

MARGHERITA RAMAJOLI

LA TUTELA DEGLI UTENTI NEI SERVIZI PUBBLICI A CARATTERE IMPRENDITORIALE (*)

in **Dir. amm., fasc.3-4, 2000**

Sommario: 1. Gli strumenti di tutela dell'utente tra passato e presente. - 2. Originari strumenti privatistici di tutela: la coazione all'adempimento ovvero l'obbligo di contrattare del monopolista legale. - 3. (Segue): la responsabilità civile del soggetto erogatore. - 4. Originari strumenti pubblicistici di tutela: l'impugnazione degli atti autoritativi che fissano il contenuto delle condizioni generali di contratto. - 5. La perdurante necessità di strumenti pubblicistici di tutela anche a seguito del mutamento del quadro in cui operano i pubblici servizi. - 6. Nuovi strumenti pubblicistici di tutela: le garanzie procedurali nei confronti dell'attività amministrativa di disciplina del rapporto di utenza, il potere di denuncia e il ricorso alla conciliazione e all'arbitrato presso le Autorità di regolazione. - 7. Trasformazioni in atto degli originari strumenti privatistici di tutela: il declino dell'obbligo di contrattare del monopolista legale. - 8. Nuovi strumenti privatistici di tutela: l'azione inibitoria nei confronti delle clausole vessatorie. - 9. (Segue): l'azione inibitoria generale a tutela dei consumatori e degli utenti. - 10. Problematiche sollevate dal D.Lgs. n. 80 del 1998. - 11. Conclusioni.

1. La tutela dell'utente dei pubblici servizi a carattere imprenditoriale è un tema problematico da due punti di vista (1).

Da un punto di vista pratico, perché si è sempre avvertita la scarsa efficacia dei mezzi di tutela predisposti dall'ordinamento nei confronti dell'utente, e da un punto di vista teorico, perché è indubbia la difficoltà di ricostruire in termini unitari la posizione giuridica soggettiva dell'utente (2).

La giurisprudenza distingue nettamente la fase di organizzazione dalla fase di gestione del servizio pubblico e nella prima fase riconosce all'utente una posizione di interesse legittimo, mentre attribuisce al medesimo una posizione di diritto soggettivo nella successiva fase di erogazione del servizio.

La Cassazione ha affermato che, nel caso di gestione di un servizio pubblico in forma di impresa, alla posizione soggettiva del privato che aspiri a beneficiare del servizio medesimo debba negarsi natura di diritto soggettivo nella fase in cui il gestore eserciti poteri di imperio, con riguardo alle scelte inerenti a mezzi e modalità per far fronte a detto servizio, ovvero ai criteri di ripartizione tra i destinatari del servizio offerto.

Invece, una volta operate tali scelte, il soggetto gestore del servizio agisce sul piano privatistico, mediante rapporti negoziali con gli utenti, e deve conseguentemente riconoscersi al privato il diritto soggettivo, tutelabile davanti al giudice ordinario, di ottenere la stipulazione del contratto secondo le condizioni già determinate (3).

Si sostiene, quindi, che nella fase di erogazione del servizio tra utente e soggetto gestore intercorra un rapporto contrattuale riconducibile al contratto di somministrazione, da alcuni qualificato come contratto di utenza pubblica (4).

La distinzione appena menzionata trova poi riscontro a livello dottrinale nella convinzione secondo cui deve sempre essere un soggetto pubblico a svolgere l'attività preliminare di predisposizione e di organizzazione del servizio, ritenendosi invece indifferente la natura, pubblica o privata, del gestore (5).

Considerando esaurito il momento pubblicistico nella fase organizzatoria, la fase di erogazione presenterebbe carattere esclusivamente privatistico, anche se svolta da un soggetto pubblico.

Questa impostazione ha carattere fortemente dicotomico, perché, così come ritiene che l'organizzazione debba essere sempre integralmente pubblicistica, allo stesso tempo e proprio per questo reputa che la gestione non possa che essere governata dal diritto privato (6).

La giurisprudenza e la dottrina menzionate sono nate in un contesto in cui la gestione dei servizi pubblici imprenditoriali era attribuita a soggetti pubblici monopolisti.

Tuttavia attualmente, com'è noto, la materia dei servizi pubblici a carattere imprenditoriale sta subendo sviluppi e trasformazioni, in cui dominano i fenomeni di privatizzazione (7) e di liberalizzazione (8), nonché l'emersione di un'attività di

regolazione diversa, come si constaterà ai paragrafi successivi, dalla classica attività amministrativa di programmazione e controllo.

Occorre quindi valutare la resistenza delle affermazioni tradizionali e del relativo schema che deriva dalla loro combinazione (organizzazione del servizio pubblico-titolarietà del relativo potere in capo al soggetto pubblico-interesse legittimo dell'utente; erogazione del servizio pubblico-indifferenza della natura, pubblica o privata, del soggetto competente all'erogazione-diritto soggettivo dell'utente) in relazione ai mutamenti di fondo intervenuti (9).

È poi comunque necessario sottoporre a verifica l'impostazione classica anche nel contesto monopolista in cui è sorta, perché il contesto attuale è ancora in fase di precisazione e potrebbe accadere che le soluzioni che verranno in esso trovate siano influenzate da schemi passati di cui non si è mai accertata fino in fondo l'attendibilità.

L'esigenza di verificare in concreto la tenuta dello schema «fase dell'organizzazione-interesse legittimo; fase della gestione-diritto soggettivo» nasce dalla particolare ottica che si intende adottare in questo lavoro, che è quella delle forme di tutela dell'utente nel rapporto con il gestore, ossia dei mezzi intesi ad assicurare la soddisfazione della pretesa dell'utente (10).

Si ritiene che l'ottica degli strumenti di tutela sia rilevante nel campo preso in esame soprattutto per due ordini di ragioni.

Anzitutto, perché essa è capace di cogliere i nuovi bisogni di tutela che emergono nella realtà economico-sociale, esigenza particolarmente avvertita nel settore dei pubblici servizi.

In secondo luogo, perché essa permette a livello teorico un'analisi che sia effettivamente aderente ai rapporti di utenza.

Infatti, malgrado l'apparente sistematicità delle costruzioni tradizionali, la posizione dell'utente è priva di una unitaria e peculiare disciplina sostanziale.

Occorre, pertanto, cogliere l'emersione a livello giurisprudenziale e legislativo di strumenti di tutela diversi e non coordinati tra loro della posizione dell'utente rispetto all'erogazione del servizio, al fine di verificare se essi siano organizzabili

sulla base di criteri che ne consentano l'aggregazione. Si indagheranno così origine e natura dei rimedi posti a presidio della sfera soggettiva dell'utente, valorizzando più che l'astratta previsione del rimedio il suo modo di operare, nel tentativo di individuare il ruolo rivestito sia dal dato normativo, sia dalla conformazione data a quest'ultimo dal potere giudiziale.

2. Una prima forma di tutela dell'utente rispetto all'erogazione del servizio emerge in relazione ad una situazione di monopolio legale.

Essa è fornita dall'art. 2597 c.c., che stabilisce l'obbligo di contrattare del monopolista legale con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa, osservando la parità di trattamento.

La tutela dell'utente è quindi affidata ad uno strumento privatistico, che pone limitazioni alla libertà dell'impresa monopolistica erogatrice del servizio (11).

L'esistenza di questo strumento di tutela apparentemente conferma lo schema tradizionale da cui si sono prese le mosse, che distingue tra fase dell'organizzazione e fase dell'erogazione del servizio, considerando quest'ultima disciplinata esclusivamente dal diritto privato.

Infatti l'utilizzo dell'art. 2597 c.c. consente di affermare che il momento dell'offerta del servizio risulti regolato da disposizioni codicistiche e che siano riconosciuti all'utente diritti soggettivi.

Tuttavia, se si guarda alla giurisprudenza e al modo in cui essa ha in concreto applicato l'obbligo di contrattare, emergono due aspetti ulteriori rispetto a questa affermazione di principio.

In primo luogo, sono state introdotte rilevanti deroghe di tipo pubblicistico all'applicabilità in materia di pubblici servizi dell'obbligo legale a contrarre con chiunque ed a condizioni di parità.

Al fine di comprendere la portata di queste deroghe occorre considerare che, con riferimento a taluni tipi di servizio, in passato non solo esisteva un monopolio legale da parte di un soggetto pubblico, ma sia le scelte organizzatorie sia la concreta erogazione del servizio si appuntavano in capo al medesimo soggetto gestore monopolista.

L'attribuzione a quest'ultimo anche del potere di organizzazione del servizio si fondava sul presupposto che la natura pubblica del soggetto erogatore e la sua dipendenza dal governo fossero elementi sufficienti a garantire la tutela dell'utenza (12).

In tale situazione si è trovato in passato ad esempio l'Enel. L'ente, infatti, ha svolto anche una funzione programmatrice del settore elettrico (art. 3, n. 1, legge n. 1643 del 1962 e artt. 1, n. 1, e 5, nn. 1 e 2, d.pres. 15 dicembre 1962, n. 1670) e ha potuto fissare le proprie condizioni generali di contratto secondo il meccanismo previsto dagli artt. 1341 e 1342 c.c., nell'ambito di una quasi integrale autodeterminazione del contenuto del regolamento contrattuale, dal momento che l'unico elemento eterodeterminato erano le tariffe, di competenza del Cip e del Cipe (13).

Lo stretto, indissolubile legame tra profili organizzatori e profili di erogazione del servizio che questa evenienza veniva a creare ha prodotto, quale esito ultimo, la proiezione dell'utente in una sfera pressoché integralmente pubblicistica.

Stante la realizzata indistinzione fra profili organizzativi e profili gestionali del servizio, la fase di erogazione si è trovata a subire le influenze pubblicistiche proprie della fase di predisposizione astratta del servizio.

Infatti, la giurisprudenza ha giustificato deroghe all'applicabilità dell'art. 2597 c.c. e ha riconosciuto che l'obbligo di contrarre incombente sul monopolista legale, osservando la parità di trattamento, incontra un limite nell'economicità del servizio e nella funzione programmatrice (14).

Secondo la Cassazione, «se è vero che il richiedente il pubblico servizio è titolare di un diritto soggettivo, è altresì indiscusso che per il sorgere dell'obbligo di contrarre del monopolista legale è necessario che la richiesta dell'utente si adegui a quelle esigenze di programmazione ed economicità che caratterizzano la posizione del monopolista legale» (15).

Da un lato, il dovere dell'Enel di dare esecuzione ai programmi approvati può rendere legittima l'osservanza di criteri di priorità o limitazioni qualitative o quantitative nella conclusione di contratti di somministrazione.

Dall'altro, l'attuazione del criterio di economicità, che costituisce l'altro limite dell'obbligo di contrarre, implica che nella prestazione del servizio la strutturazione degli impianti debba essere correlata, al fine di conseguire una disponibilità di energia adeguata, per quantità e prezzo, alle esigenze di un equilibrato sviluppo economico (16).

Si è così potuto affermare, ad esempio, che l'Enel, a fronte di una richiesta di somministrazione di energia elettrica da parte di un proprietario di uno stabile sito in una zona non ancora fornita delle infrastrutture all'uopo necessarie, può «opporre ragioni di opportunità amministrativa o di convenienza economica, in relazione ai propri poteri di programmazione del servizio pubblico, istituzionalmente affidatogli» (17).

È chiaro a questo punto che, se esigenze di programmazione e di economicità sono in grado di influire sul rapporto di utenza, il riconoscimento in capo all'utente di una posizione di vero e proprio diritto soggettivo nella fase di erogazione del servizio è un dato più formale che reale. Profili pubblicitici intervengono anche nella fase di gestione che si vorrebbe invece integralmente disciplinata dal codice civile e giustificano in concreto deroghe al regime privatistico.

Vi è poi un secondo aspetto della tematica che merita di essere posto in luce.

Si è detto che l'Enel, assommando in sé funzioni di gestione e di organizzazione, non solo ha svolto un'attività di programmazione, ma ha anche predisposto autonomamente, eccezion fatta per le tariffe, le condizioni generali di contratto, rispondenti al meccanismo di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c.

È evidente che l'obbligo di contrattare può essere violato vuoi in maniera diretta, come si è visto sinora, vuoi in maniera indiretta, mediante l'imposizione di condizioni inique oppure onerose. Difatti la dottrina ha messo in luce che l'obbligo legale di contrarre sarebbe vanificato nei suoi fini pratici e non sarebbe in grado di tutelare l'utente, se nel contempo l'imprenditore fosse completamente libero di fissare i termini del contratto (18).

Per evitare questo possibile aggiramento della disposizione codicistica sono state previste due soluzioni di tipo pubblicitico: la predisposizione normativa delle clausole contrattuali (ad esempio, nell'atto normativo istitutivo del monopolio o in

una normativa complementare) e il controllo amministrativo sulle clausole fissate dall'impresa, necessario per rendere vincolanti quelle condizioni (19).

Ma, nel particolare caso qui in esame, in cui organizzazione e gestione del servizio fanno capo al medesimo soggetto, sono mancati, a tutela dell'utente, regolamentazione normativa oppure controllo amministrativo sulle condizioni generali di contratto, visto che è l'impresa monopolista a disciplinare direttamente e autonomamente il rapporto con l'utente, mediante la predisposizione di schemi di contratto standardizzati, senza alcun filtro di tipo pubblicistico, eccezion fatta per le già menzionate condizioni tariffarie, stabilite in via amministrativa (20).

Quindi, in assenza di un controllo amministrativo generalizzato sulle condizioni generali di contratto di fornitura di energia elettrica, lo strumento di tutela dell'utente è stato individuato in una interpretazione giurisprudenziale estensiva dell'obbligo di contrarre, tale da comportare anche un sindacato sul contenuto del contratto.

Altrimenti la stessa attuazione dell'obbligo di contrarre del monopolista legale sarebbe diventata meramente illusoria e facilmente eludibile dall'ente attraverso l'unilaterale imposizione di clausole discriminatorie.

L'obbligo di contrarre è dunque divenuto comprensivo dell'obbligo per il monopolista legale di non fissare condizioni inique per l'utente e a presidio di siffatto obbligo così congeniato vi è la possibilità di un controllo, svolto caso per caso, da parte del giudice ordinario (21).

Quest'ultimo è chiamato a verificare in concreto, in relazione a singoli casi, sia se lo schema contrattuale sia conforme a quello posto in essere con gli altri utenti per rapporti dello stesso tipo (22), sia se esso trovi la sua giustificazione in quelle obiettive ragioni economiche della produzione, che, si è appena visto, costituiscono eccezioni reputate legittime al regime codicistico.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, però, a ulteriore testimonianza delle deroghe pubblicistiche in materia, si è ritenuto che la predisposizione da parte dell'Enel di una clausola contrattuale difforme dalla proposta contrattuale dell'utente per quanto concerne la tensione dell'energia elettrica debba essere considerata «espressione di una valutazione tecnica circa la adeguatezza della somministrazione alle esigenze di programmazione dell'ente» (23).

In questa maniera l'utente è costretto ad adeguarsi allo schema contrattuale predisposto dal gestore per esigenze di programmazione e di economicità. Elementi pubblicistici minano quindi l'efficacia sia dell'obbligo di contrarre in sé e per sé considerato, sia dell'obbligo di porre in essere un contratto che non contenga condizioni inique (24).

Deve infine essere osservato che la tutela offerta dal giudice ordinario all'utente, specie con riguardo al concreto contenuto del rapporto di utenza, in assenza di una disciplina di diritto sostanziale relativa ad esso, non si è mai dimostrata completamente soddisfacente, per molteplici ragioni, che vanno dalla sua intrinseca impossibilità di intervenire in via preventiva alla sua episodicità, in quanto necessitante di un'attivazione di parte, alla sua esclusiva rilevanza rispetto al singolo caso deciso (25). Si vedrà in seguito come si sia cercato di porre rimedio a questa situazione di mancata effettività della tutela.

3. Altro tipico strumento di tutela dell'utente sorto in regime di monopolio, ma che continua a conservare una sua centralità anche in un contesto di liberalizzazione, è la responsabilità civile del gestore del servizio.

Anche in questo caso si tratta di uno strumento che interviene nella fase di erogazione del servizio e che pertanto dovrebbe essere collocato in una dimensione esclusivamente privatistica.

Tuttavia, pure con riferimento a questo strumento, il legislatore prima e la Corte costituzionale poi hanno permesso deroghe e alterazioni allo schema civilistico.

Numerose sono state nel tempo le disposizioni normative che hanno limitato drasticamente la responsabilità del soggetto erogatore del servizio per i danni cagionati agli utenti.

La Corte, da una parte, ha dichiarato illegittime costituzionalmente queste limitazioni o talvolta addirittura esclusioni di responsabilità.

L'argomentazione utilizzata a tal proposito dal giudice costituzionale consta di più passaggi. La Corte ha anzitutto affermato che tutti i servizi pubblici essenziali devono essere organizzati e gestiti in forma di impresa, valorizzando il collegamento istituito dall'art. 43 Cost. tra la nozione di servizio pubblico essenziale e la nozione di impresa; quindi ha assimilato il servizio pubblico organizzato e

gestito in forma di impresa al servizio pubblico operante in base a criteri di economicità; poi ha interpretato i criteri di economicità come criteri che comportano la conformazione dei rapporti con gli utenti come rapporti contrattuali, fondamentalmente soggetti al diritto privato (26).

D'altra parte, questa stessa giurisprudenza ha riconosciuto il carattere cedevole della normativa privatistica a fronte di «esigenze oggettive del servizio», individuate, ad esempio, nella complessità tecnica della gestione, oppure nell'esigenza di contenimento dei costi.

È stata così affermata la legittimità costituzionale di discipline speciali più restrittive di quella ordinaria in tema di responsabilità del gestore del servizio nei confronti degli utenti (27).

Vero è che la Corte costituzionale ritiene che le deroghe al regime comune non debbano essere tali da alterare l'equilibrato bilanciamento degli interessi degli utenti con quelli del gestore del servizio. Ma, in ogni caso, l'ammissione della possibilità di limitazioni, anche incisive, di responsabilità verso l'utenza per esigenze quali quelle di carattere finanziario mostra che non solo nella fase di predisposizione, ma anche in quella di erogazione del servizio vi possa essere una combinazione tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato.

Quindi, da una lettura panprivatistica della relazione che emerge dalle affermazioni di principio della giurisprudenza della Corte, si passa in concreto ad un regime misto pubblico-privato.

L'ammissione della possibilità di limitazioni, anche incisive, di responsabilità verso l'utenza nel momento dell'erogazione del servizio si pone in aperto contrasto con l'affermazione tradizionale secondo cui in tema di servizi pubblici vi sarebbe una fase preliminare di organizzazione e di programmazione del servizio, integralmente pubblicistica, e una fase di concreta erogazione, governata in via esclusiva dal diritto privato.

Nonostante l'adozione della forma di impresa, si possono avere nel concreto rapporto tra utente e gestore deviazioni dal modello di diritto comune, che riflettono una concezione pubblicistica della relazione tra i due soggetti.

Emerge inoltre dalla giurisprudenza costituzionale analizzata un ulteriore elemento di perturbazione dello schema tradizionale da cui si sono prese le mosse.

Risulta, infatti, oltremodo difficile, se non addirittura artificioso, individuare e distinguere in concreto i profili organizzatori dai profili gestionali in materia di pubblici servizi.

Proprio il tema sinora trattato mostra la debolezza della premessa che considera aspetti separati e incomunicabili organizzazione e gestione del servizio, dal momento che l'individuazione delle scelte di discrezionalità organizzativa pare molto difficile da operare: un regime di responsabilità limitata da parte del gestore nei riguardi degli utenti rientra tra i profili organizzatori della materia, oppure è fattore che riguarda la gestione del rapporto tra gestori e utenti? In altri termini, qual è il confine tra momento organizzatorio e momento gestionale del pubblico servizio? Quando termina propriamente la fase di organizzazione del servizio? È possibile distinguere la fase di organizzazione del servizio dalla cd. fase precontrattuale? A partire da quale momento si perfeziona il contratto tra gestore ed utente? (28).

La questione non assume un valore meramente formale, in considerazione del fatto che, come si è visto, dal ricorrere dell'una o dell'altra fase del pubblico servizio si fanno discendere conseguenze in termini di posizione giuridica soggettiva vantata dall'utente.

4. Vi è anche uno strumento pubblicistico di tutela dell'utente sorto all'epoca in cui i servizi pubblici erano gestiti da monopolisti pubblici. Esso è dato dall'impugnazione dei regolamenti e di tutte le altre determinazioni autoritative dell'amministrazione che fissano il contenuto delle condizioni generali del contratto di utenza (29).

La predisposizione ad opera dell'amministrazione di atti aventi lo scopo di porre la disciplina integrativa tipica da inserire nei contratti di utenza è sempre stata frequente.

