

Privatizzazioni e affidamento “*in house*”

Il ruolo delle azioni collettive nella tutela dei beni comuni e sociali

Lucia Paura*

SOMMARIO: Introduzione – 1. I lavori della Commissione Rodotà ed i rapporti economici costituzionali – 2. La “formazione sociale” (art. 2 Cost.) e l’effettività nella tutela degli interessi; differenza tra beni sociali e beni comuni – 3. L’art. 41 Cost. ed i beni sociali quale funzione integrativa del consenso. I rapporti economico-sociali ed etico-sociali – 4. Gli artt. 41 e 43 Cost.: dai beni sociali ai beni comuni – 5. L’art. 43 Cost., la sussidiarietà verticale e i beni riservati o comuni – 6. L’art. 41 Cost. e i beni sociali. La perequazione obiettivo del riequilibrio – 7. La class action e la tutela dei beni sociali e comuni – 8. La “rivincita” dei servizi pubblici: i nuovi orientamenti della giurisprudenza comunitaria ed il ruolo dell’Avvocatura dello Stato. La class action quale tutela dei beni pubblici avverso la privatizzazione: il momento dell’esercizio – 9. I dubbi profili costituzionali e comunitari del recente decreto sulle privatizzazioni – 10. Il legislatore e le sliding doors. Profili processuali e amministrativi dell’azione collettiva nel settore pubblico – 11. Considerazioni conclusive.

Introduzione

Recenti farraginosi provvedimenti legislativi tendono ad alterare il ruolo dello Stato nel delicato equilibrio che la Costituzione ha voluto segnare tra il regime della proprietà pubblica ed i servizi pubblici essenziali, scardinando la tutela dei diritti fondamentali connessi ai fondamenti di democrazia sociale. Eppure l’art. 43 Cost. è stato disegnato non solo per costituire un argine temporale al diritto dei privati, ma per conciliare quel delicato equilibrio tra pubblico e privato, contrassegnato dai principi fondamentali dell’art. 2 Cost. sulla solidarietà, cui fa da integrazione la sussidiarietà, quale dovere dello Stato di rimuovere gli ostacoli che si frappongono alla formazione della personalità (art. 3 Cost.). Per tale obiettivo diventa determinante una duplice funzione della sussidiarietà che l’ordinamento ha voluto tracciare nella disciplina dei rapporti economici costituzionali, quali proiezione dei principi fondamentali: la prima, di riservarsi la gestione dei beni ritenuti essenziali ai fini del consenso sociale e per evitare conflitti tra formazioni non omogenee (sussidiarietà verticale art. 43 Cost.); l’altra, di perseguire un riequilibrio perequativo attraverso il controllo e la promozione, in tal caso non esclusivamente pubblica, di beni sociali, ossia prevalentemente di servizi (art. 41 Cost.).

Scardinare questa delicata funzione integrativa del consenso rappresentata

(*) Dottore di ricerca in diritto privato, assegnista di ricerca presso l’Università degli Studi di Napoli “Federico II”, avvocato civilista.

dalla solidarietà significa rimettere in gioco tutta l'articolata strategia costituzionale, creando una tragica spirale conflittuale tra le classi deboli non più tutelate e la preponderanza degli interessi gestiti direttamente dai privati. Eppure proprio questo aveva voluto scongiurare il costituente ponendo in via prioritaria la tutela sia del soggetto, la cui fisicità è la sua unica arma (tutela del lavoro *ex art. 1 Cost.*), sia della formazione sociale, che superava le categorie corporative e la ferrea distinzione degli ordini sociali, creando un sistema articolato ma dinamico di protezione dove il pubblico potesse fungere in ogni caso, soprattutto sui temi più delicati della convivenza, quale argine esclusivo od integrativo di controllo delle dinamiche socio-economiche.

In questa chiave emergono dubbi sempre più fondati sulle nebbie che avvolgono la recente legislazione sulle privatizzazioni e sui possibili profili di incostituzionalità cui non possono fare che da equivoco schermo le direttive comunitarie. Il nostro lavoro intende porre in luce la contraddizione che la strategia di privatizzazioni pone rispetto anche alla recente configurazione di azioni seriali (la c.d. *class action*) in cui la tutela dei beni comuni e sociali diventa uno strumento - forse il primo - attuativo della garanzia delle formazioni sociali. E a questo non contraddicono i limiti all'esercizio della *class action* anche nell'esperimento dell'azione a tutela dei beni pubblici in cui l'elemento del danno non assume un riscontro patrimoniale; il che è giustificato dall'esigenza prioritaria del mantenimento qualificato dell'esercizio (ripetiamo prioritario anche rispetto ad una pretesa soggettiva che assurge a maggior forza nella serialità dell'azione).

Profili processuali e amministrativi dell'azione collettiva nel settore pubblico chiuderanno il nostro escorso. Su quest'ultimo aspetto il nostro contributo si è posto come possibile chiave di lettura del principio di effettività parametrato alle norme processuali amministrative vigenti, con finalità che mirino a garantire dinanzi ad un legislatore ambiguo la compatibilità giuridica dello strumento dell'azione collettiva tra l'economicità e la sostenibilità economica.

A tal fine ci è sembrato che la Commissione Rodotà (su cui *infra*) nella inversione concettuale rispetto alle tradizioni giuridiche, proponesse chiaramente classi di beni in cui l'elemento della tutela fosse prevalentemente costituito dalla destinazione-utilità e dall'effettività che esso fosse in grado di esprimere. È nell'effettività che la nostra ricerca pur accogliendone il principio ne supera le conclusioni.

1. I lavori della Commissione Rodotà ed i rapporti economici costituzionali

Le recenti modifiche contenute nel decreto sulle privatizzazioni convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133 ("Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo svi-

luppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”), con le ulteriori novità apportate dal decreto legge 135/2009 (art. 15 a modifica dell’art. 23 *bis* l. 133/2008) ci portano a ribadire il ruolo dello Stato nell’economia tra il regime della proprietà pubblica e dei servizi pubblici essenziali (segnato dalla incombente progressiva dismissione e gestione privatistica) e la tutela dei diritti fondamentali strettamente connessi che esprimono i principi costituzionali di democrazia sociale.

Sebbene dal punto di vista dei fondamenti la nostra indagine (1) prendeva spunto dalla riforma “Rodotà” (2) che si proponeva di operare un’inversione concettuale rispetto alle tradizioni giuridiche del passato, proponendo classi di beni legate non alla soggettiva appartenenza degli stessi, bensì alla destinazione/utilità che sono in grado di esprimere, tuttavia riteniamo che il bene giuridicamente inteso, sia esso pubblico, comune, sociale o individuale, trovi costantemente la sua ragion d’essere nell’effettività, nella sua potenzialità a produrre fasci di utilità meritevoli di tutela. Quale “lanterna magica” il bene proietta le sue immagini su una superficie opaca che rappresenta lo scenario, colorandosi delle utilità che la collettività, la comunità o il privato trarranno dal bene. Nella metafora, un caleidoscopio di situazioni di effettività, variabili soggettivamente in relazione all’utilizzo, oggettivamente relative in relazione alle potenzialità.

L’effettività quale criterio di valutazione dei beni rende opinabile la possibilità di poterne operare una classificazione in categorie rigide precostituite o museificate; siano essi beni pubblici (o comuni), beni sociali o beni privati, saranno le “utilità” a qualificarne rispettivamente la fruizione generale alla collettività (art. 43 Cost.), il beneficio per “formazioni sociali” (art. 41 Cost), ovvero l’interesse del singolo. Il che ne determina anche una permeabilità tra le classificazioni, sia in forma ascendente che dismessa.

Riferendoci nello specifico ai beni “riservati”, riteniamo opportuno segnalare – specie alla luce dei lavori dell’Assemblea costituente – l’utilizzo nell’art. 43 Cost., in modo distinto, di due allocuzioni estremamente significative nella diversa portata: l’una iniziale, a carattere preclusivo, che prelude alla riserva originaria ed è l’*utilità generale*; l’altra invece, l’*interesse generale*, conclusiva della disposizione, di carattere effettuale e teleologico, che ne prevede l’estensione “a categorie di imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali” (di per sè, prevalentemente beni sociali), quando assu-

(1) Cfr. F. LUCARELLI - L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico tra solidarietà e sussidiarietà. Il vento non sa leggere*, Napoli 2008, *passim*.

(2) Commissione Rodotà per l’elaborazione dei “Principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo per la novellazione del Capo II Del Titolo I Del Libro III del Codice civile nonché di altre parti dello stesso libro ad esso collegate per le quali si presentino simili necessità di recupero della funzione ordinante del diritto della proprietà e dei beni”.

mono caratteri di “interesse generale”. Non può essere priva di significato la distinzione tra utilità ed interesse: l’una elemento fondante, l’altra circostanza sopravveniente, requisito di specificità.

Al contrario, depotenziati i fini di “utilità generale”, non ricorrendo i caratteri di “interesse generale”, il bene da riservato potrà divenire oggetto di programmi, controlli, indirizzi, coordinamento (divenendo bene sociale), ovvero ritornare al mercato.

Tuttavia finchè i caratteri permangono o sopravvivono sono costituzionalmente illegittime privatizzazioni o dismissioni, anche al fine della sola gestione del bene.

