

Emiliano Raganella

**I SERVIZI PUBBLICI DOPO LA PRONUNCIA
DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 204/04**

Premessa

La sentenza nr. 204 con la quale la Corte Cost. ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, co. 1, del D.Lgs. 31/03/98 nr. 80, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *“tutte le controversie in materia di pubblici servizi”*, dell'art. 33, co 2, e dell'art. 34, co. 1, dello stesso decreto, è al centro ormai del dibattito dottrinale.

È opportuno brevemente riepilogare gli snodi dell'iter motivazionale della Corte, per poi coglierne i rilievi critici e osservarne le prime applicazioni giurisprudenziali.

Dopo aver ricostruito la genesi storica della giurisdizione amministrativa esclusiva (non da tutti condivisa^[1]), la Corte si sofferma sul significato da attribuire all'art. 103 Cost., dove si recita che *“gli organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi”*.

Secondo la Corte queste materie devono essere particolari rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità, devono cioè partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la P.A. agisce come << autorità >>. In buona sostanza, precisa la Corte, *“le materie nelle quali viene attribuita la giurisdizione amministrativa esclusiva devono essere tali che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero, in virtù della presenza dell'amministrazione-autorità, la giurisdizione amministrativa generale”*.

Con la prima proposizione, la Corte delinea tra la giurisdizione generale di legittimità e la giurisdizione esclusiva un rapporto da genus a species, che nel diritto penale viene più propriamente qualificato come *rapporto di specialità*. Il tratto comune tra le due giurisdizioni viene individuato nella presenza in giudizio della pubblica amministrazione-autorità, mentre su cosa consista l'elemento di specialità che deve contraddistinguere la giurisdizione esclusiva rispetto a quella generale, il Giudice delle Leggi sostanzialmente aderisce alla tesi prospettata dal giudice rimettente, secondo cui la giurisdizione amministrativa esclusiva è giustificata dalla disposizione di cui all'art. 103 Cost. solo in quelle materie dove *“diritti soggettivi ed interessi legittimi si intersecano e si aggrovigliano, trovandosi in una relazione di interdipendenza tale da formare un inestricabile nodo gordiano”*^[2]. Quindi, perché sia costituzionalmente legittima l'attribuzione legislativa di materie alla giurisdizione esclusiva non basta che ivi sia presente la pubblica amministrazione, né che sia coinvolto un generico pubblico interesse (il che accade *naturaliter* nei servizi pubblici, precisa la Corte), ma occorre che la p.a. sia presente come *“autorità”* e che ricorra l'ulteriore elemento di specialità dato dall'intreccio di posizioni soggettive (direbbero i penalisti trattarsi di una specialità per aggiunta). Ebbene, conclude la Corte, i requisiti suddetti non si rinvencono nelle controversie di cui alle lettere b) ed e) dell'art. 33 che, per tale ragione, vengono dichiarati costituzionalmente illegittimi.

Fin qui sinteticamente la parte demolitiva della pronuncia della Corte, da cui sorgono le prime

perplessità non tanto per gli effetti che essa provoca sull'estensione della giurisdizione esclusiva (ed il tempo dirà se si assisterà ad un ridimensionamento di rilievo nei servizi pubblici), quanto per i riflessi sostanziali che inevitabilmente genera.

Rilievi critici

Si osserva criticamente che la Corte rievoca istituti, quali innanzitutto la nozione di autoritatività – imperatività, ormai desueti nel panorama amministrativo moderno e non più rispondenti ai contenuti della legislazione di settore, sempre più influenzata dall'ordinamento comunitario^[3]. La Corte, nell'affermare che il giudice amministrativo è deputato a sindacare l'esercizio del potere autoritativo della pubblica amministrazione, ripropone la dialettica autorità-libertà, autorità-consensualità, che fa parte di un dibattito non più attuale. Infatti, da diversi anni, l'ordinamento amministrativo si è diretto verso tutt'altra direzione, dove i confini tra diritto pubblico e diritto privato sono sempre più evanescenti^[4] e incerti, dove, da un lato, l'esercizio del potere autoritativo non è più una prerogativa dei soggetti pubblici (si prenda ad esempio la deliberazione con cui le Ferrovie dello Stato S.p.a. approva progetti di opere ferroviarie che hanno valore di dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza e che pongono i beni di proprietà privata in stato di espropriabilità) mentre, dall'altro, alla stessa pubblica amministrazione, è conferita la facoltà di avvalersi di strumenti di diritto privato per perseguire interessi pubblici (e la conferma si trova negli accordi di cui all'art. 11 della legge 241/90, presi ad esempio dalla Corte come ipotesi attribuita alla giurisdizione esclusiva in quanto l'amministrazione ivi ometterebbe di esercitare poteri autoritativi, mentre la ragione di tale devoluzione può più semplicemente rinvenirsi nel regime speciale di tali accordi, dove la P.A. utilizza istituti di diritto comune, quali il diritto di recesso, a fronte della liquidazione di un indennizzo al privato).