Tali atti sono caratterizzati dall'essere recepiti nel contratto, di cui diventano parte integrante. Quindi gli atti di determinazione delle tariffe e, più in generale, tutti i provvedimenti di determinazione autoritativa di clausole generali del rapporto di utenza non sono destinati a costituire il supporto di futuri provvedimenti

amministrativi puntuali, ma dovranno essere inseriti fra le clausole del contratto (30).

Ne consegue che nel contratto che lega l'utente al gestore del servizio compaiono alcune clausole, quali quelle attinenti alle tariffe o quelle concernenti alcuni aspetti della regolamentazione del servizio, autoritativamente determinate dall'amministrazione, in virtù di specifici poteri alla medesima attribuiti.

Pertanto, il rapporto contrattuale tra utente e gestore non è disciplinato unicamente dal diritto privato, ma anche da statuizioni, espressione di potestà pubblicistica, provenienti da un soggetto terzo, facente parte della pubblica amministrazione.

Il che consente ancora una volta di smentire lo schema tradizionale, che vuole la fase della gestione del servizio pubblico unicamente retta dal diritto civile: gli istituti di disciplina autoritativa di elementi del rapporto sono strumenti che consentono all'amministrazione di sostituirsi almeno in parte all'autonomia dei soggetti gestori del servizio (31).

In secondo luogo, risalta quella già sottolineata difficoltà di distinguere tratti organizzativi e tratti gestionali della disciplina del servizio pubblico, visto che non è chiaro se l'amministrazione nel dettare le clausole generali del rapporto di utenza si limiti a svolgere un'attività di tipo organizzatorio oppure di concreta disciplina del rapporto di utenza.

L'interesse tutelato dall'amministrazione mediante l'esercizio di questo potere di integrazione del contratto di utenza non coincide con l'interesse degli utenti, ma è la risultante della molteplicità di interessi coinvolti in materia (da quello finanziario in senso lato a quello di tutela pubblicistica del gestore) (32).

Ad esempio, difficilmente può dirsi coincidente con l'interesse degli utenti l'interesse che stava alla base del precedente regolamento di servizio telefonico, il quale predisponeva una speciale disciplina della responsabilità del gestore, prevedendo, per l'ipotesi di inadempimento agli obblighi posti a suo carico dal regolamento medesimo, indennizzi forfettari commisurati ad una percentuale del canone di abbonamento e del tutto svincolati dalla concreta entità del danno subito dall'utente (33).

Di conseguenza, solo occasionalmente e in via indiretta la regolamentazione pubblicistica è in grado di soddisfare la pretesa dell'utente, la quale consiste nell'ottenere una disciplina complessiva del rapporto che «sia la meno onerosa possibile, non soltanto con riferimento al costo del servizio (le tariffe), ma anche con riferimento alle modalità delle prestazioni e dei rapporti reciproci fra le parti» (34).

La giurisprudenza, sia della Corte regolatrice, sia del giudice amministrativo, ha stabilito che le statuizioni pubblicistiche, anche se automaticamente recepite e assunte nel contratto, non sono oggetto di sindacato diretto da parte del giudice ordinario.

A detta del giudice, a fronte del potere autoritativo di integrazione del contratto di utenza mediante la determinazione delle tariffe, sussiste un interesse legittimo dell'utente a non subire aumenti se non nelle forme e con l'osservanza delle norme procedurali stabilite dalla legge, con conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo, risolvendosi la domanda dell'utente in doglianze sul cattivo esercizio dei poteri discrezionali attribuiti all'amministrazione (35).

Così pure, a fronte dei provvedimenti autoritativi di determinazione di norme destinate a divenire clausole del contratto di utenza e, in generale, a fronte di un potere di regolazione del rapporto di utenza, sussiste un interesse legittimo dell'utente a che il proprio rapporto di utenza si svolga secondo una disciplina coerente con le norme di legge e nel rispetto delle procedure stabilite (36).

Il giudice ordinario potrà comunque disapplicare le determinazioni generali, se ritenute illegittime, nelle controversie insorte tra utente e gestore, ossia nelle cd. cause contrattuali (37).

All'interno di una relazione che dovrebbe essere di tipo esclusivamente privatistico con il soggetto gestore, l'utente non è titolare di una unica posizione giuridica soggettiva, identificabile esclusivamente nel diritto soggettivo. Anche nel rapporto con l'erogatore del servizio occorre distinguere a seconda che si faccia riferimento o meno a modalità delle prestazioni affidate alla discrezionalità amministrativa, dal momento che la determinazione delle clausole contrattuali spesso è rimessa alla pubblica amministrazione.

L'affermazione dottrinale per cui gli elementi pubblicistici eterodeterminati non mutano la natura giuridica privatistica del rapporto di utenza, ma sono solo «agenti esterni» rispetto al rapporto privatistico negoziale (38), non coglie appieno la sostanza del fenomeno, caratterizzato dal combinarsi di fattori pubblicistici e privatistici nel momento dell'erogazione del servizio, con conseguente frantumazione della tutela giurisdizionale.

La giurisprudenza sembrerebbe delineare un caso di doppia tutela a favore dell'utente, visto che coesistono la tutela del rapporto di utenza tramite disapplicazione e la tutela di annullamento del provvedimento generale (39).

In realtà, la posizione del singolo utente risulta ambigua e dai contorni non ben definiti.

In un primo momento, la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto ammissibili i ricorsi proposti da singoli utenti nei riguardi di provvedimenti tariffari, mentre ha ritenuto inammissibili i ricorsi proposti dalle associazioni dei medesimi.

Ciò in base al presupposto per cui sussiste interesse a ricorrere nel caso in cui i soggetti si trovino nella particolare situazione legittimante sulla quale incide il provvedimento e, quindi, ad esempio, nel caso di impugnazione del provvedimento di determinazione delle tariffe del servizio telefonico, occorre essere contraente con la società gestrice del servizio (40).

In base a questa impostazione, «solo i soggetti titolari dell'interesse patrimoniale (pur se indeterminati ma determinabili) possono impugnare il provvedimento amministrativo e, viceversa, è inammissibile il ricorso proposto dal gruppo... poiché non è consentito ad altri soggetti di sostituirsi a coloro che si trovano nella posizione legittimante» (41).

Quindi, in queste pronunce, la cui impostazione trova conferma anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (42), è il contratto di utenza telefonica a porsi come fattispecie costitutiva dell'interesse legittimo nei confronti dei provvedimenti amministrativi autoritativi, interesse che pertanto viene riconosciuto in capo al singolo utente.

In seguito, però, il giudice amministrativo ha cominciato ad operare una traslazione dall'interesse del singolo utente all'interesse collettivo delle associazioni.

Nelle sentenze è stato eliminato il riferimento alla rilevanza del contratto di utenza per valorizzare invece il raccordo tra il potere amministrativo di adozione e di approvazione del regolamento telefonico e l'interesse, questa volta non del singolo utente, quanto delle associazioni degli utenti (43).

Infatti, la giurisprudenza in materia di provvedimenti amministrativi generali destinati ad essere inseriti nel contratto di utenza ha riconosciuto legittimazione ad impugnare tali provvedimenti anche e soprattutto alle associazioni di utenti, a causa del «più che decennale contenzioso» che esse conducono con le autorità preposte alla determinazione delle clausole di regolamentazione del servizio (44), oppure in ragione della partecipazione di rappresentanti degli utenti al procedimento di formazione delle tariffe (45).

Alcune pronunce hanno poi affermato che le organizzazioni di utenti hanno una posizione «ben diversa» da quella dei singoli abbonati: esse non si dolgono di specifiche clausole inerenti ad un proprio abbonamento, ma «si dolgono in quanto titolari di specifici ed autonomi interessi, ben differenziati da quelli dei singoli fruitori del servizio, a che gli atti di regolamentazione del settore siano correttamente posti e non danneggino le posizioni degli utenti rappresentati e tutelati» (46).

Dunque, allo stato attuale della giurisprudenza, la situazione del singolo utente non è chiara, perché, se, da una parte, la giurisprudenza afferma che di fronte al potere amministrativo di regolazione del rapporto di utenza vi è un interesse che trascende la dimensione individuale, dall'altra, non risultano sentenze in cui si neghi in materia l'interesse a ricorrere del singolo utente.

Sembra emergere, però, la tendenza a negare che l'utente individuale abbia un interesse a fruire della forma di tutela consistente nell'annullamento *erga omnes* dei provvedimenti generali di disciplina del rapporto.

Risalta, quindi, la contrapposizione, quanto a forme di tutela, tra utenti e associazioni dei medesimi, contrapposizione che si vedrà nei paragrafi successivi essere stata accentuata da alcuni recenti provvedimenti normativi in tema di azioni inibitorie (47).

Occorre, da ultimo, considerare una serie di sentenze che consente di rafforzare l'idea appena delineata secondo cui la categoria degli utenti non si presenta

unitaria al suo interno, ma è oggetto di alcune sottodistinzioni, le quali producono inevitabili ripercussioni sotto profilo della tutela loro assicurata dall'ordinamento.

In via generale, il giudice amministrativo ha riconosciuto che gli utenti dispongono di un interesse giuridicamente rilevante a censurare il tipo di organizzazione del servizio pubblico che sia stato in concreto prescelto (gestione diretta, gestione in concessione e così via).

Il motivo di questo riconoscimento è stato ravvisato nel fatto che siffatte scelte organizzative sono in grado di influire in maniera sensibile sia sul grado di efficienza del servizio, e quindi sull'utilità che ne può trarre l'utente, sia sul costo, e quindi sul prezzo di erogazione delle singole unità di servizio (48).

Tuttavia, secondo questa giurisprudenza, il potere di sindacare le modalità organizzative del servizio pubblico non spetta a tutti gli utenti, bensì ad una categoria di utenti particolarmente qualificata, ossia a coloro «il cui diritto di impresa o, in genere, di integrità patrimoniale» sia suscettibile di essere pregiudicato da un dato sistema di organizzazione del servizio pubblico (49).

L'oggetto della tutela giurisdizionale è, quindi, più circoscritto di quanto possa a prima vista sembrare: non la posizione dell'utente in sé e per sé considerata, ma l'assetto imprenditoriale o comunque patrimoniale di cui dispongono taluni utenti e quindi, in definitiva, il diritto d'impresa di costoro.

Dunque, la giurisprudenza attribuisce maggiore spessore giuridico agli utenti che siano a loro volta imprenditori. La protezione dell'utente si ottiene operando una distinzione all'interno della categoria, valorizzando il profilo imprenditoriale e sveltendo quello di semplice fruitore del servizio pubblico.

In tal maniera, del servizio pubblico risalta la natura strumentale rispetto all'attività economica svolta dall'utente. Solo se l'organizzazione del servizio pubblico sia in grado di condizionare l'autonomia imprenditoriale dell'utente, è riconosciuta a quest'ultimo una posizione giuridica soggettiva tutelabile e conseguentemente la forma di tutela estrinsecantesi in un rimedio di natura costitutiva (50).

5. Gli strumenti di tutela dell'utente risentono inevitabilmente del mutare del quadro di fondo, a causa dei fenomeni di privatizzazione e di liberalizzazione dei servizi pubblici imprenditoriali.

La prima questione che si viene a delineare è se in un contesto così trasformato siano sufficienti a tutela dell'utente i soli strumenti di tipo privatistico, oppure se siano necessarie anche misure di natura schiettamente pubblicistica, fermo restando che particolari forme di tutela privatistiche siano sempre indispensabili, visto che la libertà e la razionalità delle scelte dei fruitori del servizio sono minate dalla disparità di potere contrattuale esistente tra costoro e le imprese.

L'assunzione esclusiva di un'ottica privatistica comporterebbe l'assimilazione della categoria degli utenti dei servizi pubblici a quella più generale dei consumatori, che sempre dispongono di una possibilità di scelta in ordine a beni e servizi (51).

Va, però, osservato a tal riguardo che la liberalizzazione dei mercati in cui operano i servizi pubblici a carattere imprenditoriale è un fenomeno parziale e graduale.

Settori come quelli del gas, dell'energia elettrica e delle telecomunicazioni sono caratterizzati da rigidi ostacoli di tipo naturale, come la presenza di una rete di trasmissione, che rendono difficile la creazione di un autentico mercato concorrenziale (52).

Inoltre l'impostazione spesso adottata dal legislatore, comunitario prima, e nazionale in seconda battuta, è stata di non liberalizzare completamente i settori in cui operano i servizi di pubblica utilità, ma di introdurre la concorrenza inizialmente solo a favore di alcune categorie di utenti (53).

Nei mercati solo parzialmente liberalizzati occorre, pertanto, distinguere all'interno della categoria degli utenti coloro che risentono degli effetti della liberalizzazione da coloro per i quali la situazione non è molto cambiata rispetto al passato monopolista.

I primi sono utenti qualificati dallo svolgimento di attività imprenditoriale (54) e così si ritrova in materia quel particolare favore giuridico nei riguardi di una parte degli utenti, gli utenti-imprenditori, che si è già visto caratterizzare la tematica della tutela degli utenti in generale.

Invece gli utenti che non siano a loro volta imprenditori non subiscono alcuna conseguenza a seguito della parziale liberalizzazione del settore e, quindi, con riferimento a costoro il quadro di fondo non appare rivoluzionato (55).

Ma anche in relazione agli utenti-imprenditori è difficile pensare ad una completa deregolamentazione dei settori di pubblica utilità e, di conseguenza, ad una tutela interamente affidata agli strumenti privatistici. Ciò in considerazione della particolare natura del servizio offerto, che non è di tipo voluttuario, ma è essenziale o per lo meno non è agevolmente rinunciabile.

Pertanto, da una parte, è vero che la liberalizzazione in materia dovrebbe consentire il superamento della rigida alternativa tra la rinuncia al bisogno e l'accettazione di condizioni e obblighi autoritativamente e unilateralmente accettati (56).

D'altro canto, è altrettanto vero che nei settori liberalizzati esigenze di regolarità, qualità, trasparenza, continuità, non discriminazione, prezzo congruo del servizio rendono imprescindibile l'imposizione di obblighi di servizio pubblico ai gestori, pubblici o privati che siano (57).

In altri termini, anche se la liberalizzazione dei mercati di pubblica utilità comporta un margine di libertà da parte delle imprese nella fissazione delle caratteristiche secondarie del servizio, al fine di rendere appetibili agli utenti le diverse offerte (58), il nucleo essenziale della prestazione, ove compaiono profili di utilità sociale, continua a possedere per volontà del legislatore un contenuto predeterminato e pubblicisticamente eterodeterminato (59).

Anzi, rispetto al passato, risulta incrementata la funzione di disciplina del servizio ad opera dell'amministrazione.

Ciò in ragione del fatto che ai possibili rischi insiti nella privatizzazione e nella liberalizzazione, riassumibili nel perseguimento del mero interesse imprenditoriale da parte del soggetto gestore, cerca di porre rimedio il legislatore, affidando all'amministrazione un'attività dal contenuto eterogeneo (60).

Questa attività, che nelle intenzioni dovrebbe essere caratterizzata da maggiore efficienza e imparzialità rispetto all'attività tradizionale di disciplina, viene ormai usualmente definita regolazione ed è demandata, appunto, alle Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità, istituite rispettivamente nei settori dell'energia elettrica e del gas dalla legge 14 novembre 1995, n. 481 (61) e nel settore delle telecomunicazioni dalla legge 31 luglio 1997, n. 249 (62).

Accanto al timore dell'esclusivo perseguimento dell'interesse imprenditoriale da parte del gestore, vi è un secondo fattore di incremento della disciplina pubblica in materia.

Esso va ravvisato nella maggiore attenzione tributata dall'ordinamento all'aspetto qualitativo della prestazione offerta all'utente, la quale conduce all'emanazione di numerosi provvedimenti amministrativi, che disciplinano i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente (63).

Quindi, alla luce di quanto sinora illustrato, è difficile affermare che, anche a seguito del processo di trasformazione dei servizi pubblici nazionali a carattere imprenditoriale, la fase di erogazione del servizio sia regolata unicamente da disposizioni privatistiche e che in essa l'utente disponga solo di una posizione di diritto soggettivo pienamente tutelata.

Si assiste in materia ad un combinarsi di disciplina autonoma e di disciplina eteronoma, intervenendo una pluralità di fonti (64), provenienti vuoi dal legislatore, vuoi dall'Autorità di regolazione, vuoi dal Ministro competente (65), vuoi dal soggetto gestore.

Anzi, dopo la privatizzazione e la liberalizzazione i gestori del servizio paradossalmente sono dotati di minore libertà di autodeterminazione rispetto a quando possedevano tutti i requisiti per qualificarsi come soggetti pubblici (66).

Si pensi, ad esempio, all'attuale posizione dell'Enel. Adesso l'ente non dispone più del potere di predisporre in via unilaterale le condizioni generali di contratto, dovendo sottostare a più penetranti vincoli di origine pubblicistica fissati dall'Autorità di regolazione.

Se, quindi, in passato, per il settore energetico limiti alla libertà negoziale erano contemplati solo per le tariffe, mentre le altre clausole contrattuali non erano soggette ad autorizzazione o approvazione alcuna, ora il rapporto di utenza, per quanto riguarda i settori dell'energia elettrica, del gas e delle telecomunicazioni, è soggetto, oltre che ad un controllo codicistico, ad una penetrante disciplina pubblicistica che fa capo all'Autorità di regolazione.

Così il rapporto tra soggetto erogatore del servizio e utente si caratterizza per essere un rapporto giuridico trilaterale, intercorrente tra soggetti privati e mediato da un'autorità pubblica, dotata di una potestà autoritativa di parziale determinazione del contenuto delle prestazioni (67).

6. Se si tiene presente quanto già detto in precedenza, ossia che la disciplina pubblicistica non ha quale fine unico ed esclusivo la tutela dell'utenza, ma tenta di conciliare molteplici esigenze, come assicurare una perfetta imprenditorialità e la concorrenzialità nel settore (68), oppure gli interessi di alcune categorie di utenti che talvolta si contrappongono a quelli di altre categorie di utenti (69), l'utente potrà ritenersi leso anche da siffatta disciplina e gli dovrà essere assicurata tutela anche sotto questo aspetto.

Pluralità di fonti del rapporto di utenza significa infatti anche pluralità di mezzi di reazione, pluralità di forme di tutela.

Ma occorre, ancora una volta, sottolineare la difficoltà di distinguere la fase di predisposizione del servizio da quella di offerta del medesimo, difficoltà anzi accentuata dalla presenza di un'attività eterogenea, complessa, pervasiva e globale come quella demandata all'Autorità di regolazione.

Per quanto qui interessa, la disciplina pubblicistica facente capo all'Autorità di regolazione consiste, da un lato, nella determinazione di alcuni contenuti del rapporto d'utenza, dall'altra, nello svolgimento di un controllo sull'apparato di condizioni generali predisposte dal gestore.

In particolare, la determinazione di alcuni contenuti del rapporto di utenza si estrinseca nella fissazione della tariffa base, dei parametri e degli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe (art. 2, comma 12, lett. e, della legge n. 481/95) e nella emanazione delle direttive sui livelli di qualità dei servizi, che costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio predisposto dall'erogatore (art. 2, comma 12, lett. h; comma 37, della legge n. 481/95 e, con riferimento specifico al settore delle telecomunicazioni, art. 1, comma 6, lett. b, n. 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249) (70).

In queste ipotesi all'utente è assicurata, anzitutto, una tutela procedimentale, consistente nella facoltà offerta ai rappresentanti degli utenti di partecipare al

procedimento di formazione degli atti generali dell'Autorità relativi agli aspetti qualitativi del servizio (art. 2, comma 12, lett. *h*, della legge n. 481 del 1995).

La legge, in realtà, non prevede un potere di partecipazione in capo agli utenti o alle loro organizzazioni per quanto riguarda i procedimenti tariffari, ma l'Autorità stessa ha poi colmato questa lacuna, con un regolamento volto a disciplinare in via generale le modalità con cui si svolgono le varie tipologie di procedimenti per la formazione delle decisioni di sua competenza (71).

Con riferimento ai procedimenti per la formazione di atti normativi e di atti a contenuto generale e, in particolare, ai procedimenti tariffari, il regolamento ha stabilito che l'Autorità sia tenuta a dare notizia, con forma ritenuta idonea, dell'avvio delle attività dirette alla predisposizione di tali atti, fissando nella deliberazione di avvio il termine entro il quale sia possibile far pervenire osservazioni e memorie scritte (art. 5, comma 1, lett. *c*) (72).

In secondo luogo, rispetto ai provvedimenti pubblicistici di determinazione del contenuto del rapporto di utenza l'utente o, meglio, come si è visto in precedenza, le associazioni degli utenti continueranno a disporre della forma di tutela consistente nell'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo, vantando in materia interessi legittimi (73).

