

Antonio Lamorgese

**LA GIURISDIZIONE NEI SERVIZI PUBBLICI DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE  
COSTITUZIONALE N. 204 DEL 2004**

1) *Il nuovo art. 33, comma 1, d.lgs. n. 80 del 1998 (già sostituito dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000) dopo la sentenza della Corte cost. n. 204/2004 secondo due possibili interpretazioni.*

Mentre nessun dubbio può sorgere sul comma 2 dell'art. 33 del d.lg. n. 80 del 1998, dichiarato espressamente incostituzionale nella sentenza del 6 luglio 2004 n. 204, più di un dubbio sorge su quale sia il testo vigente del comma 1 dell'art. 33 a seguito della sostituzione operata dalla Corte costituzionale, in ragione di quel <<nonché>> finale collocato, nella statuizione sul medesimo comma 1, nel dispositivo della sentenza '204.

<b>Tesi A): &lt;&lt;Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore&gt;&gt;.</b>	<b>Tesi B): &lt;&lt;Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481&gt;&gt;.</b>

Si dice subito che è condivisibile la tesi A)[\[1\]](#). Milita in tal senso la necessità, che vale, in particolare, nel caso delle sentenze manipolative, com'è la n. 204, di interpretare il dispositivo delle sentenze

della Corte costituzionale alla luce della motivazione <<indipendentemente dal fatto che questo [il dispositivo] presenti un significato univoco [...] dato che motivazione e dispositivo costituiscono elementi di uno stesso atto, unitariamente inteso>><sup>[2]</sup>. Infatti, nella motivazione non solo non compare espressamente il <<nonché>> finale ma nessun riferimento è fatto alla perdurante operatività della giurisdizione esclusiva sulle controversie <<afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni>>. In particolare, al punto 3.4.2.) della sent. '204, si legge: <<sicché, conclusivamente, va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 1, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "tutte le controversie in materia di pubblici servizi" anziché le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi (così come era previsto fin dall'art. 5 della legge n. 1034 del 1971), ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore (così come era previsto dall'art. 33, comma 2, lettere c e d)>>.

Seguendo la tesi B)<sup>[3]</sup>, sussisterebbe ancora la giurisdizione esclusiva nelle controversie afferenti, oltre che <<alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare>>, (necessariamente) anche <<al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481>>, cioè, in sostanza, risorgerebbe quella giurisdizione esclusiva – dichiarata incostituzionale dalla Consulta – su <<tutte le controversie>> nelle predette amplissime materie nelle quali molto spesso potrebbe non comparire affatto la pubblica amministrazione-autorità (si tratterebbe, in altri termini, per usare le parole della Consulta, di materie che <<prescinde[rebbero] del tutto dalla natura delle situazioni soggettive in essa coinvolte: sicché, inammissibilmente, la giurisdizione esclusiva [verrebbe a radicarsi] sul dato, puramente oggettivo, del normale coinvolgimento in tali controversie di quel generico interesse pubblico che è *naturaliter* presente nel settore dei pubblici servizi>>)<sup>[4]</sup>. Si pensi ai crediti dei soggetti convenzionati con il SSN per il pagamento delle prestazioni specialistiche effettuate <sup>[5]</sup>, ai crediti dei farmacisti nei confronti della A.S.L.<sup>[6]</sup>, all'indecifrabile materia (non della vigilanza sui trasporti ma) dei trasporti *tout court* e, in generale, a tutti quei rapporti nelle quali la pubblica amministrazione non abbia conferito una concessione di pubblico servizio.

La materia dei servizi pubblici – già considerata dalla Corte cost. <<non contemplata normativamente e quindi formalmente non identificata>><sup>[7]</sup> – anche nella sentenza n. 204/04 è considerata <<dai confini non compiutamente delimitati (se non in relazione all'ipotesi di concessione prevista fin dall'art. 5 della legge n. 1034 del 1971)>>.

Lo stesso Consiglio di Stato (al p. 7 della motivazione della decisione della sez. IV, 13 luglio 2004 n. 6489), che pure ha aderito alla tesi sub B, ha rilevato l'antinomia tra il dispositivo (che, a suo avviso, avrebbe confermato la giurisdizione esclusiva nelle controversie <<afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle

telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481>>) e la motivazione della sentenza '204, atteso che <<non è men vero che nella materia dei trasporti e del servizio farmaceutico sovente è del tutto assente ogni profilo che presupponga l'esistenza di un potere autoritativo>>[\[8\]](#).