Rispolverando la nozione di potere autoritativo, la Corte per un verso consente il ritorno in auge della dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi che aveva delineato per un secolo il riparto di giurisdizione, per un altro segna una battuta d'arresto al trend legislativo di fine secolo scorso che si era orientato verso una giurisdizione per blocchi di materie. Questa presa di posizione della Corte può più o meno essere condivisa.

Ciò che invece non viene condiviso dagli osservatori è il modo con cui si è giunti alla censura di incostituzionalità di tale politica legislativa. Si osserva come la Corte non si sia limitata a rivitalizzare istituti non più rispondenti alla complessa realtà del diritto amministrativo moderno, ma alla loro reintroduzione non si è accompagnata un'interpretazione o una chiarificazione dirimente. In sostanza, la Corte avrebbe dovuto dire cosa debba intendersi per potere autoritativo poiché, come giustamente si è sottolineato^[5], alla nozione di autoritatività-imperatività da sempre si sono accompagnate diverse concezioni (alcune relative all'efficacia del provvedimento: dall'unilateralità alla sua obbligatorietà, all'effetto sfavorevole per il destinatario prescindendo dal suo consenso; altre che sottendono la supremazia dell'amministrazione, la sua discrezionalità)^[6].

Invero, nella parte additiva della sentenza, la Corte sembra voler offrire all'interprete degli indici utili atti ad individuare il potere autoritativo, laddove dice che la giurisdizione esclusiva deve riguardare le *“controversie relative a provvedimenti adottati dalla P.A. o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge nr. 241/90”*. Tuttavia, anche in questa parte della pronuncia, la Corte sembra andare nella direzione opposta rispetto alle sue presumibili intenzioni. Infatti, la nozione di provvedimento e la sua distinzione dall'atto amministrativo è tra le più discusse nel diritto amministrativo, al pari della nozione di procedimento amministrativo. La legge 241/90 non dice cosa sia un procedimento amministrativo, a quali sequenze procedurali debba applicarsi, né con quale atto debba ritenersi iniziato un procedimento, né tanto meno dà una definizione di provvedimento. Da ciò conseguono due problemi applicativi. In primis, se è vero che l'attività amministrativa è tendenzialmente sempre proceduralizzata dalla legge, è altrettanto vero che in concreto è opinabile quali sequenze debbano considerarsi procedimenti amministrativi: sono ad esempio procedimenti amministrativi quelli delle concessionarie autostradali? In secundis, è discusso che la legge 241/90 debba applicarsi solo ai procedimenti volti all'esercizio di poteri amministrativi autoritativi, considerato che i suoi principi sono previsti per l'attività amministrativa in generale e, pertanto, trovano applicazione anche a procedimenti strumentali di tipo organizzativo e contrattuale: ciò si inferisce dai regolamenti di attuazione degli artt. 2-4 della legge 241/90 di tante P.A., che individuano termini e responsabili anche per procedimenti che non presentano profili di autoritatività. La realtà è molto più variegata di quella che prospettata dalla Corte Costituzionale, posto che talune attività amministrative vengono assoggettate dalle pubbliche amministrazioni solo ad alcune delle

sequenze proceduralizzate dalla legge 241/90 oppure esse si concludono con atti che non presentano i caratteri tipici del provvedimento amministrativo.

L'accostamento, inoltre, tra gestori di pubblici servizi e procedimento amministrativo è quanto mai azzardato tenuto conto della loro veste formalmente privatistica. L'unica disposizione sul procedimento amministrativo applicabile ai soggetti privati è rappresentata dall'art. 23 (come modificato dall'art. 4 legge n. 265/1999) della legge 241/90 che impone ad essi l'obbligo di ostensione dei documenti amministrativi, anche se occorre dare atto[7] della attitudine espansiva dei principi della legge 241/1990, destinati a trovare applicazione per effetto della *“qualità sostanziale del potere pubblico e prescindendo dalla veste formale di chi lo esercita”*. Pertanto, si rimprovera alla Corte di aver ancorato i nuovi confini della giurisdizione esclusiva a concetti di per sé astrusi, per di più superati dalla realtà normativa e dall'elaborazione giurisprudenziale, senza poi in definitiva fornire indici ermeneutici in grado di sbrogliare i dubbi interpretativi che essi pongono