Per quanto attiene alla seconda tipologia di attività esercitata dall'Autorità che assume rilevanza diretta per l'utente, essa si risolve in un potere di controllo dello svolgimento dei servizi e della congruità delle misure adottate dai gestori, al fine di assicurare la parità di trattamento tra gli utenti e la qualità e l'efficacia delle prestazioni (art. 2, comma 12, lett. *g* e *n* della legge n. 481/95), e di verifica che ciascun soggetto esercente predisponga e presti osservanza alla carta di servizio pubblico (comma 12, lett. *p*).

A presidio di questo potere di controllo, nonché del sopra visto potere di determinazione del rapporto di utenza, l'Autorità può imporre modifiche alle modalità di esercizio dei servizi o può procedere alla revisione del regolamento di servizio, a seguito della valutazione di reclami, istanze e segnalazioni (comma 12, lett. *m*) (74), può ordinare al gestore la cessazione di comportamenti lesivi degli utenti, imponendo l'obbligo di corrispondere un indennizzo, nel caso di mancato rispetto delle clausole contrattuali oppure nel caso di erogazione del servizio a livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti (comma 12, lett. *g*; comma 20, lett. *d*) (75).

Infine, nei casi di controversie tra utenti e gestori, può esperire procedure di conciliazione o di arbitrato, con la possibilità di adottare provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità dell'erogazione del servizio, ovvero a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte del gestore (comma 20, lett. e) (76).

L'attività dell'Autorità appena menzionata risulta di difficile definizione, offrendo un modello misto di tutela dell'utente, a metà strada tra quello tradizionale pubblicistico e quello privatistico.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi più rilevante, ossia alla tutela arbitrale e conciliatoria. La funzione arbitrale e conciliatoria evoca un tipo di tutela paragiurisdizionale, alternativa a quella offerta dal giudice, più rapida e meno onerosa dal punto di vista probatorio.

In realtà, in assenza e in attesa di una prassi in materia (77), il giudizio su tale tecnica di tutela deve essere rinviato. Gli esiti cui essa può condurre, infatti, non sono così scontati, anche a causa di un dettato legislativo piuttosto reticente, che si limita ad introdurre «procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio presso le Autorità».

Da un lato, vi è chi vede nelle tecniche alternative di tutela l'occasione per l'emersione di soluzioni innovative che portano alla formazione di una giustizia «coesistenziale», la quale si contrappone alla tradizionale giustizia contenziosa. Questa giustizia coesistenziale sarebbe in particolare caratterizzata dalla capacità di «rammendare» i rapporti (*mending justice*), ossia di situare il conflitto nella continuità di relazioni tra le parti attraverso una *situational justice*, evitando in questo modo i costi connessi alla rottura dei rapporti (78).

Dall'altro, vi è chi suggerisce di leggere ed inserire la funzione arbitrale svolta presso l'Autorità all'interno del complesso di poteri demandati all'Autorità medesima, volti a disciplinare quasi integralmente i settori in cui operano i servizi di pubblica utilità (79).

Pertanto, dal momento che l'Autorità di regolazione svolge nei confronti dell'ente erogatore una funzione di organo di vigilanza, l'attività di risoluzione del conflitto da parte dell'Autorità medesima acquisterebbe un «significato ulteriore» rispetto a quello di fornire una tutela all'utente e assumerebbe rilevanza ai fini dell'attività di

vigilanza. La tutela dell'utente diventerebbe, dal punto di vista dell'Autorità, «un modo indiretto e occasionale per tutelare gli interessi generali in relazione ai quali l'Autorità è investita delle funzioni di vigilanza» (80).

In altri termini, l'attribuzione ad un soggetto di governo in senso lato di un settore anche di una funzione arbitrale tra gestori e fruitori del servizio offerto rischierebbe di far attrarre tale funzione nell'orbita pubblicistica volta alla tutela del settore in sé e per sé considerato, comparando e ponderando tutti gli interessi, pubblici e privati, che possano essere coinvolti, con uno stemperamento dei caratteri privatistici della singola controversia.

In questa logica, si consideri altresì la posizione degli utenti in caso di inosservanza da parte del gestore delle prescrizioni pubblicistiche relative alla qualità e più in generale alle modalità dei servizi.

Dal momento che costoro non hanno strumenti giuridicamente rilevanti per far valere la violazione, perpetrata dal gestore, delle modalità conformative del servizio fissate in via amministrativa, essi risultano essere la parte debole del triangolo che si instaura tra Autorità di regolazione, gestore e utenti.

Anche se le direttive dell'Autorità relative ai livelli di qualità entrano a far parte del regolamento di servizio, il che potrebbe indurre a ritenere che gli utenti abbiano un diritto tutelabile davanti al giudice ordinario ad ottenere la prestazione risultante dal contratto di utenza così come pubblicisticamente conformato, tuttavia il fatto che la legge n. 481 del 1995 preveda la possibilità di presentare denunce o reclami all'Autorità in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari orienta nel senso che sia l'Autorità di regolazione il soggetto istituzionalmente garante dell'osservanza delle sue statuizioni.

Quanto poi alla possibilità riconosciuta agli utenti, singoli o associati, di fare segnalazioni all'Autorità, essa non rappresenta uno strumento di tutela in senso proprio dell'utente, visto che è principio consolidato che le segnalazioni dei privati non facciano insorgere alcun obbligo di provvedere in capo all'amministrazione (81).

7. Anche i modelli di tutela privatistici hanno risentito del mutamento del quadro generale in cui si collocano i servizi di pubblica utilità.

Anzitutto, è la configurazione dell'obbligo di contrattare, tipico strumento privatistico a tutela dell'utente, a risultare in parte trasformata dal processo di liberalizzazione dei servizi pubblici nazionali a carattere imprenditoriale.

Quest'ultimo ha prodotto un sistema a cascata, che comprende il soggetto gestore della rete, il soggetto imprenditore che utilizza la rete e l'utente finale (82).

Emerge, quindi, un altro rapporto trilaterale, tra il gestore della rete, i fornitori del servizio e l'utente, accanto a quello già evidenziato che lega il soggetto titolare del potere di disciplina del servizio, il soggetto gestore del medesimo e l'utente.

Se prima l'obbligo di contrarre riguardava il rapporto tra l'erogatore del servizio e l'utente, ora, per i segmenti del servizio che sono stati liberalizzati, la pluralità di imprese impedisce di configurare in materia un monopolio legale, presupposto indispensabile per attivare la tutela prevista dall'art. 2597 c.c.

Pur essendo presumibile che il processo di liberalizzazione determini un aumento delle ipotesi di monopolio di fatto da parte dell'ex monopolista legale, che si trova a godere di una indubbia posizione di forza sotto molteplici profili, la giurisprudenza, nonostante l'opinione contraria di parte della dottrina, è ferma nell'affermare che l'obbligo di contrarre non si estenda alle fattispecie di monopolio di fatto (83).

In questo caso l'utente potrebbe trovare tutela solo grazie alla legge generale antitrust, che prende in considerazione la posizione dominante sul mercato (artt. 3 e 6 della legge 10 ottobre 1990, n. 287), figura più ampia e pertanto comprensiva del monopolio di fatto, anche se i rimedi apprestati dalla legge non prevedono alcun obbligo di contrarre a carico delle imprese in posizione dominante (84).

Semmai, è l'Autorità di regolazione a farsi carico dell'osservanza, non tanto dell'obbligo di contrarre, quanto piuttosto del correlato obbligo di parità di trattamento tra gli utenti.

Infatti, il potere di controllo della congruità delle misure adottate dagli esercenti il servizio, al fine di assicurare la parità di trattamento tra gli utenti, la continuità, la qualità e l'efficacia della prestazione, va posto in relazione al complesso dei poteri spettanti all'Autorità, comprensivo del potere di adottare sia determinazioni suscettibili di inserirsi, in senso modificativo o integrativo, nei regolamenti di servizio, sia sanzioni amministrative pecuniarie o misure inibitorie, imponendo

altresì l'obbligo di corrispondere un indennizzo (art. 2, comma 12, lett. *d, g, h e m*, in combinato disposto con il comma 37; comma 20, lett. *c, d e e*, della legge n. 481 del 1995).

In definitiva, l'obbligo di contrarre nei mercati liberalizzati ha attualmente per destinatario solo il soggetto gestore della rete ed è concepito a vantaggio del soggetto erogatore del servizio, al quale devono essere garantiti l'interconnessione e l'accesso alle infrastrutture secondo criteri di non discriminazione.

Inoltre, nel caso di mancato accordo tra le parti, non è più il giudice a concretizzare l'obbligo, bensì l'Autorità di regolazione, sia per quanto riguarda i settori dell'energia elettrica e del gas, sia per quanto attiene al settore delle telecomunicazioni (art. 2, comma 12, lett. *d*, della legge n. 481 del 1995, per quanto concerne in generale le Autorità di regolazione, e art. 1, comma 6, lett. *a*, nn. 7, 8 e 9 della legge 31 luglio 1997, n. 249, con riferimento specifico all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) (85).

L'obbligo legale di contrattare risulta, quindi, una forma di tutela dell'utente tipica del passato, pertinente ad una situazione di monopolio pubblico.

8. Vi è, però, nel nuovo contesto liberalizzato un nuovo strumento privatistico che si sostituisce all'obbligo di contrarre ed è fornito dalla disciplina delle clausole vessatorie.

La stretta connessione strutturale tra i due istituti si coglie se si considera l'ampiamiento che ha subito ad opera della giurisprudenza l'obbligo di contrarre, esteso anche al contenuto del contratto, come si è notato in precedenza. Se in regime di monopolio solo l'interpretazione estensiva dell'obbligo di contrarre poteva comportare un controllo di vessatorietà sul contenuto del contratto di utenza predisposto da un solo gestore, ora, con l'avvento del mercato, muta la tecnica di tutela, con l'introduzione della normativa generale in tema di clausole vessatorie, ossia di quelle clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (art. 1469-*bis* e seguenti del c.c., introdotti dall'art. 25 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, in attuazione della direttiva CE n. 93/13 del 5 aprile 1993).

La disciplina in tema di clausole vessatorie delinea, quindi, uno strumento di tutela dell'utente pertinente ad un contesto di liberalizzazione.

Essa ha previsto un sindacato di vessatorietà da parte del giudice sulle clausole contrattuali, allo scopo di limitare l'abuso dell'esercizio dell'autonomia privata nella determinazione dei contenuti dei rapporti con i consumatori (86).

Questo tipo di sindacato è sicuramente applicabile anche alle clausole contenute nei contratti tra gestore e utente, che beneficiano del livello minimo di tutela assicurato alla più generale categoria dei contratti con i consumatori (87).

Si tratta di un tipo di controllo che si affianca a quello, spiccatamente pubblicistico, menzionato in precedenza, consistente nella sottoposizione a verifica da parte dell'Autorità di regolazione della congruità delle misure adottate dai soggetti esercenti il servizio, al fine di assicurare la parità di trattamento tra gli utenti, la continuità, la qualità e l'efficacia della prestazione.

Due sono i principali elementi di differenziazione tra la tutela privatistica in tema di clausole vessatorie e la tutela pubblicistica di controllo delle condizioni generali di contratto di utenza.

Il primo è fornito dai poteri di cui dispone il soggetto titolare del potere di controllo, che nel caso della disciplina delle clausole vessatorie si identificano in una pronuncia inibitoria da parte del giudice (88), mentre si è già notato che l'Autorità di regolazione è dotata di un potere di controllo corredato da ampie e eterogenee misure a presidio del potere stesso.

In secondo luogo, mentre legittimate a proporre le azioni di inibitoria sono le associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti, nonché le camere di commercio (art. 1469-*sexies*, comma 1, c.c.), la tutela fornita dall'Autorità di regolazione può essere esercitata d'ufficio, anche a prescindere da reclami o segnalazioni degli utenti, singoli o associati.

Al di là di questi due elementi, in realtà, non è agevole individuare profondi fattori di diversità tra i due tipi di controllo, l'uno facente capo al giudice ordinario, l'altro svolto dall'Autorità di regolazione.

Essi hanno il medesimo oggetto, e cioè il contenuto della relazione che lega gestore ad utente, e hanno anche il medesimo scopo, ossia la tutela dell'utente, inteso come parte debole del rapporto (89).

La relazione tra utente e gestore, che si vorrebbe governata dai principi di diritto privato, diviene, quindi, oggetto di un controllo sia privatistico, sia pubblicistico, a conferma del fatto che i profili pubblicistici che la materia presenta manifestano la loro incidenza anche successivamente alla fase di organizzazione del servizio, oppure che, con parole diverse e in una prospettiva differente, la regolazione pubblicistica dei servizi pubblici investe e si estende ad ogni aspetto della materia.

Va poi osservato che sia nel caso di controllo pubblicistico, sia nel caso di controllo privatistico, la tecnica di tutela non risulta completamente soddisfattiva per l'utente.

Infatti, da una parte, si è già sottolineato la difficoltà di configurare una posizione giuridicamente rilevante dell'utente a provocare interventi dell'Autorità, dall'altra, l'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-*sexies* c.c. è riconosciuta solo alle organizzazioni di categoria, perpetuandosi così un modello di tutela già evidenziato, che relega in secondo piano l'utente rispetto alle organizzazioni del medesimo.

Più precisamente, la tutela riconosciuta all'utente si identifica nell'inefficacia della clausola considerata vessatoria ai sensi degli artt. 1469-*bis* e 1469-*ter* c.c., la quale opera solo a vantaggio del singolo e può essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 1469-*quinquies*, commi 1 e 3, c.c.).

Quindi, i singoli rapporti di utenza non sono oggetto di liti inibitorie e la dottrina processualcivilistica ha sottolineato la mancanza di un coordinamento tra il controllo generale e astratto sui contratti di massa, demandato all'inibitoria collettiva, e il controllo specifico sul singolo contratto, garantito al singolo dall'azione individuale (90).

La disciplina delle clausole vessatorie sollecita poi una seconda riflessione. Ancora una volta, anche con riferimento al controllo privatistico di vessatorietà si riscontra in materia un particolare connubio tra norme pubblicistiche e norme privatistiche a tutela dell'utente, che accentua i profili di specialità della tematica e che impedisce di affermare che il rapporto tra utente e gestore del servizio sia governato dalle sole norme di diritto privato.

Si è già accennato al fatto che l'Autorità di regolazione possa adottare determinazioni concernenti la produzione e l'erogazione del servizio, specie relative agli aspetti qualitativi del medesimo, le quali costituiscono modifica o

integrazione del regolamento di servizio predisposto dal soggetto esercente il servizio medesimo (91).

La presenza di queste determinazioni pubblicitiche che incidono sul piano dei rapporti contrattuali ha creato alcuni problemi per quanto attiene alla possibilità di sottoporle al controllo di vessatorietà.

Infatti, se la direttiva esclude il carattere vessatorio e, di conseguenza, il regime da essa previsto, per le clausole contrattuali che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative (art. 1, comma 2) (92), il legislatore nazionale si è limitato ad affermare che non sono vessatorie le clausole che riproducono solo disposizioni di legge e non anche di regolamento (art. 1469-*ter*, comma 3, c.c.).

La mancata corrispondenza tra testo comunitario e testo nazionale ha portato con sé il problema di interpretazione inteso a stabilire se il controllo contenutistico di vessatorietà affidato al giudice sulle clausole contrattuali investa anche il regolamento dei rapporti contrattuali nelle parti che sono conseguenze di atti emanati dall'Autorità di regolazione.

L'alternativa è tra aderire ad un'interpretazione letterale della normativa, secondo la quale le clausole riproduttive di norme regolamentari, e in particolare riproduttive degli atti generali dell'Autorità di regolazione che disciplinano il rapporto di utenza, sono assoggettate alla disciplina codicistica in tema di clausole vessatorie, oppure interpretare l'espressione «disposizione di legge» utilizzata dal comma 3 dell'art. 1469-*ter* c.c. in senso ampio ed estensivo, comprensiva di norma giuridica, eliminando il controllo giudiziale di vessatorietà per tutte le clausole riproduttive di norme giuridiche (93).

Quest'ultima soluzione comporta di considerare *a priori* non vessatorie le clausole contrattuali riproduttive delle regolamentazioni dell'Autorità, venendo così a privare l'utente di uno strumento di tutela, oltre che introducendo un regime particolare per le determinazioni dell'Autorità di regolazione, equiparate quanto a forza ed efficacia alla legge.

Si è già detto che la disciplina dei rapporti contrattuali da parte dell'amministrazione non ha quale suo unico scopo la tutela dell'utente, dovendo la medesima sempre comparare e bilanciare tutti gli interessi in gioco, da quello finanziario a quello degli operatori economici del settore a quello, infine, degli utenti, che, giova ribadirlo,

non sono categoria unitaria al loro interno, ma si scompongono in più sottocategorie e tipologie.

Pertanto, la presunzione non sottoponibile a prova contraria della non vessatorietà delle clausole fissate dalla stessa amministrazione si traduce in una contrazione inaccettabile della tutela privatistica dell'utente.

Ciò perché contrasta sia con la lettera della legge nazionale, sia con l'impostazione della direttiva comunitaria come emerge dall'art. 8 della medesima, secondo cui gli Stati membri possono adottare disposizioni più severe, compatibili con il Trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore.

Vi è, infine, da segnalare che la disciplina sulle clausole vessatorie conferma uno dei profili altrove sottolineati in tema di tutela dell'utente. In particolare, pure alla luce di tale disciplina la categoria degli utenti non si caratterizza come categoria omogenea, dal momento che la normativa esclude dal novero dei soggetti tutelati gli utenti non individuali e gli utenti a fini professionali.

L'art. 1469-*bis*, comma 2, c.c. contiene, infatti, una definizione restrittiva di consumatore, coincidente con la «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta». Non possono, pertanto, fruire della forma di tutela prevista dal codice civile gli utenti che utilizzano il servizio offerto a fini professionali o imprenditoriali, anche se, come è stato sottolineato, gli imprenditori di piccole o medie dimensioni spesso si trovano in una condizione di debolezza che invoca i meccanismi di protezione codicistici (94).

Così, paradossalmente, l'imprenditore-utente risulta maggiormente protetto nelle forme di tutela pubblicistiche, come si è visto ai paragrafi precedenti, piuttosto che in quelle civilistiche.

9. La particolare corrispondenza della tecnica inibitoria di tutela dell'utente ad un contesto di mercato dei pubblici servizi risulta anche da un altro recente provvedimento normativo, ossia dalla legge 30 luglio 1998, n. 281, recante disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti.

La legge attribuisce ad alcune associazioni di consumatori e utenti (95) una «legittimazione ad agire a tutela degli interessi collettivi», concernenti soprattutto,

per quanto qui rileva, l'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza (art. 3, comma 1) (96).

Al fine di chiarire il rapporto tra posizione delle associazioni e posizione del singolo utente, l'art. 3, comma 7, precisa che, fatte salve le norme sulla litispendenza, continenza, connessione e riunione di procedimenti, le disposizioni della legge in esame non precludono il diritto ad azioni individuali dei singoli che siano danneggiati dalle medesime violazioni (97).

Quest'ultima disposizione non deve essere interpretata nel senso che la legge attribuisca una identica legittimazione ad agire sia alle associazioni di utenti sia al singolo utente con riferimento alla medesima fattispecie.

Infatti l'art. 1, comma 1, della legge stabilisce che sono garantiti «i diritti e gli interessi individuali e collettivi» dei consumatori e degli utenti, introducendo così una distinzione tra diritti e interessi.

Questa distinzione ritorna e si precisa in altre disposizioni del testo di legge, che legano la posizione di diritto soggettivo alla sfera del singolo utente, mentre saldano gli interessi alle associazioni.

Ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. g), all'utente è espressamente riconosciuto il «diritto fondamentale» all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza.

Proprio perché tale posizione giuridica soggettiva è un diritto soggettivo, la violazione del medesimo deve concretarsi in un danno individuale, che invoca una tutela di tipo risarcitorio.

Che questa sia la logica della legge è dimostrato proprio dal comma 7 dell'art. 3, dove si configura il diritto all'azione individuale dei consumatori che siano «danneggiati» dalle medesime violazioni che giustificano l'azione delle associazioni.

Di conseguenza, la mera violazione dello standard sotto il profilo qualitativo o efficientistico da parte del gestore che non si sia concretata in un danno individuale e attuale non può essere fatta valere dal singolo. Essa non produce una violazione del suo diritto, perché non produce un danno in sé, individuale, attuale e personale.

Tuttavia, la *ratio* della legge è di sanzionare per la prima volta anche queste mere violazioni degli standard di qualità e di efficienza del pubblico servizio, introducendo una tutela appropriata, diversa dal risarcimento del danno patrimoniale.