Aver individuato l’elemento caratterizzante del bene nella effettività di generare utilità ed interessi può indurci ad ulteriori riflessioni che, pur non ponendo in discussione il “carattere” del bene, incidano sulla tipologia delle azioni processuali a difesa per quanto riguarda l’esperibilità e l’identificazione del convenuto. Più precisamente, il bene pubblico o comune, promossa la destinazione di *fruizione generale alla collettività* può anche influenzare in modo diretto e immediato esigenze di esercizio processuale da parte di una specifica formazione sociale o di una comunità; ovvero essere giuridicamente incompatibile, limitatamente allo specifico esercizio, con gestione o acquisizione privata.

Si aprono, quindi, su tali vicende ventagli di esercizio di azioni processuali, amministrative ed ordinarie, che senza porre in causa la natura del bene, ne identifichino in concreto l’effettività e compatibilità, ovvero ne difendano l’oggetto e la permanenza. In questa prospettiva verificheremo l’esercizio della *class action*, azione seriale, contro la P.A, sempre nella prospettiva dell’art. 97 Cost.

2. La “formazione sociale” (art. 2 Cost.) e l’effettività nella tutela degli interessi; differenza tra beni sociali e beni comuni

La nostra analisi, dunque, prescinde da una aprioristica classificazione e ricorre sempre al criterio guida della effettività in relazione agli interessi concretamente perseguiti, resi oggettivi dal riferimento alle formazioni sociali i cui contenuti impongono sempre una relatività e variabilità nel raggiungimento degli obiettivi prefissati, (formazioni sociali che tanto più nella definizione dei beni possono rivelare un coagulo di interessi, quali ad es. tutela dell’ambiente). Obiettivi del tutto occasionali in relazione ad una problematica specifica che venga a costituirsi e alla sua ricaduta su formazioni non più rappresentabili o configurabili in categorie sociali; il che rende inadeguata una classificazione tassativa che non consenta permeabilità tra le diverse funzioni. Sotto questo profilo l’attenzione si concentra sull’ontologia dei beni c.d. comuni, fondanti il ruolo dello Stato nella tutela della personalità, distinguendoli

dai beni sociali, intesi quali istituti o servizi con funzioni integrative; questi ultimi a carattere non assoluto, volti a sanare situazioni di fatto impedienti la piena realizzazione della personalità nelle formazioni sociali, garantendo “fasci di utilità”, di carattere economico e di natura etico-sociale.

La diversa configurazione delle utilità consente di delimitarne la riferibilità oggettiva, alternativa o simultanea, in maniera speculare ai rapporti costituzionali economico-sociali, ovvero etico-sociali.

3. L'art. 41 Cost. ed i beni sociali quale funzione integrativa del consenso. I rapporti economico-sociali ed etico-sociali

Con riguardo all'art. 41 Cost. ed ai beni sociali - utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità umana; programmi e controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata a fini sociali - questi si concretizzano in istituti e servizi, tesi a garantire l'uguaglianza sostanziale (art. 3 Cost., comma 2). I beni sociali, infatti, consentono di acquisire quote di cittadinanza a chi ne è carente, dai settori della sanità, alla formazione, all'istruzione, alla giustizia, ecc.

Si tratta del più vasto e pervasivo modello di *Welfare* (solidarietà orizzontale) che il Costituente ha voluto tracciare nell'obiettivo perequativo di bilanciare l'iniziativa economica con il benessere ed il consenso sociale. Viene così lanciato, nel contempo, un ponte di collegamento tra i rapporti economico-sociali e quelli etico-sociali, completandosi la strategia dei beni comuni e della sussidiarietà verticale e orizzontale della P.A.: dalle misure economiche, provvidenze ed istituti sussidiari alla famiglia (art. 31 Cost.); alla tutela della salute ed alle cure gratuite per gli indigenti (art. 32 Cost.); alle provvidenze economiche per rendere effettivo il diritto allo studio dei capaci e meritevoli (art. 34 Cost.).

Lavoro, abitazione, sanità, formazione, (cultura e beni culturali) sono categorie di beni sociali, in quanto attraverso di essi la Costituzione intende garantire il consenso attraverso specifici servizi ed istituti che ne attuino in concreto l'accesso. A livello comunitario (Carta di Nizza) vi si aggregano i nuovi diritti sociali, diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa (art. 27), sicurezza nel lavoro e assistenza sociale (art. 34), accesso ai servizi di interesse economico generale (art. 36), tutela dell'ambiente (art. 37), protezione del consumatore (art. 38).

Con particolare efficacia il Trattato Costituzionale (Carta Europea dei Diritti fondamentali e Diritti sociali), nonché il successivo Trattato di Lisbona accomunano tutti i beni sociali tra gli obiettivi della coesione socio-culturale: l'Unione si adopera per un Europa dallo sviluppo sostenibile basata sulla crescita economica equilibrata, una economia sociale e di mercato che mira alla piena occupazione e al progresso sociale e ad un elevato livello della qualità

dell'ambiente. Essa combatte l'esclusione sociale e promuove la giustizia e la protezione sociale, nonché la coesione economica, sociale e territoriale. La strategia si completa con l'impegno dell'Unione europea a contribuire alla eliminazione della povertà.

La tutela dei beni sociali nella funzione di sussidiarietà orizzontale, opera in un sistema di valori caratterizzato da servizi ed istituti che fungono da ammortizzatori sociali delineando il *Welfare State* moderno. La loro tutela si presenta indispensabile di fronte alla crisi economica che dai soggetti più deboli si estende alla *middle class*, il cui diminuito potere di acquisto la sospinge alle soglie della povertà nella quasi assoluta impermeabilità agli strati sociali superiori.

4. Gli artt. 41 e 43 Cost.: dai beni sociali ai beni comuni

Nelle disposizioni costituzionali in tema di rapporti economici (artt. 35 ss.) si attua un costante bilanciamento perequativo tra diritto dei privati (3) (ci sembra più corretto utilizzare tale espressione che può essere omnicomprendente di diritto soggettivo, interesse legittimo, interessi diffusi) ed intervento pubblico, solidarietà e sussidiarietà; quest'ultima ad azione orizzontale e verticale.

In *progress*, se riflettiamo sulla tutela dei beni, utilizzando le categorie della Commissione Rodotà, ne rinveniamo tre *species*, privati, comuni e pubblici (cui ineriscono i beni riservati e sociali), mentre, per quanto riguarda il contenuto economico, tre sono ancora le proiezioni soddisfattive di interessi, retribuzione, profitto e rendita, regolate rispettivamente dagli artt. 36, 41, 42, (44, 47) Cost. Nel concreto soddisfacimento degli interessi privati, agisce quale contrappeso sociale un costante pendolo solidale dello Stato, che garantisce rispettivamente i "livelli di vita liberi e dignitosi" (art. 36 Cost.), la "libertà e dignità umana" (utilità e fini sociali, art. 41, 2° e 3° comma), la "funzione sociale" (ed equi rapporti sociali) e l'"accessibilità a tutti" (artt. 42-44 Cost.), "l'accesso alle proprietà" (art. 47 Cost.).

Trasponendo il discorso dalla titolarità, rispettivamente dei diritti e delle garanzie sociali alla tipologia dei beni, come detto, ne rinveniamo tre specificazioni, beni privati, beni comuni, beni sociali. Se la prima e la seconda categoria (quest'ultima concernente i beni riservati allo Stato *ex art. 43 Cost.*) sarebbe potuta apparire di immediata identificazione, più complessa può apparire l'individuazione dei beni sociali, che, più che caratterizzarsi nell'attribuzione diretta a soggetti, riflettono l'incrociarsi di interessi individuali con

(3) Abbiamo ritenuto opportuno qualificare un nuovo *genus* di interessi meritevoli di tutela, nel superamento del dualismo diritto soggettivo – interesse legittimo, gli *interessi a legittimazione sociale* su cui si veda *infra*.

funzioni e fini sociali che daranno luogo agli interessi a legittimazione sociale (*infra*). Muovono dall'ideale di *Welfare State*, di una fruizione socialmente differenziata di istituti e servizi integrativi (perciò orizzontalmente sussidiari) alla formazione della personalità individuale ed alla captazione del consenso sociale.

5. L'art. 43 Cost., la sussidiarietà verticale e i beni riservati o comuni

Nell'articolato costituzionale, dunque, concernente i rapporti economici (artt. 41-42-44-45-47 Cost.), l'ordinamento disciplina la copresenza privato e pubblico: iniziativa economica pubblica e privata, proprietà pubblica e privata, nonché un programma di controlli, limiti, obiettivi, incentivi, tutti intesi a bilanciare il diritto del privato con regole perequative di solidarietà (utilità sociale, libertà, dignità umana, funzione sociale, equi rapporti sociali, accessibilità alle proprietà, espropriazione per interesse generale) e sussidiarietà orizzontale (proprietà ed iniziativa pubblica, programmi e controlli, partecipazioni statali, incentivi; accesso alle proprietà: abitazione, piccola e media proprietà contadina, azionariato popolare).