Ma ponendo anche che con tempo si riesca a decodificare i “messaggi” contenuti nella pronuncia della Corte (magari attraverso un secondo concordato giurisprudenziale), la perplessità maggiore che desta la pronuncia si appunta sulla incongruità dei pilastri su cui la stessa si regge. Se, infatti, la giurisdizione esclusiva deve partecipare della medesima natura della giurisdizione generale di legittimità, cioè dell'autorità del potere amministrativo, la conseguenza logica è che a fronte di questo potere le posizioni di diritto soggettivo tenderanno ad affievolirsi in posizioni di interesse legittimo, le uniche in grado di dialogare con il potere autoritativo. E la conferma di tale assunto viene dalla stessa Corte, quando afferma che in assenza della previsione della giurisdizione esclusiva, le materie ad essa attribuite rientrerebbero nella giurisdizione generale di legittimità, sede deputata alla tutela degli interessi legittimi contro gli atti della pubblica amministrazione. Dunque, per dare un senso al ragionamento della Corte, onde evitare di rendere la giurisdizione esclusiva un inutile doppione della giurisdizione di legittimità (cioè una giurisdizione piena ma non più esclusiva, come sottolineato da Aristide Police), due sono le strade percorribili: o ritenere che nella giurisdizione esclusiva vi siano diritti soggettivi non degradabili[8], oppure convincersi, come sostiene Pasquale De Lise, che la previsione della giurisdizione esclusiva del G.A. sia *“imposta nelle materie nelle quali il diritto non è contrapposto al potere amministrativo (esercitato in forma autoritativa o attraverso l'uso di moduli consensuali) di fronte al quale vi è l'interesse legittimo: insieme a questo – e strettamente connesso ad esso – vi possono essere diritti soggettivi”*. Evidentemente si tratterà di diritti soggettivi la cui fruizione è in varia misura e con varie modalità condizionata dall'esercizio di un potere amministrativo, assunto quest'ultimo che sotto il profilo dogmatico necessiterebbe di un approfondimento che questa sede non consente ma dei suoi probabili risvolti applicativi se ne riprenderanno le fila nell'analisi di una delle prime pronunce in argomento. Può aggiungersi che, in linea teorica, affinché si tratti di tali materie non sarebbe sufficiente che in esse vi sia la mera coesistenza delle due posizioni soggettive, coesistenza che, secondo la dottrina più recente[9], sarebbe in re ipsa quando il privato è titolare di diritti soggettivi (originari o sorti in forza di un provvedimento amministrativo), dato che in queste situazioni accanto al diritto soggettivo convive l'interesse legittimo al corretto esercizio del potere amministrativo conformativo, ma necessiterebbe ulteriormente che tra diritto soggettivo e interesse legittimo vi sia il “nodo gordiano”, tratto caratterizzante della giurisdizione esclusiva, salvo poi capire in concreto quando ricorra la coesistenza e quando l'intreccio.

Nuovi equilibri in punto di giurisdizione

Le coordinate che dovranno essere eseguite al fine di accertare se la controversia rientri nell'alveo dell'art. 33, così come risultante dall'intervento manipolativo della Corte Costituzionale, sono le seguenti:

- 1) occorrerà verificare che si tratti di una controversia inerente alla materia dei “servizi pubblici”;
- 2) che vi sia il coinvolgimento della P.A. come autorità e che vengano in rilievo posizioni di diritto soggettivo.

Sotto il primo profilo, nulla di nuovo rispetto alla situazione ante 204, riproponendosi la *res controversa* circa la nozione di servizio pubblico accolta dall'art. 33 e circa l'ambito estensivo delle *“controversie inerenti alla materia dei servizi pubblici”*.

Come è noto, successivamente all'entrata in vigore del Dlgs. 80/98, in seno al dibattito generale sulla nozione di servizio pubblico, prevalse l'orientamento^[10] che ricondusse all'art. 33 una accezione oggettiva di servizio pubblico, i cui elementi distintivi vennero individuati, da un lato, sul piano finalistico, nell'attitudine a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti e, dall'altro, nella sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a norme di continuità, regolarità, capacità e qualità, cui non potrebbe essere assoggettata, invece, una comune attività economica.