In questo senso si può parlare di uso dello strumento processuale per attuare quella funzione di promozione del diritto che contrassegna gli ordinamenti moderni, mediante il riconoscimento della possibilità di far valere davanti al giudice il mancato rispetto di particolari modalità di espletamento del servizio che non si siano tradotte ancora in un danno personale (98).

Questa possibilità non è attribuita al singolo, che, come si è detto, deve essere danneggiato al fine di accedere alla tutela giurisdizionale.

Entra così in gioco la norma sull'azione delle associazioni, la quale legittima le associazioni ad agire a tutela di «interessi collettivi» relativi all'osservanza degli standard del servizio.

Quindi, alle associazioni è dato un potere di agire a tutela di situazioni giuridiche soggettive di cui il singolo non è riconosciuto titolare (99).

L'interpretazione proposta rende ragione del fatto che alle associazioni sia attribuita un'azione inibitoria a tutela degli «interessi» degli utenti (art. 3, comma 1, lett. a).

La tutela inibitoria è tipicamente una tutela preventiva. A causa del carattere preventivo del rimedio in questione, dottrina e giurisprudenza riconoscono l'esperibilità dell'azione inibitoria anche nell'ipotesi in cui il pregiudizio non sia attuale, ma risulti solo possibile, in conseguenza della condotta illecita denunciata, quindi anche a prescindere dal verificarsi di un danno nella sfera giuridica della parte attrice (100).

In questa maniera, come sottolineato dai civilisti, mediante la separazione dell'atto illecito dal fatto dannoso, il concetto di antigiusuridicità non è più riferito unicamente alla realizzazione di fatti dannosi, ma emerge una concezione dell'illecito come condotta realizzata in violazione di un obbligo normativamente posto.

Di conseguenza, si restringe la portata della tutela risarcitoria, la quale viene a regolare le sole ipotesi di illecito dannoso, conformemente a quanto detto in precedenza in relazione all'interpretazione dell'art. 3, comma 7 (101).

Maggiormente problematico rispetto all'attribuzione di un'azione inibitoria risulta il conferimento sempre alle associazioni di un'azione intesa ad adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate (art. 3, comma 1, lett. *b*) (102).

Mentre, infatti, l'inibitoria ben si armonizza in un contesto di tutela generale-preventiva, quest'ultimo rimedio fa riferimento alla correzione e alla eliminazione di effetti dannosi già prodottisi.

Tuttavia, non è pensabile che gli effetti dannosi cui allude la norma riguardino la sfera del singolo utente, dal momento che la legge non introduce alcun meccanismo di sostituzione processuale (103).

Pertanto, gli effetti dannosi da correggere o eliminare sono da intendere come danno di tipo diffuso, che viene subito dall'associazione in conseguenza della mera violazione degli standard qualitativi e di efficienza.

In definitiva, nell'ottica della legge vi è una differenza di tipo sostanziale fra la situazione soggettiva propria dell'utente e quella delle associazioni dei medesimi, nonostante l'indubbia strumentalità di quest'ultima rispetto alla prima.

L'azione del singolo utente richiede sempre la lesione del diritto e invoca una tutela risarcitoria, mentre l'azione collettiva prescinde dalla realizzazione della lesione del diritto e risponde alle esigenze di tutela di interessi difficilmente valutabili in termini pecuniari, secondo i parametri propri delle tecniche risarcitorie. Questi interessi, data la loro natura diffusa, saranno prevalentemente soddisfatti da una tutela di tipo inibitorio, che incide direttamente sulla fonte lesiva e consente che di essa beneficino tutti i membri della collettività.

Di conseguenza, le forme di tutela dell'utente non risultano incrementate dal provvedimento normativo in questione, mentre sono le associazioni a ricevere uno strumento ulteriore a difesa delle loro posizioni, nonostante l'art. 1, comma 1, della legge stessa affermi che è promossa la tutela delle situazioni giuridiche soggettive

individuali e collettive dei consumatori e degli utenti «anche» e non solo «in forma collettiva e associativa» (104).

La legge si risolve, dunque, solo in un rafforzamento degli strumenti processuali a presidio dell'interesse collettivo delle associazioni di utenti.

La legge ha così accentuato la differenziazione e la contrapposizione, già accennate nella disciplina sulle clausole vessatorie e affioranti, non senza ambiguità, anche in seno all'analizzata giurisprudenza amministrativa in tema di tariffe e di condizioni generali di contratto, tra tutela degli utenti *uti singuli*, che viene in considerazione ormai quasi esclusivamente laddove vi sia una controversia individuale, e tutela di un interesse collettivo concernente il profilo organizzatorio e qualitativo dei servizi pubblici (105).

10. Il D.Lgs. n. 80 del 1998 ha attribuito al giudice amministrativo in via esclusiva tutte le controversie relative alle attività e alle prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento dei pubblici servizi (art. 33, commi 1 e 2, lett. e) (106).

Ne dovrebbe discendere una razionalizzazione delle forme di tutela dell'utente, per lo meno dal punto di vista della competenza giurisdizionale.

In realtà, solo apparentemente il D.Lgs. n. 80 del 1998 tratta in maniera unitaria delle controversie che coinvolgono gli utenti dei servizi pubblici, sollevando numerosi profili problematici.

Infatti, non rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e spettano pertanto al giudice ordinario le controversie relative ai «rapporti individuali di utenza con soggetti privati» (art. 33, comma 2, lett. e).

Questa esclusione trae origine dal parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato che aveva suggerito di non devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto «rapporti individuali di utenza con gestori privati relative alle prestazioni del servizio» (107).

Meno sintetica era stata a tal riguardo la Commissione parlamentare che, nel proporre modifiche all'originario progetto governativo, mentre aveva condiviso la scelta di devolvere al giudice amministrativo le controversie concernenti

l'applicazione delle carte di servizi e i regolamenti generali di servizi, aveva, invece, ritenuto non opportuno devolvere al giudice amministrativo anche le controversie relative a «rapporti individuali di utenza con gestori privati che non implic(assero) la cognizione delle clausole generali di contratto» (108).

Pertanto, secondo il parere dell'Adunanza generale e la proposta di modifica della Commissione parlamentare, che stanno alla base dell'esenzione introdotta, l'espressione «soggetti privati» deve essere riferita ai gestori privati.

Anche l'Adunanza plenaria ha interpretato l'esclusione come facente riferimento ai rapporti tra utenti e gestori privati dei servizi. Essa ha individuato la ragione giustificatrice di siffatta esclusione nel modesto valore economico delle relative controversie e nell'integrale applicabilità a tali rapporti del diritto privato, in particolare della normativa sui contratti per adesione e sulle clausole vessatorie o abusive (109).

In questa maniera si è assunta una posizione diversa da quella fatta propria dalla V sezione del Consiglio di Stato, la quale, nel rimettere all'Adunanza plenaria la definizione dell'esatto ambito oggettivo della giurisdizione esclusiva in materia, aveva affermato che «è quanto meno discutibile» l'esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati dall'ambito della giurisdizione esclusiva, perché proprio in tali rapporti «viene in evidenza il controllo di legittimità sull'espletamento del pubblico servizio che dovrebbe costituire la vera ragione giustificatrice della giurisdizione esclusiva-amministrativa» (110).

Invece, secondo l'Adunanza plenaria nulla di questo si verificherebbe nell'ipotesi in esame, dal momento che i gestori privati utilizzerebbero esclusivamente norme privatistiche nelle loro relazioni con gli utenti. Il soggetto privato di cui all'art. 33, comma 2, lett. e), viene inteso come gestore che applica solo il diritto privato nel suo rapporto con l'utente (111).

Deve, tuttavia, essere osservato che, nei servizi pubblici a carattere industriale (112), non si ha mai un'integrale applicazione del diritto privato e quindi non esistono rapporti individuali di utenza regolati unicamente dallo strumento contrattuale, come si è notato più volte nel corso del presente lavoro.

Si è visto, infatti, che spesso profili pubblicistici compaiono anche nella fase di erogazione del servizio, giustificando deroghe al generale regime privatistico. In

questo contesto interessa osservare che la commistione di elementi pubblicistici ed elementi privatistici è fenomeno che caratterizza ogni rapporto di utenza imprenditoriale, quale che sia la natura, pubblica o privata, del soggetto gestore del servizio.

Di conseguenza, la razionalità dell'impostazione del D.Lgs. n. 80 del 1998 pare assai dubbia, essendo trattati in maniera differenziata dal punto di vista della competenza giurisdizionale rapporti come quelli individuali di utenza con soggetti pubblici e quelli individuali di utenza con soggetti privati che sono identici dal punto di vista della normativa applicabile, caratterizzata da un regime misto pubblico-privato.

In questa logica, una parte della giurisprudenza e della dottrina ha espresso dubbi sulla riferibilità dell'aggettivo «privato», che compare nell'espressione «rapporti individuali di utenza con soggetti privati», all'erogatore, piuttosto che al destinatario del servizio (113).

In particolare, la dottrina ha posto in evidenza che un criterio di riparto di giurisdizione basato unicamente sulla natura pubblica o privata del soggetto gestore è poco razionale, oltre che di difficile applicazione pratica, essendo arduo, ad esempio, stabilire se le società in mano pubblica possano essere considerate o meno gestori pubblici (114).

Pertanto, secondo questo diverso orientamento, i soggetti privati cui fa riferimento la disposizione sono gli utenti privati e, di conseguenza, risulterebbero ricomprese nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a rapporti individuali di utenza tra erogatori, pubblici o privati, e utenti pubblici, intesi come pubbliche amministrazioni; ciò a causa del particolare collegamento con l'interesse pubblico che tali controversie presentano, avendo l'utente pubblico come compito istituzionale il perseguimento di un interesse pubblico rispetto al quale la fruizione del servizio assume il ruolo di strumento di cura (115).

In realtà, anche quest'ultima soluzione non risulta appagante, perché si riproduce l'impostazione che demanda a giudici diversi controversie simili. Infatti, non è chiaro come e fino a che punto il perseguimento dell'interesse pubblico da parte di un Comune possa modificare la natura e la disciplina sostanziale di un contratto di somministrazione di energia elettrica con un gestore, tale da renderlo totalmente

diverso da un contratto di somministrazione di energia elettrica tra un gestore e una grande industria.

Ma i dubbi interpretativi che pone la normativa in esame non sono esauriti. Difatti, il quadro delineato si complica ulteriormente: la Cassazione, nonostante il superamento del tradizionale criterio di riparto della giurisdizione operato dall'introduzione della giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi, è ritornata ad utilizzare tale criterio proprio con riferimento alle controversie relative ai rapporti individuali di utenza, anche se occorre notare che tale orientamento è stato assunto in tema di prestazioni istituzionali del servizio sanitario nazionale, la cui diversità rispetto alle prestazioni relative a servizi pubblici a carattere imprenditoriale è stata qui più volte sottolineata.

Così, per la Corte regolatrice la sottrazione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dei rapporti individuali di utenza non implica l'automatica sussistenza della giurisdizione ordinaria sulle medesime.

Infatti, essa ha precisato che la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è esclusa per le controversie relative a rapporti individuali di utenza con soggetti privati, rispetto alle quali l'individuazione del giudice fornito di giurisdizione deve avvenire non in base al criterio della materia, ma in base a quello della consistenza della situazione giuridica tutelata, vale a dire riconoscendo la sussistenza della giurisdizione ordinaria nel caso di diritti soggettivi, ovvero quella generale di legittimità del giudice amministrativo nel caso di interessi legittimi (116).

In definitiva, il quadro che emerge non è affatto chiaro ed è presumibile che continueranno a porsi problemi di giurisdizione, legati alla controversa interpretazione di un dettato normativo equivoco.

Ai fini della ricostruzione degli strumenti di tutela dell'utente vi è poi un ulteriore profilo da sottolineare relativo all'art. 33, comma 2, lett. e), del D.Lgs. n. 80 del 1998.

Dall'espunzione dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative ai rapporti individuali di utenza con soggetti privati si ricava, di converso, l'affermazione della giurisdizione esclusiva con riferimento alle

controversie che individuali non sono e quindi alle controversie tra utenti e gestori relative ad atti generali (117).

Questo anche nel caso in cui gli atti generali siano stati assunti da un soggetto privato e ciò sia che si interpreti l'espressione «soggetti privati» come gestori privati oppure come utenti privati, dal momento che è pacifico che tutti i rapporti non individuali di utenza rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In tal maniera, come evidenziato dalla dottrina, si introduce una deroga al principio generale secondo cui il giudice amministrativo conosce sempre controversie di cui sia parte l'amministrazione (118).

Pertanto, sotto questo aspetto si registra una pubblicizzazione della materia, attratta nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, essendo quest'ultimo propenso a leggere in chiave pubblicistica i rapporti sostanziali (119).

Siffatta propensione acquista una valenza particolare con riferimento alla materia qui in esame. Si è più volte detto che non esiste una disciplina sostanziale tipica relativa all'utente e, pertanto, questa disciplina deve essere ricostruita ricavandola da principi generali oppure da frammenti normativi settoriali.

In questa maniera, date le caratteristiche della materia, non si può parlare di completa neutralità del processo rispetto al diritto sostanziale: la conformazione del processo finisce per condizionare i caratteri del diritto sostanziale.

11. Dovendo tirare le fila del discorso, alla luce di tutto quanto notato nel corso del presente lavoro è difficile parlare di un modello di tutela civile nella fase di erogazione del pubblico servizio imprenditoriale che si contrapponga ad un modello di tutela pubblicistica nella fase di organizzazione del servizio medesimo.

Non esiste un modello puro di tutela privatistica a presidio del rapporto di utenza.

La stretta connessione e la quasi indistinzione tra aspetti organizzatori e aspetti gestionali del servizio finiscono per pubblicizzare anche il rapporto di utenza che in via di principio dovrebbe essere privatistico secondo lo schema tradizionale organizzazione-interesse legittimo, gestione-diritto soggettivo.

Strumenti privatistici di tutela, quali l'obbligo di contrarre (strumento tipico di un regime monopolista in via di superamento) o la responsabilità civile del soggetto erogatore (strumento tipico sia del regime passato sia di quello presente), subiscono tutti deroghe e modifiche di tipo pubblicistico.

In questa maniera il diritto soggettivo che l'utente vanta nel singolo rapporto di utenza risulta conformato pubblicisticamente.

Vi è poi da sottolineare la scomposizione della tutela dell'utente mediante la contrapposizione tra la tecnica di tutela a valenza individuale e la tecnica di tutela a valenza generale.

Da un lato, la tecnica di tutela a valenza individuale viene in rilievo nella sola fase dell'erogazione del servizio e si affida a strumenti privatistici di tutela, sia pure pubblicisticamente condizionati.

Dall'altro, la tecnica di tutela a valenza generale è difficilmente qualificabile come pertinente in via esclusiva alla fase di organizzazione, dato che i forti nessi tra organizzazione e gestione impediscono di collocarla in maniera precisa unicamente in un solo ambito.

La tecnica di tutela a valenza generale utilizza sia strumenti di diritto pubblico, come l'impugnazione degli atti autoritativi che fissano le condizioni generali di contratto, sia strumenti di diritto privato, come i rimedi inibitori.

Essa non è riconosciuta al singolo utente, ma è affidata alle sole associazioni di utenti.

Si nota, pertanto, una linea di tendenza volta a mettere in secondo piano l'utente, attribuendo ai soggetti collettivi gli strumenti di tutela relativi alla fase organizzativa del servizio.

Analoga tendenza intesa a non assegnare all'utente la possibilità di usufruire di rimedi forti a presidio della sua posizione si riscontra in relazione agli strumenti pubblicistici di tutela che fanno capo all'Autorità di regolazione.

Infatti, da una parte, la denuncia dell'utente circa le modalità di svolgimento del servizio non è in grado di provocare un obbligo di provvedere in capo all'Autorità, dall'altra, è assai probabile che la funzione arbitrale e conciliativa dell'Autorità

venga attratta all'interno della più generale funzione di vigilanza alla medesima attribuita, dall'altra ancora, la partecipazione procedimentale è strumento di tutela la cui efficacia dipende da numerose variabili non sempre dominabili dall'utente.

Dal punto di vista pubblicistico, pertanto, l'utente è solo il termine oggettivo della cura dell'ordinamento, anzi, dovendo l'amministrazione temperare anche altri interessi oltre a quello proprio dell'utente, la sua posizione è globalmente protetta solo nella misura in cui lo sia l'interesse generale.

Per quanto attiene poi alla competenza giurisdizionale in tema di tecniche di tutela dell'utenza, essa spetta attualmente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel caso di controversie relative alla fase organizzativa del servizio.

Questa devoluzione alla giurisdizione amministrativa di ogni profilo organizzativo, anche se il rapporto intercorre tra un gestore privato e l'utente, deve essere vista con favore: il giudice amministrativo è storicamente più sensibile a cogliere i profili di autorità e, pertanto, è in grado di fornire una più efficace tutela, anche perché a seguito della recente riforma è stato dotato di nuovi strumenti di cognizione e di decisione.

Si consideri, inoltre, che la disciplina a tutela della qualità del servizio è una disciplina debole, essendo recente e ancora in via di formazione. In questo contesto il giudice amministrativo, che da sempre è stato il maggiore strumento di penetrazione della legalità nell'amministrazione, può svolgere un ruolo prezioso, contribuendo all'affermazione della giuridicizzazione dell'aspetto qualitativo del pubblico servizio.

Per una ragione inversa a quella sopra esposta è, invece, criticabile che al giudice ordinario non siano stati devoluti tutti i rapporti individuali di utenza, quale che sia la natura, pubblica o privata, del soggetto gestore, o, se si accede all'altra interpretazione, quale che sia la natura, pubblica o privata, dell'utente.

Il rischio insito nella previsione di due giurisdizioni in materia di rapporti individuali di utenza è, oltre a quello dell'inevitabile moltiplicazione delle situazioni di incertezza per il singolo, un'ulteriore eccessiva pubblicizzazione del rapporto di utenza.

Così, anche in un regime di concorrenza il rapporto di utenza stenta a divenire realmente privatistico.

Note:

(*) Scritto destinato agli Studi in onore di Umberto Pototschnig.

(1) Sui tratti generali dei servizi pubblici a carattere imprenditoriale si rinvia a S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2000, 83 ss.; cfr. in tema anche E. Ferrari, *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*, in *I servizi a rete in Europa*, a cura del medesimo Autore, Milano, 2000, XI-XXXII. Per una ricostruzione delle diverse tipologie di servizi pubblici attualmente esistenti nel nostro ordinamento si veda A. Travi, *Commento all'art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1999, 1510 ss., 1513-1516.

(2) Parla di interessi legittimi-quasi diritti M. Nigro, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V, 469 ss., 475-478, il quale afferma che nei pubblici servizi «diventa importante stabilire prima se è necessario, poi, se è utile e produttivo attrarre ciò, che è stato finora possibile definire come diritto soggettivo, nel campo proprio dell'interesse legittimo, e viceversa». Tale «possibilità e incertezza di scelta» deriva sia da una «accentuata ideologizzazione», che rende «l'interprete arbitro di porre al centro del sistema l'interesse legittimo o un complesso di interessi legittimi oppure uno o più diritti soggettivi»; sia dal fatto che la disciplina di molti pubblici servizi può sempre dall'interprete «essere fatta obbedire a certi principi o ad altri del nostro ordinamento», con conseguenze decisive per le scelte in questione (op. cit., 475). Si veda altresì D. Sorace, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, 205 ss., spec. 212 ss., che definisce gli «interessi-diritti» alle prestazioni anche come «interessi di pubblico servizio»; secondo l'Autore «ai portatori degli interessi alla prestazione finale qualificati come diritti non potrebbe non essere riconosciuta la titolarità di interessi legittimi in relazione all'esercizio di qualsiasi potere strumentale alla prestazione finale, anche se non specificatamente ed immedatamente funzionale ad essa... Ancor prima... il diritto in questione se non può annullare tali poteri tuttavia ne costituisce un limite invalicabile, nel senso che sull'amministrazione grava l'obbligo di esercitarli in maniera tale da non frustrare gli interessi-diritti», e ciò per quanto riguarda sia il merito delle scelte, sia altri profili, come i tempi di decisione o le modalità procedurali (op. cit., 214).