L'art. 43 Cost. riveste, invece, un ruolo del tutto autonomo e dà *imprimatur* impositivo a tutte le imprese e categorie di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio. In questo contesto emerge il carattere socioeconomico del sistema democratico inteso a riservare allo Stato ciò che ritiene possa assumere carattere di preminente interesse generale. Si disegna, così, il ruolo della sussidiarietà verticale, nell'emersione prioritaria dei beni comuni di cui lo Stato ne assume proprietà, gestione e controllo, con la riserva di proprietà o prevedendone trasferimento successivo a suo favore, una volta determinata il carattere di preminente interesse generale. Dunque, si tratta di una strategia "espansiva", intesa non a racchiudersi in un modello precostituito, ma a garantire anche potenzialmente l'acquisizione di altri beni comuni che non siano inizialmente categorizzati. La differenza fondamentale della sussidiarietà verticale rispetto a quella orizzontale va letta proprio nel "dovere" dello Stato non solo di riservare a sé, ad Enti pubblici o comunità di lavoratori o utenti, imprese o categorie, ma anche di provvederne al trasferimento mediante esproprio dei beni comuni non riservati ma di cui emerge il preminente interesse sociale.

È soprattutto la differente disciplina dell'esproprio ad offrirci l'*imprimatur* dei beni comuni oggetto di ablazione. Mentre l'art. 42, co. 3, Cost. disciplina l'esproprio della proprietà privata assoggettandolo a previsione della legge e "motivi di interesse generale", l'art. 43 Cost. riferisce esplicitamente al carattere di "preminente interesse generale" l'espropriazione di imprese o categorie di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali, per cui "ai motivi" si sostituisce "il carattere" e "all'interesse generale" il "preminente

interesse generale”.

Ne deriva l’inceditibilità e l’intrasferibilità dei beni comuni *ex art. 43 Cost.*, in quanto il modello delineato di riserva ha funzione espansiva, dalla riserva iniziale al trasferimento acquisitivo. La cessione di tali beni violerebbe quindi il carattere insito nei beni stessi nella loro funzione preminente di interesse generale: dove “carattere” sta per requisito fondante e “preminente” per assolutezza.

Con ciò non si intende cristallizzare del tutto le categorie, in coerenza con l’inversione metodologica operata dalla riforma “Rodotà”: dovrebbe trattarsi soltanto di beni soggetti nel tempo ad obsolescenza dovuta all’evoluzione tecnica e industriale che ne faccia venir meno l’utilità o ne commuti l’interesse “preminente” in un servizio diverso rispetto a quello iniziale (questo sì da essere oggetto di riserva attraverso esproprio).

La dimensione sostanziale ascrivibile al predicato di preminenza dell’interesse generale connotante la categoria dei beni comuni produce conseguenze processuali in termini di tutela degli stessi laddove si ipotizzi l’esercizio di un’azione collettiva risarcitoria nel settore pubblico (su cui *infra*). In questi casi, infatti, la differenziazione della categoria dei beni comuni da quella dei beni sociali si rivela illuminante nella misura in cui l’assiologia generale dell’interesse sottesa ai beni comuni postula la sua riferibilità soggettiva esclusivamente allo Stato (diversa la soluzione prospettata per i beni sociali su cui *infra*) a cui la formazione sociale si rivolge per ottenere tutela nella difesa della riserva di legge.

6. L’art. 41 Cost. e i beni sociali. La perequazione obiettivo del riequilibrio

Le categorie dei beni sociali rientrano, a noi sembra, a pieno titolo nella disciplina dell’art. 41 Cost., commi 2 e 3, enfatizzato a tutela dell’iniziativa privata, ma estremamente strategico nel disegnare l’intervento dello Stato nell’economia, individuandosi il ruolo della sussidiarietà orizzontale nell’iniziativa pubblica, che compare quale “colpo di teatro” nel comma 3 di un articolo che sembrava destinato ad esaurirsi nella disciplina dell’iniziativa privata. Sussidiarietà soprattutto pervasiva nei programmi e nei controlli, da determinarsi per legge sull’iniziativa privata.

Per i beni sociali, quindi l’integrazione (sussidiarietà orizzontale) attraverso iniziative pubbliche o private, intende rimuovere situazioni di fatto che impediscano il pieno sviluppo della personalità umana (art. 3 Cost., 2° comma); il che ne rende soggettivamente relativo e variabile l’esercizio, secondo l’interesse sotteso ovvero la graduazione sociale ed il risultato perseguito. Ed è proprio la virtualità e l’occasionalità dell’esercizio “a sussidio” a segnare l’obiettivo perequativo che differenzia i beni sociali dai beni comuni (o riservati), in quanto per questi ultimi gioca l’assolutezza della riserva tesa

a garantirne prioritariamente la fruizione generale alla collettività e, quindi, la necessaria titolarità pubblica della destinazione e dell'esercizio. Per i beni sociali, invece predomina la variabile perequativa della finalità sociale e, dunque, il risultato da perseguire, indipendentemente dall'esercizio pubblico o privato dell'iniziativa economica.

L'elemento condizionante la fase empirica di utilizzo degli stessi è necessariamente legato alla teleologia della piena realizzazione dei diritti sociali garantiti a tutti dalla Carta fondamentale, quale proiezione del *Welfare State*, espressione di una sussidiarietà orizzontale (integrativa).

Circoscrivendo l'attenzione ai beni sociali dunque si tratta di istituti e servizi sociali, connotati prevalentemente di forte specificità (edilizia residenziale pubblica, edifici pubblici adibiti a ospedali, istituti di istruzione e asili; reti locali di pubblico servizio, etc.), prescindenti dal legame di inscindibilità con la tutela della persona (elemento connotante i beni comuni), rispetto a cui la titolarità della gestione, privata o pubblica (art. 41 Cost.), diviene indifferente rispetto alla destinazione sociale della fruibilità. Ciò che rileva è il necessario perseguimento della "utilità sociale" (comma 2 art. 41), unitamente alla necessità che l'attività economica venga "indirizzata e coordinata a fini sociali" (comma 3 art. 41 Cost.). L'ambito di operatività della categoria riguarda settori che lo Stato non si riserva (come avviene nell'art. 43 Cost), in cui la notevole elasticità della garanzia si traduce nella risposta ad esigenze sociali differenziate anche nel tempo.

I servizi ed istituti soddisfacendo esigenze sociali (sanità, istruzione, formazione, gratuito patrocinio, ...) "liberano" anche frazioni di utilità di salario, favorendo un miglior tenore di vita del lavoratore e garantendogli "livelli di vita liberi e dignitosi" (art. 36 Cost.), minimo comune denominatore di perequazione.

Quanto ai casi empirici di applicazione l'esemplificazione proposta dalla Commissione Rodotà per i beni sociali, può essere arricchita da tutte quelle controversie di natura seriale che sempre più caratterizzano il settore pubblico. Si pensi ai danni da emotrasfusioni, (in cui è configurabile un concorso causale efficiente di responsabilità e per la struttura operativa fornitrice del servizio e per l'inosservanza di un obbligo di vigilanza e garanzia dello Stato in ordine alla prestazione sanitaria, specificantesi in un dovere di indirizzo e coordinamento gravante sul Ministero della Salute (cfr. art. 41, 2° e 3° comma), che sarebbe così un ulteriore legittimato passivo *ad causam*), ed anche danni ambientali, danni alla salute conseguenti all'uso di amianto, uranio impoverito, emissioni elettromagnetiche, danni per mancata erogazione di reddito da cittadinanza, per il non corretto funzionamento del servizio mensa nelle strutture scolastiche ed universitarie, per il non rispetto o non corretta applicazione delle graduatorie di accesso all'edilizia economica e popolare, per violazioni del diritto allo studio (borse di studio presalario, ecc.), danni derivanti da omissione

nella manutenzione di strutture ed infrastrutture pubbliche, ecc.

7. *La class action e la tutela dei beni sociali e comuni*

Riprendendo la classificazione della proprietà pubblica (art. 41-43 Cost. e funzione della P.A. art. 97 Cost.), la socialità della destinazione dei beni postula il riconoscimento di forme di tutela processualmente compatibili con la capillarità della fruizione dei beni *de quo*. L'introduzione dell'azione collettiva risarcitoria a partire dalla legge Finanziaria 2008, nonché attraverso successivi emendamenti approvati dalla Commissione Industria con riguardo anche all'estensione nel settore pubblico, sembra offrire risposte positive, nella misura in cui si riconosce che proprio l'ambito oggettivo di applicazione in settori sociali (come quello di cui si discorre) appare maggiormente coinvolto nella tutela processuale di categorie protette più deboli di quelle riconducibili allo *status* di consumatore.

Secondo l'impostazione costituzionale da noi offerta (4) l'azione collettiva risarcitoria (c.d. *class action*) è esercitata da una *formazione sociale* temporanea e occasionale di soggetti, indipendente dalle "categorie" sociali che la caratterizzano, coesa solidalmente alla realizzazione di un obiettivo seriale, economicamente differenziato e distinto, esercitabile anche individualmente (nel caso di azioni collettive a carattere patrimoniale).

Definita la fenomenologia, occorre valutare l'originalità della tutela di interessi seriali nel quadro dei rapporti privato-pubblico e nelle connessioni con la solidarietà e sussidiarietà costituzionale attraverso l'incidenza sia sui principi generali (artt. 2, 3, 4 Cost.), che sui rapporti economici costituzionali (artt. 36 e ss.).

