

Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 sul contenzioso in materia di servizi pubblici*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La giurisdizione esclusiva per “tipologia di controversie” e per “tipologia di servizio”. - 3. Le perplessità interpretative originate dallo “scollamento” tra la motivazione e il dispositivo della sentenza n. 204 del 2004. - 4. Le controversie devolute al G.A. dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004. – 4.1. Le controversie relative a concessioni di pubblici servizi. – 4.1.1. Prime applicazioni giurisprudenziali in materia di concessioni di servizi pubblici – 4.2. Le 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. – 4.3. Le controversie relative all’affidamento del servizio. – 4.4. Le controversie relative alla vigilanza e al controllo sul soggetto gestore. – 4.4.1. La giurisdizione sulla responsabilità della Consob per omessa vigilanza. – 4.4.2. La giurisdizione in materia di sanzioni adottate nell’esercizio dei poteri di vigilanza. – 4.4.3. La tesi favorevole alla giurisdizione ordinaria. – 4.4.4. La tesi che afferma la giurisdizione del g.a. – 4.4.5. L’art. 1, comma 2, d.lgs. n. 5 del 2003 stabilisce la giurisdizione ordinaria sulle sanzioni in materia creditizia e di mercato mobiliare – 5. Quale giudice per i rapporti individuali di utenza?.

1. Premessa.

L’art. 33 d.lgs. n. 80 del 1998, prima della sua riscrittura ad opera della Corte costituzionale, dopo aver devoluto in via generale alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “tutte le controversie in materia di pubblici servizi”, individuava, in via esemplificativa, alcuni ambiti (comma 1) e alcune tipologie di controversie (comma 2) ricondotte a siffatta giurisdizione. La norma mirava, in tal modo, a definire sia i confini esterni della materia, sia i suoi limiti interni, specificando alcune controversie ricondotte alla giurisdizione esclusiva, anche al fine di porre rimedio ai rischi derivanti dall’utilizzazione – quale criterio di perimetrazione della nuova giurisdizione esclusiva – di una nozione così incerta quale è quella di “pubblico servizio”.

L’attribuzione al giudice amministrativo di una giurisdizione esclusiva pressoché onnicomprensiva in materia di servizi pubblici aveva segnato, come è noto, una svolta epocale nel panorama della giustizia amministrativa. L’operazione legislativa attuata con l’art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, e confermata – dopo la dichiarazione di incostituzionalità per

* Il presente lavoro costituisce una breve sintesi del volume R. GIOVAGNOLI, *Il contenzioso in materia di servizi pubblici dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, appena pubblicato per la casa editrice Giuffrè.

eccesso di delega ad opera della sentenza n. 292 del 2000 – dall’art. 7 legge n. 205 del 2000, infatti, aveva aperto spazi inediti alla giurisdizione amministrativa, conducendola al di fuori dei suoi consueti campi di azione.

Scalfito il tradizionale criterio di riparto fondato sulla *causa petendi*, per un grandissimo numero di controversie l’individuazione della giurisdizione non avveniva più in base alla natura della situazione soggettiva fatta valere, ma verificando l’inerenza della lite alla nuova materia dei “servizi pubblici”. Ne derivava che spesso il giudice amministrativo era chiamato a conoscere di diritti soggettivi di contenuto squisitamente patrimoniale e ad applicare categorie ed istituti propri del diritto civile.

Destinata ad essere rivisitata era anche la tradizionale concezione del processo amministrativo come giudizio instaurato da un privato che invoca tutela nei confronti dell’amministrazione. Nella nuova materia dei servizi pubblici, infatti, il giudice amministrativo decideva anche le controversie in cui era l’amministrazione ad agire in giudizio ed il privato assumere l’inedito ruolo di “parte resistente”.

Si tratta di novità che avevano generato, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, numerose perplessità, soprattutto in ordine alla legittimità costituzionale del nuovo assetto.

Il quadro così delineato è stato scosso dalla recentissima sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204¹, la quale, accogliendo alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Roma, ha cancellato il secondo comma dell’art. 33 e,

¹ Su tale sentenza v. i commenti di V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a prima lettura)*, in www.giustamm.it, 2004, n. 7; F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, *ibidem*; M. CLARICH, *La “tribunalizzazione” del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in www.giustizia-amministrativa.it; O. FORLENZA, *Confermata per T.A.R. e Consiglio di Stato la giurisdizione in tema di risarcimento*, in *Guida al dir.*, 2004, n. 29, 88; R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in www.giustamm.it, 2004, n. 8; F. LORENZONI, *Commento a prima lettura alla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004*, in www.federalismi.it; A. PAJNO, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, n. 9, 974; F. PATRONI GRIFFI, *Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale*, in www.astrid-online.it; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, n. 9, 983; B. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell’attività amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2994, n. 9, 974; G.P. ROSSI, *Il “vecchio” interesse legittimo ringrazia la Corte costituzionale*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, n. 3; B. SASSANI, *Costituzione e giurisdizione esclusiva: impressioni a caldo su una sentenza storica*, in www.giustamm.it; G. STANCANELLI, *La giurisdizione esclusiva nella sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 (riflessioni “a caldo”)*, in www.giustamm.it, 2004, n. 7; F. SAIITA, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni (d’agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in www.lexitalia.it, 2004, n. 7/8; G. VIRGA, *La giustizia nella (e non della) amministrazione (sui nuovi confini della giurisdizione esclusiva tracciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004)*, in www.lexitalia.it, 2004, n. 7. Sia consentito, infine, rinviare a R. GIOVAGNOLI, *Il contenzioso in materia di servizi pubblici dopo la sentenza della Corte costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204*, Milano, 2004.

con un uso spregiudicato della tecnica decisoria manipolativa, ha sensibilmente riscritto il comma primo.

Partendo dal presupposto secondo cui *<<il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso particolari) che, in assenza di tale previsione contemplerebbero, in quanto vi opera la pubblica amministrazione autorità, la giurisdizione generale di legittimità>>*, la Corte, in particolare, ha dichiarato incostituzionale l'art. 33, comma 1, come sostituito dall'art. 7 legge n. 205 del 2000, 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 quelle 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)>>*.

Del tutto cancellata è, invece, l'elencazione esemplificativa di controversie contenuta nel comma 2. Tale elencazione, si legge nella sentenza, oltre ad essere travolta dalla censura che investe la previsione di *<<tutte le controversie in materia di pubblici servizi>>*, contempla comunque liti nelle quali può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla pubblica amministrazione-autorità. Si travalica, pertanto, secondo la Consulta, il limite delle particolari materie di cui all'art. 103 Cost.

A seguito di questa audace operazione di manipolazione del testo legislativo, l'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, ormai orfano del suo secondo comma, deve, quindi, essere letto nei termini che seguono: *<<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 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>>*.

2. La giurisdizione esclusiva per “tipologia di controversie” e per “tipologia di servizio”.

Il testo varato dai Giudici costituzionali non è di facile lettura e, soprattutto, se ci si ferma al dato testuale, non risulta del tutto coerente con la *ratio* che sta alla base della decisione della Corte.

La nuova norma, almeno se intesa secondo il suo tenore letterale, utilizza due criteri per delineare i confini della giurisdizione esclusiva del G.A. In primo luogo menziona, in maniera tassativa, alcune tipologie di controversie che sono devolute al G.A. a prescindere dal tipo di servizio pubblico che di volta in volta venga in considerazione. Si tratta, come evidenzia la sentenza, di fattispecie in cui la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero si avvale della facoltà riconosciutale dalla legge di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo.

Accanto a questo primo parametro di delimitazione dell'ambito di cognizione del G.A., senz'altro coerente con l'impostazione di fondo che sorregge l'apparato motivazionale della sentenza n. 204, l'art. 33, nella sua nuova versione, ne contiene un altro, che prescinde dal tipo di controversia e sembra operare nel senso di devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alcuni servizi pubblici nella loro interezza.

Forse non del tutto consapevolmente, la Corte costituzionale, infatti, ha lasciato immutata l'ultima parte dell'art. 33, comma 1, laddove tale norma si riferisce alla <<*vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481*>>.

3. Le perplessità interpretative originate dallo “scollamento” tra la motivazione e il dispositivo della sentenza n. 204 del 2004

Non si può non chiedere quale sia il significato da attribuire alla espressa menzione di tale servizi. Senz'altro da escludere l'idea che la Consulta abbia inteso limitare ai soli settori elencati l'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, già su altro fronte ridimensionata con il riferimento alle sole controversie 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 servizio².

Osta a tale conclusione il persistente ed ampio riferimento, contenuto nella prima parte del riscritto art. 33, alle <<controversie in materia di pubblici servizi>>.

Il tenore letterale della norma, che conserva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie afferenti ai servizi ivi espressamente nominati, potrebbe allora indurre a ritenere che in capo allo stesso permanga il potere di conoscere, in tali settori, tutte le controversie che vedono coinvolta la p.a., anche quelle di natura squisitamente patrimoniale.