(3) Così Cass., sez. un., 27 luglio 1998, n. 7346, in Mass. Giust. civ., 1998, 1597, con riferimento al servizio dell'acqua potabile gestito da un consorzio di Comuni. In senso analogo cfr. Cass., sez. un., 26 aprile 1977, n. 1547, in Giust. civ., 1977, 1133 ss., secondo cui l'Ente autonomo acquedotto pugliese, pur essendo un ente pubblico, agisce in base al diritto privato per quanto attiene alla gestione delle forniture di acqua agli utenti, essendo tali forniture veri e propri contratti privatistici, con conseguente soggezione delle controversie relative alla giurisdizione del giudice ordinario; Cass., sez. un., 25 gennaio 1985, n. 353, ivi, 1985, 1042 ss., anch'essa relativa al servizio di acqua potabile offerto da un consorzio di Comuni. La sentenza precisa che in occasione della costruzione o dell'ampliamento di un acquedotto e della ripartizione, tra i vari comuni serviti, dei quantitativi d'acqua disponibili e della loro destinazione al soddisfacimento di una necessità piuttosto che di un'altra, l'utente del servizio non è titolare di una posizione di diritto soggettivo. Invece, una volta costruito l'acquedotto, ripartiti tra i Comuni interessati e predeterminati i quantitativi d'acqua disponibili secondo le necessità da soddisfare, e si tratti solo di gestire la fornitura dell'acqua agli utenti che ne abbiano fatto richiesta nel rispetto delle condizioni generali predeterminate, il soggetto erogatore del servizio si trova ad agire nella sfera del diritto privato. Di conseguenza, le controversie insorte a seguito di un eventuale diniego di allacciamento rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario. In dottrina aderiscono all'impostazione illustrata nel testo M.E. Schinaia, Situazioni soggettive di diritto pubblico dell'utente nei servizi pubblici, in Rass. lav. pubbl., 1988, 449 ss., 454-460; A. Cataudella, Situazioni soggettive di diritto privato dell'utente nei servizi pubblici essenziali, in Energia e servizio pubblico, Milano, 1989, 27 ss., spec. 28 ss.; P. Schlesinger, La pluralità delle fonti nella somministrazione di energia elettrica, in Rass. giur. en. el., 1997, 308 ss., 309-310; G.G. Gentile e F. Passeggio, Influenza sui contratti di utenza pubblica della nuova disciplina sulle «clausole abusive», ivi, 1996, 853 ss., 853.

(4) La definizione di contratto di utenza pubblica appartiene a G. Alpa, Contratti di utenza pubblica, in Nuova giur. civ. comm., 1986, II, 107 ss.; secondo l'Autore la prospettiva di diritto comune soddisfa «l'esigenza di assicurare all'utente (consumatore) un prodotto o un servizio in cui la qualità, la quantità, il prezzo, la trasparenza dello strumento contrattuale, delle fasi del rapporto, degli atti esecutivi di esso, pur essendo predeterminati non comportano vessazioni, non implicano sacrifici eccessivi, né pongono il destinatario in condizioni di ineluttabile inferiorità e quindi obiettiva, insormontabile debolezza» (op. cit., 107). Per una ricostruzione del

dibattito sulla nozione di contratti di utenza pubblica cfr. A. Sandulli, Il commento (a Corte costituzionale, 30 dicembre 1994, n. 456), in Gior. dir. amm., 1995, 554 ss., spec. 556 ss.

(5) Si vedano, tra i tanti, A. Romano, La concessione di un pubblico servizio, in La concessione di pubblico servizio, Milano, 1995, 11 ss., spec. 25 ss.; A. Pajno, Servizi pubblici e tutela giurisdizionale, in questa Rivista, 1995, 551 ss., 555 ss.; R. Arrigoni, Regolazione e gestione nelle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione dei principi costituzionali e comunitari, in Riv. trim. dir. pubbl., 1995, 87 ss.; G. Caia, Compiti, servizi e strumenti della pubblica amministrazione, in Diritto amministrativo, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 1998, 924-928. Con linguaggio parzialmente diverso si esprimono G. Corso, La gestione dei servizi locali tra pubblico e privato, in Nuove autonomie, 1995, 744; D. Sorace, Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1997, 51 ss., spec. 56 ss., che distinguono tra compiti di fornitore (provider), di spettanza dei pubblici poteri, e compiti di produttore (producer), indifferentemente di spettanza pubblica o privata, dei servizi pubblici. In senso analogo, cfr., sempre del medesimo Autore, Note sui «servizi pubblici locali» dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati, in Studi in onore di V. Ottaviano, vol. III, Milano, 1993, 1141 ss. Ma sulla tematica si veda soprattutto U. Pototschnig, I pubblici servizi, Padova, 1964, secondo il quale l'imprenditore che svolge un'attività di pubblico servizio persegue sempre i suoi fini individuali e mai la sua attività può dirsi funzionalizzata, e tuttavia spetta all'ordinamento dettare una disciplina di questa attività. La modernità dell'Autore sta nell'aver affermato che talvolta i fini di utilità generale possono addirittura esigere che imprese riguardanti servizi pubblici siano gestite anche da soggetti privati (op. cit., 147-148, 153). In questo caso, però, occorre una disciplina pubblica, che si estrinsechi mediante programmi e controlli (op. cit., 113 ss.), i quali, a ben vedere, altro non sono che gli strumenti per fissare e garantire gli obblighi di pubblico servizio. Infatti, secondo l'Autore, l'indicazione vincolante di fini sociali non comporta affatto la pubblicizzazione dell'attività economica privata (op. cit., 153). Tale impostazione, sia pure con diversità di accenti, si ritrova nell'esperienza statunitense, caratterizzata dal fatto che alle attività riconducibili alla nostra nozione di servizio pubblico provvedono soggetti privati, solo che questi soggetti sono sottoposti al controllo delle Independent Commissions, «così da cercare di ottenere il risultato di una conciliazione tra l'obbiettivo privato della

massimizzazione del profitto dell'impresa e l'interesse pubblico alla fornitura alla cittadinanza di servizi adeguati a prezzo moderato» (sul punto D. Sorace, Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss., 379-388). Da ultimo, interessante appare la prospettiva aperta da R. Cavallo Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998, 62 ss.; Id., I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo, in questa *Rivista*, 2000, 41 ss.

(6) Sulla necessaria natura giuridica privata del rapporto di utenza cfr., con particolare chiarezza, G. Alpa, *Contratti*, cit., 108; G. Caia, *Compiti*, cit., 961.

(7) Privatizzazione è sicuramente un'espressione polisensa, che allude ad una pluralità di fenomeni. Privatizzazione può essere intesa sia come trasformazione del soggetto da ente pubblico economico in società per azioni (privatizzazione formale), sia come immissione sul mercato delle azioni della relativa società e conseguente trasferimento della proprietà dell'impresa dal soggetto pubblico a soggetti privati (privatizzazione sostanziale). Sui molteplici significati che può assumere l'espressione privatizzazione cfr. M. Clarich, voce *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XI, 1996, 568 ss., 569; C. Marzuoli, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Diritto pubblico*, 1995, 393 ss.; F. Trimarchi Banfi, *La responsabilità del gestore di pubblici servizi nella prospettiva delle privatizzazioni. Considerazioni sulla giurisprudenza costituzionale*, in questa *Rivista*, 1995, 143 ss.; e, se si vuole, M. Ramajoli, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*, *ivi*, 1995, 203 ss., 222 ss.

(8) Sul processo di liberalizzazione nei pubblici servizi si vedano S. Cassese, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. en. el.*, 1998, 233 ss.; M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, *ivi*, 41 ss.; D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss.; G. Amato, *La nuova Costituzione economica*, e P. Ranci, *Concorrenza e servizi pubblici nella Costituzione*, entrambi in *Per una nuova Costituzione economica*, a cura di G. Della Cananea e G. Napolitano, Bologna, 1998, rispettivamente 11 ss. e 33 ss.

(9) Coloro che hanno sinora analizzato il tema hanno oscillato tra un atteggiamento di ottimistica fiducia, evidenziando i benefici che una politica di liberalizzazione e di privatizzazione può recare agli utenti (cfr., ad esempio, G. Napolitano, *Gli «indennizzi automatici» agli utenti di servizi pubblici*, in *Danno e responsabilità*, 1996, 15 ss., spec. 17; cfr. però anche, sempre del medesimo Autore, in senso

maggiormente dubitativo, Sui limiti all'applicabilità della nuova disciplina delle clausole vessatorie ai rapporti di utenza di energia elettrica, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, 389 ss., 389) e un'opposta enfaticizzazione dei rischi insiti nella creazione di un mercato di tali servizi, che peggiorerebbe la posizione dei loro fruitori (in questo senso cfr. G. Alpa, *Contratti*, cit., 108, secondo cui la privatizzazione rischia di portare enti erogatori e utenti su di un piano di apparente parità, ma di sostanziale squilibrio, legittimato dalle norme privatistiche e imposto dalle esigenze del mercato, cioè dalle imprese medesime).

(10) L'ottica delle forme di tutela è stata ampiamente utilizzata, da un punto di vista sistematico, da A. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, spec. 1-55; *Id.*, voce *Tutela (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, 1992, 360 ss., spec. 376 ss., ove si afferma, nel ridimensionare la storica contrapposizione sub specie tutelae tra diritto e processo, che «se non è certo il processo la sede nella quale si definiscono e qualificano i bisogni di tutela, bensì la legge sostanziale, con riferimento ai rimedi ivi riconosciuti, è tuttavia il processo la sede in cui tali scelte sono destinate a tradursi in tecniche e forme adeguate» (op. cit., 363).

(11) Ormai da tempo la giurisprudenza ha riconosciuto che la natura pubblicistica del soggetto operatore non è di ostacolo all'applicazione dell'art. 2597 c.c., essendo solo necessario che, in caso di ente pubblico, il medesimo gestisca il servizio in forma di impresa e svolga la sua attività economica in condizioni di monopolio; cfr., tra le più risalenti nel tempo, *Cass.*, sez. un., n. 1547/77, cit., 1133 ss., con riferimento all'Ente autonomo per l'acquedotto pugliese all'erogazione di acqua e alla stipulazione del relativo contratto di fornitura; *Cass.*, sez. I civ., 23 gennaio 1978, n. 298, in *Giur. it.*, 1979, I, I, 147 ss., nei confronti dell'Enel; ma cfr. anche *Cass.*, sez. un., n. 353/85, cit., 1043, relativa ad un consorzio di enti locali per l'acqua potabile.

(12) Si veda il parere del Consiglio di Stato, sez. I, 20 settembre 1995, n. 330, in *Foro it.*, 1996, III, 209 ss., 221, in cui si afferma che la necessità di un'autorità regolatrice in passato non era stata avvertita perché «la regolamentazione delle tariffe, il controllo della qualità, la protezione dell'utenza, erano affidati alla natura pubblicistica del soggetto erogatore ed alla sua stretta dipendenza dall'autorità governativa». Sulla configurazione del soggetto pubblico gestore quale *longa manus* dello Stato cfr. *Cass.*, sez. I civ., 3 luglio 1979, n. 3723, in *Foro it.*, 1980, I, 1076 ss., con nota di A. Silvestrini; la sentenza precisa che l'Enel costituisce «lo strumento organizzativo mediante il quale vengono esercitate le attività elettriche dello Stato, che ha preferito, per ragioni organizzatorie, attribuire ad esso

(erigendolo a soggetto di diritto) la gestione dell'impresa pubblica elettrica, piuttosto che gestirla direttamente come apparato di organi e stabilimenti propri o come azienda statale autonoma».

(13) Cfr. art. 3, n. 1 della legge 6 dicembre 1962, n. 1643. In dottrina a tal riguardo si veda la ricostruzione storica operata da P. Schlesinger, *La pluralità delle fonti nella somministrazione di energia elettrica*, cit., 309 ss., ma, ancor prima, cfr. G. Guarino, *Sulla capacità dell'Enel*, in *Rass. giur. en. el.*, 1965, 12 ss.; F. G. Scoca, *Le funzioni pubbliche dell'Enel*, in *L'Enel tra «pubblico» e «privato»*, Milano, 1987, 44 ss. Anche altri soggetti gestori del servizio si sono trovati a compiere scelte di tipo organizzatorio, inerenti a mezzi e modalità per far fronte al servizio medesimo; si pensi alle già menzionate scelte compiute da consorzi di comuni per il servizio dell'acqua potabile, oppure dall'ente autonomo per l'acquedotto pugliese in occasione: della costruzione e degli ampliamenti di acquedotto; della ripartizione, tra i vari comuni serviti, dei quantitativi di acqua disponibili; dell'esecuzione delle opere di rimboschimento dei bacini imbriferi dei fiumi; o relative alla destinazione delle acque al soddisfacimento di una necessità piuttosto che di un'altra. Come si è visto, in questi casi la giurisprudenza ha affermato che il gestore esercita poteri di imperio e che quindi deve negarsi alla posizione soggettiva del privato natura di diritto soggettivo; cfr. Cass., sez. un., n. 1547/77, cit., 1134; Cass., sez. un., n. 353/85, cit., 1044; Cass., sez. un., 27 luglio 1998, n. 7346, cit.

(14) Cass., sez. I civ., n. 3723/79, cit.; Cass., sez. I civ., 28 dicembre 1990, n. 12196, in *Foro it.*, 1991, I, 853 ss.; in dottrina, in senso analogo a quanto disposto dalla Cassazione, cfr. G. Landi, voce *Energia elettrica (nazionalizzazione)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, vol. XIV, 875 ss., 883. Parla di relativizzazione dell'obbligo di contrattare con riferimento a questa giurisprudenza G. Abbamonte, *L'erogazione dell'energia elettrica come servizio pubblico*, in *Energia e servizio pubblico*, Milano, 1989, 3 ss., 13-14.

(15) Cass., sez. I civ., n. 12196/90, cit.

(16) Cass., sez. I civ., n. 3723/79, cit.; Cass., sez. I civ., n. 12196/90, cit.

(17) Cass., sez. I civ., n. 3723/79, cit.

(18) Cfr. soprattutto E. Roppo, *Questioni in tema di formazione del consenso, obbligo legale a contrarre e pari trattamento degli utenti di un'impresa monopolista (A proposito di contratti standard per la somministrazione di energia elettrica)*, in *Giur. it.*, 1978, I, I, 147 ss., spec. 155 ss., secondo il quale l'obiettivo della disposizione «non è la stipulazione di contratti purchessiano, ma è invece la stipulazione di contratti che riflettano un giusto e ragionevole assetto degli interessi

in gioco, che in concreto consentano al pubblico di acquisire beni e servizi a condizioni socialmente adeguate - perché solo questo obiettivo può giustificare che taluno sia per legge obbligato a contrattare».

(19) Ad esempio, nei confronti delle condizioni generali di contratto di servizio telefonico fin dall'origine è stato contemplato un controllo amministrativo, demandato al Ministro delle poste e delle telecomunicazioni, ai sensi dell'art. 88, comma 1, del R.D. 19 luglio 1941, n. 1198. In generale, sul tema del controllo delle condizioni di contratto, cfr. ancora Cass., sez. I civ., n. 7159/90, cit., 1010; in dottrina E. Roppo, *Questioni*, cit., 170 ss., che sottolinea però come l'attribuzione al legislatore del potere di definire le condizioni generali di contratto crei inconvenienti in termini di rigidità e resistenza a «quegli adattamenti e a quelle innovazioni anche nel contenuto delle clausole, che rappresentano esigenze ineludibili per ogni impresa intenzionata ad adeguare costantemente la propria azione alle dinamiche del mercato, della congiuntura economica, del progresso tecnologico» (op. cit., 172); A. Silvestrini, *Nota a Cass.*, sez. I civ., n. 3723/79, cit., 1077-1078.

(20) Cass., sez. I civ., 6 luglio 1990, n. 7159, in *Rass. giur. en. el.*, 1991, 1003 ss., ha escluso la possibilità di ricorrere in materia di fornitura di energia elettrica all'art. 1679 c.c., ai sensi del quale le condizioni generali sono stabilite o autorizzate nell'atto di concessione; il ricorso alla disposizione codicistica è stato ritenuto possibile «in quanto ne esista il presupposto, e cioè esista un atto vincolante (che nell'ambito dell'art. 1679 c.c. è la concessione) che preveda le condizioni generali di contratto». È vero che la legge n. 1643 del 1962, all'art. 3, n. 11 avrebbe disposto l'emanazione di norme delegate aventi per oggetto l'obbligo dell'Enel di far approvare le condizioni generali dei contratti di fornitura dal Ministero o da altra autorità governativa, ma è altrettanto «pacifico che norme di tal genere non sono mai state emanate, neppure in scadenza della delega. (...) Poiché la P.A. non può emanare atti incidenti sul contenuto di un contratto, se non in base alla legge o ad altro atto avente fondamento nella legge (ex art. 1339 c.c.) non può ammettersi l'obbligo dell'Enel di fare emanare un atto o provvedimento puramente amministrativo di approvazione e/o autorizzazione delle condizioni generali».

(21) Si veda, tra le tante, Cass., sez. I civ., n. 7159/90, cit., secondo cui «l'introduzione di clausole non contemplate dal contratto originario, tramite lo strumento della disdetta di esso, deve verificarsi alla stregua dei vincoli posti dall'art. 2597 c.c., che sono contestualmente posti dalla norma, perché il suo scopo non potrebbe essere raggiunto da uno solo di tali obblighi».

(22) Visto che «l'obbligo di contrarre osservando la parità di trattamento implica che il medesimo si attegga con eguale contenuto nei confronti di tutti i contraenti in ciascun gruppo di contratti omogenei»; così Cass., sez. I civ., n. 12196/90, cit.; in senso analogo Cass., sez. I civ., n. 298/78.

(23) Cass., sez. I civ., n. 12196/90, cit.

(24) In questa logica va poi considerata Cass., sez. I civ., n. 298 del 1978, cit., 147 ss., che ha affermato la non applicabilità dell'art. 2932 c.c., e quindi non ha consentito la soddisfazione in forma specifica dell'utente attraverso la costituzione coattiva del rapporto, nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligo legale di contrarre di cui all'art. 2597 c.c.; a detta della Cassazione «la dizione dell'art. 2932 codice civile, nel suo richiamo al non adempimento dell'obbligazione, si riferisce ad un obbligo già assunto di concludere il contratto, e non ad un obbligo puramente legale quale è quello discendente dall'art. 2597 codice civile». Ma cfr., in senso opposto a quanto deciso, Cass., 6 dicembre 1968, n. 3914, in Foro it., 1971, I, 3035 ss., e, in dottrina, E. Moscati, Contratti di utenza pubblica e tutela del diritto dell'utente alla prestazione, in Rass. giur. en. el., 1998, 1 ss., 4-5; A. Cataudella, Situazioni soggettive, cit., 30 ss.

(25) In tema cfr. E. Roppo, Questioni, cit., 170-174; R. Ferrara, Controlli amministrativi e tutela del consumatore nell'ordinamento italiano: aspetti problematici, in Foro it., 1986, V, 275 ss., 284; Id., voce Consumatore (protezione del) nel diritto amministrativo, in Dig. disc. pubbl., vol. III, 1989, 515 ss., 516-517.

(26) La pronuncia capostipite del presente indirizzo è Corte costituzionale, 17 marzo 1988, n. 303, in Foro it., 1989, I, 56 ss., in tema di responsabilità per perdita o manomissione di raccomandate; cfr. altresì Corte costituzionale, 20 dicembre 1988, n. 1104, in Giur. cost., 1988, 5358 ss., che ha ritenuto costituzionalmente illegittime le limitazioni di responsabilità del concessionario del servizio telefonico per le interruzioni del servizio stesso dovute a sua colpa; Corte costituzionale, 30 dicembre 1994, n. 456, in Gior. dir. amm., 1995, 553 ss., che ha ritenuto illegittime le norme che escludono la responsabilità del concessionario del servizio telefonico in caso di omessa o erronea indicazione dell'utente nell'elenco degli abbonati; Corte costituzionale, 30 dicembre 1997, n. 463, in Giur. cost., 1997, 4050 ss., che ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale dell'esclusione di responsabilità dell'amministrazione delle poste e telecomunicazioni in caso di ingiustificato ritardo nel servizio di bancoposta produttivo di danno. Cfr. in materia altresì Corte costituzionale, 21 gennaio 1999, n. 4, ivi, 1999, 9 ss. Diversa è l'impostazione seguita da Corte costituzionale, 28 febbraio 1992, n. 74, ivi, 1992, 398 ss., che ha

riconosciuto l'illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative in materia postale nella parte in cui non eccettuano dalla limitazione di responsabilità dell'amministrazione delle poste per i danni derivati da perdita totale di corrispondenze raccomandate il caso di sottrazione dolosa del loro contenuto ad opera di dipendenti della stessa amministrazione. Quest'ultima sentenza infatti riconosce l'illegittimità costituzionale delle disposizioni in questione per violazione non dell'art. 43 Cost., quanto piuttosto dell'art. 28 Cost. Sulla giurisprudenza della Corte costituzionale cfr. F. Trimarchi/Banfi, La responsabilità del gestore di pubblici servizi, cit.; R. Carboni, La responsabilità dell'Amministrazione postale: regime obbligatorio d'impresa per i servizi pubblici?, in *Giur. it.*, 1988, I, I, 1443 ss., 1444-1445; M. Bignami, Gestione di pubblico servizio in forma di impresa e responsabilità del dipendente: la Corte costituzionale ci ripensa?, in *Giur. cost.*, 1992, 3141 ss.