La filiera della solidarietà, cioè la ripetitività dell'oggetto perseguito dai destinatari del servizio, esprime la categoria seriale di soggetti che si coagulano nella difesa di propri interessi, socialmente rilevanti, coinvolgenti i più svariati settori, da quello dell'iniziativa economica, alla sanità, all'ambiente, ai servizi essenziali (artt. 22, 32, 41, 43 Cost.).

Invero, quale protagonista dell'azione collettiva risarcitoria viene al momento indicato il consumatore, oggetto dell'azione collettiva il mercato, quindi beni e servizi, ma l'individuazione soggettiva è generica, tenuto conto dei caratteri specifici della formazione sociale (art. 2 Cost.) cui fa riferimento la Costituzione che ne ha voluto connotare l'aggregazione anche dal punto di vista variabile e occasionale. Conseguentemente l'azione in base all'oggetto può divaricarsi e riguardare un conflitto di natura prettamente privatistica tra pluralità di soggetti ed impresa; ma potrà anche assumere natura socio-economica

(4) Cfr. F. LUCARELLI – L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico*, cit., pp. 183 e ss.

e risvolti costituzionali nel caso in cui l'azione sia diretta a garantire l'azione sussidiaria dello Stato in materia di prestazioni sociali, servizi essenziali e riserva di legge (art. 43 Cost.). Potrà infine coinvolgere il potere pubblico per la tutela diretta o sussidiaria di diritti primari, salute, ambiente, paesaggio, cultura, servizi e istituti (artt. 41-44-47 Cost.).

La semplice tutela del consumatore non avrebbe effettività in questi settori dove la difesa del singolo sarebbe ancora più debole rispetto all'interlocutore Stato, che si trova a svolgere la funzione di proprietario ovvero di programmatore e controllore di attività economiche pubbliche e private (art. 41 Cost.). La mancata tutela nei confronti della burocrazia statale si tradurrebbe in forme di deriva liberistica, ancora più accentuata dalla libera connotazione pubblica/privata.

Per i beni sociali, dove non è configurabile la pretesa diretta, è sul momento del corretto funzionamento (art. 97 Cost.) che potrebbe incidere l'azione processuale ovvero nella fase di dismissione dell'istituto o del servizio, laddove invece per i beni riservati l'azione mira alla assoluta conservazione della titolarità. Nei beni sociali, quindi, prevale la garanzia del risultato che va difesa da eventuali inefficienze della gestione, nonché da scelte che privilegino l'economicità della gestione rispetto alle finalità sociali.

8. La "rivincita" dei servizi pubblici: i nuovi orientamenti della giurisprudenza comunitaria ed il ruolo dell'Avvocatura dello Stato. La class action quale tutela dei beni pubblici avverso la privatizzazione: il momento dell'esercizio

Preme precisare la sempre maggiore rilevanza che nei momenti di crisi socio-economica assumono i servizi pubblici di interesse economico-generale garantiti dall'art. 43 Cost. e ripresi dal Trattato di Lisbona. Per essi si impone una riflessione sulla solitudine del soggetto ad avvalersene nei confronti delle Amministrazioni pubbliche, soprattutto nel momento della loro costituzione in s.p.a. e successiva trasformazione in imprese.

Difatti ribadiamo (5) che la dismissione attraverso trasferimento azionario della presenza della mano pubblica nelle società destinate a funzioni di interesse generale, nella fase di una loro eventuale privatizzazione pone il problema, stabilito il principio generale dell'esperibilità dell'azione (ovvero dell'*an*), del momento *in limine* che ne rende necessario l'esercizio (il *quando*): il che si concretizza, a nostro avviso, nella fase di contestazione della privatizzazione.

Infatti, ripetiamo che una volta avvenuta la privatizzazione il conflitto

(5) Cfr. F. LUCARELLI – L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico*, cit., pp. 200 e ss.

potrebbe avere ad oggetto solo l'economicità della gestione, essendosi oramai affievolita la tutela dell'interesse generale. La socialità in queste ipotesi cederebbe il passo all'economicità, se quest'ultima prevale sull'utilità sociale cui i beni sono destinati; da qui la necessità di esercizio dell'azione collettiva contestando proprio il procedimento di privatizzazione.

Abbiamo già accennato che molto spesso il ruolo della Comunità europea sulla concorrenza viene supinamente recepito se non addirittura accolto in maniera distorta. A partire dal Trattato di Amsterdam del 1997, l'Unione europea si è aperta progressivamente ad una rivalutazione del ruolo dello Stato in campo economico-sociale e occupazionale. Anche la giurisprudenza comunitaria sembra sempre più orientata ad evitare fenomeni di frettolose dismissioni di capitale pubblico in favore di privati, attraverso un'attività di recupero non solo *ex post*, ma preventiva, specie a livello ermeneutico di legislazione, del ruolo dell'intervento pubblico nei settori economici in crisi. All'uopo si rivela interessante evidenziare la particolare sensibilità al tema dei rapporti tra aiuti di Stato, specie in relazione alle imprese che gestiscono servizi pubblici locali, ed *in house providing* con specifico riguardo al partenariato pubblico/privato, manifestata dall'Avvocatura dello Stato, con particolare attenzione al distonico scenario delle ricadute giurisprudenziali comunitarie sulle linee evolutive di legislazione nazionale proiettate a direzioni opposte (si cfr. il decreto sulle privatizzazioni su cui *infra*).

In particolare voci verticistiche (6) della difesa erariale, cui vanno ascritte soluzioni innovative sposate dai recenti *revirements* della Corte di Giustizia (7), hanno segnato un progressivo superamento della residualità del ruolo degli appalti *in house* e delle società miste, aprendo a notevoli spazi di intervento pubblico nei settori in crisi. Il quadro che ne risulta è stato definito (8) "una rivincita dei servizi pubblici nel nuovo contesto europeo" adombrata, come vedremo a breve, dalle recenti modifiche alla legislazione nazionale sulle privatizzazioni.

Più nello specifico la problematica affrontata dalla Corte di Giustizia, nella decisione del 10 settembre ultimo scorso, riguardava una questione pregiudiziale proposta dal Tar della Lombardia su un affidamento senza gara del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti solidi urbani in comuni in certa misura "consorzati" (9). Il problema ermeneutico vedeva coinvolta la compatibilità del suddetto affidamento ad una società per azioni a capitale interamente pubblico (art. 113 decreto legislativo 267/2000) con l'impianto

(6) Per un approfondimento sul punto si cfr. G. FIENGO, *Un utile riassunto sul tema degli "appalti in house"*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato* LXI – N. 3, luglio-settembre 2009, pp. 151 ss.

(7) Si cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, Terza Sezione, sentenza 10 settembre 2009, causa C-573/07.

(8) Cfr. G. FIENGO, *cit.*

(9) Cfr. G. FIENGO, *cit.*

sistemico comunitario dei principi di libertà di stabilimento ovvero di prestazione di servizi, del divieto di discriminazione e dell'obbligo di parità di trattamento, di trasparenza e di libera concorrenza di cui agli artt. 12 CE, 43 CE, 45 CE, 46 CE, 49 CE E 86 CE.

Come anticipato, la novità della decisione consiste nell'aver aderito all'inversione di rotta nell'attribuzione all'intervento pubblico di una dignità non residuale, ampliando gli spazi operativi degli appalti *in house* e delle società miste nel settore dei pubblici servizi. All'uopo si rivelano illuminanti alcuni passaggi interpretativi della decisione suddetta:

“... Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte, una gara non è obbligatoria in caso di contratto a titolo oneroso concluso con un ente giuridicamente distinto dall'autorità locale che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice, qualora tale autorità eserciti su detto ente un controllo, analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e, nel contempo, tale ente realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano (v., in tal senso, sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal, Racc. pag. I-8121, punto 50) (10). ... Orbene, detta giurisprudenza rileva sia per l'interpretazione della direttiva 2004/18 sia per quella degli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui essi costituiscono la specifica espressione (v., in tal senso, sentenze 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punto 49, nonché 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punto 62) (11)”.

La Corte delimita l'ambito di operatività dei principi comunitari, con l'esclusione delle ipotesi integranti i requisiti specificati nella nota sentenza *Teckal* (su cui ampiamente *infra*) sull'affidamento diretto:

“... Per quanto concerne l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi, le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare, in particolare, gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l'obbligo di trasparenza che ne discende (v., in tal senso, sentenze Parking Brixen, cit., punti 47-49, e 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV, Racc. pag. I-3303, punti 19-21).

... L'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione, è tuttavia esclusa qualora, al contempo, l'ente locale che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'ente aggiudicatario un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e detto ente realizzi la parte più importante della sua attività con l'autorità o le autorità che lo controllano (v., in tal senso, sentenze Teckal, cit., punto 50; Parking Brixen, cit., punto 62, nonché 9 giugno 2009, causa

(10) Punto 36, Corte di Giustizia delle Comunità europee, Terza Sezione, sentenza 10 settembre 2009, causa C-573/07.

(11) Punto 37, Corte di Giustizia, cit.

C-480/06, Commissione/Germania, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 34) (12)”.