2) *Identificazione delle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, dopo la sentenza n. 204 del 2004:*

a) <<controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi>>.

Dopo Corte cost. n. 204/04 appartengono pacificamente alla giurisdizione ordinaria, tra le altre, le domande dirette al pagamento di corrispettivi nell'ambito dei rapporti concessori, tra le quali le domande proposte dalle case di cura o dai laboratori convenzionati con il S.S.N. per ottenere il pagamento dei corrispettivi nei confronti delle A.S.L., ecc.[\[9\]](#).

Risorgendo il vecchio testo dell'art. 5, co. 2, della legge n. 1034 del 1971, già abrogato dal d.lgs. n. 80 del 1998 nella parte in cui in cui riservava alla giurisdizione ordinaria le questioni patrimoniali relative alle concessioni di pubblico servizio (<<concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi>>), si deve fare riferimento alla giurisprudenza formatasi sull'art. 5 della legge n. 1034 del 1974.

Poiché, ai sensi dell'art. 5 co. 1 (reintrodotto dalla Corte cost.), rimangono devolute alla giurisdizione esclusiva le controversie non patrimoniali attinenti alle impugnazioni degli atti relativi al rapporto concessorio di pubblico servizio (oltre che di beni), è opportuno ricordare che la Cassazione ha sempre escluso la giurisdizione esclusiva nelle controversie, considerate di natura privatistica, relative alle controversie (pur collegate al rapporto concessorio) tra il concessionario del servizio e soggetti terzi[\[10\]](#), in particolare quando l'amministrazione rimanga estranea a quel rapporto[\[11\]](#); la giurisdizione esclusiva è stata affermata, invece, in un caso in cui l'amministrazione si era resa partecipe del rapporto di subconcessione per averlo espressamente previsto nello schema del rapporto concessorio (il subconcessionario aveva impugnato il provvedimento emesso dall'amministrazione per il rilascio del bene)[\[12\]](#).

Se ne desume il principio secondo cui la giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici sussiste solo nelle controversie che vedano contrapposti una pubblica amministrazione ed un gestore di pubblico servizio.

b) controversie <<relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241>>;

c) controversie <<relative all'affidamento di un pubblico servizio>>.

Coerentemente con l'affermazione della legittimità costituzionale della giurisdizione esclusiva solo nei casi in cui, esercitando la pubblica amministrazione un potere previsto dalla legge, sia fatto valere comunque, in concreto, un interesse legittimo a fronte di un provvedimento emesso dalla pubblica amministrazione-autorità (visto il rapporto di *species a genus* esistente tra la giurisdizione esclusiva e quella generale di legittimità – si rinvia al <<considerato in diritto>> della sent. n. 204/04, p. 2.3, 3, 3.2, 3.4.2), la Corte fa riferimento ai <<provvedimenti>> e, in funzione rafforzativa, al <<procedimento amministrativo>>, ai sensi della legge n. 241 del 1990.

Sebbene l'art. 6 della legge n. 205 del 2000[13] sia estraneo alle questioni di costituzionalità decise dalla sentenza n. 204/04, sarebbe utile una riflessione – alla quale in questa sede è possibile solo fare un rapido cenno – sui possibili effetti in tema di riparto della giurisdizione nelle controversie sulle gare di appalto (di lavori, servizi e forniture) indette da soggetti formalmente privati[14] che, sulla base del noto orientamento raffinato dal Consiglio di Stato nel 1998 (e negli ultimi anni seguito anche dalla Cassazione)[15], sono stati considerati sostanzialmente pubblici, con la conseguenza che anche i relativi atti sono stati considerati amministrativi, il che è stato ritenuto sufficiente a radicare la giurisdizione amministrativa. Carattere sostanzialmente pubblico del soggetto che indice la gara e volontà del legislatore (espressa nell'art. 33 lett. *d* del d.lgs. n. 80/1998 e nell'art. 6 della legge n. 205/2000) di devolvere alla giurisdizione amministrativa <<tutte le controversie>> attinenti al blocco di materia riguardante l'affidamento degli appalti pubblici, sono stati gli argomenti sinora utilizzati dalla giurisprudenza (amministrativa prima e della Cassazione dopo) per giustificare teoricamente la scelta in favore della giurisdizione amministrativa.