A favore di detta opzione ermeneutica parrebbe militare anche la circostanza che l'esclusione dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie in materia di pubblici servizi concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi viene espressamente affermata soltanto per le concessioni di pubblici servizi. Il periodo incidentale <<escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi>> è inserito, infatti, soltanto dopo la locuzione <<relative a concessioni di pubblici servizi>> e non, invece, prima di tutto l'elenco specifico dei *servizi pubblici* che la Corte ritiene costituzionalmente, nella loro interezza, attribuibili al giudice amministrativo

Intesa in questi termini, tuttavia, questa parte del nuovo art. 33 non risulta affatto coerente con la scelta di fondo sottesa alla sentenza n. 204 del 2004. Da un lato, infatti, la Corte parte dal presupposto, chiaramente enunciato nella motivazione, secondo cui la giurisdizione esclusiva richiede non già la mera presenza dell'Amministrazione nel rapporto con il cittadino, bensì la presenza della pubblica amministrazione che agisce come autorità; dall'altro, tuttavia, nel riformulare l'art. 33, menziona alcuni servizi pubblici, tassativamente indicati, nel cui ambito il G.A. sembra dover conoscere ogni tipo di controversia, anche se non caratterizzata dalla presenza della p.a. autorità.

La Corte, in altri termini, conservando l'elencazione dei servizi pubblici contenuta nell'ultima parte del previgente comma 1 dell'art. 33, sembra, di fatto, dare vita a due tipi di giurisdizione esclusiva. La prima, che taglia trasversalmente tutti i servizi pubblici, ma che si concentra solo su talune tipologie di liti; la seconda, che è destinata a coinvolgere solo alcuni servizi pubblici (quelli menzionati appunto), ma che prescinde dal tipo di controversia ed assume, quindi, una portata omnicomprensiva. Accanto ad una giurisdizione esclusiva per

² In questi termini cfr. R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione esclusiva*, cit.

“tipologia di controversie”, pare, quindi, esservi una giurisdizione esclusiva per “tipologia di servizi”.

Nel testo varato dai Giudici di Palazzo della Consulta, la espressa menzione di questi servizi pubblici ha carattere tassativo e non meramente esemplificativo, come accadeva, invece, nel testo originario. Solo in questi settori, e non in altri, infatti, la giurisdizione esclusiva può essere invocata pure se la controversia non riguarda la concessione o l’affidamento di un servizio pubblico, o provvedimenti amministrativi adottati dalla p.a. o, infine, la vigilanza o il controllo sul soggetto gestore

Si tratta certo di un risultato che contrasta nettamente con l’*iter* logico seguito dalla Corte, ma che non è agevole superare a fronte della inequivoca formulazione letterale dell’art. 33. L’unica alternativa per evitare tale effetto espansivo della giurisdizione esclusiva e rendere la norma coerente con l’impianto motivazione della sentenza n. 204 del 2004 sarebbe, quello di “cancellare”, attraverso una *interpretatio abrogans*, anche l’ultima parte dell’art. 33, laddove appunto menziona alcuni tipi di servizio pubblico.

Si arriverebbe così alla conclusione, per alcuni versi “scontata”³, che la giurisdizione esclusiva che la Consulta ha inteso conferire al giudice amministrativo nelle materie afferenti al servizio farmaceutico, ai trasporti e alle telecomunicazioni e agli altri servizi indicati nella norma trovi un limite nel rapporto di concessione fra PA e gestore, nell’affidamento o nel procedimento amministrativo, di cui alle distinte ipotesi recate dalla pronuncia ed escluda (per quanto qui rileva) controversie di altra natura.

Il risultato così raggiunto sarebbe, tuttavia, tutt’altro che appagante, per più di una ragione. La principale è che l’illustrata *interpretatio abrogans* del testo normativo risultante dalla sentenza n. 204 del 2004 non potrebbe che partire da un presupposto per molti versi “sconfortante”: quello secondo cui il nostro Giudice costituzionale ha compiuto una così delicata operazione di ortopedia legislativa – che ha condotto alla riscrittura di un nuovo art. 33 in sostituzione del testo approvato nel 2000 dal Parlamento – dando vita ad una norma che, se intesa secondo il suo tenore letterale, risulta affetta da quegli stessi vizi di incostituzionalità che la sentenza n. 204 intendeva emendare, tanto da costringere ad una interpretazione fortemente correttiva, se non addirittura “abrogativa” del nuovo testo.

Il problema dello “scollamento” tra le premesse concettuali su cui si fonda l’intervento della Consulta e il dispositivo della sentenza n. 204, è stato recentemente affrontato, sia pure

³ R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione esclusiva*, cit.

in un *obiter dictum*, da Consiglio di Stato, con la decisione della sezione IV, 5 ottobre 2004, n. 6489⁴.

Il Giudice amministrativo rileva come il dispositivo additivo della sentenza non investe, escludendolo dalla pronuncia di incostituzionalità, la seconda parte dell'art. 33, comma 1; sì che esso lascia integra la giurisdizione esclusiva sulle 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”.

Ciò posto, il Collegio osserva, anzitutto, che tale scelta del Giudice costituzionale potrebbe ritenersi giustificata da un “*un implicito giudizio di configurabilità, in detti settori (sempre e in ogni caso) del potere autoritativo dell'Amministrazione*”.

Una simile conclusione, tuttavia, prosegue la decisione, potrebbe valere solo per alcuni dei servizi pubblici che continuano ad essere menzionati nell'ultima parte del comma 1. Ed infatti, “*se è vero che è indubitabile che (in via esemplificativa) l'attività di vigilanza e controllo è espressione, di norma, di "pubblica amministrazione - autorità", 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*”.

Con riferimento a questi settori, allora, - rileva la sentenza - il contrasto tra il dispositivo additivo dell'intervento della Consulta e le premesse teoriche su lo stesso è fondato da luogo a delle perplessità interpretative interpretative difficilmente superabili⁵.

Per un verso, infatti, “*il dispositivo additivo della sentenza n. 204 non sembra lasciare spazio, sul piano della concatenazione letterale, alla introduzione di un canone esegetico in linea con le ricordate premesse concettuali, registrandosi una evidente scissione tra il riferimento al profilo autoritativo, contenuto nella prima parte del dispositivo medesimo, e la mera indicazione (introdotta dal "nonché" finale) dei settori di pubblico servizio non incisi dalla pronuncia di incostituzionalità, e quindi attratti nella giurisdizione esclusiva*” (Cons. Stato, n. 6489/2004).

Per altro verso, tuttavia, osserva ancora la sentenza, “*una interpretazione che non tenesse debito conto anche delle linee portanti dell'intervento del giudice delle leggi potrebbe sortire l'effetto di snaturare l'essenza stessa del nuovo assetto delineato dalla pronuncia in esame*”.

⁴ In www.giustamm.it

⁵ Sulle difficoltà interpretative legale all'ultima parte del nuovo testo dell'art. 33 sia consentito rinviare a R. GIOVAGNOLI, *Il contenzioso in materia di servizi pubblici*, cit., 27 e ss., e 337 ss.

Illustrate le difficoltà interpretative che originano dal nuovo testo dell'art. 33, il Consiglio non prende posizione espressamente a favore né dell'una, né dell'altra tesi, ritenendo che con riferimento alla controversia sottoposta al suo esame – concernente l'impugnazione contro una determinazione regionale in tema di omessa erogazione, da parte della Regione, dei mezzi finanziari a copertura dei costi sopportati per i contratti di servizio relativi ai servizi minimi di trasporto extraurbani ed interregionali – la giurisdizione amministrativa possa essere affermata a prescindere dalla soluzione che si accoglie in merito all'interpretazione dell'ultima parte dell'art. 33.

Ed invero, si legga nella decisione, *“ove si ritenga di aderire alla ricordata interpretazione letterale, sarebbe la stessa decisione della Corte a radicare ex se, per quanto esposto, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, attesa la ritenuta perdurante vigenza dell'art. 33, comma 1, seconda parte, nella originaria formulazione”*.

Ove si ritenga, invece, che meriti di essere privilegiata una interpretazione in linea con le premesse argomentative della Corte, pur nei cennati limiti testuali del dispositivo, la controversia *de qua* deve comunque ritenersi devoluta al G.A. coinvolgendo la pubblica amministrazione in veste di autorità.

4. Le controversie devolute al G.A. dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004.

Volendo tracciare un parallelo con il vecchio testo dell'art. 33 d.lgs. n. 80 del 1998, appare evidente che il primo effetto della sentenza n. 204 del 2004 è quello di restringere sensibilmente l'area della nuova giurisdizione esclusiva, ora circoscritta ad alcune controversie tipizzate.

Sotto tale profilo, è facile evidenziare che mentre prima dell'intervento della Corte costituzionale l'ambito di cognizione del G.A. esclusivo abbracciava, indistintamente, tutte le liti in materia di servizi pubblici, con l'unica eccezione dei rapporti individuali di utenza e delle controversie meramente risarcitorie, ora al plesso T.A.R./Consiglio di Stato sono rimesse solo alcune tipologie di controversie.

Esse sono, come si accennava, quelle relative alla concessione di pubblici servizi (escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi); a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241 del 1990; all'affidamento di un servizio pubblico; alla vigilanza e controllo nei confronti del soggetto gestore.

4.1. Le controversie relative a concessioni di pubblici servizi.

La Corte, anzitutto, attribuisce alla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie relative alle concessioni di pubblici servizi, ad eccezione di quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi.