Sebbene la Corte Cost. nella sentenza nr. 204, parimenti al legislatore del 1998, si astenga dal fornire una nozione di servizio pubblico, gli indici elaborati dalla giurisprudenza pregressa si ritrovano nei settori (trasporti, servizio farmaceutico,

telecomunicazioni, servizi pubblici ex lege 1995) sopravvissuti alla scure del Giudice delle Leggi. Anche per quanto riguarda il significato da attribuire alle controversie inerenti la materia dei servizi pubblici, occorre continuare a fare applicazione dell'elaborazione giurisprudenziale sviluppatasi sul punto. In tale ambito, la Corte di Cassazione ricomprendeva le controversie relative ad attività istituzionalmente e direttamente finalizzate a soddisfare bisogni della collettività e non, viceversa, le controversie inerenti ad attività strumentali al servizio medesimo ovvero quelle che, in quanto estranee alla diretta finalizzazione del servizio pubblico, esulano dalla sua stessa categoria concettuale (dove si esclude la giurisdizione amministrativa esclusiva in ordine a controversie inerenti al pagamento di forniture di prodotti sanitari e farmaceutici effettuati alla ASL da parte di case farmaceutiche)^[11].

Una volta inquadrata la controversia tra quelle inerenti alla materia dei servizi pubblici, per affermare la giurisdizione esclusiva occorre ora verificare se venga censurato l'esercizio di un potere amministrativo autoritativo, e ulteriormente accertare se ricorra quell'intreccio di posizioni di interesse legittimo- diritto soggettivo che rappresenta il tratto caratterizzante la giurisdizione esclusiva.

Prime applicazioni giurisprudenziali

In una delle prime pronunce sull'argomento, in una controversia tra la Provincia di Venezia e la Regione Veneto per l'omessa erogazione da parte di quest'ultima dei mezzi finanziari a copertura di costi per i servizi di trasporto pubblico locale, il Consiglio di Stato^[12], dopo aver sussunto la vicenda nell'ambito delle controversie inerenti alla materia del servizio pubblico, ha ritenuto che la Regione fosse coinvolta in veste di soggetto pubblico esercente un potere amministrativo –autoritativo, ravvisandone gli indici sia nel fatto che i fondi pubblici erano destinati ad una finalità di interesse collettivo, sia perchè la loro erogazione era espressione di autonomia finanziaria nell'esercizio di un funzione amministrativa di tipo organizzativo contabile. Pertanto, a giudizio del Supremo Consesso, era presente il requisito della autoritatività perchè la Regione, con l'omessa erogazione di fondi, va ad incidere unilateralmente sul finanziamento del servizio pubblico locale.

La pronuncia si presenta particolarmente interessante nella parte in cui il Consiglio di Stato va a saggiare la questione posta nella sentenza n. 204, circa la natura delle posizioni soggettive coinvolte dal potere autoritativo nella giurisdizione esclusiva. Il Collegio, infatti, per un verso, afferma che dalla normativa che regola il finanziamento dei servizi pubblici locali sorgono situazioni di diritto-obbligo in capo alle amministrazioni medesime, per un altro, considera questo rapporto obbligatorio ex lege subordinato al procedimento amministrativo che è a monte ed in cui la Regione esercita un potere autoritativo incidente sulle vicende del rapporto stesso. Il Consiglio di Stato, nel precisare che il groviglio di situazioni soggettive partorite dalla normativa sono tutte attratte nell'alveo della giurisdizione esclusiva in ragione della indifferenza delle situazioni giuridiche soggettive proprie di siffatta giurisdizione, fa applicazione dei principi espressi dalla Corte Costituzionale, così come interpretati precedentemente.

Controversie tra Servizio sanitario Nazionale e case di cura convenzionate e controversie nel settore farmaceutico

Le controversie destinate ad abbandonare definitivamente le aule dei giudici amministrativi sono quelle concernenti i rapporti tra le ASL e le strutture private convenzionate, dalle quali si è originata

l'ordinanza di rimessione alla Corte. Esse erano incluse nell'ambito della giurisdizione esclusiva per una triplice ragione: perché il servizio sanitario era previsto espressamente nell'art. 33, lett. e) quale servizio pubblico, perché l'accreditamento delle case di cura e delle minori strutture private (ambulatori, enti diagnostici) presso il Servizio Sanitario Nazionale era inquadrato tra le concessioni di pubblico esercizio ex lege^[13] ed infine perché l'art. 33 attraeva alla giurisdizione esclusiva "tutte" le controversie tra le amministrazioni pubbliche ed i gestori di pubblico servizio. A seguito della sentenza 204, queste controversie tornano al giudice ordinario, in quanto in esse è assente l'esercizio di un potere amministrativo, trattandosi di rapporti paritari, coinvolgenti posizioni di credito-debito^[14]. *Mutatis mutandis* per le controversie tra i titolari delle farmacie convenzionate e le ASL per il mancato pagamento di somme, poiché, anche a risolvere positivamente il quesito circa la inerenza di tali controversie al servizio pubblico, tuttavia si è pur sempre in presenza di controversie di carattere squisitamente paritetico.