Tuttavia, ora che la Consulta ha tracciato i confini e chiarito il contenuto della giurisdizione esclusiva alla luce dei parametri costituzionali – rifiutando l'equazione <<giurisdizione esclusiva=giurisdizione per materia o su blocchi di materie>> e precisando che il rapporto esistente tra la giurisdizione esclusiva e quella generale di legittimità è di *species a genus*[16], con tutte le implicazioni che ne derivano, e che nessuna rilevanza può attribuirsi al mero dato della presenza in tali controversie di un interesse pubblico (e, quindi, dell'applicazione di una normativa pubblicistica) –, si dovrebbe riflettere sulla ragionevolezza dell'interpretazione giurisprudenziale che ha attribuito siffatte controversie alla giurisdizione amministrativa prescindendo, nella sostanza, dalla ricerca nelle singole controversie di un interesse legittimo oppure desumendolo meccanicamente dall'applicazione di normative pubblicistiche (quali sono quelle sulle procedure di evidenza pubblica)[17]. In altri termini, si dovrebbe evitare di ravvisare la giurisdizione esclusiva in virtù del mero dato dell'occasionale collegamento dell'oggetto della controversia portata dinanzi al giudice con la materia [18] rispetto

alla quale sarebbe indifferente la natura delle posizioni soggettive incise dall'operare della pubblica amministrazione<sup>[19]</sup>, trattandosi di un criterio, questo, che la Corte costituzionale ha giudicato non conforme a Costituzione.

Non è un caso che la Corte, nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie <<relative all'affidamento di un pubblico servizio>>, non abbia riprodotto il vecchio testo dell'art. 33 lett. *d* (aventi ad oggetto, genericamente, le procedure, strumentali alla gestione del pubblico servizio, di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da *soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale*). Né è un caso l'accento puntato dalla Consulta sui <<provvedimenti>> e sul <<procedimento amministrativo>> adottato dal gestore del pubblico servizio e, soprattutto, non è un caso che la Corte (com'è dimostrato dal ripristino dell'art. 5 della legge n. 1034 del 1971) abbia restituito centralità nel sistema allo strumento concessorio ai fini del radicamento della giurisdizione amministrativa nelle relative controversie. Infatti, dall'indefinitezza della nozione di servizio pubblico adottata dal legislatore degli anni 1998-2000, la Corte (riformulando il comma 1 dell'art. 33 del d.lgs. 80/1998) ha tratto un nucleo di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che ha ritenuto conforme a Costituzione, in quanto riguardante particolari materie che <<contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità>>.

Ciò, coerentemente con la motivazione della sentenza n. 204/04, dovrebbe significare che giurisdizione esclusiva può sussistere solo se il gestore del pubblico servizio, nell'ambito delle gare per l'affidamento a terzi di lavori, servizi e forniture, eserciti in concreto poteri autoritativi discrezionali in senso amministrativo (con esclusione, quindi, degli atti vincolati), a fronte dei quali soltanto sono ravvisabili interessi legittimi. Ma, a tal fine, è necessario che il gestore del pubblico servizio sia una pubblica amministrazione anche formalmente (in virtù di un titolo concessorio secondo la teoria dell'organo indiretto ?) e non solo sostanzialmente, come sinora sostenuto (si consideri che la legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, fatta eccezione per l'art. 23, come mod. nel 1999, sul diritto di accesso, concerne l'attività amministrativa ed è obbligatoria per le sole amministrazioni pubbliche). Altrimenti, qualche dubbio potrebbe affiorare sulla legittimità costituzionale dell'art. 6 della legge n. 205/2000 se interpretato nel senso di ammettere la giurisdizione esclusiva in una materia che, altrimenti, sfuggirebbe alla (necessaria) giurisdizione generale di legittimità, in considerazione del carattere formalmente privatistico del soggetto che indice la gara e/o della mancanza di esercizio di poteri autoritativi discrezionali, i quali, infatti, non sono affatto automaticamente desumibili dalla semplice applicazione delle regole pubblicistiche sull'evidenza pubblica<sup>[20]</sup>.