Si ritorna, in tal modo, all'ipotesi originariamente contemplata dall'art. 5 legge TAR, di cui si ribadisce il contenuto precettivo anche per quel che attiene al limite frapposto all'ampiezza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo rappresentato dalle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi.

In realtà, la Consulta fa riferimento alle controversie <<relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi>>, utilizzando, quindi, in sede di delimitazione della nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, una formulazione apparentemente più ampia di quella di cui all'art. 5 legge n. 1034 del 1971, che attribuiva alla cognizione del G.A. i <<ricorsi contro atti e provvedimenti relativi ai rapporti di concessione>>.

La differente formulazione potrebbe essere valorizzata al fine di superare definitivamente ogni residuo dubbio in merito all'ammissibilità, in tale ipotesi di giurisdizione esclusiva, di un giudizio amministrativo "a parti invertite", dove, cioè, la P.A. rivesta il ruolo di ricorrente ed il privato concessionario quello di resistente.

La possibilità, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di un giudizio amministrativo con il privato parte resistente si pone da tempo nel panorama dottrinale e giurisprudenziale. Giova rilevare, al riguardo, che uno degli argomenti invocati in passato dottrina per escludere, in materia di concessione di servizi pubblici, il giudizio amministrativo a parti invertite discendeva proprio dalla formulazione letterale dell'art. 5 che devolveva al G.A. i <<ricorsi *contro atti e provvedimenti* relativi ai rapporti di concessione>>.

In materia di pubblico impiego, del resto, il Consiglio di Stato⁶ aveva negato che il privato potesse assumere il ruolo di parte resistente proprio facendo leva sull'analogia formulazione letterale dell'art. 29, comma 1, r.d. n. 1054 del 1929, che pure fa riferimento <<ai ricorsi relativi al rapporto di p.i. prodotti dagli impiegati>>.

La nuova formulazione della norma che istituisce la giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici consente ora di ritenere definitivamente superato anche questo, in realtà

⁶ Cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 23 dicembre 1987, n. 991, in *Cons. Stato*, 1987, I, 1797.

debole, argomento letterale di segno opposto, ed apre definitivamente la stura ad un giudizio amministrativo con il privato parte resistente.

A parte questa notazione, per il resto non sembra che il differente tenore delle due disposizioni stia ad indicare una diversa ampiezza dell'ambito di cognizione riservato al G.A.⁷

Sarà così possibile tener conto, nell'esame delle singole questioni applicative che verranno sollevate dal nuovo testo dell'art. 33, degli indirizzi giurisprudenziali formati in sede di interpretazione dell'art 5 legge n. 1034 del 1971⁸.

4.1.1. Prime applicazioni giurisprudenziali in materia di concessioni di servizi pubblici.

Venendo alle prime applicazioni giurisprudenziali del nuovo testo dell'art. 33, si segnala la recente sentenza del Tar Lazio, sez. III-ter, 2 agosto 2004, n. 7571 che, applicando i principi espressi dalla Corte costituzionale, ha riconosciuto la giurisdizione amministrativa in una vertenza riguardante una disdetta di una subconcessione relativa ad un'area di servizio autostradale.

In tal modo, il Tar ha disatteso le difese articolate dai resistenti, secondo i quali le attività esercitate all'interno delle aree di servizio avrebbero carattere meramente commerciale e non presenterebbero alcun collegamento con il servizio pubblico di costruzione ed esercizio delle autostrade affidato in concessione.

Il Giudice capitolino, in particolare, ha affermato che "il contenzioso relativo alle procedure di affidamento in concessione della gestione di un'area di servizio autostradale, trattandosi di affidamento in (sub)concessione di un bene pubblico, nel cui ambito gli affidatari prestano a ben definite categorie di utenti un servizio pubblico consistente in attività specificamente individuate dalla legge, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo". Nella aree di servizio autostradale si svolge infatti un'attività strumentale e pertinente alla concessione della rete, qualificabile come (concessione di) pubblico servizio.

La sentenza del Tar merita particolare attenzione in quanto ha affermato la giurisdizione amministrativa nonostante la vertenza avesse ad oggetto la disdetta di una concessione e, quindi, un atto che secondo la dottrina prevalente ha natura privatistica e non

⁷ R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, cit., in particolare cfr. la nota 22).

⁸ Sul tema cfr., *amplius*, R. GIOVAGNOLI, *Il contenzioso in materia di servizi pubblici*, cit., 341 ss.

costituisce esercizio di un potere amministrativo. Secondo il Giudice romano, quindi, la giurisdizione amministrativa parrebbe estendersi anche agli atti di diritto privato, perché soltanto le vertenze in tema di canoni, corrispettivi ed altre indennità sarebbero sottratte alla giurisdizione esclusiva.

Fra le prime applicazioni del nuovo art. 33 in materia di concessione di servizi pubblici si segnala anche Tar Abruzzo, Pescara, 1° settembre 2004, n. 750⁹ che ha affermato la giurisdizione ordinaria su una controversia avente ad oggetto il pagamento di corrispettivi relativi ad una convenzione stipulata tra il consorzio ricorrente e l'ente locale resistente, per l'invio al depuratore di rifiuti prima dell'immissione in mare, e per la gestione del collettore e dei relativi impianti.

Ha precisato il TAR Abruzzo che, nella specie, nonostante la pregressa pronuncia del G.O. declinatoria della giurisdizione in favore del G.A. sulla medesima questione, e pur trattandosi di controversia appartenente al settore dei pubblici servizi e, quindi, in una materia attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, è pur sempre evidente che la questione esula, comunque, dai casi nei quali la pubblica amministrazione agisce nell'ambito del proprio potere autoritativo, trattandosi nella specie di una controversia rientrante, invece, in quei casi nei quali la pubblica amministrazione agisce come titolare di un rapporto di carattere privatistico con altro soggetto (nella specie un Consorzio).

In ogni caso, prosegue il Giudice abruzzese, anche ove volesse riconoscersi che la questione riguarda l'esplicazione di un potere autoritativo della pubblica amministrazione, l'art. 33, dopo la sentenza n. 204 del 6 luglio 2004, esclude dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie concernenti l'indennità, canoni ed altri corrispettivi.

In senso analogo, si registra una pronuncia del Tar Campania, 30 luglio 2004, n. 10909¹⁰, che ha dichiarato il difetto di giurisdizione su una controversia promossa nei confronti del Comune di Caserta dalla società concessionaria del servizio di smaltimento dei rifiuti per ottenere il pagamento di alcune fatture relative al servizio espletato.

Nell'affermare la giurisdizione ordinaria alla luce del nuovo testo dell'art. 33 che eccettua dalla giurisdizione esclusiva in materia di concessioni di servizi pubblici le controversie relative a canoni, indennità e altri corrispettivi, il Tar ha ritenuto irrilevante la circostanza che la fonte della pretesa non fosse un contratto, ma un provvedimento, "atteso che il dato decisivo, ai fini del riparto di giurisdizione, non è la fonte della posizione soggettiva, ma la natura della stessa. Gli effetti della richiamata pronuncia si riverberano

⁹ In www.lexitalia.it, 2004, n. 9

¹⁰ In www.lexitalia.it, 2004, n. 7-8.

anche sui giudizi in corso ancora non conclusi, non trovando applicazione il disposto di cui all'art. 5 c.p.c., attesa la retroattività della pronuncia della Consulta”.

Sempre del Tar Campania, infine, merita attenzione la sentenza, sez. I, 13 ottobre 2004, n. 13977¹¹, che ha declinata la giurisdizione su una controversia avente ad oggetto l'accertamento del diritto di credito vantato da un concessionario di un pubblico servizio (nella specie, consorzio intercomunale, per le attività di conferimento rifiuti) e la conseguente condanna della debitrice al pagamento delle relative fatture, atteso che detta controversia concerne “...*indennità, canoni ed altri corrispettivi*” inerenti il servizio pubblico di conferimento rifiuti, e per tale ragione, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario.

4.2. Le 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.

La Consulta, nella riscrittura dell'art. 33, ha riguardo, inoltre, alle 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.

L'intervento manipolativo è questa volta quanto mai criptico e di non agevole comprensione.

Per quanto concerne, in primo luogo, il riferimento ai provvedimenti amministrativi, non si può non rilevare che rispetto ad essi la previsione di una giurisdizione esclusiva appare superflua, atteso che di norma alla posizione giuridica del privato a fronte di un provvedimento amministrativo è di interesse legittimo, come tale già conoscibile dal G.A. in sede di giurisdizione generale di legittimità.

L'unico effetto che la previsione di una giurisdizione esclusiva in tale ambito pare avere è quello di devolvere al G.A. anche i cosiddetti diritti fondamentali, tradizionalmente ritenuti non affievolibili dai provvedimenti amministrativi, oppure le fattispecie di provvedimenti adottati in carenza di potere¹².

¹¹ In www.lexitalia.it, 2004, n. 10.

¹² Sul riparto tra G.A. e G.O. in base al criterio della *causa petendi* e, in particolare, sulle questioni connesse al riparto della giurisdizione in caso di provvedimenti emanati in carenza di potere diritti fondamentali o a fronte di diritti soggettivi fondamentale, come tali non degradabili dal potere amministrativo v., per tutti, F. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, II Edizione, Milano, 2004 (in corso di stampa).