Nella fissazione dei suddetti principi, nonché nella delimitazione dell'ambito di operatività dell'eccezione è ribadita l'indifferenza alla tipologia sociale assunta dall'ente aggiudicatario, quantunque società di capitali:

“... La circostanza che l'ente aggiudicatario si costituisca sotto forma di società di capitali non esclude in alcun modo l'applicazione dell'eccezione ammessa dalla giurisprudenza richiamata al punto precedente. Nella citata sentenza ANAV, la Corte ha riconosciuto l'applicabilità di tale giurisprudenza nel caso di una società per azioni (13)”.

Fondamentale risulta il passaggio argomentativo in ordine alla configurabilità di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da parte di un'amministrazione aggiudicatrice su una società di cui è azionista, con la quale intende concludere un contratto, nel caso in cui esista la possibilità, sebbene non concretizzata, che investitori privati entrino nel capitale della società di cui trattasi:

“... Per risolvere tale questione va ricordato che la circostanza che l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società concessionaria potrebbe indicare, pur non essendo decisiva, che tale amministrazione aggiudicatrice esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (v., in tal senso, sentenze 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei, Racc. pag. I-4137, punto 37, nonché 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 31).

... Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi (v., in tal senso, citate sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, punto 49, nonché Coditel Brabant, punto 30).

... Di regola, l'esistenza effettiva di una partecipazione privata al capitale della società aggiudicataria deve essere verificata nel momento dell'affidamento dell'appalto pubblico di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punti 15 e 52). Può anche assumere rilevanza tenere conto della circostanza che, nel momento in cui un'amministrazione aggiudicatrice affida un appalto ad una società di cui detiene l'intero capitale, la legislazione nazionale applicabile prevede l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali (v., in tal senso, citata sentenza Parking Brixen, punti 67 e 72).

(12) Cfr. punti 39 e 40, Corte di Giustizia cit.

(13) Punto 41, Corte di Giustizia cit.

... In via eccezionale, circostanze particolari possono richiedere che siano presi in considerazione avvenimenti intervenuti successivamente alla data di aggiudicazione dell'appalto in esame. È quanto avviene, in particolare, nel caso in cui le quote della società aggiudicataria, precedentemente detenute interamente dall'amministrazione aggiudicatrice, vengano cedute ad un'impresa privata appena dopo l'aggiudicazione a tale società dell'appalto di cui trattasi nell'ambito di una costruzione artificiale diretta ad eludere le norme comunitarie in materia (v., in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9705, punti 38-41).

... Certamente, non può escludersi che le quote di una società vengano vendute a terzi in qualunque momento. Tuttavia, il fatto di ammettere che questa mera possibilità possa sospendere indefinitamente la valutazione sul carattere pubblico o meno del capitale di una società aggiudicataria di un appalto pubblico non sarebbe conforme al principio di certezza del diritto.

... Se il capitale di una società è interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice, da sola o con altre autorità pubbliche, al momento in cui l'appalto in oggetto è assegnato a tale società, l'apertura del capitale di quest'ultima ad investitori privati può essere presa in considerazione solo se in quel momento esiste una prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura (14)".

La Corte opta per una verifica empirico-contingente, *case by case*, a nulla rilevando un giudizio prognostico a carattere probabilistico ed aprioristico sull'apertura al capitale privato. L'assenza di alcun indizio concreto e la presenza di una mera astratta possibilità non risultano sufficienti ad integrare il requisito del mancato controllo.

Sempre ai fini della determinazione del controllo si rivela altresì preziosa la delimitazione dell'esercizio congiunto dello stesso nelle ipotesi in cui varie autorità pubbliche scelgono di svolgere alcune delle loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad una società che esse detengono in comune:

"... Richiedere che il controllo esercitato da un'autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d'imporre una gara di appalto nella maggior parte dei casi in cui un'autorità siffatta intendesse associarsi ad una società detenuta da altre autorità pubbliche al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico (v., in tal senso, citata sentenza Coditel Brabant, punto 47).

... Un risultato simile non sarebbe conforme al sistema delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici e di concessioni. Si riconosce, infatti, che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi (citare sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, punto 48; Coditel Brabant, punto 48, e Commissione/Germania, punto 45) (15)".

(14) Punti 45-50, Corte di Giustizia cit.

(15) Punti 56 e 57, Corte di Giustizia cit.

Inoltre ai fini della determinazione dell'esercizio effettivo del controllo analogo vengono indicati i parametri normativi e le circostanze pertinenti: il controllo cioè dovrà superare un "test di decisività" circa l'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti della società.

L'accesso ai privati nell'ambito di attività qualificabili "accessorie" non dequota l'obiettivo principale della gestione del servizio pubblico; nel caso di specie si menziona a titolo esemplificativo la raccolta differenziata dei rifiuti, la quale potrebbe rendere necessaria la rivendita ad enti specializzati di talune categorie di materiale recuperato a scopo di riciclaggio;

"l'esistenza di un potere siffatto non è sufficiente per ritenere che detta società abbia una vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che la detengono (16)".

Alla luce di suddette considerazioni, le conclusioni giurisprudenziali sono così sintetizzate:

"Gli artt. 43 CE e 49 CE, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l'obbligo di trasparenza che ne discende non ostano all'affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi ad una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora l'ente pubblico che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e tale società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

Fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio dell'operatività delle disposizioni statutarie di cui trattasi, il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla detta società può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi in circostanze come quelle di cui alla causa principale, in cui:

- l'attività di tale società è limitata al territorio di detti enti ed è esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi, e*
- tramite organi statutari composti da rappresentanti di detti enti, questi ultimi esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società".*

Come anticipato, l'Avvocatura di Stato (17) ha manifestato aperte perplessità in ordine al distonico scenario legislativo nazionale rispetto ai suddetti orientamenti comunitari; perplessità condivisibili non solo sul piano della verifica di compatibilità al diritto comunitario, ma anche in relazione alla coerenza sistemica del diritto interno, principalmente nei rapporti con la fonte costituzionale.

(16) Punto 79, ult. cit.

(17) Sul punto si cfr. G. FIENGO, *op. cit.*

9. I dubbi profili costituzionali e comunitari del recente decreto sulle privatizzazioni

Il recente decreto legge sull'adeguamento della nostra legislazione agli obblighi e direttive comunitarie approvato dal Consiglio dei ministri in data 9 settembre 2009 (d.l. 135/2009), soprattutto la lettura dell'art. 15 ("Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici di rilevanza economica") accentua le nostre preoccupazioni sulle estese manipolazioni dei principi comunitari in materia di concorrenza. Soprattutto quando entrano in gioco la coesione economico territoriale (art. 3 Trattato costituzionale) ed i principi fondanti della comunità e della nostra Costituzione. In questo caso, in specie, la solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.) ed il riequilibrio perequativo tra sussidiarietà orizzontale e verticale (art. 3 Cost., comma 2: uguaglianza sostanziale).

Applicata aprioristicamente la libertà di mercato ed il divieto di concorrenza pubblica ne conseguono nel decreto diffuse violazioni costituzionali in materia di rapporti economici che incidono sul livello di occupazione (art. 36 Cost.); depotenziano, se non annullano del tutto, la tutela dei beni e servizi sociali (art. 41 Cost.) e la funzione dei beni riservati (art. 43 Cost.); alterano l'equilibrio tra iniziativa privata e pubblica (art. 41 Cost., comma 2 Cost.) e impresa (proprietà) pubblica e impresa (proprietà) privata nella gestione dei servizi sociali e di quelli essenziali; fino ad incidere sul ruolo proprietario degli azionisti delle s.p.a. pubbliche (art. 42 Cost.).

Anche il tema del riparto delle competenze Stato-Regione (art. 117, comma 2) ne esce stravolto, mentre appare violato (potremmo dire espropriato) il principio autonomistico di autodeterminazione dei Comuni di cui gli artt. 5 e 118 Cost.

Infine nella cancellazione (salvo casi eccezionali) degli affidamenti *in house* il legislatore si sottrae, oblitera del tutto, la valutazione della buona gestione o meno dell'Ente, violando l'art. 97 Cost.

Ma procediamo analiticamente.

La ricostruzione della proprietà pubblica, attraverso la distinzione tra beni comuni e beni sociali sulla base del principio di effettività, va trasposta sul piano operativo-funzionale della gestione dei servizi pubblici, alla luce delle recenti riforme del decreto 112 sulle privatizzazioni convertito nella legge 113/08, modificato dal d.l. 135/2009 (art. 15).

La tendenza dell'attuale Governo alla liberalizzazione riprende il cammino attraverso il rilancio delle privatizzazioni e il ridimensionamento del fenomeno dilagante delle gestioni pubbliche *in house*, limitandolo a casi eccezionali. Il decreto recentemente approvato prevede due vie ordinarie per la gestione dei servizi pubblici locali, ovvero una gara obbligatoria per la concessione a imprese private del servizio locale di acqua, gas, energia, rifiuti,

trasporto e una società per azioni mista con un socio privato scelto con gara, che abbia almeno il 40% del capitale e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio (un socio quindi industriale e operativo). L'elemento rilevante è il chiarimento sulle gestioni *in house*: quelle attuali decadranno automaticamente entro il 31 dicembre 2011 e per il futuro saranno limitate a situazioni "eccezionali" che dovranno essere autorizzate con parere "preventivo" Antitrust. Il parere dovrà essere emanato entro 60 giorni, varrà il silenzio-assenso e spetterà alla stessa Autorità per la concorrenza di definire la soglia sopra la quale si ritiene rilevante il parere.