E' opportuno anche precisare, in via generale, che l'ammissibilità della giurisdizione amministrativa (di legittimità e, quindi, esclusiva) non potrebbe ravvisarsi ogni qual volta l'amministrazione adotti strumenti negoziali, posto che la Corte l'ha affermata solo quando l'amministrazione <<adotti strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà>>, sicché, com'è evidente, tale facoltà <<presuppone l'esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241 del

1990>>[\[21\]](#). In altri termini, si tratta pur sempre ed esclusivamente degli accordi che l'amministrazione può concludere <<con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione di questo>> (art. 11, co. 1 e *cf.* co. 3, della legge n. 241 del 1990): la giurisdizione esclusiva sugli accordi negoziale, pertanto, è ammessa solo in tale (tradizionale e) limitato ambito[\[22\]](#).

d) controversie relative <<alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore>>.

d 1) Il primo problema che si pone è di identificare la nozione giuridica di <<vigilanza>>.

E' opportuno riportare una massima tratta da sentenze della Cassazione emesse prima della sentenza n. 204/2004 e relativa alle opposizioni alle sanzioni inflitte alle banche ed agli intermediari finanziari. Osserva la Cassazione: <<Anche a seguito della nuova disciplina di cui all'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (così come riformulato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205), che ha introdotto un nuovo e generale assetto dei rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del G.A. tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi comprese, tra l'altro, quelle afferenti alla vigilanza sul mercato mobiliare, le opposizioni avverso i provvedimenti con i quali il Ministero dell'economia e delle finanze (già Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica) irroga [...] sanzioni amministrative pecuniarie per la violazione di norme relative alla disciplina dell'attività di intermediazione finanziaria, restano affidate alla cognizione del G.O. [...]. Invero, l'irrogazione di tali sanzioni, che può avvenire soltanto nei casi tassativamente previsti dalla legge, è espressione di un'attività vincolata che, in quanto tale, non può essere assimilata, pur essendo ad essa strettamente collegata, a quella di vigilanza, le cui modalità non sono invece rigidamente predeterminate, ma [...] sono lasciate all'apprezzamento delle autorità cui è affidato il compito di salvaguardare la trasparenza e la correttezza dei comportamenti e la sana e prudente gestione dei soggetti abilitati all'esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria [...]>> (Cass. S.U. n. 1235/2004; *conf.*, tra le altre, S.U. n. 5535/2004, 9730/2004)[\[23\]](#).

Dopo la sentenza '204/04, il Tribunale di Roma[\[24\]](#), su un'opposizione a sanzione amministrativa avverso un provvedimento irrogativo delle sanzioni previste dalla legge (v. gli artt. 115 del d.p.r. 449/1959 e 141 del d.lgs. 175/1995) per infrazioni (previste dalla legge) commesse nell'esercizio delle assicurazioni private, ha affermato la propria giurisdizione, rilevando che <<come nella materia bancaria e dell'intermediazione mobiliare, la riconosciuta applicabilità della legge 689/1981 rende manifesto che la concreta applicazione delle sanzioni deve avvenire sulla base di criteri e secondo regole procedurali le quali escludono ogni possibilità di valutazione puramente discrezionale (v. Cass. 5535/2004 cit.), rendendo insussistente, in radice, qualsiasi spazio per la giurisdizione generale di legittimità (attesa la evidente non configurabilità di posizioni soggettive di interesse legittimo) e, di conseguenza, visto il rapporto di *species* a *genus* tra le due giurisdizioni (amministrative), anche per la

giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo>>.

d 2) Il secondo problema, strettamente connesso al precedente, riguarda l'identificazione del <<gestore>> del pubblico servizio.