(27) Corte costituzionale, n. 1104/88, cit., 5367; n. 74/92, cit., 401; n. 456/94, cit., 553; n. 463/97, cit., 4055-4056. Si veda anche Cons. Stato, Ad. gen., 15 dicembre 1994, in *Foro amm.*, 1998, 1140 ss., che ribadisce la possibilità di introdurre una disciplina della responsabilità patrimoniale del concessionario di un servizio pubblico essenziale più restrittiva di quella ordinaria, in considerazione della complessità tecnica della gestione e dell'esigenza del contenimento dei costi.

(28) La problematica generale che affiora nel testo compare anche nel settore dei servizi sociali, come mostra, tra le tante, Cass., sez. un., 10 aprile 1992, n. 4411, in *Foro it.*, 1992, I, 2671 ss., in cui si afferma che la qualità e la quantità delle prestazioni erogate nell'ambito della previsione normativa sono aspetti correlati alla organizzazione della pubblica amministrazione erogante e quindi regolati da norme, se di legge, tipicamente di azione, o da norme meramente interne, a fronte delle quali non vi è una posizione di diritto soggettivo, ma solo di interesse legittimo. Per quanto riguarda le posizioni giuridiche soggettive in materia di servizi sociali, tema che non può essere qui affrontato, si rinvia a G. Corso, I diritti sociali nella Costituzione italiana, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 762 ss.; D. Sorace, Gli «interessi di servizio pubblico», cit., spec. 212 ss.; C. Marzuoli, Note in tema di diritti sociali, privatizzazioni, tutela, in *Contenimento della spesa pubblica ed efficienza dell'amministrazione*, 55 ss. dell'estratto; A. Massera, Individuo e amministrazione nello Stato sociale: alcune considerazioni sulla questione delle situazioni giuridiche soggettive, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1 ss., spec. 4 ss.

(29) Sulla immediata impugnabilità, in materia di pubblici servizi, di un atto regolamentare, allorché esso risulti immediatamente lesivo delle posizioni

soggettive degli interessati, si vedano Cons. Stato, sez. VI, 31 ottobre 1992, n. 841, in Cons. St., 1992, 1471 ss.; Cons. Stato, sez. VI, 31 ottobre 1992, n. 842, in Foro it., 1993, III, 147 ss. Nell'ipotesi in cui oggetto di censura sia una disposizione regolamentare, la Corte costituzionale ha precisato di non potere controllare direttamente la legittimità costituzionale della medesima, data la sua natura di norma secondaria. Essa ha però affermato di potere sindacare una norma primaria che trovi applicazione attraverso le specificazioni espresse dalla normativa regolamentare, i cui contenuti integrino il precetto della norma primaria; così Corte costituzionale, n. 1104/88, cit.; n. 456/94, cit. Sul particolare intreccio tra legge e amministrazione in materia, ai fini del soddisfacimento della pretesa dell'utente, cfr. D. Sorace, Gli «interessi di servizio pubblico», cit., 212 ss., e, se si vuole, M. Ramajoli, Osservazioni in tema di procedimento previdenziale e assistenziale, in Dir. econ., 1994, 421 ss.

(30) Come afferma il Consiglio di Stato, «la puntuale applicazione del regolamento si risolve nell'applicazione di una disciplina contenuta in una clausola contrattuale nei confronti di uno dei soggetti del contratto di abbonamento (l'utente-abbonato)»; così Cons. Stato, sez. VI, n. 841/92, cit.; n. 842/92, cit.

(31) Insiste sul carattere meramente formale della posizione di autonomia privata dell'imprenditore che gestisce il pubblico servizio cfr. F. Levi, Imprese pubbliche e servizi pubblici essenziali tra l'art. 23 e l'art. 43 Cost., in Giur. cost., 1969, 1074 ss., spec. 1079-1080. Sul punto si veda anche D. Sorace, Servizi pubblici, cit., 412, che parla di «conformazioni» dei diritti d'impresa.

(32) Si pensi al potere tariffario, che è «preordinato a contemperare l'interesse del gestore (aeroportuale) ad una tariffa adeguatamente remunerativa delle prestazioni rese con l'interesse dei vettori e degli utenti del servizio a che le singole voci tariffarie risultino trasparenti e siano contenute entro limiti di congruità, così da consentire rispettivamente di erogare e di usufruire del servizio in condizioni di economicità»; così Tar Lombardia, Milano, sez. I, 19 gennaio 1998, n. 57, in I Tar, 1998, 908 ss., la quale ha poi stabilito che è implicito nell'atto di approvazione ministeriale delle tariffe predisposte dai gestori aeroportuali, volto ad incidere su un atto formato da un soggetto privato che è quindi «tendenzialmente inadatto ad operare valutazioni generali», «la legittimazione a valutare la tariffa per profili di maggiore ampiezza rispetto al criterio della mera congruità contabile».

(33) Le disposizioni in questione, contenute nel D.M. 8 settembre 1988, n. 484, sono state ritenute illegittime dal giudice amministrativo; cfr. Tar Lazio, sez. II, 8 novembre 1990, n. 1966, in Foro it., 1991, III, 444 ss.; ma cfr. Cons. Stato, sez. VI,

n. 842/92, cit., che ha invece ritenuto legittima la disposizione che consentiva al gestore di ritardare, rispetto ai termini generali previsti dal regolamento, l'installazione o il trasloco dell'impianto, ovvero la riparazione del guasto, nel caso di generica «indisponibilità delle risorse tecniche».

(34) Le espressioni riportate tra virgolette sono utilizzate da Cons. Stato, sez. VI, n. 841/92, cit.; n. 842/92, cit., per descrivere l'interesse legittimo dell'utente a fronte del potere autoritativo di integrazione del contratto di utenza telefonica.

(35) Cfr. Cass., sez. un., 4 agosto 1977, n. 3457, in Rep. Giust. civ., 1977, voce Poste e Radiocomunicazioni, n. 5, che ha devoluto alla cognizione del giudice amministrativo la domanda con la quale l'utente del servizio telefonico impugni per illegittimità i provvedimenti emessi dall'autorità governativa in materia di determinazione dei canoni e delle tariffe; Cass., sez. un., 20 luglio 1983, n. 4992, in Giust. civ., 1984, I, 202 ss., che ha disposto in senso analogo sempre in materia di canoni e tariffe telefoniche. Per quanto riguarda la giurisprudenza amministrativa cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 maggio 1988, n. 725, cit., anch'essa in tema di tariffe telefoniche.

(36) Cfr. Tar Lazio, sez. II, 8 novembre 1990, n. 1966, cit.; Cons. Stato, sez. VI, n. 841/92, cit.; n. 842/92, cit., tutte e tre relative all'impugnazione del regolamento di servizio telefonico nella parte in cui prevede clausole limitative della responsabilità del gestore oppure particolari limiti all'uso dell'apparecchiatura terminale d'utenza.

(37) Cfr. Tar Lazio, sez. II, 8 novembre 1990, n. 1966, cit.; Cons. Stato, sez. VI, n. 841/92, cit.; n. 842/92, cit.

(38) Così G. Alpa, *Contratti*, cit., 108; G. Caia, *Compiti*, cit., 961.

(39) Questa concorrenza di giurisdizioni crea problemi, a livello operativo, di difficile soluzione. Come osserva G. Pericu, *Gli aspetti amministrativi dei contratti di utenza pubblica*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, 1986-1987, 905 ss., 907-908, il potere amministrativo di determinazione di alcuni aspetti del contratto di utenza, quale il potere amministrativo tariffario, è sopraordinato rispetto al momento privatistico di disciplina contrattuale del rapporto, per cui le vicende relative al provvedimento amministrativo (in termini di autotutela oppure a seguito di contenzioso amministrativo) incidono necessariamente, indipendentemente da una loro recezione volontaria, sul rapporto contrattuale tra il gestore e l'utente. Di qui numerosi problemi applicativi, che in concreto si sono manifestati: nel caso in cui sia stato proposto davanti al giudice amministrativo ricorso contro un provvedimento di determinazione delle tariffe (nella specie un provvedimento tariffario di diniego di un aumento di tariffa), e tale provvedimento sia stato

annullato dopo alcuni anni, ritenendo il giudice che la tariffa invece dovesse essere determinata secondo quanto richiesto, non è chiaro in quale maniera incida questa decisione sui rapporti di fornitura nel frattempo svolti; l'Autore si chiede infatti se «tutti coloro che hanno fruito del servizio durante gli anni che è durato il contenzioso, debbano essere chiamati a corrispondere la maggiore cifra che l'autorità amministrativa deve determinare alla luce delle indicazioni del Magistrato ovvero l'impossibilità di ottenere simile corresponsione determini un maggior costo che il soggetto concessionario può esporre al fine della formazione della nuova tariffa» (op. cit., 908).

(40) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 1981, n. 40, in Cons. St., 1981, 130 ss., che aveva ritenuto ammissibili i ricorsi di alcuni utenti del servizio telefonico avverso una delibera del Cip e, al tempo stesso, aveva dichiarato inammissibili i ricorsi proposti da due associazioni spontanee di utenti telefonici.

(41) Così L. Maruotti, La tutela degli interessi diffusi e degli interessi collettivi in sede di giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: questioni di giurisdizione e selezione dei soggetti legittimati alla impugnazione, in Dir. proc. amm., 1992, 255 ss., 281-283.

(42) Cfr. Cass., sez. un., n. 4992/83, cit., 207, secondo cui è proprio il contratto di utenza l'elemento che consente di riconoscere all'utente un interesse legittimo: il diritto soggettivo derivante dal contratto di utenza si porge come «presupposto di qualificazione» dell'interesse legittimo.

(43) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 maggio 1988, n. 725, in Foro it., 1989, III, 348 ss.; Tar Lazio, sez. II, 8 novembre 1990, n. 1966, cit.; Cons. Stato, sez. VI, n. 841 e 842 del 1992, cit.; sul punto cfr. E. Cannada Bartoli, In tema d'interessi tutelabili, in Giur. it., 1993, III, I, 155 ss., che si chiede se il nostro sistema di giustizia amministrativa possa trasformarsi in un sistema nel quale esistano azioni popolari soltanto di gruppi sociali; M.E. Schinaia, Situazioni soggettive, cit., 459, che parla, con riferimento alla legittimazione a ricorrere davanti al giudice amministrativo delle associazioni di utenti telefonici, di una sorta di class action nel campo degli interessi legittimi.

(44) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 725/88, cit.; Tar Lazio, sez. II, 8 novembre 1990, n. 1966, cit.; Cons. Stato, sez. VI, n. 841 e 842 del 1992, cit.

(45) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 725/88, cit., che ha radicato in capo all'associazione degli utenti un interesse legittimo rispetto ai provvedimenti tariffari in ragione del fatto che il procedimento di formazione della deliberazione delle tariffe telefoniche da parte del Cip prevedeva l'intervento della Commissione

centrale prezzi, suo organo consultivo dotato di funzioni istruttorie, composto, tra l'altro, da rappresentanti dei consumatori e degli utenti (art. 5 del D. Lgs. Lgt. 15 settembre 1947, n. 896). In senso analogo cfr. Cons. Stato, sez. VI, nn. 841 e 842 del 1992, cit.

(46) Così Tar Lazio, sez. II, n. 1966/90, cit., 450. In senso analogo Cons. Stato, sez. VI, n. 725/88, cit., 353.

(47) Sulla distinzione tra tecniche di tutela a valenza individuale e tecniche di tutela a valenza generalizzata o collettiva, svincolata dalle posizioni individuali dei singoli, qualora l'illecito denunciato, per natura e definizione, sia tale da incidere su una serie o categoria di interessi, si rinvia a A. di Majo, La tutela individuale del consumatore, in La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo, a cura di P. Stanzione, Napoli, 1999, 271 ss., spec. 274 ss.; l'Autore riconosce sì che le tecniche di tutela collettiva sono più efficaci, «perché dall'esito ben più oneroso per il produttore», data la tradizionale inerzia dei singoli consumatori in ragione del fatto che il danno individuale è spesso di lieve entità e di difficile prova. Tuttavia, «la loro prevedibilità rende più facile amministrarne i costi e caricarli magari sul prezzo» e inoltre l'amministrazione dei giudizi da parte dei soggetti collettivi porta con sé «rischi di burocratizzazione, anche con pericolo di pratiche compromissorie tra soggetti forti e (sulla testa di quelli) deboli» (op. cit., 278).

(48) Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 1976, n. 23, in Cons. St., 1976, 212 ss., che ha riconosciuto ad un operatore dell'area portuale l'interesse all'impugnazione del provvedimento con cui l'Ente portuale aveva assentito ad una data società la concessione dell'acquedotto portuale di Napoli, respingendo poi nel merito il ricorso. Cfr. anche Tar Lazio, sez. II, 15 ottobre 1987, n. 1706, in Foro amm., 1988, 1472 ss.

(49) Cons. Stato, sez. VI, n. 23/76, cit., 215; in senso analogo Cons. Stato, sez. VI, 4 marzo 1977, n. 178, in Cons. St., 1977, 367 ss.

(50) Parte della dottrina auspica invece un allargamento della tutela dell'utente, con riferimento ai profili indicati nel testo. Si è infatti sostenuto che gli strumenti organizzativi del servizio pubblico devono essere censurabili da parte di «tutti i protagonisti della vicenda dei servizi pubblici» e quindi non solo da parte dei concorrenti, ma anche da parte degli utenti o delle loro associazioni, per l'irrazionalità e l'antieconomicità delle scelte organizzative predisposte; così A. Pajno, Servizi pubblici, cit., 588-589, 601, 605, 618.

(51) Del resto, anche la legge n. 481 del 1995 all'art. 1 pare considerare una «endiadi» l'espressione «utenti e consumatori»; così, ma in senso critico, G. Alpa,

L'Autorità per i servizi pubblici e i consumatori, in *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, Milano, 1996, 25 ss., 26; sempre del medesimo Autore cfr. altresì *La nuova cittadinanza e i diritti dei consumatori e delle «parti deboli»*, in *Rass. forens.*, 1999, 777 ss., spec. 801-803. Sul tema, ampiamente discusso, della assimilazione tra utente e consumatore cfr. anche, in senso negativo, C. Marzuoli, *Pubblica amministrazione e clausole vessatorie*, in *Dir. priv.*, 1996, 231 ss., 261-263; R. Ferrara, voce *Consumatore*, cit., 517 ss., parla invece di *cittadino-consumatore-utente*; anche per A. Pajno, *Servizi pubblici*, cit., 581, gli utenti sono divenuti consumatori a seguito della conformazione in termini di diritto privato del loro rapporto con il concessionario; invece, sulla necessaria contrapposizione tra utente e cittadino, cfr. F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 7 ss., 30 ss., secondo il quale la mancanza di una distinzione tra utente e cittadino ha portato ad una valorizzazione della rappresentanza politica che ha impedito l'affermazione di criteri di economicità, nonché alla errata tesi che la pretesa alle prestazioni ai servizi pubblici fosse un diritto perfetto e assoluto (op. cit., 7, 11, 29); in senso analogo si veda anche M. A. Stefanelli, *La tutela dell'utente di pubblici servizi*, Padova, 1994, 111 ss.

(52) Sul punto si veda in particolare G. Hermes, *Problemi dell'accesso alla rete*, in *I servizi a rete in Europa*, cit., 97 ss.

(53) Ad esempio, nell'ambito del mercato elettrico, il D.Lgs. 16 marzo 1999, n. 79, attuativo della direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 1996, concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, contrappone il «cliente idoneo», persona fisica o giuridica che ha la capacità, per effetto del decreto medesimo, di stipulare contratti di fornitura con qualsiasi produttore, distributore o grossista, sia in Italia che all'estero (art. 2, comma 6), al «cliente vincolato», persona fisica o giuridica che acquista energia elettrica esclusivamente per uso proprio e che è legittimato a stipulare contratti di fornitura esclusivamente con il distributore che esercita il servizio nell'area territoriale dove è localizzata l'utenza (art. 2, commi 4 e 7); cfr. in tema altresì artt. 17, 18 e 19, commi 1, 3, 4, della direttiva 96/92/CE. Il decreto poi prevede un processo graduale per l'attribuzione della qualifica di cliente idoneo, aumentando via via con il passare del tempo il novero dei soggetti aventi diritto a tale qualifica (art. 14). Ciò è conforme a quanto dispone la direttiva 96/92/CE, il cui quinto considerando stabilisce che il mercato interno dell'energia elettrica deve essere instaurato «progressivamente», «al fine di consentire all'industria di adeguarsi in modo flessibile e composto al nuovo contesto e per tener conto dei diversi modi nei

quali le reti elettriche sono attualmente organizzate». Si veda poi l'art. 19, comma 2, della direttiva, che impone di aumentare progressivamente durante un periodo di sei anni la quota di mercato nazionale da liberalizzare.

(54) Sempre nell'ambito del mercato elettrico, per l'individuazione dei soggetti aventi diritto alla qualifica di clienti idonei si veda l'art. 14 del D.Lgs. n. 79/99.

(55) Con riferimento ai clienti vincolati l'art. 4 del D.Lgs. ha previsto la creazione di una società per azioni denominata «acquirente unico», la quale stipula e gestisce contratti di fornitura al fine di garantire ai clienti vincolati «la disponibilità della capacità produttiva di energia elettrica necessaria e la fornitura di energia elettrica in condizioni di continuità, sicurezza ed efficienza del servizio, nonché di parità del trattamento anche tariffario». Per una descrizione della disciplina in materia si rinvia a G. Avanzini, *Il sistema elettrico in Italia, in I servizi a rete*, cit., 325 ss.

(56) Cfr. Corte costituzionale, 9 aprile 1969, n. 72, in *Giur. cost.*, 1969, 1070 ss., secondo cui «tutte le volte in cui un servizio, in considerazione di una sua particolare rilevanza, venga riservato alla mano pubblica e l'uso di esso sia da considerare essenziale ai bisogni della vita, è d'uopo riconoscere che la determinazione autoritativa delle tariffe deve assimilarsi, nella realtà effettuale, ad una vera e propria imposizione di prestazioni patrimoniali».

(57) Particolarmente chiaro sul punto è il nono considerando della più volte citata direttiva 96/92/CE, secondo cui le imprese elettriche devono poter operare nella prospettiva del conseguimento di un mercato dell'energia elettrica concorrenziale, ma in ogni caso deve essere fatta salva l'osservanza degli obblighi di servizio pubblico. Già da tempo la dottrina ha sottolineato l'importanza di fornire non una prestazione quale che sia, bensì una prestazione dotata di determinate caratteristiche. Ha insistito particolarmente sulle modalità, sul *quid* e *quantum* dell'attività, sul «ritmo», sulla «misura» e sulla continuità del servizio pubblico U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, cit., 256 ss., 280 ss., 291 ss.; cfr. in tema anche A. Romano, *La concessione*, cit., 26 ss.; R. Cavallo Perin, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993, 61 ss.

(58) Il che si traduce in un sicuro beneficio, di natura pratica, per l'utente, come è particolarmente evidente nel settore della telefonia, caratterizzato da una notevole varietà di offerte (che non puntano esclusivamente sulla diversità delle tariffe del servizio, ma, ad esempio, anche sulla possibilità di accesso gratuito ad alcuni servizi accessori) e quindi da una maggiore possibilità di scelta da parte dell'utente.

(59) Sugli obblighi di servizio pubblico cfr. M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale*, cit., 44 ss.; D. Sorace, *Servizi pubblici*, cit., 395 ss., il quale nota che gli

obblighi di pubblico servizio talvolta sono assolti spontaneamente, talaltra sono configurati come onere, ad esempio, condizionando il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività all'assunzione dell'obbligo in questione, talaltra ancora divengono oggetto di un contratto di servizio pubblico. In questo contesto si tenga poi presente che l'utente non sopporta integralmente il costo del servizio, diversamente da quanto avviene di regola per il consumatore. La tendenza più recente, sulla quale cfr. ancora D. Sorace, op. ult. cit., 396-397, nonché M.A. Stefanelli, *La tutela*, cit., 115, è di far gravare parzialmente su alcune specifiche categorie di utenti, come, nel caso del servizio universale telefonico, sugli utenti di aree ad alta densità insediativa, i costi degli obblighi di pubblico servizio.

(60) Occorre poi in questo contesto osservare, per quanto attiene alla suddivisione di compiti tra legislatore e amministrazione, che non è sempre agevole isolare gli interventi tecnico-economici dalle scelte politiche, come dimostra la «difficoltà di distinguere in concreto tra regolazione della qualità delle prestazioni e determinazione delle prestazioni ritenute necessarie per soddisfare i bisogni pubblici»; così D. Sorace, *Servizi pubblici*, cit., 417-418.