Alcuni Autori, fra i casi in cui il diritto soggettivo sopravvive a fronte del provvedimento amministrativo menzionano anche i provvedimenti vincolati, sul presupposto che in tal caso il rigido vincolo posto all'esercizio del potere pubblico non consenta di ammettere l'effetto degradatorio da diritto ad interesse legittimo.

Si tratta, tuttavia, di una affermazione non del tutto condivisibile atteso che, secondo la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. Plen., 5 luglio 1999, n. 18), in presenza di attività vincolata della P.A. non è automatico il riconoscimento del carattere di diritto soggettivo alla posizione individuale coinvolta, dovendosi distinguere a secondo che il vincolo all'esercizio del potere sia posto nell'interesse del singolo o nell'interesse pubblico. Solo nel primo caso, l'adozione dell'atto amministrativo non ha effetto degradatorio, dovendosi, invece, nel secondo caso riconoscere, pur a fronte di un atto vincolato, l'esistenza di una posizione di interesse legittimo.

Una parte della dottrina¹³, applicando alla sentenza i canoni interpretativi della legge, ha cercato di dare un significato più ampio all'espresso riferimento che la sentenza n. 204 del 2004 fa ai provvedimenti amministrativi.

Si è affermato, in particolare, che se la Corte ha sentito l'esigenza di circoscrivere la giurisdizione esclusiva a queste fattispecie, lo ha fatto perché ha considerato quantomeno come possibile una qualificazione delle situazioni soggettive confrontabili con i detti provvedimenti in termini di diritto soggettivo. In quest'ottica, il *dictum* della Corte, lungi dall'essere tautologico, avrebbe una sua "utilità", agevolando l'individuazione della giurisdizione in tutti quei casi in cui, pur a fronte di un provvedimento amministrativo, risulti problematica la qualificazione in termini di diritto o interesse della posizione del privato.

Secondo questa tesi, quindi, <<se e nei termini in cui possa configurarsi un atto a contenuto sostanzialmente provvedimentale espressione di un potere pubblico, al cospetto del quale emergano situazioni soggettive di incerta qualificazione, non vi sarebbe motivo di disputare sulla loro esatta identità, perché il collegamento con la materia del servizio pubblico sarebbe sufficiente a fondare la giurisdizione esclusiva del g.a>>¹⁴. Si fa l'esempio degli atti con i quali l'amministrazione, applicando la legge n. 241 del 1990, provveda alla scelta di un socio privato per la costituzione di una società mista affidataria della gestione di un servizio pubblico, oppure agli atti di nomina o revoca degli amministratori.

Sotto un diverso profilo, invece, si è rilevato che nel <<ragionamento della Corte non si evince che nella giurisdizione esclusiva il diritto soggettivo debba essere contrapposto al

¹³ F. CINTIOLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴ F. CINTIOLI, *op. loc. ult. cit.*

potere; occorre, invece, che si tratti di una materia in cui sia presente necessariamente un potere amministrativo (esercitato, per il perseguimento della funzione, in forma autoritativa o anche con l'uso di moduli consensuali, direttamente dalla p.a. o da altri soggetti ad essa equiparati, come i gestori di pubblici servizi) e, di fronte ad esso, vi sia un interesse legittimo; insieme a questo – e strettamente connessi ad esso – vi possono essere diritti soggettivi¹⁵. Potrebbe accadere, in altri termini, che pur operando l'Amministrazione come autorità – ed essendo, in tale veste, sottoposta alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo – vengano, comunque, in considerazione delle controversie relative a diritti soggettivi, le quali, in base al *dictum* della Consulta, andrebbero devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A.

Ebbene, pur riconoscendo che lo spirito della sentenza n. 204 è quello di circoscrivere la giurisdizione esclusiva a quelle situazioni in cui diritti soggettivi sono strettamente intrecciati ad interessi legittimi, come può verificarsi appunto in quelle materie in cui viene in rilievo la pubblica amministrazione-autorità, è, tuttavia, difficile negare che il riferimento ai provvedimenti amministrativi come criterio di perimetrazione della nuova giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici sia certamente di difficile comprensione, in quanto, inteso letteralmente, svuota di significato la giurisdizione esclusiva, rendendola, come è stato osservato, un inutile doppione della giurisdizione di legittimità¹⁶.

Non del tutto chiaro appare anche il richiamo che la Corte fa, per perimetrare la nuova giurisdizione esclusiva, alla legge n. 241 del 1990.

Il riferimento alla legge sul procedimento amministrativo, infatti, risulta, a seconda dell'opzione teorica che si ritenga di seguire in merito al campo di applicazione di tale normativa, o tautologico o irragionevole.

In particolare, se, come appare preferibile, si ritiene che la legge n. 241 del 1990 si applichi, almeno nelle sue disposizioni di principio, a tutti i procedimenti amministrativi, il criterio introdotto dalla Corte non avrebbe alcuna reale capacità selettiva e, quindi, anche sotto questo profilo, la norma si presenterebbe, ancora una volta tautologica¹⁷.

Se, invece, come sembra desumersi, argomentando *a contrario*, dalla sentenza della Corte, si opina nel senso che la legge n. 241 del 1990 non abbia una generale applicazione, si

¹⁵ P. DE LISE, *I nuovi confini della giurisdizione esclusiva*, Intervento all'Incontro di studio organizzato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre il 20 ottobre 2004, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁶ M.A. SANDULLI, *Le nuove frontiere della giustizia amministrativa tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Relazione all'Incontro di studio organizzato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre il 20 ottobre 2004, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁷ Cfr. L. TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale*, Intervento all'Incontro di studio organizzato da M.A. Sandulli su *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Roma, 20 ottobre 2004, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Roma Tre.

giunge alla conclusione secondo cui il nuovo art. 33 impone di distinguere, ai fini del riparto della giurisdizione, tra i procedimenti disciplinati da tale legge e gli altri procedimenti amministrativi.

Accogliendo questa interpretazione, tuttavia, la norma scritta dalla Corte presenterebbe evidenti elementi di irrazionalità.

Pur in presenza di un *agere* del soggetto pubblico procedimentalizzato e, dunque, di fattispecie in cui la pubblica amministrazione agisce come autorità, la giurisdizione esclusiva dovrebbe essere affermata o negata in base al dato meramente estrinseco e formale dell'applicabilità o meno della legge n. 241 del 1990.

Ancor meno convincente appare, il riferimento ai provvedimenti emanati, sempre ai sensi della legge n. 241 del 1990, dai soggetti gestori di servizio pubblico. Alla gestione dei pubblici servizi, infatti, sono non di rado preposti soggetti giuridici a natura privata, la cui assoggettabilità alla sfera di efficacia della legge n. 241/1990 non è affatto scontata, tanto più se si considera che la stessa legge prende in considerazione indistintamente i gestori di pubblico servizio al solo art. 23 (come modificato dall'art. 4, legge n. 265/1999) in sede di identificazione dei soggetti tenuti all'osservanza della disciplina in tema di ostensione¹⁸.

A diverse conclusione giunge, tuttavia, una autorevole dottrina la quale rileva come i principi della legge n. 241 del 1990 <<hanno in più occasioni mostrato una certa qual attitudine espansiva, costituendo il decalogo delle garanzie e delle forme cui deve sottostare ogni tipo di autorità nel suo dispiegarsi per la tutela di interessi pubblici. [...] Sicché, qualora questi soggetti, per scelta comunitaria o nazionale, fossero riconosciuti come effettivamente sottoposti ai principi in esame, potrebbero allora vedersi i presupposti per dare attuazione a questa misurata valvola di apertura predisposta dalla sentenza>>¹⁹. In quest'ottica, il generico riferimento fatto dalla sentenza ai provvedimenti dei gestori potrebbe tornare utile per includere nell'area della nuova giurisdizione esclusiva alcune controversie che vedano questi soggetti esercitare i loro poteri in una posizione di sostanziale supremazia nei confronti dei destinatari. Si pensi, ad esempio, alla risoluzione dei conflitti che insorgano tra più imprese che fruiscono della medesima rete, ovvero all'adozione di misure finalizzate ad assicurare continuità e qualità al servizio universale.

E' stato, tuttavia, altrettanto autorevolmente replicato che <<l'ambito di operatività della legge n. 241/1990 è espressamente riferito (cfr. artt. 1, 2, 4, 5, 7, 8, 14, 15, 16) alle sole amministrazioni, non anche a gestori privati di attività a connotazione pubblica: del resto,

¹⁸ Sul tema, v., per tutti, ancora R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione esclusiva*, cit.

¹⁹ F. CINTIOLI, *op. loc. ult. cit.*

l'unico riferimento ai gestori, contenuto nell'art. 23, legge n. 241/1990, e peraltro inserito solo dalla legge n. 265/1999, potrebbe essere agevolmente inteso come conferma *a contrario* della non inclusione degli stessi nell'ambito di operatività della disciplina dettata dalla legge n. 241/1990 al di fuori della materia relativa all'accesso agli atti²⁰.

4.3. Le controversie relative all'affidamento del servizio.

La Corte conserva al G.A. anche le controversie in materia di affidamento di un pubblico servizio.