Il Tribunale di Roma, aderendo all'interpretazione sopra esposta come tesi A), ha osservato: <<La controversia in esame non attiene "alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore" (ai sensi dell'art. 33, co. 1, del d.lgs. 80/1998, come riformulato dalla Corte cost. nel dispositivo della sent. n. 204/2004) anche per un'altra ragione. Il gestore del servizio pubblico cui la Corte cost. ha fatto implicito (ma non per questo meno chiaro) riferimento è il concessionario, cioè colui che gestisce un servizio pubblico in virtù del necessario atto concessorio, come si desume dalla limitazione (ottenuta mediante la reintroduzione dell'art. 5 della legge 1034/1971) della giurisdizione esclusiva alle controversie relative alle "concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi", disposizione quest'ultima alla quale è ancillare la (di poco) successiva e complementare previsione di giurisdizione esclusiva nelle controversie relative "alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore". E' indiscutibile che l'assicuratore o l'esercente l'attività bancaria o di intermediazione mobiliare non possono essere considerati concessionari (e, in tal senso, gestori) di un servizio pubblico, a nulla rilevando che l'art. 33, co. 1, d.lgs. 80/1998 prevedesse la giurisdizione esclusiva nelle controversie "afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare", atteso che tale disposizione è stata dichiarata incostituzionale dalla Corte cost.. In altri termini, il gestore (del servizio pubblico) cui fa riferimento il dispositivo della sentenza n. 204/2004, quanto alla giurisdizione esclusiva nelle controversie relative alla vigilanza ed al controllo nei suoi confronti, dev'essere individuato nell'ambito della nozione ristretta di servizio pubblico che la Corte cost. ha considerato conforme a Costituzione, vale a dire con esclusivo riguardo al concessionario di servizio pubblico, rispetto al quale la posizione di autorità rivestita dalla pubblica amministrazione è tradizionalmente idonea a giustificare la giurisdizione generale di legittimità e, di conseguenza, quella esclusiva del giudice amministrativo (ex art. 5 della legge 1034/1970) anche relativamente alla vigilanza. La diversa interpretazione del dispositivo della sent. n. 204/2004, che voglia considerare devolute alla giurisdizione esclusiva ogni controversia relativa alla vigilanza nei confronti di un qualsiasi soggetto gestore di un servizio oggettivamente pubblico (v. art. 33, co. 2, lett. d), quest'ultimo individuato nell'amplissima nozione dettata dall'originario art. 33 del d.lgs. 80/1998, come sostituito dall'art. 7 della legge 205/2000, produrrebbe il contraddittorio risultato di far rivivere nella sostanza (seppur limitatamente alla tematica della vigilanza) la norma (art. 33, co. 1 e 2, lett. d) che disegnava, in modo incostituzionale, la giurisdizione esclusiva con riferimento alla più ampia ed incerta nozione di servizio pubblico (già ritenuta "non contemplata normativamente e quindi formalmente non identificata": v. Corte cost. n. 292/2000, p. 3.3.). Sebbene la Corte, per giustificare la giurisdizione esclusiva nelle controversie relative alla vigilanza nei confronti del gestore, abbia fatto riferimento a quanto "era previsto dall'art. 33, comma 2, lett. c [...]" (v. sent. n. 204/2004, p. 3.4.2.), questa affermazione non è utilizzabile allo scopo di dimostrare l'accoglimento, da parte della Corte, limitatamente alla tematica della vigilanza, di una più ampia nozione di servizio pubblico (rispetto a quella, più ristretta, elaborata con riferimento alla figura del gestore-concessionario). La

stessa Corte, infatti, ha anche precisato che l'incostituzionalità della devoluzione alla giurisdizione esclusiva di "tutte le controversie in materia di servizi pubblici" (art. 33, co. 1) ha l'effetto di travolgere non solo le ipotesi specificamente censurate (art. 33, co. 2, lett. *b* ed *e*) ma anche "(... le altre contemplate dal comma 2) [...] perché, *ex se*, integrano ipotesi nelle quali tali controversie non vedono, normalmente, coinvolta la pubblica amministrazione-autorità" (v. p. 3.4.2.), com'è dimostrato proprio nel caso in esame>>.