(61) Legge che, tra l'altro, detta disposizioni che costituiscono principi generali cui si ispira la normativa relativa alle Autorità di regolazione in generale (art. 2, comma 2).

(62) È la stessa legge n. 481 del 1995 ad impiegare l'espressione «regolazione», precisando appunto che l'Autorità in questione è «preposta alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza» (art. 2, comma 5). Sul termine regolazione e sul suo significato giuridico si rinvia a G. Vesperini, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative*, Padova, 1993, 1-4, 237-313; L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, 418-505, e, da ultimo, S.A. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999. La medesima impostazione che si riscontra nei settori in cui operano servizi di pubblica utilità a livello nazionale, oggetto appunto di disciplina ad opera della legge n. 481 del 1995, si ritrova, sia pure de iure condendo, anche nei settori relativi ai servizi pubblici locali. Infatti, l'art. 1 del d.d.l. n. 4014 del Senato presentato nell'attuale legislatura, modificativo degli artt. 22 e 23 della legge 8 giugno 1990, n. 142, stabilisce che i Comuni, le Province e gli altri enti locali «disciplinano l'assunzione di servizi pubblici», allo scopo di garantirne regolarità, continuità, economicità e qualità dell'erogazione in condizioni di uguaglianza, e soprattutto che, salvo il caso eccezionale della gestione in economia, gli enti locali, anche in forma associata, «svolgono unicamente attività di

indirizzo, di vigilanza, di programmazione e di controllo e... svolgono inoltre attività di regolazione diretta ad assicurare la regolarità, la continuità, la fruizione in condizione di uguaglianza dei servizi essenziali, l'universalità di questi ultimi e la determinazione della tariffa massima, ove non sia previsto dalla legge altro soggetto di regolazione in materia» (nuovo testo del comma 1 e del comma 8 dell'art. 22 della legge n. 142/90).

(63) Come meglio si vedrà al paragrafo successivo, l'Autorità di regolazione ha il potere di emanare direttive intese alla definizione dei livelli di qualità dei servizi, ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. h) della legge n. 481 del 1995 e dell'art. 1, comma 6, lett. b), n. 2, della legge n. 249 del 1997. La rilevanza attribuita al profilo qualitativo delle prestazioni si è altresì tradotta in un'abbondante produzione normativa, che ha condotto dapprima all'emanazione della direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994, contenente principi sull'erogazione dei servizi pubblici, alla previsione poi, da parte dell'art. 2 del D.L. 12 maggio 1995, n. 163, convertito in legge 11 luglio 1995, n. 273, dell'emanazione di schemi generali di riferimento di carte di servizi pubblici, all'adozione delle Carte di servizi, che, ai sensi dell'art. 2 del D.L. n. 163/95, devono essere obbligatoriamente adottate da tutti i soggetti, pubblici e privati, che forniscono i servizi pubblici indicati nella direttiva. È da ultimo intervenuto l'art. 11 del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 286, il quale ha disposto che i casi e le modalità di adozione delle Carte di servizi sono stabiliti con direttive del Presidente del Consiglio, mentre per quanto riguarda i servizi erogati direttamente o indirettamente dalle Regioni e dagli enti locali si provvede con atti di indirizzo e coordinamento adottati d'intesa con la conferenza unificata di cui al D.Lgs. n. 281 del 1997; la disposizione fa salvi, in ogni caso, compiti e funzioni assegnati legislativamente, per alcuni servizi pubblici, ad autorità indipendenti. Sui principi fondamentali enunciati dal D.P.C.M. 27 gennaio 1994 cfr. R. Cavallo Perin, *I principi*, cit., 55 ss.

(64) Come avverte P. Schlesinger, *La pluralità delle fonti*, cit., 313, si deve distinguere tra «fonti che incidono, dopo la stipulazione dei singoli contratti tra l'Ente e i singoli utenti, sui rapporti contrattuali che ne scaturiscono (fonti che, ai sensi dell'art. 1374, possiamo continuare a definire «di integrazione» della disciplina contrattuale) e fonti (in senso atecnico) che, viceversa, incidono - a monte della stipulazione dei contratti con l'utenza - sulla predisposizione dei relativi modelli (condizioni generali di contratto) e che, pertanto, in senso proprio non costituiscono fonti (di specifici effetti) rispetto ai singoli rapporti, bensì rappresentano vincoli per l'Ente nell'organizzazione di uno dei più importanti

momenti interni della sua attività». Sul punto cfr. anche G. Cian, *Gli interventi dell'Autorità regolatoria sul contratto*, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, 321 ss.

(65) Non si deve infatti dimenticare il ruolo che continua a conservare nei settori in cui operano i servizi pubblici imprenditoriali il Ministro competente, cui spetta, per quanto qui rileva, il potere di rilasciare le concessioni, le autorizzazioni, di stipulare le convenzioni e i contratti di programma, di disporre la sospensione o la decadenza (art. 2, comma 12, lett. b, d e o, della legge n. 481 del 1995, ma cfr. altresì art. 2, comma 14, ultima parte e art. 2, comma 21). Per quanto concerne il rapporto e la ripartizione di funzioni tra Governo e Ministro competente, da un lato, e Autorità di regolazione, dall'altro, cfr. anche Cons. Stato, Sez. Atti normativi, 30 giugno 1997, n. 58, in *Cons. St.*, 1998, I, 511 ss.

(66) Così, con riferimento all'Enel, P. Schlesinger, *La pluralità delle fonti*, cit., 313. Ma cfr. anche Trib. Palermo, 7 aprile 1998, in *Rass. giur. en. el.*, 1998, 392 ss., spec. 415 ss. Si tenga in ogni caso presente che l'Enel dispone del rilevante potere di proposta di aggiornamento annuale delle tariffe (art. 2, comma 12, lett. e, della legge n. 481 del 1995). Trascorsi quarantacinque giorni dalla comunicazione della proposta di aggiornamento senza che l'Autorità di regolazione abbia verificato la proposta, la stessa si intende positivamente accettata (art. 3, comma 4, della medesima legge).

(67) Anche la già menzionata Carta dei servizi presenta questa segnalata eterogeneità di fonti: si tratta infatti di un atto di autoregolazione privata del gestore, ma dal contenuto sostanzialmente eterodeterminato in via pubblicistica, come mostrano la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994, l'art. 2 del D.L. n. 163/95, i vari schemi di riferimento settoriali, le direttive del Presidente del Consiglio previste dall'art. 11, comma 2, del D.Lgs. n. 286/1999, nonché l'art. 2, comma 12, lett. p), della legge n. 481 del 1995. Su questo specifico punto cfr. P. Schlesinger, *La pluralità di fonti*, cit., 317. F. Pugliese, *Le Carte dei servizi. L'Autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali. I controlli interni*, in *Riv. trim. app.*, 1995, 233 ss., 240, parla di inserzione automatica di clausole contrattuali, ancorché unilateralmente predisposte su determinazione legislativa e regolamentare. In senso contrario G. Sbisà, *Natura e funzione delle «carte dei servizi»*. La Carta del servizio elettrico, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, 333 ss., 342, secondo cui la regolamentazione contenuta nella Carta non è direttamente prevista dalla legge, ma è un atto di autoregolamentazione del singolo soggetto esercente il servizio, sia pure vincolato al rispetto delle linee guida, ma non delle regole concrete, previste da norme legislative. Sulla natura e sull'efficacia giuridica delle

carte dei servizi, cfr. altresì S. Battini, La carta dei servizi, in Gior. dir. amm., 1995, 703 ss.; G. Vesperini e S. Battini, La carta dei servizi pubblici, Rimini, 1997; G. Sciallo, Profili della direttiva 27 gennaio 1994 («Principi sull'erogazione dei servizi pubblici»), in Dir. ec., 1996, 47 ss.; A. Pajno, Servizi pubblici, cit., 620-626.

(68) Cfr. l'ampia enunciazione delle finalità della legge istitutiva delle Autorità di regolazione, contenuta nell'art. 1, comma 1, della legge n. 481 del 1995, che stabilisce la necessità di promuovere la concorrenza e l'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità (cfr. altresì art. 1, comma 1; art. 2, comma 12, lett. c), la tutela degli interessi degli utenti, ma anche la necessità di armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse. Cfr. in tema anche TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 dicembre 1997, n. 2229, in Foro amm., 1998, 113 ss., e, in dottrina, G. Oppo, Intervento, in Attività regolatoria, cit., 96 ss.; A. Bardusco, Commento all'art. 1, comma 1, della legge 14 novembre 1995, n. 481, in Le nuove leggi civ. comm., 1998, 228 ss., 228-229. Ritiene invece che l'Autorità di regolazione abbia quale unico fine istituzionale la tutela degli utenti G. Napolitano, Autorità indipendenti e diritti degli utenti, in Attività regolatoria, cit., 172 ss.

(69) Si pensi, ad esempio, nel settore della telefonia, agli interessi degli utenti di zone ad alta densità abitativa, i quali, come si è notato in precedenza, pagano prezzi più elevati rispetto a quelli giustificati dai soli costi del servizio usufruito, i cui interessi logicamente si contrappongono a quelli degli utenti abitanti in zone poco popolate, che fruiscono di un servizio i cui costi sono superiori alla tariffa pagata.

(70) L'Autorità dispone poi di un potere di proposta di modifica delle clausole dei contratti di programma e delle condizioni di svolgimento dei servizi (art. 2, comma 12, lett. d), nonché di un potere sanzionatorio, irrogando, in caso di inosservanza dei propri provvedimenti, sanzioni amministrative pecuniarie e, in caso di reiterazione delle violazioni, sospendendo l'attività di impresa o proponendo al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione (comma 20, lett. c).

(71) Deliberazione dell'Autorità di regolazione per l'energia elettrica e il gas 30 maggio 1997, n. 61/97, recante disposizioni generali in materia di svolgimento dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'Autorità.

(72) Il regolamento stabilisce inoltre che nella deliberazione di avvio, o in altra successiva, l'Autorità, qualora lo ritenga opportuno, può diffondere versioni preliminari del provvedimento da adottare al fine di acquisire osservazioni scritte,

nonché convocare audizioni speciali, anche individuali (art. 5, comma 2, lett. a e b).Sull'attuale affinamento delle garanzie offerte in sede procedimentale anche nel campo dei pubblici servizi si veda G. Amato, Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia, in Riv. trim. dir. pubbl., 1997, 645 ss., spec. 656. In tema cfr. altresì A. Pajno, Servizi pubblici, cit., 621-622, sulla difficoltà da parte del giudice di assicurare le esigenze connesse con l'effettività e l'immediatezza della tutela degli utenti e sulla conseguente necessità di fornire una tutela preventiva in materia. Sul «ruolo insostituibile» della partecipazione degli utenti nel corso dell'attività amministrativa si veda anche D. Sorace, Gli «interessi di servizio pubblico», cit., 215.

(73) Pur essendo previsto al comma 25 dell'art. 2 della legge n. 481 del 1995 che i ricorsi avverso gli atti e i provvedimenti dell'Autorità di regolazione rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si è in precedenza notato che la giurisprudenza amministrativa è monolitica nel riconoscere, a fronte di un potere discrezionale di eterodeterminazione pubblicistica del contenuto del rapporto di utenza, una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo (cfr. supra, par. 4).

(74) In realtà, non risulta particolarmente chiara la differenza tra l'imporre modifiche alle modalità di esercizio del servizio e il procedere alla revisione del regolamento di servizio predisposto dal gestore, poteri che sono previsti in via alternativa dal comma 12, lett. m).

(75) In tema si rinvia a G. Napolitano, Gli «indennizzi automatici», cit., 15 ss.

(76) Cfr. altresì il comma 24, lett. b), dell'art. 2 della legge n. 481 del 1995, il quale stabilisce che fino alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle istanze di conciliazione o di deferimento agli arbitri sono sospesi i termini per il ricorso in sede giurisdizionale che, se proposto, è improcedibile. Con riferimento specifico al settore delle telecomunicazioni cfr. art. 1, comma 6, lett. a), della legge n. 249 del 1997, secondo cui gli utenti possono proporre ricorso all'Autorità di garanzia avverso le interruzioni del servizio, nei casi previsti da un apposito regolamento definito dalla stessa Autorità (n. 10), e l'Autorità interviene nelle controversie tra l'ente gestore del servizio di telecomunicazione e gli utenti privati (n. 14).

(77) Ai sensi dell'art. 2, comma 24, lett. b), della legge n. 481 del 1995, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge, con uno o più regolamenti emanati ai sensi dell'art. 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono definiti i criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio presso le Autorità nei casi

di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio, prevedendo altresì i casi in cui tali procedure di conciliazione o di arbitrato possano essere rimesse in prima istanza alle commissioni arbitrali o conciliative istituite presso le camere di commercio. Tali regolamenti, indispensabili per precisare i connotati degli istituti in esame che sono stati delineati dalla legge in termini molto generici, non sono stati ancora emanati. Sulle procedure di conciliazione e di arbitrato nel quadro degli strumenti di prevenzione e di risoluzione alternativa delle controversie tra utenti e gestori si rinvia a P. Chirulli, Commento all'art. 2, comma 24, lett. b) della legge n. 481 del 1995, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1998, 383 ss., e G. Napolitano, Commento all'art. 2, comma 24, lett. b) della legge n. 481 del 1995, *ivi*, 397 ss.

(78) M. Cappelletti, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 49 ss.; O. Calliano, *Tecniche alternative di tutela del consumatore*, in *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, *cit.*, 289 ss., spec. 296 ss. In questo contesto si colloca altresì la particolare tecnica di tutela consistente nelle procedure di reclamo davanti agli stessi soggetti gestori del servizio, procedure che le Carte dei servizi hanno predisposto, sulla base dei già menzionati schemi generali della Presidenza del Consiglio. È questo appunto un rimedio di carattere informale, che consente di non «giurisdizionalizzare» le controversie tra gestori e utenti, giungendo ad un accordo di tipo amichevole.

(79) Si sono finora qui considerati i poteri dell'Autorità di regolazione che incidono sul rapporto di utenza, ma non bisogna dimenticare che le leggi n. 481 del 1995 e n. 249 del 1997 attribuiscono alle Autorità di regolazione numerosi altri poteri, che rendono il soggetto in questione quasi unico dominus in materia. Cfr. sul punto Commentario alla legge 14 novembre 1995, n. 481, in *Le nuove leggi civili comm.*, 1998, 228 ss., e, per quanto riguarda l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, se si vuole, M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, 255 ss.

(80) M. Clarich, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, 1996, 149 ss., 153-159. Si rinverdirebbe così l'immagine della posizione del privato «strettamente conness(a) (per taluni, addirittura coincidente) con l'interesse pubblico e protett(a) dall'ordinamento attraverso la tutela giuridica di quest'ultimo, protett(a) cioè non in via diretta e specifica, ma in via occasionale e indiretta»; così M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, IV ed., 88, nell'espone in maniera critica la teoria originaria sull'interesse legittimo.

(81) Ai sensi dell'art. 3 della già menzionata delibera n. 61/97 dell'Autorità di regolazione, l'Autorità, in relazione a notizie o elementi tali da costituire possibili presupposti all'esercizio delle proprie competenze, può deliberare un'istruttoria conoscitiva al fine di verificare se sussistano le condizioni per gli interventi di competenza. Sul rapporto tra denunce, istanze o reclami di privati e agire amministrativo ci si permette di rinviare a M. Ramajoli, *Attività amministrativa*, cit., 414 ss. e dottrina ivi riportata. Sulla specifica difficoltà a configurare un interesse dell'utente diretto ad ottenere dall'Autorità interventi o prestazioni si veda G. Alpa, *L'Autorità*, cit., 30.

(82) Nell'aprire il mercato dei servizi a rete si è stabilito, a livello comunitario, e, conseguentemente, a livello nazionale, che ogni rete di trasmissione deve essere soggetta a una gestione e a un controllo centrale per garantirne la sicurezza, l'affidabilità e l'efficienza nell'interesse dei produttori e dei loro clienti; che occorre pertanto designare un gestore della rete di trasmissione incaricato della gestione, della manutenzione e, se del caso, dello sviluppo; che il gestore della rete deve agire in maniera obiettiva, trasparente e non discriminatoria (così, per quanto riguarda il settore dell'energia elettrica, il venticinquesimo considerando della direttiva 96/92/CE; cfr. altresì art. 3 del D.Lgs. n. 79/99, e, in dottrina, G. Avanzini, *Il sistema elettrico in Italia*, cit., 325 ss.).

(83) Cfr. Cass., sez. I civ., 23 gennaio 1990, n. 355, in *Rass. giur. en. el.*, 1990, 1035 ss., che ha escluso l'applicabilità dell'art. 2597 c.c. nel caso di attività di commercio di idrocarburi e di gas naturale svolta dall'Eni e dalle società dal medesimo controllate (nella specie, dalla Snam). In tema si veda altresì Cass., 3 luglio 1968, n. 2216, in *Foro it.*, 1968, I, 2352. Per l'opinione dottrinale favorevole a sottoporre anche il monopolista di fatto ai vincoli descritti nell'art. 2597 c.c. cfr. L. Montesano, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, 1979, 508 ss., 527, secondo cui «le garanzie apprestate dagli artt. 3 e 41 Cost. consentono... di ritenere obbligato a contrattare, o meglio tenuto alle prestazioni richieste volta per volta, con esercizio di diritto potestativo, dai cittadini, e specificabili poi contrattualmente o giudizialmente, ... ogni imprenditore, anche non monopolista, che rifiuti la fornitura di domandati beni o servizi, quando la domanda sia, per ripetere le parole dell'art. 1679 c.c., compatibile con gli ordinari mezzi aziendali e si mantenga, per usare il discorso dell'art. 2597 c.c., nei limiti segnati dalla parità di trattamento, e il rifiuto si dimostri, nelle circostanze del singolo caso, lesivo dell'umana dignità e dell'effettiva uguaglianza e libertà».

(84) Sulle misure sanzionatorie a presidio dalla legge n. 287 del 1990 cfr. M. Ramajoli, *Attività amministrativa*, cit., 478 ss.

(85) Sul ruolo dell'Autorità di regolazione in tema di interconnessione cfr. J. Wielend, *L'influsso del diritto europeo sul diritto amministrativo tedesco: il caso delle telecomunicazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 1451 ss., con ampia illustrazione della normativa comunitaria in materia; G. Hermes, *Fondamenti e strutture giuridiche della responsabilità pubblica per le infrastrutture*, in *I servizi a rete*, cit., 75 ss., e *Id.*, *Problemi dell'accesso alla rete*, cit., 97 ss., e, in giurisprudenza, *Tar Lazio*, sez. II, ord. 16 dicembre 1998, n. 3523, in *Gior. dir. amm.*, 1999, 738 ss., con nota di H. Caroli Casavola. Si veda altresì D. Sorace, *Servizi pubblici*, cit., 398 ss.

(86) Si veda in tal senso G. Cian, *Gli interventi dell'Autorità regolatoria sul contratto*, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, 321 ss., 326-327. In tema cfr. altresì G. De Nova, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996. Occorre poi ricordare che, ai sensi dell'art. 1469-ter, comma 2, c.c., la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile. Per un'illustrazione dei principi e della ratio alla base della normativa in questione cfr., per tutti, L. Mengoni, *La disciplina delle «clausole abusive» e il suo innesto nel corpo del codice civile*, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, 295 ss.

(87) Sotto questo profilo, pertanto, la tutela privatistica accomuna utente e consumatore, nel senso che le tecniche di tutela previste per il consumatore sono applicabili anche all'utente, il quale però necessita, per la sua particolare posizione sopra analizzata, di ulteriori tecniche, questa volta pubblicistiche, di tutela.

(88) L'art. 1469-sexies, comma 1, c.c., parla di «giudice competente» e l'espressione è stata interpretata come giudice ordinario da *Trib. Palermo*, sez. III, 3 febbraio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, 241 ss.; secondo la pronuncia l'azione inibitoria in esame, in via ordinaria o in via d'urgenza, è stata demandata alla giurisdizione del giudice ordinario, in considerazione del fatto che il comma 2 dell'art. 1469-sexies c.c. compie un rinvio espresso agli artt. 669-bis ss. c.p.c. per disciplinare il procedimento dell'azione inibitoria iniziata in via d'urgenza. Da tale richiamo discende che il giudice competente sia il giudice ordinario, «a meno che non si voglia pervenire alla conclusione (certamente insostenibile) che la giurisdizione cambi a seconda che una stessa azione venga esperita in via ordinaria o in via d'urgenza». In senso analogo cfr. R. Conti, *Controversie nei servizi pubblici*:

l'azione inibitoria collettiva fra problemi di giurisdizione e poteri del giudice (nota a Tribunale Palermo, sez. III, 3 febbraio 1999), in *Il corr. giur.*, 1999, 591 ss., 593. Ma sul punto cfr. anche infra, parr. successivi, alla luce delle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 80 del 1998. Sui contenuti e sugli effetti del giudizio e della sentenza di inibitoria si rinvia a L. Montesano, *Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulle autorità di regolazione*, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, 349 ss., 349-359.