A questo punto ci sembrano opportune delle considerazioni.

Con l'affidamento *in house* il committente pubblico, derogando al principio di carattere generale dell'evidenza pubblica, in luogo di procedere all'affidamento all'esterno di determinate prestazioni, provvede in proprio (all'interno), all'esecuzione delle stesse, mediante il sistema dell'affidamento diretto (c.d. *in house providing*), ossia senza gara. Sebbene tale figura non trovi una definizione ed una disciplina puntuale nelle normative sia comunitarie che interne, la giurisprudenza e la dottrina ne hanno delimitato i confini attraverso l'interpretazione in negativo dei due istituti dell'appalto di pubblici servizi e della concessione di pubblici servizi. L'elemento profondamente distintivo consiste nell'assenza di alterità tra ente pubblico ed organo "*in house*", ovvero nella mancanza di una relazione intersoggettiva, di un rapporto contrattuale o concessorio in senso stretto. Negli affidamenti *in house* manca quindi, il coinvolgimento degli operatori economici nell'esercizio dell'attività della Pubblica Amministrazione, per cui le regole sulla concorrenza, applicabili agli appalti pubblici e agli affidamenti dei pubblici servizi a terzi, non vengono in rilievo. Si tratta di un modello organizzativo in cui la p.a. provvede da sé al perseguimento degli scopi pubblici quale manifestazione del potere di auto-organizzazione e del più generale principio comunitario di autonomia istituzionale e buona amministrazione.

La scelta tra il sistema dell'affidamento della prestazione mediante gara pubblica e l'opposto modello dell'affidamento *in house* è preceduto dalla comparazione degli obiettivi pubblici che si intendono perseguire e delle modalità realizzative avuto riguardo ai tempi necessari, alle risorse umane e finanziarie da impiegare ed al livello qualitativo delle prestazioni in base ai principi di economicità e massimizzazione dell'utilità per l'Amministrazione (seguendo il sistema anglosassone del c.d. "*Best Value*").

Tuttavia l'ibrida connotazione organizzativa ha spinto la Corte di Giustizia (con la nota sent. *Teckal* 18 nov. 1999, causa C-107/98) a definire i confini entro cui l'affidamento *in house* può considerarsi legittimo: Le condizioni necessarie affinché si possa derogare alla gara pubblica, secondo il tradizionale insegnamento della "*Sentenza Teckal*" sono:

1) l'esercizio da parte dell'ente committente, sul soggetto affidatario, di

un “**controllo analogo**” a quello che esercita sui propri servizi (qui a nostro avviso il referente costituzionale è l’art. 41 Cost.);

2) la necessità che il soggetto affidatario **realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente committente** (o gli enti se sono più di uno) che la controlla (qui riteniamo giochino un ruolo determinante gli artt. 5 e 118 Cost.).

Quest’ultimo requisito concorre alla distinzione tra organo *in house* e organismo di diritto pubblico *tout court*. Laddove ricorrano gli elementi dell’organo *in house*, l’ente è assimilato all’amministrazione pubblica e come tale è soggetto alla medesima normativa, ivi compresa quella in materia di appalti pubblici. Gli enti *in house* in quanto organi della P.A. sono soggetti ai medesimi obblighi di quest’ultima e la scelta di un modulo organizzativo di tal tipo rende a nostro avviso fisiologico l’assolvimento dei criteri e principi di efficienza amministrativa di cui all’art. 97 Cost.

Chiariti siffatti profili, occorre prospettare possibili forme e strumenti di tutela rispetto alla eventuale antieconomicità della gestione privata nel conseguimento delle finalità di garanzia ed efficienza dei servizi pubblici di cui all’art. 97 cost.

Ebbene riprendendo le riflessioni in tema di esercizio di azioni collettive sulla opportunità di una loro funzione ostativa alla privatizzazione, riteniamo che la fase di accertamento dell’inefficienza o palese mancanza di garanzia di realizzazione degli interessi pubblici costituisca il *quando* della esperibilità della tutela, al fine di evitarne la limitazione dell’oggetto alla sola economicità e non alla effettività del risultato gestorio, anche a fronte di un eventuale esercizio antieconomico (indispensabile alla effettività del risultato), che richieda la sussidiarietà dell’Ente pubblico (anche qui gioca l’art. 41 Cost.).

L’area *probandi* cioè andrebbe circoscritta alla essenzialità della gestione privata per livelli di efficienza più vantaggiosi, giustificativi dell’operatività delle regole sulla concorrenza. Il venir meno di siffatta dimostrazione infatti implicherebbe la necessità della gestione *in house* che garantisca il corretto equilibrio tra sostenibilità economica e compatibilità giuridica e ciò non solo per i profili di cui all’art. 97 Cost. già citati ma anche rispetto alle prescrizioni di cui all’art. 42 Cost. a tutela del diritto di proprietà funzionalizzato agli obiettivi sociali di uno Stato democratico-sociale.

In riferimento alla l. 133/2008 così come modificata dal d.l. 135/2009 (art.15), dunque, riteniamo possano profilarsi due motivi di incostituzionalità.

L’eliminazione dell’affidamento *in house*, salvo l’eccezionalità, si pone in aperto contrasto con l’art. 97 Cost., in quanto la sottrazione di poteri gestori potrebbe ipotizzarsi solo a fronte di carenze economiche e finanziarie (che anzi precluderebbero ad una cessazione della concessione o *a fortiori* ad un commissariamento).

Inoltre affidare la gestione operativa a un Ente privato esterno richiede

un'accurata analisi delle potenzialità economiche, logistiche, operative dell'esercizio di tale gestione con le qualità dell'Ente committente, che dovrebbero rivelare una effettività maggiore rispetto alla sottratta gestione *in house* (artt. 5 e 118 Cost.).

Resta poi sul tappeto il problema della tutela degli azionisti nella mutazione della organizzazione *in house* nel nuovo modello societario. Ebbene qui a noi sembra profilarsi la violazione dell'art. 42 Cost., in quanto l'acquisto di azioni prevedeva la partecipazione quotistica ad una proprietà pubblica: verrebbe in tal caso, in maniera autoritaria, modificato il titolo di proprietà di riferimento, mentre sul piano degli interessi (sempre *ex art. 42 Cost.*) verrebbe meno la funzione sociale. In questo quadro si inserisce il discorso sulla esperibilità di azioni collettive, di cui ampiamente sopra.

In ogni caso seguendo gli ultimi aggiornamenti sul punto, per la Feder Utility il Parlamento dovrebbe aumentare i tempi di dismissione per gli Enti locali.

Difatti la scadenza prevista dal decreto di ridurre entro il 31 dicembre 2012 la partecipazione di una quota non inferiore al 30%, determinerebbe una pioggia di azioni sul mercato (valutate in 2,2 mld) che rischierebbe di trasformarsi in un bagno di sangue per le aziende pubbliche e ovviamente per i Comuni.

Tra i primi casi dubbi di privatizzazione, si è appreso del caso "Grandi navi veloci" Spa (Gnv) per l'acquisto di Tirrenia Spa, con l'acquisizione di tutte le navi che operano su rotte nazionali: chiaro l'intento di procedere alla privatizzazione di un servizio pubblico essenziale, che seppur non esente da valutazioni "disfunzionali" quanto a modalità di gestione, risulta in ogni caso ontologicamente connesso al perseguimento di interessi generali fondamentali.

Nell'attuale fase di privatizzazione si profilano gli elementi di problematicità costituzionale e di gestione, cui facevamo cenno.

È molto strano che tutti gli operatori che gestiscono la quasi totalità dei trasporti nel Golfo di Napoli e per le altre isole minori, non abbiano partecipato alla gara, sottolineando l'insostenibilità economica della gestione dei servizi per i lunghi periodi autunnali e invernali. Ed erano proprio tali operatori, con la loro esperienza sul posto, che avrebbero potuto garantire una migliore gestione dei servizi.

Stesso discorso per la svendita della Caremar, con la convenzione (primo gennaio 2010) con la Regione Campania attraverso l'accordo di programma per il trasferimento della società di navigazione del gruppo Tirrenia dallo Stato alla Regione, alla presenza del ministro dei Trasporti Altiero Mattioli, del ministro delle finanze Giulio Tremonti e dell'assessore regionale ai trasporti Ennio Cascetta.

Se da una parte l'accordo di programma sembrava offrire un segnale po-

sitivo, in quanto il passaggio dallo Stato alla Regione della Caremar implicava, comunque, il riconoscimento della presenza pubblica nei servizi essenziali, avendo la Regione maggiore competenza della situazione territoriale, tuttavia i tempi brevi (due mesi), fissati per il bando a cura della Regione, aventi quale obiettivo il trasferimento alla gestione privata, nonché la gestione (solo il 30% al pubblico) nelle mani del privato, reso ancor più avido dal contributo garantito per dieci anni dallo Stato, riteniamo abbiano rappresentato la continuazione del gioco perverso di privatizzazione dei profitti e di pubblicizzazione degli oneri, senza alcuna reale garanzia di fondo sulla “essenzialità” pubblica del servizio.