### 3) *Le prestazioni rese agli utenti.*

La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 2, d.lgs. n. 80 del 1998 – nel quale, alla lett. *e*), il legislatore aveva dettato un'eccezione alla regola dell'affidamento delle controversie in materia di servizi pubblici alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, statuendo che tale giurisdizione operava <<con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o a cose e delle controversie in materia di invalidità>> – consente di ritenere superati alcuni tra gli orientamenti formati, al riguardo, nella vigenza dell'art. 33 comma 2 cit.. In particolare, è superato sia l'orientamento che vedeva nelle parole <<soggetti privati>> un riferimento ai soggetti gestori che erogano il servizio pubblico, non agli utenti che lo ricevono, poiché altrimenti, si affermava, quella precisazione <<con soggetti privati>> sarebbe stata inutile [25]; sia l'orientamento, prevalente [26] e solo in parte assimilabile a quello precedente, secondo cui sarebbero state sottratte alla giurisdizione esclusiva solo le controversie che, a prescindere dalla natura pubblica o privata del gestore, riguarderebbero rapporti contrattuali di stretta natura negoziale/privatistica (es.: per forniture di gas, acqua, energia ecc.), secondo una opinione che vedeva nei rapporti con gli utenti un'eccezione alla regola che <<si spiega soltanto con la volontà del legislatore di evitare al giudice amministrativo l'intromissione nelle contese c.d. bagatellari>> .

Sembra, invece, sostanzialmente coerente con la sentenza n. 204 l'impostazione[27] secondo cui sono sottratte alla giurisdizione esclusiva le controversie nelle quali, pur nel caso in cui il gestore del servizio sia un soggetto formalmente pubblico, l'utente sia titolare (come sempre più frequentemente avviene) di diritti soggettivi[28], valendo così il normale criterio di riparto per posizioni soggettive, con conseguente sussistenza della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo nei residuali casi in cui l'utente sia titolare di interessi legittimi rispetto alla fruizione del servizio.

---

[1] La tesi A è condivisa da Trib. Roma, sez. II, 30 settembre 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 3205.

[2] V. Cass. S.U. n. 5401 del 1985, in *Foro it.*, 1985, I, 47.

[3] La tesi B è seguita da Cons. St., sez. IV, 13 luglio 2004 n. 6489, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

[4] Né può essere condivisa la tesi propugnata da Cons. St. n. 6489/2004 cit. secondo cui dalla sentenza n. 204 si dovrebbe desumere una presunzione di autoritatività per tutte le attività di vigilanza e per quelle concernenti il servizio farmaceutico ed i trasporti.

[5] A tale fattispecie si riferiva proprio una delle ordinanze del Trib. Roma (r.o. n. 488/2002) di rimessione che ha trovato sicuro accoglimento nella sentenza n. 204/2004.

[6] Su tale controversia ha affermato la giurisdizione ordinaria TAR Campania, sez. V, 2.8.2004 n. 10970, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

[7] V., in tal senso, Corte cost. n. 292/2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2393.

[8] Peraltro, il Cons. St. n. 6489/04 cit. ha affermato la giurisdizione esclusiva in un caso che, probabilmente, già da prima della sent. '204/04, sarebbe stato di competenza del giudice ordinario, in materia di sovvenzioni da parte di una regione ad una provincia dei mezzi finanziari a copertura dei costi sopportati per assicurare i servizi minimi di trasporto extraurbani ed interregionali (v. Cass. S.U. n. 9594/1994 e 169/1999 e, da ultimo, S.U. 20645/2004; *contra* Cons. St., sez. IV, n. 3163/2001). Nel caso in questione, inoltre, la controversia non vedeva contrapposto un privato ad una pubblica amministrazione ma due amministrazioni, con la conseguenza che, in radice, non erano configurabili interessi legittimi e, quindi, insussistente sarebbe stata la giurisdizione amministrativa.

[9] Hanno dichiarato la giurisdizione ordinaria TAR Lazio, Latina, 20.7.2004 n. 645, su un ricorso per l'adempimento della convenzione stipulata da due comuni per la gestione dei servizi inerenti al diritto allo studio, e TAR Campania, sez. I, 30.7.2004 n. 10906 e 10909, su ricorsi proposti dal gestore di un impianto di smaltimento dei rifiuti per ottenere il pagamento della tariffa da parte del comune che aveva conferito i rifiuti. Le decisioni citate sono leggibili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

[10] Nel caso esaminato da Cass. S.U. 1997 del 2003, la controversia era tra il concessionario ed un istituto di credito edilizio per la realizzazione di alloggi di tipo economico e popolare.