(89) Secondo G. G. Gentile e F. Passeggio, *Influenza sui contratti di utenza pubblica*, cit., 856, sarebbe opportuno assegnare all'Autorità anziché al giudice la competenza per l'azione inibitoria nel caso di contratti di utenza pubblica, sia per semplificare il quadro giuridico, sia per unificare il centro decisionale, evitando l'inconveniente di decisioni plurime.

(90) Cfr. L. Montesano, *Tutela giurisdizionale*, cit., 353 ss., il quale precisa che nel giudizio di inibitoria non si accerta l'inefficacia delle clausole denunciate e tale inefficacia può diventare «processualmente certa» solo al giudice che conosca anche situazioni, eventi e contenuti propri del singolo contratto; G. Sapio, *L'inibitoria ex art. 1469-sexies c.c. tra problemi risolti e questioni ancora aperte*, in *Giust. civ.*, 2000, 245 ss., 255, e, in giurisprudenza, sui rapporti tra il giudizio sull'inibitoria e quello sul singolo contratto, *Trib. Palermo*, 7 aprile 1998, cit., spec. 399, nonché *Trib. Torino*, 14 agosto 1996, in *Dir. consumi*, 1997, 180 ss.

(91) Cfr. il combinato disposto del comma 12, lett. h) e comma 37 dell'art. 2 della legge n. 481 del 1995.

(92) Questa esclusione trae origine «dal presupposto che le disposizioni legislative o regolamentari degli Stati membri che disciplinano, direttamente o indirettamente, le clausole di contratti con consumatori non contengono clausole abusive» (tredicesimo considerando della direttiva).

(93) Propende per quest'ultima tesi G. Cian, *Gli interventi dell'Autorità regolatoria sul contratto*, cit., 327 ss., secondo il quale tutte le clausole negoziali meramente declaratorie di norme suppletive, derogabili e non, di qualsiasi fonte, non possono essere assoggettate al sindacato di vessatorietà, facendone eventualmente conseguire una pronuncia di invalidità; tale pronuncia sarebbe inutiliter data, dal momento che il contenuto di quelle clausole rientrerebbe comunque nel regolamento del rapporto, perché reintrodottovi dall'efficacia stessa della norma suppletiva. Secondo G. Napolitano, *Sui limiti*, cit., 397-398, la natura prevalentemente tecnica delle regolamentazioni dell'Autorità, il progressivo affrancamento dal giogo di un monopolista pubblico e la garanzia insita nella

previsione di procedure trasparenti ed aperte alla partecipazione dei soggetti interessati sono elementi tali da rendere «non necessario e forse anche inopportuno» il vaglio di vessatorietà delle clausole meramente riproduttive delle determinazioni dell'Autorità. Ritiene incongrua la soluzione delineata dal comma 3 dell'art. 1469-ter c.c., visto che la disciplina delle clausole abusive presuppone un soggetto che operi secondo le regole del mercato, cosa che non è possibile affermare nel settore dei pubblici servizi, C. Marzuoli, *Pubblica amministrazione e clausole vessatorie*, cit., 265-269, il quale precisa poi che «non è detto che la eliminazione di clausole abusive ai sensi degli artt. 1469-bis ss. c.c. comporti una prestazione migliore, per quantità e qualità». Perplesso sulla percorribilità di un'interpretazione estensiva del comma 3 dell'art. 1469-ter c.c. è A.M. Gambino, *Clausole vessatorie e direttive dell'Authority per l'energia elettrica ed il gas*, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, 367 ss., 373-376. G. Alpa, *L'Autorità per i servizi pubblici e i consumatori*, cit., 29, ritiene invece senza ombra di dubbio che le clausole dei contratti istituiti fra l'erogatore del servizio e l'utente, riproduttive di disposizioni contenute nei regolamenti, non siano sottratte al controllo di abusività. Per quanto attiene alla giurisprudenza, anch'essa risulta divisa al suo interno. Cfr. Trib. Palermo, 22 ottobre 1997, in *Giur. it.*, 1998, 1608 ss., per la tesi secondo cui le clausole vessatorie riproduttive di regolamenti non sono esenti dal giudizio di vessatorietà; in particolare, la pronuncia ritiene non possibile estendere l'esenzione al vaglio di vessatorietà previsto per le disposizioni di legge anche ai regolamenti attraverso l'interpretazione conforme all'art. 1, comma 2, della direttiva CE n. 93/13, in quanto l'art. 8 della direttiva stessa permetteva allo Stato membro di adottare disposizioni più severe per garantire un livello di protezione più adeguato al consumatore. Si veda altresì Trib. Palermo, 3 febbraio 1999, cit., sempre per la tesi in base alla quale non si sottraggono al giudizio di vessatorietà le clausole contrattuali approvate con apposito provvedimento del Ministro competente. Cfr. invece Trib. Roma, 2 agosto 1997, in *Foro it.*, 1997, I, 3010 ss., per la tesi favorevole ad escludere dal controllo di vessatorietà anche le clausole riproduttive di disposizioni regolamentari, tranne nel caso in cui le norme regolamentari promanino da un'autorità amministrativa «non sostanzialmente terza rispetto alle parti del contratto», come nel caso dei regolamenti dei giochi e delle scommesse «che non provengono da un soggetto terzo rispetto al Coni, ma dall'autorità preponente e di controllo, con la quale intercorre un rapporto concessorio».

(94) Cfr. G. Napolitano, *Sui limiti*, cit., 390, con riferimento specifico al campo dell'energia elettrica.; F. Di Marzio, *Clausole vessatorie nel contratto tra*

professionista e consumatore, in Giust. civ., 1996, 517 ss.; si veda altresì Giudice di pace L'Aquila, 3 novembre 1997, ivi, 1998, 2341 ss., che ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1469-bis c.c., in riferimento agli artt. 3, 35 e 41 Cost., nella parte in cui definisce consumatore solo la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta e non anche la persona fisica che agisce per scopi imprenditoriali o professionali e la persona giuridica.

(95) Consumatori e utenti definiti dalla stessa legge come le persone fisiche che acquistino o utilizzino beni o servizi per scopi non riferibili all'attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta (art. 2, comma 1, lett. a). La definizione non pare molto differente da quella impiegata dall'art. 1469-bis c.c. (cfr. supra, par. precedente), che però parlava solo di consumatori e non anche di utenti. Ciò dimostra che dietro l'utilizzo da parte del legislatore delle espressioni «consumatore» e «utente» non vi sia tanto un disegno di carattere razionale, quanto, spesso, imprecisione e non consapevolezza terminologica. L'art. 3, comma 1, della legge stabilisce poi che sono legittimate ad agire non tutte le associazioni di consumatori e utenti, ma solo quelle inserite nell'elenco previsto all'art. 5 ed istituito presso il Ministero dell'industria.

(96) Per quanto riguarda il giudice tenuto a fornire tutela, la legge, in maniera analoga a quanto dispone l'art. 1469-sexies c.c. in tema di clausole vessatorie, parla di «giudice competente». L'espressione è da interpretarsi alla luce delle modifiche intervenute in tema di pubblici servizi a seguito del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, che all'art. 33 ha devoluto le controversie in materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. A tal proposito la giurisprudenza ha precisato che le azioni delle associazioni che facciano valere interessi collettivi relativi all'organizzazione e al livello di qualità dei pubblici servizi rientrano all'interno della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi appunto dell'art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998; cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 1998, n. 1884, in Giur. it., 1999, 627 ss., relativa all'impugnazione da parte del Codacons degli atti che avevano disposto il trasferimento dei voli da Milano Linate a Malpensa; cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 8 ottobre 1998, n. 1647, in Foro it., 1998, III, 598 ss., con riferimento all'assai generale (quasi generico) servizio pubblico di «monitoraggio fumi».

(97) In realtà, la legge al comma in esame parla solo di consumatori e non anche di utenti, ma secondo un'interpretazione logico-sistematica fa riferimento non unicamente ai consumatori, ma altresì agli utenti. Sul punto cfr. R. Colagrande,

Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1998, 700 ss., 718, nota 59, 728.

(98) Cfr., oltre al già menzionato A. di Majo, voce *Tutela*, cit., 363 ss., V. Denti, *Relazione introduttiva*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova, 1976, 3 ss., spec. 13 ss.

(99) Si pensi al caso previsto da Cons. Stato, sez. VI, n. 1884/98, cit., in cui un'associazione di utenti aveva impugnato gli atti che avevano disposto il trasferimento dei voli da Milano Linate a Malpensa, a tutela della pretesa alla corretta organizzazione dell'erogazione del servizio pubblico aeroportuale. Nel senso accolto nel testo cfr. R. Colagrande, *Disciplina dei diritti*, cit., spec. 728 ss., secondo cui ai singoli è precluso l'accesso alla tutela giurisdizionale per le fattispecie di pericolo o per quelle fattispecie oggetto del sistema della tutela generale-preventiva, dal momento che i diritti dei consumatori sono tutelabili dal singolo fin tanto che questi siano danneggiati a livello contrattuale, extracontrattuale o precontrattuale.

(100) Sul punto si rinvia a C. Rapisarda-M. Taruffo, voce *Inibitoria (azione)*, I) diritto processuale civile, in *Enc. giur.*, vol. XVII, 1989, 1-4, 6-7, e alla bibliografia ivi riportata.

(101) Sulla esclusione della riferibilità univoca del concetto di antiggiuridicità alla realizzazione di eventi dannosi cfr. ancora C. Rapisarda-M. Taruffo, voce *Inibitoria (azione)*³, cit., 7, i quali a loro volta rinviano a P. Trimarchi, voce *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, 1970, 90 ss.

(102) Per quanto attiene, invece, all'ultima facoltà riconosciuta alle associazioni, ossia alla richiesta al giudice di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate (art. 3, comma 1, lett. c), secondo A. Giussani, *La tutela di interessi collettivi nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Danno e resp.*, 1998, 1061 ss., 1064-1065, essa è utilizzabile nel caso in cui la sentenza abbia ad oggetto obblighi di fare di tipo infungibile e va vista come strumento «indispensabile per rendere efficace il sistema della misura coercitiva, poiché nel diffondere presso il pubblico la consapevolezza dell'illiceità della condotta inibita favorisce la collaborazione spontanea dei consumatori al monitoraggio del comportamento dell'obbligato».

(103) Sulla mancanza dell'esplicita indicazione legislativa richiesta dall'art. 81 c.p.c. cfr. A. Giussani, voce Inibitoria (azione), I) diritto processuale civile, postilla di aggiornamento, in Enc. giur., vol. XVII, 1998, 1.

(104) Criticano la legge n. 281 del 1998, che, nel preoccuparsi di garantire tutela agli interessi collettivi, sembra dimenticare la sorte dei diritti e degli interessi individuali di consumatori e utenti, A. Police, La tutela dei consumatori nel processo amministrativo, in Riv. giur. quadr. pubbl. serv., 1999, 27 ss., 29 ss., il quale parla, con riferimento alla legge in questione, di sindacato giurisdizionale di diritto obiettivo; R. Colagrande, Disciplina dei diritti, cit., 727 ss.

(105) Come si è visto ai paragrafi precedenti, questo interesse collettivo è stato da tempo riconosciuto in capo alle associazioni di utenti, anche se ora di nuovo, secondo la lettera della legge n. 281 del 1998, vi sarebbe la sua correlazione con «diritti fondamentali». L'art. 1, comma 2, della legge stabilisce infatti che ai consumatori e agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; d) all'educazione al consumo; e) alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi; f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza. Tuttavia è da ritenere che l'espressione adoperata a tal riguardo dal legislatore abbia un significato di carattere enfatico, che nulla aggiunga ai connotati sostanziali della posizione giuridica soggettiva delle associazioni in questione.

(106) Venendo così a recepire i suggerimenti che da tempo la dottrina formulava a tal riguardo; sulla necessità di affidare al solo giudice amministrativo, in via esclusiva, l'intera materia dei pubblici servizi si veda, per tutti, F. Merusi, Servizi pubblici instabili, cit., 10 ss.; ma cfr. anche D. Sorace, Gli «interessi di servizio pubblico», cit., 215 ss., nonché alcuni spunti che è possibile trarre da M. Nigro, Ma che cos'è questo interesse legittimo?, cit., 478. Come è noto, la Corte costituzionale, con sentenza 17 luglio 2000, n. 292, in Foro it., 2000, I, 2393 ss., con note di A. Barone e di A. Travi, ha dichiarato incostituzionale, per eccesso rispetto alla legge di delega (ossia l'art. 11, comma 4, lett. g, della legge n. 59 del 1997), il comma 1 dell'art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998, nella parte in cui istituisce una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali,

ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno e, di conseguenza, anche il comma 2 del decreto, in quanto specificante, in via esemplificativa, il contenuto dell'ampliato ambito della giurisdizione esclusiva. Tuttavia, immediatamente dopo la sentenza della Corte costituzionale è intervenuta la legge 21 luglio 2000, n. 205, contenente disposizioni in materia di giustizia amministrativa, che, all'art. 7, ha ribadito, sempre per quanto qui interessa, il contenuto del precedente art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998 (l'unica differenza è relativa al fatto che l'originaria lett. f del comma 2, che prevede la giurisdizione esclusiva per le controversie riguardanti le attività e le prestazioni rese nell'espletamento di pubblici servizi, è divenuta ora, nel testo novellato dalla legge di riforma, lett. e).

(107) Cons. St., ad. gen., parere 12 marzo 1998, n. 30/98, in Foro it., 1998, III, 350 ss., 361.

(108) Cfr. le modifiche proposte dalla Commissione parlamentare all'originario progetto governativo, in Foro it., 1998, III, 355 ss., 355.

(109) Cons. Stato, Ad. pl., ord. 30 marzo 2000, n. 1, in Gior. dir. amm., 2000, 556 ss., con commento di A. Travi, *ivi*, 576 ss., e in Foro it., 2000, I, 365 ss., con nota di F. Fracchia, Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo, non ha ravvisato alcuna illogicità del sistema nella scelta di escludere dalla giurisdizione esclusiva le controversie intercorrenti tra gestori privati e singoli utenti, per le ragioni indicate nel testo. In un altro passo dell'ordinanza si afferma che la ratio della giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi consiste nel devolvere al giudice amministrativo «la piena cognizione delle liti in cui si applicano regole sostanziali esorbitanti dal diritto privato e sempre più spesso previste da leggi amministrative, nell'ambito di una tendenza, compatibile con l'art. 103 della Costituzione, che considera il giudice amministrativo quale giudice degli atti e dei comportamenti della pubblica amministrazione, per i quali deve sempre tenersi conto dei principi di diritto pubblico», mentre nel caso di controversie intercorrenti tra «gestori privati» e utenti vi è «un'applicabilità integrale del diritto privato». In tal senso cfr. altresì F. Fracchia, Giurisdizione esclusiva, *cit.*, il quale osserva che in materia la linea di distinzione tra pubblico e privato corre lungo il confine che contrappone non già soggetti pubblici e privati, bensì norme qualitativamente diverse.

(110) Cons. Stato, sez. V, ord. 9 novembre 1999, n. 2440, in Guida al diritto, 1999, fasc. 48, 140 ss.; si tenga, però, presente che l'ordinanza faceva riferimento alle controversie in materia di servizio farmaceutico, non propriamente riconducibili ai servizi pubblici imprenditoriali qui oggetto di analisi. In senso parzialmente analogo

a quanto riportato nel testo cfr. Tar Lazio, sez. Latina, ord. 4 maggio 1999, n. 371, in Urb. e app., 1999, 739 ss., che aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 76 e 77 Cost., dell'art. 33, comma 2, lett. f), del decreto, in rapporto al comma 1 del medesimo articolo, in relazione all'arbitraria esclusione dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dei rapporti individuali di utenza; in particolare, il giudice remittente aveva ritenuto «contraddittoria» l'esclusione dalla giurisdizione esclusiva di tali rapporti, «nonostante la connotazione di tipo pubblicistico che li contraddistingue». La Corte costituzionale, con la già citata sentenza n. 292/2000, dopo aver dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 1 e 2 dell'art. 33 del D.Lgs., ha affermato che la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 33, «facendo venir meno l'estensione della giurisdizione esclusiva all'intera materia dei pubblici servizi, assorbe la censura rivolta allo stesso art. 33, comma 2, lett. f)... sotto il profilo della mancata ricomprensione nella giurisdizione esclusiva dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati». Anche nel caso sollevato dal Tar Lazio si faceva riferimento ad un rapporto individuale di utenza in materia di servizio non schiettamente imprenditoriale, bensì sociale, ossia ad una richiesta di somministrazione di somatostatina.

(111) Un'interpretazione parzialmente diversa del significato da attribuire all'espressione gestore privato si ricava da Tar Toscana, sez. I, 18 aprile 2000, n. 724, in Giustizia amministrativa www.giust.it, 2000, secondo cui occorre che il soggetto formalmente privato svolga la sua attività in un regime di concorrenza. Pertanto, nel caso in cui una società privata sia concessionaria di servizi, sia stata costituita per gestirli, ovvero sia comunque partecipata dallo Stato e operi in un regime di monopolio, essa è da considerare soggetto pubblico, i cui rapporti individuali di utenza con i fruitori del servizio rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

(112) Si è scelto, infatti, di tralasciare l'esame dei servizi sociali, che rispondono a logiche diverse e non comparabili, le quali porterebbero troppo lontano dall'oggetto della presente analisi.

(113) Cfr. Trib. Palermo, sez. I, 29 dicembre 1999-10 gennaio 2000, in Gior. dir. amm., 2000, 983 ss., con nota adesiva di P. Pizza; l'ordinanza ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario sulle azioni inibitorie promosse dalle associazioni di consumatori nell'ambito di contratti afferenti al servizio idrico esercitato da un'azienda speciale. In dottrina, cfr. B. Sassani, La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (artt. 33, 34 e 35 del D.Lgs. n. 80

del 1998), in Riv. dir. proc., 1999, 1013 ss., 1023; S. Veneziano, La giurisdizione esclusiva nei servizi pubblici: aspetti sostanziali e profili processuali, in I TAR, 1999, II, 171 ss., 178; R. Colagrande, Disciplina dei diritti, cit., 715-717; M. Mazzamuto, Servizi pubblici e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel D.Lgs. n. 80 del 1998, in Riv. giur. quadr. pubbl. serv., 1999, 25 ss., 44. Gli autori citati sostengono che entrambe le soluzioni interpretative (soggetto privato come gestore privato, oppure come utente privato) lascino perplessi, «non comprendendosi la ratio del distinguere» (B. Sassani, La nuova giurisdizione, cit., 1023). Ritiene invece preferibile riferire la qualità privata all'utente, anziché al gestore R. Villata, Prime considerazioni sull'art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998, in Dir. proc. amm., 1999, 281 ss., 292-293.

(114) Così M. Lipari, La nuova giurisdizione amministrativa in materia edilizia, urbanistica e dei pubblici servizi, in Urb. e app., 1998, 592 ss., 598-599; L. Bertonazzi, Commento all'art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998, in Le nuove leggi civ. comm., 1998, 207 ss., 216.

(115) Così, pressoché testualmente, P. Pizza, Il commento, cit., 987, nota 20.

(116) Cfr. Cass., sez. un., 9 agosto 2000, n. 558, inedita, che, nella specie, ha dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario in relazione alla pretesa giudiziale di rimborso di spese sostenute per prestazioni chirurgiche indifferibili, che la struttura sanitaria pubblica non era in condizioni di assicurare.

(117) Atti generali vanno intesi come le carte di servizio che devono predisporre tutti i gestori, pubblici o privati, di pubblici servizi, oppure come i provvedimenti generali tariffari, oppure ancora come le condizioni generali di contratto. In questo senso A. Travi, Commento all'art. 33, cit., 1521-1522. Così, nel campo dei pubblici servizi anche le controversie in tema di clausole vessatorie, che, come si è visto ai paragrafi precedenti, involgono profili di carattere generale, devono essere devolute alla nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

(118) A. Travi, Commento all'art. 33, cit., 1513, 1521-1523.

(119) Esiste almeno un esempio eclatante in cui l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo in via esclusiva è stato il principale strumento di pubblicizzazione del rapporto di diritto sostanziale, e cioè il caso del rapporto di pubblico impiego; in tema si vedano A. Corpaci, Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione, Milano, 1985, spec. 305 ss.; V. Domenichelli, Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo, Padova, 1988, passim; Id., Il processo amministrativo, in Diritto amministrativo, cit., 1887-1889.