Il riferimento generico all'affidamento dei servizi pubblici, senza ulteriore specificazione, consente di svincolare la giurisdizione esclusiva dall'esistenza del titolo concessorio. Si tratta di una soluzione opportuna, in considerazione anche del fatto che la concessione è ormai un istituto recessivo nel sistema di affidamento dei servizi pubblici. Emblematica, in tal senso, è la nuova disciplina sull'affidamento dei servizi pubblici locali, introdotta con l'art. 14 della legge 24 novembre 2003, n. 326, che, riformulando l'art. 113 d.lgs. n. 257 del 2000, non menziona più, la concessione tra le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica.

Non sarà facile, tuttavia, individuare con precisione la tipologia di controversie relative all'affidamento del servizio. Tra queste devono senz'altro quelle che coinvolgono la procedura selettiva e le modalità con cui la stessa è gestita, quelle nelle quali si discute della omessa osservanza dell'obbligo di gara e dell'affidamento diretto del servizio, nonché, ancora, quelle, che, pur non inerendo direttamente all'affidamento del servizio, attengono ad attività che, successive all'avvio del rapporto tra amministrazione e gestore del servizio, sono tuttavia destinate ad incidere in senso modificativo sulle originarie condizioni che regolano quel rapporto stesso.

Fra le prime pronunce chiamata ad applicare il nuovo testo dell'art. 33, nella parte in cui si riferisce alle controversie in materia di affidamento del servizio, merita attenzione Tar Lazio, Latina, sentenza 20 luglio 2004, n. 645²¹, che ha dichiarato il difetto di giurisdizione del G.A. con riferimento ad una controversia avente ad oggetto la domanda di condanna al pagamento di somme avanzata da un comune nei confronti di un altro comune, dal quale il primo aveva avuto in affidamento il servizio di trasporto, refezione e fornitura di libri di testo

²⁰ R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione esclusiva*, cit.

²¹ In www.lexitalia.it, 2004, n. 7-8

in favore di alunni frequentanti la scuola dell'obbligo nel territorio del ricorrente, ma residenti nel comune resistente.

Nella specie, il Tribunale ha ritenuto che, pur essendo il rapporto fra i due comuni configurabile come "affidamento di un pubblico servizio", e come tale riconducibile alla giurisdizione esclusiva del G.A. anche in seguito alla sentenza n. 204/04, tuttavia quest'ultima abbia voluto escludere dall'ambito di tale giurisdizione gli eventuali inadempimenti contrattuali consistenti nella violazione delle clausole contenute nella relativa convenzione

4.4. Le controversie relative alla vigilanza e al controllo.

La sentenza della Consulta lascia, infine, intatta la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie relative alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché per quelle afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare.

Si ripropongono, quindi, i principali problema interpretativi sollevati dal riferimento in esame: essi sono, per un verso, quelli legati alla giurisdizione sulla domanda risarcitoria proposto contro la p.a. (ad es. Consob) per omessa vigilanza nei confronti del soggetto gestore e, per un altro, quelli nascenti dal suo coordinamento con le discipline di settore volte a radicare in talune ipotesi la giurisdizione del G.O. E' quanto si verifica, in particolare, in relazione alle impugnazioni delle ordinanze-ingiunzione adottate nell'esercizio del potere di vigilanza.

4.4.1. La giurisdizione sulla responsabilità della Consob per omessa vigilanza.

Il problema della giurisdizione sulla responsabilità della Consob per omessa vigilanza era stato affrontato, nel vigore del precedente testo dell'art. 33 d.lgs. n. 80/1998, da Cass. Sez. Un. n. 6719 del 2003²².

La Corte, pur riconoscendo che la controversia in questione rientra nella materia dei servizi pubblici, aveva tuttavia affermato la giurisdizione del G.O. facendo leva sull'eccezione contenuta nell'art. 33, comma 2 lett. e) dei rapporti individuali di utenza. Sul legge in particolare nella motivazione della sentenza: *"la ragione per cui un tal tipo di*

²² In *Urb. e app.*, 2003, n. 10, 1359, con nota di R. GIOVAGNOLI, *Riparto di giurisdizione in materia di servizi pubblici: rapporti individuali di utenza e le controversie meramente risarcitorie.*

controversie resta [...] alla giurisdizione ordinaria e non è devoluta alla giurisdizione esclusiva, pur se si genera nell'area delle attività riconducibili alla nozione di pubblico servizio, è da vedere [...] nel fatto che il risarcimento non si presenta come mezzo di completamento della tutela, in casi in cui l'utente attende dal titolare del servizio la soddisfazione di un suo interesse non realizzato, ma è l'unico mezzo di tutela che l'ordinamento offre a soggetti rimasti danneggiati per colpa del titolare del servizio, in occasione dell'esercizio di poteri e dello svolgimento dell'attività in cui il pubblico servizio si risolve".

Quella conclusione sembra tuttavia oggi difficilmente sostenibile alla luce della sentenza n. 204/2004. Come si è già ampiamente rilevato, infatti, la Corte costituzionale nel riscrivere l'art. 33 d.lgs. n. 80 del 1998, per un verso, ha confermato la giurisdizione esclusiva per le controversie relative alla vigilanza sul credito, ma, per un altro, dichiarando incostituzionale l'intero comma 2 dell'art. 33, ha finito per eliminare anche l'"eccezione" prevista dalla lett. e) di tale comma (che escludeva appunto dalla giurisdizione esclusiva le controversie meramente risarcitorie e i rapporti individuali di utenza con soggetti privati).

Orbene, venuto meno il limite delle controversie risarcitorie, cade, evidentemente, il principale argomento che le Sezioni Unite della Cassazione avevano utilizzato nella sentenza n. 6719 del 2003 per radicare in capo al G.O. la controversia intentata dai risparmiatori contro la Consob²³.

Sotto questo profilo, quindi, la sentenza della Corte costituzionale finisce, paradossalmente, per avere un effetto addirittura ampliativo della giurisdizione amministrativa in materia di servizi pubblici. Del resto, la giurisdizione esclusiva sulle controversie in materia di risarcimento del danno per omessa vigilanza sembra rispettare i requisiti di costituzionalità imposti dalla sentenza n. 204 del 2004, e segnatamente: a) incidenza su situazioni soggettive circoscritte in un ambito determinato e connotate da un'effettiva presenza di interessi legittimi; b) esistenza e apprezzabilità nel settore ritagliato in esclusiva per il giudice speciale, di una diffusa manifestazione di autorità (la vigilanza, appunto) avente caratteri funzionali omogenei²⁴.

²³ In tal senso cfr., per tutti, R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione esclusiva*, cit.

²⁴ Ricava dalla sentenza n. 204 del 2004 queste condizioni di costituzionalità della giurisdizione esclusiva F. CINTIOLI, *la giurisdizione piena*, cit., 4.

4.4.2. La giurisdizione in materia di sanzioni adottate nell'esercizio dei poteri di vigilanza.

L'espressa previsione – confermata dalla Corte costituzionale – di una giurisdizione esclusiva del G.A. per quanto attiene alla “*vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare*”, nonché in materia di “*vigilanza e controllo nei confronti del gestore*”, fa nascere delicati problemi di coordinamento con quelle discipline di settore che prevedono, in materia di sanzioni adottate nell'esercizio di vigilanza, la giurisdizione del giudice ordinario: è quanto si verifica, come si accennava, in relazione all'impugnazione delle ordinanze-ingiunzioni per le quali la legge n. 689/1981 prevede la giurisdizione (esclusiva) del giudice ordinario.

Ai fini della risoluzione della questione, occorre prima stabilire se la potestà sanzionatoria rientri o meno nella funzione di vigilanza²⁵. E', infatti, evidente che se non si riconduce la potestà sanzionatoria all'attività di vigilanza, rimanendo le due funzioni distinte, ben si potrebbe affiancare alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo quella del giudice ordinario.

Se viceversa l'attività sanzionatoria si considera un'articolazione di quella di vigilanza, non si può non ritenere che la giurisdizione del giudice amministrativo abbia carattere assorbente. In quest'ultimo senso si è recentemente espressa la Commissione di studio istituita dai Presidenti della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato per l'approfondimento dei problemi di maggiore rilievo in tema di riparto di giurisdizione²⁶. Nella Relazione di sintesi dei lavori della Commissione si legge, infatti: “*l'espressa menzione della vigilanza e controllo estende la previsione di giurisdizione esclusiva alle sanzioni (si veda l'art. 9 d.lgs. 259/2003 – codice delle comunicazioni elettroniche)*”.

4.4.3. La tesi favorevole alla giurisdizione ordinaria.

²⁵ Cfr. V. PARISIO, “*Servizi afferenti alla vigilanza sul credito*”, attività sanzionatoria e controllo giurisdizionale, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 164.

²⁶ La Commissione di studio, formata dai componenti designati dal Primo Presidente della Corte di cassazione (Presidente Mario Delli Priscoli, Consiglieri Ernesto Lupo, Stefano Maria Evangelista e Pasquale Picone) e dai componenti designati dal Presidente del Consiglio di Stato (Presidenti Mario Egidio Schinaia e Pasquale de Lise, Consiglieri Francesco Caringella e Paolo Troiano), si è riunita nel corso di sette sedute, comprese nel periodo maggio-dicembre del 2003, ciascuna preceduta da relazioni preparatorie sull'ordine del giorno coordinato con i temi discussi delle sedute precedenti.