[11] V. Cass. S.U. 8068/1990, in una controversia tra il concessionario gestore di un impianto di distribuzione di carburante e terzi per la locazione dell'area; Cass. S.U. 8977/1990, in una controversia tra due società concessionarie di autolinea che denunciavano abusive interferenze reciproche; Cass. S.U. 695/1992, in una controversia tra due farmacisti, entrambi concessionari del servizio, per la dedotta violazione delle distanze minime prescritte per l'ubicazione delle farmacie; Cass. S.U. 9233/2002, in una controversia tra un concessionario del servizio bar all'interno di un

aeroporto ed un terzo privato subconcessionario, avente ad oggetto il rilascio dei locali e delle attrezzature alla scadenza del relativo rapporto di subconcessione; Cass. S.U. 7944/2003, in una controversia tra soggetti privati e cioè tra un gestore privato di un aeroporto civile e il vettore Alitalia per il pagamento dei diritti per l'imbarco dei passeggeri; Tar Lombardia, Milano, 18.10.1999, n. 3480, in *I TAR*, 1999, 4700, ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario in una controversia tra la società comunale di gestione di mercati all'ingrosso di prodotti alimentari e i commercianti all'ingrosso assegnatari di punti vendita nel mercato; Tar Umbria 26.6.2000 n. 522, in *I TAR*, 2000, 2239 ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario in una controversia tra gestori di servizi pubblici in concorrenza tra loro.

[12] V. Cass. S.U. 2056/1992. Si veda anche, dopo la sent. '204, TAR Lazio, sez. III ter, 2.8.2004 n. 7571 e 7572, , in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ha affermato la propria giurisdizione in una controversia riguardante la disdetta dell'affidamento della gestione di un'area di servizio autostradale a un terzo da parte del concessionario di un tratto autostradale.

[13] L'art. 6 recita: <<Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza previsti dalla normativa statale o regionale>>.

[14] Si pensi alle aziende speciali costituite ai sensi degli artt. 23 della legge n. 142/1992 e, ora, 113 bis e 114 del d.lgs. n. 267/2000; alle società costituite da enti locali ai sensi degli artt. 22 della legge n. 142/1992 e, ora, 113, 113 bis e 116 del d.lgs. n. 267/2000; alle società per azioni il cui pacchetto di maggioranza è detenuto da consorzi o soggetti pubblici ecc..

[15] Questo orientamento, espresso nelle note decisioni del Cons. St., sez. VI, 28 ottobre 1998 n. 1478 e V sez., 7 giugno 1999 n. 295, com'è noto, fu inizialmente contrastato dalla Cassazione. Ad esempio, prima dell'entrata in vigore dell'art. 33 del d.lgs. 31 marzo del 1998 n. 80, le controversie relative all'aggiudicazione degli appalti stipulati da soggetti che non agissero quali concessionari di enti pubblici non economici, erano attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario (v. Cass. S.U. 9 luglio 1997 n. 6225 e 28 novembre 1996 n. 10616). Tuttavia, nel 1999, la Cassazione ha recepito l'orientamento fortemente propugnato dal Consiglio di Stato. Si vedano Cass. S.U. 5 febbraio 1999 n. 24 (che ha affermato la giurisdizione amministrativa in una gara di appalto di servizi indetta da una società cooperativa a responsabilità limitata Consorzio dei Comuni della provincia di Bolzano); 13 febbraio 1999 n. 64 (in una gara di appalto di fornitura "soprasoglia comunitaria" indetta da un'azienda speciale costituita ai sensi dell'art. 22 della legge n. 142 del 1990); 26 febbraio 1999 n. 101 (in tema di lavori pubblici); 12 giugno 1999 n. 332 (in tema di gara di appalto di fornitura "soprasoglia comunitaria" indetta da un'azienda municipalizzata avente natura di ente pubblico economico); 30 giugno 1999 n. 363 (in un appalto di lavori pubblici affidato da un consorzio di sviluppo industriale); 24 febbraio 2000 n. 40 (in un appalto di lavori pubblici affidato da un ente privato ecclesiastico); 9 maggio 2000 n. 300 (in tema di gara di appalto di servizi "soprasoglia comunitaria" indetta da un'azienda municipalizzata). Sulla giurisdizione amministrativa in tema di

gare di appalto indette da enti pubblici economici, si vedano anche Cons. St., sez. IV, 10 maggio 2002 n. 5242; sez. VI, 22 ottobre 2002 (n. 843/2003).