Controversie inerenti ai rapporti individuali di utenza.

Tribunale Civile di Roma-Sez. Seconda-Ordinanza del 21 Novembre 2004

(Giudice Unico Curatola)

“La controversia relative alla mancata nomina di un insegnante di sostegno con il rapporto 1-1- per i minori affetti da grave handicap, non attiene alla giurisdizione esclusiva amministrativa ai sensi dell'art. 33 d.lgs. 80/1998, in seguito alla sua dichiarazione di incostituzionalità, in quanto non ricorrono i presupposti indicati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204/2004, ovvero non si tratta di un provvedimento della p.a. emesso in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241. In realtà, in simili controversie, l'elemento discriminante della giurisdizione, non è tanto la “ materia” del pubblico servizio, quanto la posizione giuridica soggettiva della quale si chiede tutela, con la conseguenza che quando essa ha la consistenza del diritto soggettivo (per giunta non suscettibile di affievolimento), competente a conoscerne è il giudice naturale dei diritti”.

Nel procedere alla verifica dell'influenza che la sentenza nr. 204 potrebbe esercitare sulle controversie inerenti ai rapporti individuali di utenza, è opportuno prendere le mosse dalla recente pronuncia del Tribunale di Roma (che si inserisce in una serie di identiche controversie) con cui ha accolto, in via cautelare, la richiesta avanzata dai genitori di un soggetto portatore di handicap tesa ad ottenere provvedimenti idonei a garantire al figlio un apporto completo di ore di sostegno per l'intera giornata scolastica.

La normativa che regola il diritto all'istruzione dei soggetti portatori di handicap è costituita dalla legge n. 104/1992 (artt. 12-13) e dalla legge n. 449/1997 (artt. 1-2-3). La prima prevede che una volta individuato l'alunno portatore di handicap e acquisita la documentazione risultante dalla diagnosi funzionale, la scuola determini un profilo dinamico-funzionale ai fini della formulazione di un piano educativo individualizzato, alla cui definizione provvedano i genitori, gli operatori sanitari, il personale insegnante specializzato. Il profilo, oltre ad indicare le caratteristiche dell'alunno e le sue difficoltà di apprendimento, deve indicare le possibilità di recupero che devono essere sostenute e rafforzate.

La seconda legge prevede che la dotazione organica di insegnanti di sostegno per l'integrazione degli alunni handicappati è fissata nella misura di un insegnante per ogni gruppo di 138 alunni complessivamente frequentanti gli istituti statali della provincia. Tuttavia, in attuazione dei principi generali fissati dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104, per assicurare agli alunni con handicap gravi l'integrazione scolastica (l'attuazione di questa disposizione è l'oggetto della controversia), l'art.1 prevede “*la possibilità di assumere con contratto a tempo determinato insegnanti di sostegno in deroga al rapporto docenti-alunni (1-138), fermo restando il vincolo costituito dal numero massimo dei dipendenti del comparto scuola, previsto con decreto del Ministro dell'Istruzione*”. In questo quadro normativo, i genitori di alunni affetti da grave handicap, si lamentano del non adeguato numero di ore di sostegno e chiedono (anche in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c., come nella sentenza indicata) che sia il giudice a supplirvi, ordinando alla scuola di nominare un'insegnante che segua i figli per tutte le ore scolastiche.

L'Avvocatura dello Stato, in via pregiudiziale, ha sollevato il difetto di giurisdizione del giudice

ordinario, eccezione respinta dal Tribunale, che sostanzialmente, in applicazione dei nuovi criteri dettati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204 non ha ravvisato nelle controversie l'esercizio di un potere autoritativo, né elementi che facciano ritenere che vi sia un provvedimento amministrativo, né tantomeno un procedimento ex legge 241/1990. La correttezza di queste conclusioni dovrà essere vagliata sia alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale ante 204, sia alla luce delle statuizioni contenute in quest'ultima pronuncia.