L'oggetto dell'incarico di studio era limitato alle questioni di riparto delle giurisdizioni, da enucleare in base ai criteri dalla rilevanza e della difficoltà di risoluzione, come desunti dalle indicazioni provenienti dal dibattito giurisprudenziale e scientifico apertosi soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della l. 205/2000.

I risultati delle discussioni sono riportati in una *Relazione di sintesi*, redatta a cura dei Consiglieri Picone e Caringella

Un'interpretazione contraria alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di vigilanza era stata, invece, offerta dalle Sezioni Unite²⁷, le quali avevano affermato la giurisdizione del G.O. sulle opposizioni alle sanzioni inflitte dalla Consob ai promotori finanziari che avessero violato le disposizioni di cui alla legge n. 1 del 1991 (successivamente sostituite da quelle di cui ai dd.lgs. n. 415/1996 e n. 58/1998).

Secondo tale lettura, in particolare, detta competenza spetta all'autorità giudiziaria ordinaria, quale che sia la natura della sanzione concretamente irrogata, non potendosi legittimamente ritenere che la giurisdizione dell'A.G.O. sia limitata alla sola ipotesi di sanzione pecuniaria.

Analoga interpretazione era accolta dal T.A.R. Liguria nella sentenza 15 aprile 1999, n. 181²⁸, resa su ricorso volto ad impugnare l'ordinanza con cui il Presidente della Provincia di La Spezia aveva ingiunto al direttore della centrale ENEL di zona il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, a seguito della realizzazione di una discarica ritenuta abusiva, atteso lo stoccaggio, in assenza della prescritta autorizzazione, di enormi quantità di ceneri umide derivanti dal funzionamento della centrale stessa. In questa decisione, in particolare, si è sostenuto che la vigilanza e il controllo costituiscono soltanto il presupposto della sanzione, la quale deve considerarsi espressione di un diverso potere, punitivo e sanzionatorio, oggetto di cognizione esclusiva del giudice ordinario.

4.4.4. La tesi che afferma la giurisdizione del g.a.

La tesi che afferma la giurisdizione ordinaria è stata, tuttavia, respinta dalla giurisprudenza più recente.

Con specifico riferimento alle sanzioni in materia di credito e mercato mobiliare, ad esempio, in senso favorevole alla giurisdizione amministrativa, si segnala Consiglio di Stato, sez. VI, 13 maggio 2003, n. 2533, che ha ritenuto ormai superata la competenza esclusiva e funzionale della Corte d'Appello in materia di sanzioni amministrative irrogate dal Ministro

²⁷ Cass., SS.UU., 11 luglio 2001, n. 9383 (conferma Trib. La Spezia, 27 novembre 1999), in *Giur. civ. comm.*, 2002, 470, con commento di A. MAZZONI; nonché in *Giust. civ.*, 2002, I, 433.

²⁸ La sentenza è pubblicata su *Urb. e app.*, 1999, 1333, con nota critica di R. CARANTA, *Impugnazione di provvedimenti sanzionatori e limiti della nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*.

dell'Economia su proposta della Banca d'Italia prevista dall'art. 145 del d.lgs. n. 385 del 1993, (“Testo Unico delle leggi bancarie e creditizie”)²⁹.

La decisione appena citata, relativa ad alcune sanzioni amministrative inflitte ai componenti del Consiglio di Amministrazione di una Banca, ha considerato artificiosa la distinzione tra attività di vigilanza, attratta nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e attività sanzionatoria, rimessa alla giurisdizione del giudice ordinario, essendo quest'ultima “intimamente connessa all'attività di vigilanza, posto che costituisce null'altro che il momento di effettività di tale attività, volta ad assicurare, nel superiore interesse pubblico, il corretto esercizio delle funzioni bancarie e creditizie da parte dei soggetti preposti”.

La sentenza evidenzia, inoltre, come la novella apportata dalla legge n. 205/2000 all'art. 33 del d. lgs. n. 80/1998, abbia ritenuto di modificare, l'originaria più generica espressione “*servizi...affidenti al credito*” in quella più puntuale di “*servizi...affidenti alla vigilanza sul credito*”. Ed allora, se una funzione amministrativa – quale è quella di vigilanza sulle banche – viene qualificata dal legislatore, *ex professo*, come “pubblico servizio”, ne consegue che, in questo ambito, devono essere attratte tutte le fasi di realizzazione di tale funzione, ivi comprese non solo quelle rivolte alla rilevazione di eventuali infrazioni alle regole da osservarsi dagli enti autorizzati all'attività creditizia, ma anche (e soprattutto) quelle dirette, attraverso la repressione dei comportamenti scorretti, alla dissuasione (e, quindi, alla prevenzione) del reiterarsi di comportamenti siffatti e, in definitiva, a presidiare l'interesse pubblico all'ordinato svolgimento di detta attività

Ad ulteriore sostegno di tale posizione il Consiglio osserva come una siffatta collocazione sistematica abbia trovato, anche l'autorevole avallo della Corte costituzionale la quale ha avuto modo di sottolineare la particolarità del momento sanzionatorio *de quo*, in quanto “direttamente inerente alla vigilanza sul corretto esercizio dell'attività da parte degli enti autorizzati allo svolgimento dell'attività bancaria” (cfr. Corte Cost., 24 febbraio 1999, n. 49).

E' vero – precisano i Magistrati di Palazzo Spada – che tale affermazione è stata effettuata per giustificare, all'epoca, la specialità della giurisdizione della Corte di appello di Roma nell'ambito di quella ordinaria, ma il suo valore concettuale resta immutato una volta che l'intera area della vigilanza sul credito sia stata devoluta dal legislatore alla giurisdizione

²⁹ Sul tema cfr. da ultimo, a favore della giurisdizione amministrativa cfr. I. BORRELLO, *Il controllo del credito*, in S. CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, tomo III, *I servizi pubblici. Finanza pubblica e privata*, Milano, 2003, 2870; F. CASTIELLO, *La giurisdizione sulle sanzioni bancarie passa ai T.A.R. e al Consiglio di Stato*, in *Bancaria*, 2001, 39 ss.

esclusiva del giudice amministrativo, dovendosi, oltre tutto, ritenere incoerente con tale volontà di concentrazione, lo smembramento delle controversie scaturenti dalla vigilanza sul credito, in ragione della distinzione tra la fase di accertamento e quella di repressione dei comportamenti infrattivi³⁰.

Nello stesso senso, sulla medesima fattispecie delle sanzioni inflitte dal Ministro dell'Economia, su proposta della Banca d'Italia, ai componenti del consiglio di amministrazione di una banca, si era già pronunciato il T.A.R. Lazio, con sentenza, sez. I, 7 settembre 2001, n. 7235³¹. Anche il T.A.R. aveva opinato a favore della giurisdizione amministrativa sulla base della considerazione secondo cui l'irrogazione di sanzioni "deve essere considerata come un momento della vigilanza sul credito", da intendere come inscindibilmente comprensiva, oltre che dei profili istruttori, ispettivi, permissivi e regolamentari dei quali si occupano gli art. 51 e ss. T.U.B., anche di quello sanzionatorio.

La giurisdizione amministrativa è stata affermata anche con riferimento alle sanzioni irrogate in materia di intermediazione finanziaria ai sensi degli artt. 195 e 196 T.U.F.

Nel senso della giurisdizione amministrativa in caso di sanzione interdittiva applicata dalla Consob nei confronti di un promotore finanziario, si è espresso, ad esempio, il T.A.R. Lazio, la sentenza sez. I, 21 giugno 2002, n. 5678³².

Il Tribunale, pur dando atto della sentenza n. 9383 dell'11 luglio 2001 con cui la Corte di Cassazione, pronunciandosi sull'impugnativa di delibere Consob di contenuto sanzionatorio, ha riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario, ritiene, nel caso di specie, di dover affermare la propria giurisdizione.

Innanzitutto, si legge nella sentenza, l'applicazione di una sanzione interdittiva implica, a differenza dell'applicazione di una sanzione pecuniaria, l'esercizio di una potestà discrezionale perché occorre tener conto non solo dell'interesse individuale del promotore finanziario che viene sanzionato, ma anche dell'interesse generale del mercato ad essere protetto dalla presenza del promotore stesso, onde la posizione di quest'ultimo va qualificata come interesse legittimo, con conseguente giurisdizione – in base al criterio generale di riparto – del giudice amministrativo.

³⁰ Per una disamina dettagliata della sentenza e delle difese sollevate nel caso di specie dalla Banca d'Italia a sostegno della giurisdizione ordinaria sia consentito rinviare ancora a R. GIOVAGNOLI, *Il contenzioso*, cit., 293 ss.

³¹ In *Trib. amm. reg.*, 2002, 369 ss., con nota di A. TRAVI, *La giurisdizione amministrativa per le sanzioni previste dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*; in *Foro it.*, 2001, III, 94, con nota di F. FRACCHIA, nonché in *Corr. giur.*, 2002, n. 4, 502, con nota di A. DI AMATO, *Sanzioni agli esponenti aziendali di banche e imprese di investimento e problemi di giurisdizione*.

³² In *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 2359.

