempi di atti generali possono essere quelli relativi alle "carte di servizio", quelli inerenti le tariffe e quelli riguardanti le condizioni generali di erogazione.

Sempre nell'ambito della richiamata disposizione, con l'intento di delimitare la cognizione del G.A. affinché non si estenda a campi prettamente privatistici, viene stabilito che non rientrano nella giurisdizione esclusiva le controversie riguardanti i rapporti individuali di utenza con soggetti privati, quelle inerenti i risarcimenti per danni a persone o beni, nonché in materia di invalidità civile.

Su quest'ultimo punto è da registrare la posizione della Corte di Cassazione (Cass. Sez. un. Civ., 09/08/2000 n. 558) la quale, in riferimento al concetto di "soggetto privato", stabilisce che il legislatore allorché ha indicato la natura privata del soggetto ha inteso riferirsi all'utente, non al gestore. Seguendo quest'impostazione, tutte le controversie tra utenti e gestori dei servizi pubblici sarebbero sottratte alla competenza del G.A.

I giudici amministrativi al contrario (TAR Campania 28/03/2001 n. 1358, precedentemente Cons. Stato ad. Plen. ord. n. 1/2000) ritengono che i rapporti singoli di utenza con soggetti privati vanno intesi come rapporti di utenza con soggetti gestori privati. Tale impostazione, dunque, ricondurrebbe i rapporti tra utenza e servizi la cui erogazione viene effettuata da soggetti pubblici, nell'alveo della giurisdizione amministrativa, e quelli intercorrenti tra utenza e soggetti gestori privati, nell'ambito della giurisdizione ordinaria.

Così facendo tuttavia si introduce di fatto una disparità tra cittadini che vengono in contatto con un gestore

privato e cittadini che fruiscono dei servizi di un gestore pubblico. Se si considera che spesso la natura dei servizi pubblici fa sì che i gestori agiscano in regime di monopolio e che i cittadini ben poco possano incidere nei processi decisionali che portano a scegliere una forma di gestione piuttosto che un'altra, alla luce di quanto verrà di seguito evidenziato, è inevitabile ipotizzare difformità di trattamento nelle eventuali controversie intercorrenti tra utenti e gestori. Ciò proprio perché, come visto e come meglio si vedrà, giudici amministrativi e giudici ordinari seguono, in questa materia (e non solo), principi diversi.

#### **I diritti soggettivi e gli interessi legittimi**

Come noto nel mondo del diritto si tende a distinguere i *diritti soggettivi* dai c.d. *interessi legittimi*. Mentre i primi, infatti, (tipici del diritto privato e della giurisdizione ordinaria) sono tutelati in via diretta ed immediata dall'ordinamento (come il diritto di proprietà; i diritti di credito; i diritti della persona; ecc.), i secondi (tipici del diritto amministrativo e della giurisdizione amministrativa) sono tutelati in via indiretta e mediata, in quanto coincidenti con l'interesse pubblico, cui l'azione amministrativa è sempre preordinata (interesse alla correttezza dell'azione dei pubblici poteri; interesse ad una valutazione imparziale in un concorso pubblico; interesse all'ottenimento di una concessione edilizia; ecc.).

#### **Il risarcimento del danno ex art 2043 Cod. Civ. e la c.d. pregiudiziale amministrativa**

Per lungo tempo al fine di conseguire il risarcimento del danno conseguente ad un atto amministrativo illegittimo ed annullato da parte del TAR, occorreva instaurare un secondo giudizio (civile) davanti al giudice ordinario, con la difficoltà e le lungaggini del processo amministrativo che andavano a costituire una vera e propria "*pregiudiziale amministrativa*" al risarcimento del danno ex art. 2043 Cod. Civ.

Il D. lgs n. 80/98 ha introdotto, per diverse materie di particolare natura, la giurisdizione esclusiva dei TAR e tra queste materie rientra la disciplina dei servizi pubblici (anche locali). L'aver attribuito la competenza esclusiva

al giudice amministrativo in questo settore, ha significato, tra l'altro, aver evitato il doppio giudizio (amministrativo e civile) per avere il ristoro del risarcimento del danno da parte di eventuali danneggiati. Successivamente ciò è stato confermato dalla L. 205/00, di parziale riforma del giudizio amministrativo.

**La sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la decisione n. 4/2003 della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.**

Nella giurisprudenza amministrativa tuttavia si è continuato a sostenere la necessità della c.d. "pregiudiziale amministrativa", nel senso che i TAR ed il Consiglio di Stato allorché si sono trovati a decidere su questioni di risarcimento del danno, hanno sempre continuato a richiedere la previa impugnazione in annullamento dell'atto amministrativo illegittimo lesivo della sfera giuridica del privato, per poter poi decidere sul risarcimento del danno ex art. 2043 Cod. Civ.

Questo concetto è stato fermamente confermato nella recente decisione della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 26/03/2003.

Nella giurisprudenza ordinaria, invece, si è affermato altrettanto fermamente che la "pregiudiziale amministrativa" non opera, poiché la mera lesione di un interesse legittimo, senza la propedeutica impugnazione dell'atto amministrativo, genera da se il diritto al risarcimento del danno (Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500/1999).

Le massime magistrature amministrativa e ordinaria non si trovano, quindi, d'accordo.

**Conclusioni**

In questa situazione la confusione in cui un eventuale utente di un qualsiasi servizio pubblico può venirsi a trovare è massima: non solo, in base alla giurisprudenza, non è chiaro e non vi è concordia nello stabilire di chi sia la competenza (giudice amministrativo o ordinario?) a statuire in merito ai rapporti tra utente e gestore, ma anche come debba essere impostata la causa

di risarcimento dell'eventuale danno, risulta tutt'altro che pacifico (ricorrere per l'annullamento dell'atto e quindi richiedere il ristoro dei danni, oppure chiedere subito il risarcimento per lesione di interesse legittimo?).

**Note**

<sup>1</sup> Sul rischio di "ripubblicizzazione di materie **privatizzate**" si è recentemente espresso anche S. Cassese - "Diamo ai TAR (pur con i loro difetti) l'onore delle armi", Il Corriere della Sera, 21/08/2003: "Specialmente dopo le privatizzazioni... (nel diritto amministrativo) è penetrato molto diritto privato. I nostri giudici amministrativi non riconoscono questo cambiamento e tendono a tingere di pubblico tutto ciò che li interessa. Con la conseguenza che il legislatore privatizza enti, attività, procedure, allo scopo di ridurre la sfera pubblica, i Tar ripubblicizzano".



NIENTE DI MEGLIO  
NIENTE DI MEGLIO



Cert. di conform. N. 7101/02  
UNI EN ISO 9001:2000



- pulizia fosse biologiche e fognature
- bonifica serbatoi di combustibile
- impianto trattamento chimico-fisico e biologico
- trasporti normativa adr
- noleggio cassoni scarrabili
- lavaggio autocarri e autocisterne
- trasporto e stoccaggio rifiuti speciali
- videoispezione fognaria

via Canonico, 7 - 60015 Falconara M. AN  
tel. 071 9173596 - fax 071 9160908  
cell: 335/5241195 - 335/6409450  
**www.bufarini.it - e-mail: info@bufarini.it**

PER LA VOSTRA TRANQUILLITA' AFFIDATEVI AL NOSTRO MARCHIO DI GARANZIA