L'art. 33 del d.lgs. 80/98 alla lett. e) escludeva dalla giurisdizione esclusiva amministrativa “ *le controversie attinenti ai rapporti individuali di utenza con soggetti privati*”. Ci si chiese da subito se l'esclusione dipendesse dalla natura privata del soggetto gestore del servizio pubblico ovvero dal cittadino che ne fruisse. Prevalse questa seconda interpretazione, confortata dalla giurisprudenza di legittimità[15], senonchè, recentemente, anche il criterio soggettivo è stato superato sia dalla Corte di Cassazione che dal Consiglio di Stato[16], giunti ad affermare che il legislatore, con l'espressione utilizzata nell'art. 33, abbia inteso individuare i rapporti nascenti tra i gestori del servizio e gli utenti nell'ambito di una attività pariteticamente[17] svolta dal gestore stesso e non anche nell'ambito delle sue prerogative pubblicistiche. Come si può ben vedere la riflessione si appuntò nel tempo sul significato da attribuire alla nozione “ *rapporti individuali di utenza*”, con cui sono intesi i rapporti contrattuali di utenza, rinvenibili nell'ambito dell'erogazione dei servizi pubblici economici (che trovano la propria fonte regolatrice in negoziazioni individuali, quali l'erogazione dell'acqua o dell'elettricità), mentre vengono esclusi i servizi pubblici sociali, quali ad esempio la pubblica istruzione. In questa ipotesi, infatti, il rapporto con l'utente-destinatario del servizio non è disciplinato da una regolamentazione individuale e privatistica di tipo contrattuale, bensì da una normativa (legislativa o regolamentare) avente natura pubblicistica. Quanto esposto è confermato dalla recente pronuncia della Suprema Corte[18] secondo cui l'espressione “ *soggetti privati*” fa riferimento allo strumento giuridico che è fonte del rapporto individuale; solo se “ *esso non è di natura amministrativa, ovvero è estraneo a fattispecie di tipo concessorio, bensì è invece strumento di diritto privato, anche il rapporto individuale di utenza a prescindere se l'utente sia un soggetto pubblico o privato, rientra nella esclusione*” [19].

Anche la giurisprudenza di merito[20] si pronunciava nel senso che “ *per rapporti individuali di utenza dovessero essere intesi i rapporti contrattuali dei gestori (pubblici o privati) con gli utenti (privati o pubblici) retti dalle regole del diritto comune e nei quali l'ammissione al servizio è subordinata alla stipulazione di un contratto di utenza, più che ad un atto amministrativo*”. Già all'interno di questa cornice giurisprudenziale, la vicenda in esame, nella quale si controverte sulle modalità concrete di attuazione dell'inserimento scolastico degli alunni portatori di handicap, non poteva essere sussunta nei rapporti individuali di utenza difettando proprio la pariteticità del rapporto e, pertanto, restava attratta alla giurisdizione esclusiva[21]. Vieppiù che dalle statuizioni contenute nella sentenza n. 204, il Tribunale a quo trova ulteriori argomenti per convincersi del radicamento della giurisdizione ordinaria.

Il Tribunale non ravvisa negli atti di causa le tracce di un provvedimento, né tantomeno di un procedimento amministrativo, così proponendo le perplessità precedentemente esposte sulla sentenza 204 circa l'opportunità di ancorare “l'autoritatività” del potere amministrativo al fatto che esso sia procedimentalizzato. Brevemente si osserva sul punto che il giudice avrebbe dovuto verificare se i regolamenti del Ministero della Pubblica Istruzione attuativi degli artt. 2-4 della legge 241/1990 prevedano una disciplina procedimentale per le sequenze di attività contemplate dalla L. 104/1992 e L. 449/1997, in quanto l'assenza di un procedimento potrebbe essere la conseguenza dell'inosservanza patologica degli obblighi derivanti dalla legge 241/1990 da parte della scuola. Tale verifica andava svolta soprattutto perché dalla normativa di riferimento sembra emergere un'attività amministrativa suddivisa in diverse fasi, con un'istruttoria decisamente complessa, che si conclude con un provvedimento mediante il quale la scuola decide se, come e quando concedere più ore di sostegno al portatore di handicap grave.

Più in generale, il Tribunale nega che nella controversia in esame ricorra l'esercizio di un potere autoritativo che possa affievolire il diritto all'istruzione riconosciuto dall'ordinamento ai disabili. A tale conclusione il giudice a quo giunge attraverso l'esegesi dei provvedimenti normativi, dai quali inferisce la natura vincolata dell'attività amministrativa, obbligata a dare piena soddisfazione al diritto all'integrazione scolastica vantato dai soggetti portatori di handicap. Né soggiunge il Tribunale “ *l'organizzazione dei mezzi e del personale necessario a garantire l'effettività del diritto soggettivo dell'handicappato, può costituire ostacolo e impedimento all'attuazione del diritto*”.