[16] La giurisdizione esclusiva, in altri termini, è ammessa solo quando sussisterebbe comunque la giurisdizione generale di legittimità, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità.

[17] Per una decisa e condivisibile confutazione della tesi secondo cui la procedura di evidenza pubblica connoterebbe di per sé come interessi legittimi le posizioni degli aspiranti contraenti, si veda Cass. S.U. n. 6225 del 1997; come bene ha puntualizzato Cass. S.U. n. 10616 del 1996, <<si tratta sempre di stabilire se ci si trova di fronte ad un diritto soggettivo o ad un interesse legittimo>>, e poi :<<gli atti inerenti alla procedura di scelta dell'aggiudicatario di un dato specifico contratto [...] non attengono all'organizzazione dell'ente, ma all'esercizio puntuale [...] di una delle attività fondamentali per cui l'ente [pubblico economico] esiste e funziona, che la legge qualifica come attività economica>>.

[18] Osserva la Corte cost.: <<il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie>>.

[19] Tuttavia, il Cons. St. (dec. IV sez., n. 6489/04 cit.), in direzione opposta alla sent. n. '204, continua a ritenere che il carattere proprio della giurisdizione esclusiva sia nella <<"indifferenza" delle situazioni giuridiche soggettive propria di siffatta giurisdizione>>.

[20] Per una diversa e, in un certo senso, opposta ricostruzione del problema si veda F. CINTIOLI, in *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in [www.Giustamm.it](http://www.Giustamm.it).

[21] In altri termini, occorre sempre ricercare, in concreto, l'interesse legittimo a fronte del potere autoritativo in capo all'amministrazione, sostituito dall'accordo con il privato, se non si vuol finire per contraddire il criterio di riparto della giurisdizione basato sulla natura delle situazioni soggettive.

[22] Poiché la giurisdizione esclusiva presuppone, secondo Costituzione, che si tratti di controversie che comunque spetterebbero alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, in quanto si facciano valere interessi legittimi (dei privati) nei confronti della pubblica amministrazione (la sent. n. 204 lo sottolinea più volte), qualche dubbio può sorgere sulla legittimità costituzionale dell'art. 15 della legge n. 241 del 1990 che (per effetto del rinvio operato all'art. 11 co. 5) attribuisce alla giurisdizione esclusiva le controversie in tema di accordi raggiunti tra le amministrazioni pubbliche <<per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune>>.

[23] Sulla vigilanza nel settore bancario e degli intermediari finanziari la giurisdizione ordinaria è confermata anche dall'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 5 del 2003.

[24] Secondo Trib. Roma, 30.9.2004, cit., dopo Corte cost. n. 204/2004, l'art. 6 della legge n. 57/2001 (che, nella sostanza interpretando autenticamente l'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, aveva attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sulle opposizioni avverso i provvedimenti che irrogano sanzioni per le infrazioni commesse nell'esercizio delle assicurazioni private) avrebbe esaurito il proprio campo applicativo, a seguito del venir meno (perché incostituzionale) della disposizione interpretata, cioè dell'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998.

[25] V. Cass. S.U. n. 16838/2002 e Cons. St., sez. 5, n. 4086/2002.

[26] V. Cass. S.U. n. 7265/2004; Cons. St., sez. 4, n. 896/2001; *conf.* Cons. St., sez. 6, n. 1807/2001.

[27] V. Cass. S.U. n. 558/2000 e 15717/2001, entrambe in casi aventi ad oggetto prestazioni sanitarie/assistenziali fornite da strutture pubbliche.

[28] A titolo esemplificativo, tra le tante in materia, v. Trib. Roma, 17.12.2002, in *Corriere giur.*, 2003, 649, in tema di diritto di un bambino ad usufruire di un numero minimo di ore di sostegno scolastico.