In contrario, osserva il T.A.R., non appare decisivo il richiamo alla legge 24 novembre 1981 n. 689 contenuto nell'art. 196, comma 3, del d.lgs 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.). Trattandosi di un testo di mero coordinamento delle disposizioni già vigenti in materia di mercati finanziari il suo significato va desunto da quello dell'art. 45 del decreto legislativo 23 luglio 1996 n. 415, che richiamava la legge n. 689 del 1981, solo in relazione alle sanzioni pecuniarie, e non anche alle sanzioni interdittive.

Del resto, prosegue la sentenza, un'interpretazione dell'art. 196, comma 3, del d.lgs. n. 58 del 1998, che attribuisca al richiamo della legge n. 689 del 1981 una portata più ampia di quella contenuta nell'art. 45 del d.lgs n. 415 del 1996, renderebbe incostituzionale la prima disposizione per eccesso di delega rispetto a quanto consentito dalla norma delegante (art. 8 l. 6 febbraio 1996 n. 52). E', quindi, da seguire – conclude il Tribunale – perché conforme alla delega, l'interpretazione restrittiva del citato art. 196, comma 3, con la conseguenza che la giurisdizione rispetto alle sanzioni disciplinari interdittive nei confronti dei promotori finanziari appartiene al giudice amministrativo.

Infine, nel senso della sussistenza della giurisdizione del G.A. sulle sanzioni amministrative in materia di intermediazione finanziaria, irrogate dal Ministero dell'Economia, su proposta della Banca d'Italia o della Consob, si segnala anche la decisione Corte d'appello di Napoli, sez. I, 5 luglio 2001³³.

La Corte d'appello preliminarmente rileva che è certamente singolare che l'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998 abbia individuato il giudice (ossia quello amministrativo) avente la giurisdizione sull'opposizione avverso il provvedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative da parte del Ministro del Tesoro, in maniera diametralmente opposta rispetto all'art. 195 d.lgs. n. 58 emanato appena un mese prima, il 24 febbraio 1998. Di tale anomalia, tuttavia, prosegue la sentenza, non può farsi carico il giudice, essendo pacifico che il legislatore non è soggetto ad alcun vincolo o limite temporale per modificare le leggi ovvero per abrogarle ed introdurne nuove nell'ordinamento, le quali vanno di conseguenza applicate non appena venute ad esistenza.

Neppure si pone un problema di rapporto tra legge speciale e legge generale, dovendosi anzi ritenere che con il d.lgs. n. 80 e con la legge n. 205 il legislatore abbia voluto introdurre un nuovo e generale assetto della giurisdizione in determinate materie. Non è quindi condivisibile, secondo la Corte napoletana, l'assunto del Ministero e della Banca d'Italia secondo cui “il d.lgs. n. 80/98 non ha interamente regolato la materia oggetto del

³³ In *Corr. giur.*, 2002, 500, con nota di A. DI AMATO, *Sanzioni agli esponenti aziendali di banche e imprese di investimento e problemi di giurisdizione*

d.lgs. n. 58/98, essendosi limitato a stabilire un diverso assetto del riparto di giurisdizione rispetto a fattispecie non regolate da leggi speciali”.

Secondo il giudice d'appello tale argomento non è decisivo: in primo luogo, infatti, è da dimostrare che l'art. 195 T.U.F. costituisca “norma speciale”, posto che esso è inserito in un provvedimento normativo, ossia il d.lgs.n. 58 del 1998, che disciplinando l'intera materia del mercato mobiliare ha carattere di legge generale. Inoltre, prosegue la sentenza, anche la norma speciale ben può essere abrogata da una legge posteriore, che, come nella specie, disciplini, *ex novo*, l'intera materia sotto il profilo processuale.

Né può essere accolta l'argomentazione concernente il mancato richiamo delle sanzioni nella nuova normativa, che, secondo la tesi della Banca d'Italia e del Ministero, comporterebbe la devoluzione al giudice amministrativo di tutta la materia della “vigilanza” con esclusione dell'irrogazione delle sanzioni stesse. Tale argomento, secondo la Corte, è palesemente infondato, “potendosi, ed anzi dovendosi, affermare l'opposto, ossia che in mancanza di deroghe ed eccezioni specifiche, che il legislatore della novella non ha voluto introdurre espressamente, la devoluzione al giudice amministrativo dell'intera materia concernente la vigilanza non può che essere totale ed esaustiva e non è possibile per l'interprete introdurre eccezioni al nuovo sistema normativo, sulla base di mere deduzioni tendenti a creare deroghe niente affatto contemplate dalla norma”.

4.4.5. L'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 5 del 2003 stabilisce la giurisdizione ordinaria sulle sanzioni in materia creditizia e di mercato mobiliare.

Una siffatta interpretazione, favorevole alla giurisdizione amministrativa sulle sanzioni in materia bancaria e creditizia, risultava del tutto condivisibile. Essa, infatti, rendeva coerente ed omogeneo il sistema normativo che già include nella giurisdizione esclusiva le sanzioni di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 33 legge n. 287 del 1990), della Autorità per i servizi di pubblica utilità (art. 1, comma 25, legge n. 481 del 1995) e dell'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni (art. 1, comma 26, l. n. 249 del 1997).

Del resto, anche nel settore assicurativo, strettamente contiguo a quello creditizio e mobiliare, l'art. 6, legge n. n. 57 del 2001 ha introdotto una disposizione puntuale che devolve al giudice amministrativo i giudizi relativi alle opposizioni a sanzioni amministrative.

Sempre a riprova della fondatezza della scelta operata a favore della giurisdizione amministrativa, può anche osservarsi come nel vigore della regola di giurisdizione fissata

dall'art. 195 TUF e 145 TUB, sia la giurisprudenza che la dottrina rilevavano che la devoluzione alla Corte d'appello dei procedimenti di opposizione alle sanzioni amministrative a carico di esponenti aziendali di intermediari finanziari e bancari rispondesse all'esigenza di garantire una adeguata specializzazione dell'ufficio giudiziario in materie contraddistinte da un elevato grado di complessità tecnica³⁴. Nel rinnovato contesto normativo, infatti, quelle stesse esigenze di specializzazione avrebbero imposto di concentrare presso il giudice amministrativo l'insieme delle controversie aventi ad oggetto le sanzioni inflitte dalle Autorità amministrative indipendenti ai soggetti che operano nei settori alla cui regolazione esse sono preposte.

L'orientamento giurisprudenziale al quale si è fatto ora cenno non è stato, tuttavia, condiviso dal legislatore che, proprio in occasione della recente riforma del diritto societario, con l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 5 del 2003, ha ripristinato la competenza esclusiva della Corte d'appello di Roma, sia per le sanzioni in materia creditizia che per quelle in materia di mercato mobiliare. In base a tale norma, invero, *“restano ferme tutte le norme sulla giurisdizione. Spettano esclusivamente alla corte d'appello tutte le controversie di cui agli articoli 145 decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e 195 decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58”*.

In tal modo, il legislatore delegato ha dato attuazione all'art. 12 della legge-delega 3 ottobre 2001, n. 366, che affidava al governo il compito di *“emanare norme che, senza modifiche della competenza per territorio e per materia, siano dirette ad assicurare una più rapida ed efficace definizione dei procedimenti nelle [...] materie disciplinate dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, e dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni”* (comma 1), dettando regole processuali che *“possano prevedere [...] l'attribuzione di tutte le controversie nelle materie di cui al comma 1 al tribunale [civile] in composizione collegiale, salvo ipotesi eccezionali di giudizio monocratico [...]”* (comma 2).

La previsione in esame è stato oggetto di vivaci critiche che ne hanno evidenziato, soprattutto, la contraddittorietà rispetto alla scelta, compiuta meno di due anni prima, di devolvere al G.A., in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie in materia di vigilanza sul

³⁴ Cfr. Cass. 4 febbraio 1997, n. 643; Cass. 25 maggio 1994, n. 5107, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, II, 281. In dottrina cfr. A. DI AMATO, *Sanzioni agli esponenti aziendali*, cit., 509; M. CONDEMI, *sub art. 195*, in C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Il testo unico della intermediazione finanziaria – Commentario*, Milano, 1998, 1067; F. CAPRIGLIONE, *Art. 195*, in G. ALPA, F. CAPRIGLIONE, *Commentario al T.U. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Padova, 1998, III, 1758; F. MERUSI, *La redazione del Testo Unico bancario: problemi di tecnica legislativa*, in *Banca, impresa, società*, 1993, n. 1, 38.

credito e sui mercati mobiliari. Il disappunto che la nuova norma ha suscitato fra gli operatori del settore traspare chiaramente anche dalle parole pronunciate all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2004, dal Presidente del T.A.R. Lazio: *“Inopinatamente, – e non erano ancora passati due anni – in diametrale controtendenza rispetto alle scelte fondamentali fatte con la legge 205, un intervento del legislatore delegato (art. 1 del d. lgs. 17.1.2003 n. 5) ha fatto marcia indietro, stabilendo che il contenzioso sulle sanzioni pecuniarie previste dal testo unico delle legge bancarie sia devoluto al giudice ordinario, scindendolo così da “tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito” (art. 33 del d. lgs. n. 80 del 31 marzo 1998, come sostituito dall’art. 7 della legge n. 205), rientranti nella giurisdizione, anche esclusiva, del giudice amministrativo. Si riapre così quella divaricazione che il legislatore aveva da poco finalmente ricomposto e risorge con essa la possibilità di valutazioni incomplete, divergenti e contrastanti, tanto più che tra esse non c’è pregiudizialità. Oltre tutto il giudice amministrativo – che la dottrina, dopo la concentrazione di giurisdizioni, ha definito giudice naturale dell’interesse pubblico nell’economia- è di straordinaria prontezza nella definizione dei giudizi concernenti le Autorità indipendenti (tra cui va annoverata la Banca d’Italia), come di tutti quelli cui l’art. 23 bis della legge 205 attribuisce la precedenza. Una velocità prima non conosciuta dalla giustizia, ordinaria e amministrativa, né di questo Paese né –ch’io sappia- di altri Stati. Difficile capire quindi le ragioni di questo passo fuori del quadro”*³⁵.