In realtà da un esame letterale e sistematico della trama normativa, sembra evincersi tutt'altro che l'esistenza di un'attività vincolata a carico della scuola, il che porterebbe ad escludere l'esistenza di un diritto soggettivo. Ma ciò che giova maggiormente sottolineare in questa sede, coerentemente con le deduzioni effettuate sui possibili significati da ricondursi alla pronuncia della Corte, è che la normativa in commento potrebbe considerarsi generatrice di un diritto soggettivo imperfetto o perfetto ma affievolibile[22], la cui fruizione viene influenzata dalla scelte dell'amministrazione in ordine all'organizzazione del servizio scolastico, aventi una rilevanza pubblicistica, e di ciò vi è conferma nell'art. 33 lett. a), non toccato dalla Corte, proprio perché le attività attinenti all'organizzazione del servizio portano in sé un innegabile momento discrezionale-autoritativo. Tanto più che il diritto ad ottenere più ore di sostegno potrebbe trovare soddisfazione solo attraverso la mediazione di un atto amministrativo, consistente nel provvedimento di assegnazione dell'insegnante di sostegno (che tra l'altro verrebbe dato dal Ministero alla scuola su richiesta dell'utente).

Quindi, se è vero che da una parte la normativa in esame è prevista nel prevalente interesse del privato, è altrettanto vero che la medesima normativa dispone *expressis verbis* che tale interesse vada temperato con interesse pubblici, primo fra tutti la disponibilità di risorse finanziarie da ripartire tra le Amministrazioni statali (da cui deriva la concreta disponibilità di personale) e poi ulteriormente da dividere tra i diversi plessi scolastici. In controversie di tal fatta, diventa complesso stabilire fin dove giunge la discrezionalità dell'amministrazione (con la quale dialogano posizioni di interessi legittimi) e da dove inizia l'attività vincolata dell'amministrazione (a fronte della quale possono configurarsi diritti soggettivi). In un tale contesto tornano di attualità le parole di Orlando[23] con cui sosteneva che *"quando il diritto del cittadino ha una propria e autonoma ragion d'essere, ciò importa che il potere dell'amministrazione non è discrezionale e, reciprocamente, quando una materia è davvero sottoposta al potere discrezionale dell'amministrazione, è impossibile che un cittadino possa vantare un diritto"*. Se in queste situazioni si dovesse fare applicazione del criterio di riparto di giurisdizione incentrato sulla *causa petendi*, due sarebbero gli inconvenienti: in primo luogo il giudice adito correrebbe il rischio di emettere una sentenza che vada al di là della sua giurisdizione oppure una sentenza monca che non statuisca su tutte le questioni prospettate; in secondo luogo, il privato si vedrebbe costretto a doversi attivare presso due plessi giurisdizionali diversi, con grave *vulnus* al principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale. Ed è proprio per sopperire a tali evenienze che in tali settori viene in gioco la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l'unico che può sindacare se il potere amministrativo di organizzare il servizio scolastico sia stato correttamente esercitato, conciliando da una parte l'esigenza di salvaguardare l'apparato amministrativo, dall'altra l'esigenza di controllare la legittimità dell'attività amministrativa, senza peraltro travalicare nel merito dell'azione amministrativa. E' quanto accadeva del resto nei rapporti di pubblico impiego prima della privatizzazione, dove l'attribuzione della giurisdizione esclusiva amministrativa, operata dal D.lgs. 30 dicembre 1923 n. 2480, era giustificata dalla *"oggettiva difficoltà di operare una distinzione coerente tra interesse legittimo e diritto soggettivo e nel rilievo della prevalenza dell'interesse pubblico sulla pretesa portata dal singolo"*[24]. In queste materie, il criterio distintivo incentrato sulla posizione soggettiva non rileva più, per effetto dell'intreccio tra diritto e interesse, sotto il profilo esterno del riparto di giurisdizione, ma solo in quello interno al fine di differenziare il regime giuridico cui sono assoggettate, nell'ambito della stessa giurisdizione, le controversie che attengono alla lesione di un diritto soggettivo perfetto (connesso all'adozione di atti paritetici) ovvero di interessi legittimi (connessi all'emanazione di provvedimenti autoritativi)[25].

Conclusioni

La conclusione a cui si è giunti consente alla giurisdizione amministrativa esclusiva di recuperare la dimensione assegnatale dall'art. 103^o della Costituzione, quale sede dove si fa giustizia della lesione di interessi legittimi e "anche" di diritti soggettivi, garantendosi, altresì, l'effettività e la pienezza del diritto di difesa, di cui la Corte Costituzionale ne ha volutamente valorizzato la preminenza nella sentenza nr. 204, riconoscendo, se pur incidentalmente, la legittimità costituzionale della scelta legislativa di concentrare innanzi al giudice amministrativo anche la tutela risarcitoria.