10. Il legislatore e le sliding doors. Profili processuali e amministrativi dell'azione collettiva nel settore pubblico

Un primo spiraglio all'esercizio della *class action* anche nei confronti della P.A., da noi auspicato, sembrava si fosse aperto nell'articolo 3 del ddl Brunetta (votato alla Camera in prima lettura l'11 febbraio 2010) che prevedeva l'esercizio dell'azione collettiva nei confronti dei concessionari di servizi pubblici locali. Ma come sovente sta accadendo, il legislatore ha operato come se si trattasse di una *sliding door*, (una porta scorrevole che si apre e si richiude automaticamente al passaggio) per cui attuato un principio se ne svuota il suo contenuto.

Già in questa prima fase l'azione non prevedeva il risarcimento del danno, diventando una *class action “light”*, dove non si prevedeva il ristoro neanche delle spese processuali, ma solo il ripristino del servizio e dei suoi *standard*. Inoltre, si disponeva che l'azione nei confronti dei concessionari dei servizi pubblici non potesse essere proposta o proseguita, nel caso in cui un'autorità indipendente (o comunque un organismo con funzioni di vigilanza e controllo nel relativo settore) avesse avviato sul medesimo oggetto il procedimento di loro competenza. Non venivano neanche affrontate le problematiche del risarcimento del danno nelle more del ripristino e dell'individuazione degli *standard*. A nostro avviso sarebbe rimasta in ogni caso impregiudicata l'ipotesi da noi formulata di *class action* che miri all'interruzione del processo di privatizzazione; azione preventiva che può anche essere esercitata in litisconsorzio necessario con l'autorità di vigilanza.

Questo il panorama fino alle recentissime novità che ne hanno modificato, seppure in maniera non significativa, lo scenario di operatività.

La legge delega sulla riforma della pubblica amministrazione, infatti, (e il conseguente decreto legislativo ormai in fase avanzata di redazione) prevede l'ipotesi di esperibilità dell'azione collettiva anche nei servizi pubblici, con profili differenti dal settore privato in termini di ontologia sostanziale dello strumento e in termini strettamente processuali. Tuttavia l'obiettivo, a noi sem-

bra, è conferire forme di monitoraggio dell'attività amministrativa agli utenti di servizi e istituti (ferrovie, poste, ospedali) per ricondurre entro i confini dei c.d. *standard di efficienza soddisfacenti* la cura e gestione degli interessi pubblici (art. 97 Cost.).

Difatti, non si tratta di un'azione a carattere risarcitorio, quanto piuttosto di uno strumento che intende contribuire al controllo degli *standard* dei parametri di funzionalità dei servizi pubblici, sia pure in vista dell'attuazione del federalismo fiscale, dove il riferimento agli *standard* non può essere puramente formale, ma andrà valutato sulla base della effettività. L'azione potrà essere proposta da ogni interessato nei confronti sia delle amministrazioni sia dei concessionari dei servizi pubblici, per contestare inefficienze della pubblica amministrazione (che vengono sintetizzate nella violazione di *standard* qualitativi, di obblighi contenuti nelle carte dei servizi, nell'omesso esercizio di poteri sanzionatori e di vigilanza, nella violazione di termini o inerzia quanto ad atti dovuti) da cui sia derivato un danno per una pluralità di utenti o consumatori.

La possibilità per il singolo di proporre l'azione è affiancata dalla *chance* di intervento anche da parte di associazioni o comitati a tutela dei diritti dei propri associati. Per il rapporto del singolo con l'associazione si parla di una vera e propria affiliazione non di affidamento di un "semplice" mandato come nel caso della *class action* privata, richiedendosi una graduazione di maggiore *affinità* tra gli interessi coinvolti nella vicenda processuale, postulante un rapporto ancor più effettivo di immedesimazione organica. Oltre che a ragioni sostanziali di interesse pubblico fisiologicamente ascrivibili a forme di titolarità sociale, seppure differenziata, l'affiliazione trova indubbiamente giustificazione in ragioni di ordine processuale, che rendono indispensabile l'intensificazione di filtri scongiuranti azioni pretestuose, ben più deboli nel processo amministrativo rispetto a quello ordinario.

La proposizione dell'azione da parte del singolo in grado di aggregare intorno al suo intervento gli interessi seriali o dell'associazione, non compromette l'intervento preventivo e prioritario da parte dell'*Authority* competente per materia.

Anzi, a cercare di attenuare almeno in parte l'impatto dell'azione collettiva nei confronti dei concessionari di pubblici servizi (forte è infatti la preoccupazione di questi ultimi per il proliferare di azioni anche strumentali), si sottolinea che il decreto delegato si dovrà preoccupare di individuare le soluzioni idonee a bloccare l'azione (anche quando già proposta) quando «un'autorità indipendente o comunque un organismo con funzioni di vigilanza e controllo» abbia avviato un procedimento sui medesimi fatti. Azione bloccata quindi sino almeno all'estinzione del procedimento presso l'Autorità.

La competenza è poi affidata al giudice amministrativo, il che valorizza le considerazioni da noi precedentemente svolte nella fase prodromica alla

previsione di tutela collettiva nel settore pubblico.

Di particolare considerazione la fase preventiva all'instaurazione del giudizio che prevede, quale condizione di ammissibilità, che il ricorso vada preceduto da una diffida all'amministrazione o al concessionario perché adotti entro un termine *rigido*, che dovrà essere fissato nel decreto delegato, tutte le iniziative utili per la soddisfazione degli interessati.

L'utilizzo di un linguaggio giuridico "creativo" (si parla di termine *rigido*, laddove si renderebbe necessaria una precisa scelta legislativa temporale in ordine alle conseguenze potenzialmente scaturenti dallo spirare dello stesso, quale potrebbe essere un termine essenziale) accentua problematiche ascrivibili alla incompletezza dell'architettura processuale prevista. In questa fase infatti la legge delega impone un meccanismo indirizzato a responsabilizzare il dirigente competente e, in rapporto alla tipologia dell'ente, i vari organi interni dell'amministrazione (di indirizzo, di vertice o esecutivo), ma non si dà contezza dei poteri che fattivamente vengono azionati dal privato con l'avanzamento del *petitum*. Ci chiediamo cioè se la diffida si possa considerare un'attivazione dell'autotutela amministrativa (in tal caso la condizione di ammissibilità sembra riecheggiare la tradizionale pregiudiziale amministrativa, con tutte le riflessioni di congestionamento processuale, che per anni ne hanno accompagnato il dibattito) ovvero possa assimilarsi al tentativo obbligatorio di conciliazione (come tipico del settore privato) che in tal caso andrebbe a connotare in via speciale un procedimento amministrativo ma postulerebbe anche una bilateralità nella determinazione del *petitum*, che l'unilateralità della pregiudiziale esclude. Problematiche queste sicuramente discendenti dalla evanescenza terminologica dell'oggetto dell'azione (c.d. *standard di efficienza soddisfacenti*) che a nostro avviso andrebbero specificati da una precisa scelta legislativa, avendo tra l'altro un referente costituzionale fondamentale in tema di attività amministrativa (art. 97 Cost.) che impone chiarificazioni sostanziali in tema di identificazione dei parametri funzionali di efficienza nella cura degli interessi pubblici.

Oltre a questioni di qualificazione giuridica della fase preventiva della condizione di ammissibilità dell'azione, si pongono interrogativi in ordine alla configurazione dell'eventuale silenzio dell'amministrazione, che a nostro avviso, coerentemente al sistema amministrativo in generale, andrebbe distinto oltre che dall'inadempimento *tout court*, anche dall'inerzia qualificata, indubbiamente riferibile in maniera alquanto proporzionale ai livelli *standard* di funzionalità.

La previsione legislativa riguarda il caso di condanna della pubblica amministrazione, per cui è previsto una sorta di rafforzamento della pronuncia in caso di inerzia nel ripristino delle condizioni di efficienza.

Nel caso infatti di inadempimento protratto nel tempo scatterà il commissariamento (anche se non è specificato per quanto e con quali obiettivi), ma la

legge delega si occupa di precisare che, anche in questo caso, deve essere escluso il risarcimento del danno. La stessa sentenza definitiva di condanna, della quale dovrà anche essere assicurata idonea pubblicità, avrà poi come effetto l'attivazione di procedure di accertamento di responsabilità interna disciplinari o a livelli dirigenziali. Anche qui problemi interpretativi, soprattutto per la fase del commissariamento rispetto alla quale ci sembrerebbe opportuno differenziare i casi in cui è necessario passare per il "filtro" del giudizio di ottemperanza (dunque con le conseguenze in ordine ai poteri del Commissario *ad acta*).