La norma suscita inoltre alcune dubbi di legittimità costituzionale. Infatti, se è certo che i procedimenti sanzionatori rientrano nelle materie disciplinate dal T.U.F. e dal T.U.B., meno certo è se con la delega si sia effettivamente voluto affidare al Governo anche il compito di disciplinare la giurisdizione delle controversie afferenti la vigilanza sui mercati bancari e finanziari. Come è stato puntualmente osservato “è lecito, infatti, ipotizzare che una siffatta volontà avrebbe dovuto essere espressa con maggiore chiarezza da parte del Parlamento”³⁶. Sotto tale profilo si potrebbe allora ipotizzare un vizio di illegittimità costituzionale dell’art. 1, comma 2, d.lgs. n. 5 del 2003 per eccesso di delega.

In ogni caso, comunque, il fatto che il legislatore abbia avvertito la necessità di intervenire con una norma *ad hoc*, per affermare la giurisdizione ordinaria, conferma, argomentando *a contrario*, che in mancanza di una espressa previsione in senso contrario, la giurisdizione sulle sanzioni irrogate nell’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di servizi pubblici spetta al g.a.

³⁵ C. CALABRÒ, *Relazione all’inaugurazione dell’anno giudiziario 2004 del T.A.R. Lazio*.

³⁶ A. DI AMATO, *Sanzioni agli esponenti aziendali di banche e imprese di investimento*, cit., 509.

5. Quale giudice per i rapporti individuali di utenza?

Con la sentenza n. 204 del 2004, la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'intero comma 2 dell'art. 33, ivi compresa la parte finale della lett. e) che, con l'evidente intento di porre un argine all'eccessiva dilatazione degli ambiti coglitori del giudice amministrativo, sottraeva alla sua giurisdizione esclusiva <<i rapporti individuali di utenza con soggetti privati>>, le <<controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o a cose>>, nonché infine quelle <<in materia di invalidità civile>>.

In tal modo, la sentenza n. 204 del 2004 potrebbe determinare, in alcuni casi, un ampliamento dell'area di giurisdizione riservata al G.A. Si pensi, ad esempio, a quanto si è già detto con riferimento alla responsabilità risarcitoria della Consob per i danni arrecati ai risparmiatori a causa dell'omesso controllo sulla veridicità e completezza dei prospetti informativi.

Si pensi, ancora, alle controversie aventi ad oggetto i rapporti tra gestori e utente nell'ambito dei c.d. servizi sociali (quali, ad esempio, la pubblica istruzione o la sanità) costruiti in forma prevalentemente pubblicistica e rispetto ai quali l'ammissione al servizio è mediata non da un contratto, ma da un atto amministrativo.

Nella vigenza del precedente testo dell'art. 33, una parte della giurisprudenza, soprattutto di merito, riteneva tali rapporti, ad onta della loro connotazione pubblicistica e della presenza di atti amministrativi, dovessero essere comunque devoluti alla giurisdizione del G.O., proprio alla luce dell'eccezione contenuta nella lett. e) del comma 2.

Alcune sentenze³⁷ ed una parte della dottrina³⁸ avevano addirittura ritenuto che con questa eccezione il legislatore avesse addirittura voluto escludere non solo la giurisdizione esclusiva, ma anche quella generale di legittimità, con conseguente riserva delle controversie relative ai rapporti di utenza al G.O. a prescindere dalla natura della situazione soggettiva vantata dal privato nei confronti del gestore.

Sulla base di tali premesse si era ad esempio affermata la giurisdizione del G.O. sulla controversia avente ad oggetto la mancata assegnazione (per il numero di ore richiesto dai

³⁷ Cfr. Trib. Roma, sez. II, 17 dicembre 2002, in *Corr. Giur.* 2003, 652, con nota di A. DI MAJO, *Giurisdizione esclusiva e "diritti soggettivi" non inclusi*, nonché in *Urb. e app.*, 2003, 1166, con nota di R. GIOVAGNOLI, *Riparto di giurisdizione in materia di servizi pubblici: i rapporti individuali di utenza e le controversie meramente risarcitorie*.

³⁸ A. LAMORGESE, *Servizi pubblici: la fuga del Tribunale di L'Aquila e le prospettive di ampliamento della giurisdizione ordinaria*, in *Corr. Giur.*, 2004, 219 ss.

genitori) dell'insegnante di sostegno all'alunno portatore di handicap³⁹ o la rimozione del crocefisso dalla aule scolastiche⁴⁰.

Simile conclusioni appaiono oggi difficilmente sostenibili alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004.

Eliminando *tout court* il riferimento, contenuto nella lett. e) del comma 2, ai <<rapporti individuali di utenza con soggetti privati>> e devolvendo espressamente al G.A. le controversie relative a provvedimenti amministrativi emanati dalla p.a. o dal gestore (e, più in generale, quelle in cui vengono in considerazione profili riconducibili alla pubblica amministrazione-autorità), la Corte costituzionale, infatti, pare consegnare all'interprete due certezze. La prima è la sicura attribuzione al G.O. dei rapporti di utenza regolati da contratti di diritto privato (a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto gestore); la seconda è, invece, la conservazione in capo al G.A. dei rapporti "mediati" da un provvedimento amministrativo di ammissione alla prestazione.

Tale conclusione vale – è bene precisarlo – sia laddove gli atti autoritativi della p.a. siano fonte di obbligazioni e di responsabilità in caso di inadempimento e danni, sia laddove la posizione del privato a fronte di tali atti sia da qualificare in termini di diritto soggettivo e non di interesse legittimo. Come è noto, infatti, la previsione di una giurisdizione esclusiva consente di prescindere, ai fini dell'individuazione del Giudice competente, dalla natura della situazione soggettiva dedotta in giudizio.

Sotto questo profilo, quindi, la sentenza della Corte conferma l'erroneità dell'orientamento sopra menzionato volto a devolvere al G.O. tutti i rapporti di utenza anche quelli, diffusi nell'ambito dei servizi sociali, costruiti in forma prettamente pubblicistica.

Parimenti, la sentenza della Corte sconfessa la tesi secondo cui l'art. 33, comma 2, lett. e), eccettuando dalla giurisdizione esclusiva i rapporti individuali di utenza avrebbe in realtà inteso creare sulla materia una sorte di giurisdizione esclusiva del G.O., al quale, pertanto, dovevano ritenersi devolute tutte le controversie con l'utente a prescindere dalla natura della situazione soggettiva da questo vantata.

Venuta meno, nel nuovo testo dell'art. 33, l'eccezione dei rapporti individuali di utenza, entrambe queste tesi perdono il principale argomento su cui si fondavano.

La sentenza della Corte, quindi, sotto questo profilo finisce per dare l'avallo a quell'indirizzo interpretativo sostenuto da una parte della dottrina⁴¹ nella vigenza del vecchio

³⁹ Trib. Roma, sez. II, 17 dicembre 2002, cit.

⁴⁰ E' la nota ordinanza del Tribunale di L'Aquila, 23 ottobre 2003, in *Corr. Giur.*, 2004, 215. Per approfondimenti v. R. GIOVAGNOLI, *Il contenzioso in materia di servizi pubblici*, Milano, 2004, 552 ss.

testo dell'art. 33, comma 2, lett. e), e poi recepito anche dalla Corte di Cassazione⁴², secondo cui “i rapporti individuali di utenza” eccettuati dalla giurisdizione esclusiva dovevano essere intesi come i *rapporti contrattuali* tra gestori (pubblici o privati) ed utenti (pubblici e privati), rapporti retti dalle regole del diritto comune e nei quali l'ammissione al servizio è subordinata alla stipulazione di un contratto di utenza più che ad un atto amministrativo.

La sentenza della Consulta, in altri termini, finisce per recepire la tesi secondo cui per ripartire la giurisdizione in materia di rapporti di utenza ciò che assume rilievo decisivo non è la natura pubblica o privata del gestore o dell'utente, ma la fonte – provvedimentale o negoziale – che origina e regola il rapporto medesimo. Ne discende che la giurisdizione sarà del G.A. ogni volta che il rapporto tra gestore e utente è mediato da un atto amministrativo, il che accade, come si diceva, nella maggior parte dei servizi sociali.

⁴¹ Cfr., per tutti, F. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, 362 ss.

⁴² Cfr. Cass. Sez. Un. 16 aprile 2004, n. 7265.