[1] ARISTIDE POLICE, “ *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non più esclusiva*”, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 10/04

[2] Relazione al R.D. n. 2840 del 1923; Ruini, Assemblea Costituente, seduta pomeridiana del 21 novembre 1947

[3] vedi LOTTI “ *La giurisdizione amministrativa e servizi pubblici nella sentenza 204*” in *Urbanistica e appalti* n. 11/04, che sottolinea il mutamento del volto della p.a. anche nei servizi pubblici

[4] CARINGELLA “ *Corso di diritto amministrativo*” 2003, p. 1352

[5] BERNARDO GIORGIO MATTARELLA, “*Il lessico amministrativo della Consulta e rilievo costituzionale dell’attività amministrativa*”, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 10/04

[6] c.f.r. GALLI “ *Corso di diritto amministrativo*” 2001, p.735, che giunge a distinguere tra imperatività e autoritatività, esprimendo quest’ultima “ *un concetto di legittimazione, di competenza che vale ad individuare l’ente o l’organo amministrativo investito ex lege di un potere pubblicistico*”

[7] come rilevato da FABIO CINTIOLI “*La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*”, in *Diritto e Formazione* n. 10/04

[8] LUISA TORCHIA “ *Biblioteca al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*”, in www.giustizia-amministrativa.it

[9] M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 1983, p. 148

[10] Corte di Cass., sez.un.n. 558/00 in *Foro it.*, 2001, I, 2580

[11] Cass. sez.un.30/3/00, nr. 71; apparentemente in contrasto Ad. Plen. ord. 30/03/00 nr. 1, secondo cui rientra nell’ambito della giurisdizione esclusiva la controversia riguardante il mancato pagamento di somme da parte di una ASL ad una farmacista convenzionata; v. da ultimo Consiglio di Stato Sez. V, 13/06/03 nr. 3346

[12] Consiglio di Stato, Sez. IV, 05/10/2004 nr. 6489 in *Guida al diritto* nr. 43/04.

[13] V. Consiglio di Stato Sez. V, nr. 7141/04.

[14] Consiglio di Stato, Sez. V, 10 Gennaio 2005 nr. 27; TAR Sicilia-Plermo Sez. I, 16/07/04 nr. 1543

[15]; Cass. sez. un. 9 agosto 2000, n. 558; contra Con. Di Stato, Ad Plen.ord. n. 1 del 2000, che propende per una interpretazione che riconduca i rapporti in questione a quelli intercorsi tra utenti individuali e gestori privati di pubblici servizi

[16] Cass. sez. un. 16 aprile 2004, n. 7265 in *Urbanistica e Appalti*, n. 7/04; Con .di Stato, V, 28 maggio 2004, n. 3464

[17] L’atto paritetico comprende ogni comportamento o atto ricognitivo di diritti o inosservante di obblighi previsti dalle norme di legge o di regolamento ovvero da precedenti atti di autovincolo dell’amministrazione, ivi compresi gli atti amministrativi adottati in carenza di potere in astratto o in concreto, purchè, in ogni caso, incidenti su diritti soggettivi perfetti del privato, v.di Galli, op. cit, pg. 1511.

[18] Cass. sez. un. 16 aprile 2004, n. 7265

[19] in questo senso Cons. di Stato, V, 28 Maggio 2004, n. 3464, che ha ritenuto la competenza del giudice amministrativo sulle vertenze sul rimborso di spese sanitarie sostenute dal cittadino all'estero

[20] Trib. L'Aquila, ord. del 19 nov 2003, in Corriere giuridico n. 2/2004

[21] In identica controversia, il Tribunale di Perugia, ord. Del 28 febbraio 2004 ined., concludeva” *per la giurisdizione esclusiva amministrativa, rientrando l'attività nell'ambito di un pubblico servizio comportante l'adozione di statuizione conseguenti a valutazioni discrezionali circa il miglior modo di organizzare il servizio*”

[22] Anche a sostenere la consistenza di diritto soggettivo, difficilmente potrà inquadarsi tra i diritti inaffievolibili al pari del diritto alla salute(Cass. sez. un. 558/2000), in quanto l'art. 38 Cost. è norma programmatica al pari dell'art. 4 Cost che prevede il diritto al lavoro, ove nessuno potrebbe pensare, in mancanza di occupazione, di agire in giudizio nei confronti dello Stato chiedendo l'emissione di un provvedimento che gli garantisca un posto di lavoro

[23] Orlando, *Teoria giuridica delle guarentigie di libertà*, in Biblioteca di scienze Politiche, V, 1890, Torino

[24] F. Caringella, Corso di Diritto amministrativo, 2003, pg.1096

[25] Distinzione, quella tra atti paritetici e provvedimenti amministrativi autoritativi, risalente all'Adunanza Plenaria del Con .di Stato del 18/12/1940, n. 4