In particolare riteniamo che a monte vada individuata la natura dell'azione e della sentenza che ne consegue che, a nostro avviso, andrebbe assimilata alla azione di *mero accertamento* (non potendo parlarsi di condanna *tout court* vista l'assenza del carattere risarcitorio). In questo caso dunque specificiamo che l'azione di mero accertamento (o dichiarativa), del tutto analoga a quella ammessa nel processo civile, avente ad oggetto sia un diritto patrimoniale che non patrimoniale viene tradizionalmente riferita dalla giurisprudenza alle vertenze per diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva e più discussa invece per la tutela di interessi legittimi, in cui sia possibile l'impugnazione di un provvedimento. Auspicando soluzioni legislative più chiare in termini di qualificazione della natura giuridica del *decisum* individuativo degli *standard* di funzionalità dell'attività amministrativa, si rende fin da ora opportuno riflettere sul dovere di conformazione al giudicato incombenente in ogni caso sull'Amministrazione alla luce del principio di cui all'art. 4 della legge n. 2248 del 1865 (allegato E). L'amministrazione infatti deve porre in essere l'attività necessaria per adeguare la situazione di fatto (il disservizio) a quella di diritto affermata nella sentenza (individuativa degli *standard* di efficienza del servizio), e ciò indipendentemente dalla presenza di una specifica pronuncia di condanna del giudice. Il dovere di conformarsi al giudicato è configurabile infatti anche in presenza di una sentenza di annullamento o di mero accertamento, sostenendo in queste ipotesi la dottrina che, in conseguenza dell'art. 4 cit., la sentenza rilevarebbe come "fatto".

Nel caso di inosservanza del dovere dell'Amministrazione di conformarsi al giudicato, è dunque esperibile il giudizio di ottemperanza, che assicura l'esecuzione della sentenza e di tutti gli obblighi che ne derivano. In tal modo anche la sentenza di mero accertamento nei confronti della P.A. può essere idonea ad innescare una tutela esecutiva, non esaurendosi la sua utilità nel superamento di una incertezza obiettiva nella situazione di diritto ma rivelandosi, anzi, rimedio a una lesione concreta di diritti sociali provocata dall'Amministrazione. L'ottemperanza, a nostro avviso, costituisce un filtro necessario deterrente al commissariamento, visto l'oggetto del *petitum* (ripristino degli *standard*), nonché della *ratio* dello strumento processuale (riconduzione dell'azione amministrativa a parametri di funzionalità). In altri termini riteniamo

che prima di pervenire alla patologia, debba essere offerta all'Amministrazione "l'opportunità" di attivarsi per la corretta cura e gestione dell'interesse pubblico (art. 97 Cost.) adeguandosi alle disposizioni del giudice: è solo il pervicace inadempimento al dovere di conformità al giudicato che giustificherebbe il commissariamento. Inoltre non si può ignorare che la sostituzione del giudice all'Amministrazione, seppure inadempiente, anche ai fini di valutazioni tipicamente discrezionali, crea molte incertezze: come è noto la discrezionalità amministrativa prevede diverse articolazioni (si pensi alla distinzione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità *tout court*), che postulano differenti gradi decisionali sul piano ideologico-politico, non necessariamente assorbiti dalla sentenza da eseguire. La nomina del Commissario *ad acta*, scelto tra i funzionari di altra Amministrazione, non si esaurisce dunque nella funzione meramente esecutiva del giudicato, ma spesso impone un'attività con caratteri di novità rispetto allo stesso. Di qui gli annosi problemi sul difficile equilibrio, nel giudizio di ottemperanza, del rapporto istituzionale fra Amministrazione e potere giurisdizionale, nonché della natura giuridica del Commissario *ad acta* ibridamente oscillante tra quella di organo straordinario dell'Amministrazione (con la conseguente possibilità di impugnazione dei suoi atti davanti al giudice amministrativo) e quella di ausiliario del giudice (comunque non dotato di poteri giurisdizionali, ma autore in ogni caso di atti inquadrabili nel giudizio di esecuzione e come tali tutelabili sotto l'indirizzo del giudice dell'ottemperanza). Ma su questo il decreto glissa ed oltre alla vacuità delle disposizioni procedurali, non sembra essere esaustivo circa le ipotesi configurabili.

Riteniamo necessario distinguere i casi di disservizio da quelli in cui l'intervento del Commissario *ad acta* si innesti sul silenzio-rifiuto dell'Amministrazione *ex art. 21-bis* legge Tar, introdotto dall'art. 2 della legge 205/2000. In questo caso la legge non richiama le disposizioni sul giudizio di ottemperanza; l'intervento del Commissario si svolge non tanto ai fini della "esecuzione" di una sentenza (la sentenza nel caso di "silenzio", si limita ad ordinare all'Amministrazione di provvedere), ma comporta la sostituzione di un'Amministrazione rimasta inerte.

La peculiarità dell'intervento del Commissario nel caso del "silenzio" trova conferma nella specialità della procedura: non si applicano le norme sullo svolgimento del giudizio di ottemperanza e la giurisprudenza sottolinea che la nomina del Commissario non interviene in un giudizio di esecuzione, ma nella seconda "fase" di un giudizio unitario sul "silenzio". La peculiarità trova inoltre conferma nel fatto che la nomina del Commissario non è in alternativa ad un intervento diretto del giudice (nel caso del silenzio il giudice non può sostituirsi all'Amministrazione, ma deve sempre procedere alla nomina del Commissario) e che il ruolo del giudice si esaurisce in siffatta nomina, senza che sia prevista la permanenza di poteri di vigilanza e di intervento

rispetto al suo operato. La figura del Commissario, nel caso di silenzio, sembra pertanto corrispondere a quella di un organo straordinario dell'Amministrazione.

Ritenendo opportuno approfondire aspetti tecnici processuali, segnaliamo che la giurisprudenza amministrativa, confrontandosi con le specificità del giudizio *de quo*, si è espressa nei termini di un giudizio unitario, avente un duplice oggetto, misto di accertamento e di condanna, in cui al giudice è consentito non solo di pronunciare sull'inadempimento dell'amministrazione, ma anche di ordinarle di provvedere sull'istanza e di nominare un Commissario *ad acta* (18).

Il rito speciale relativo all'obbligo di provvedere cumula tre tipi di procedimenti: la fase cautelare o accelerata, senza escludere in assoluto la tutela cautelare urgente; la fase della condanna ad adempiere all'obbligo di provvedere in seguito al silenzio dell'amministrazione; la fase dell'ottemperanza, come si desume dalla possibilità di nominare un commissario che provveda in luogo della amministrazione pervicacemente inadempiente, pur a seguito della condanna a provvedere.

Chiariti i profili processuali, sarà il decreto delegato a definire la procedura di adesione all'azione collettiva, ma è prevedibile che sarà analoga a quanto già definito nel settore privato. Con un meccanismo cioè di *opt in* (al contrario di quanto avviene negli Stati Uniti), per il quale cioè serve un'esplícita manifestazione di volontà per l'ingresso nella "classe" dopo che sono state poste in essere adeguate forme di pubblicità dell'avvio dell'azione.

La previsione delle spese a carico del proponente/proponenti nulla dispone in ordine all'eventuale regime di solidarietà nella individuazione della relativa responsabilità.

Questo aspetto si riversa sulla pubblicità (intesa qui nel senso dell'ontologica afferenza ad interessi pubblici) della sentenza, anche nei casi in cui non vi sia condanna dell'Amministrazione, non potendosi configurare l'onerosità delle spese a carico dei proponenti, data la connotazione fisiologicamente pubblicistica del *decisum de quo*.

La differenza tra le due tipologie di azioni, nel caso di privatizzazione di servizi essenziali, pone problemi all'attore della *class action* sulla determinazione del convenuto (Pubblica Amministrazione o società privata).

Su questo va riaffermato che la riserva *ex art. 43 Cost.* ha in sé una conaturale essenza dei diritti sociali volta alla soddisfazione di prestazioni essenziali alla convivenza civile; per cui la riserva non si esaurisce o non si dismette con la privatizzazione ma conserva in sé un potere assoluto da non confondersi con la *culpa in vigilando*. Il disservizio compiuto da una società

(18) Cons. Stato, 17 gennaio 2001, 2001, p. 647.

epilogo di un processo di privatizzazione, vedrà convenuta non solo la società erogatrice del servizio ma come anche e necessariamente l'Ente che abbia dismesso. In ogni caso rimane impregiudicato il risarcimento.

Non a caso le *lobbies* si sono mosse immediatamente avvertendo il pericolo di azioni collettive esercitate nei confronti degli enti ex-municipalizzati, ovvero società di servizi a capitale misto pubblico-privato.

11. Considerazioni conclusive

Avviandoci alle conclusioni coerenti alle premesse che hanno ispirato l'indagine, sempre più nelle situazioni reali cui il diritto deve sempre confrontarsi per acquistare effettività, si rivela l'esigenza del mantenimento della riserva pubblica soprattutto, ma non unicamente in tutti quei servizi la cui essenzialità non si confronta unicamente con l'esigenza sociale della parte debole, ma addirittura con la tutela della persona universalmente riconosciuta (è il caso dei servizi essenziali di collegamento del territorio con le isole quali il caso della Tirrenia che impone che alla sostenibilità economica debba anteporsi una effettività che la rende giuridicamente compatibile all'obiettivo perseguito).

In questa linea di empirismo risolutivo con riguardo alla tutela processuale della proprietà e dei servizi pubblici il nostro sforzo è stato indirizzato alla costruzione di un possibile percorso procedimentale alla luce di una attività ermeneutica compatibile coi principi amministrativi vigenti, tenendo conto della specifica funzione di monitoraggio dell'attività della P.A. (art. 97 Cost.) che lo strumento collettivo di azione ambisce ad assolvere.