

# **Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione<sup>1[1]</sup>.**

di

Roberto Caponigro

Magistrato Tar Lazio

Publicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 12 maggio 2011

1. Il sistema “duale” di giurisdizione sulle controversie della pubblica amministrazione - 2. La giurisdizione sull’azione risarcitoria nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. – 3. La giurisdizione amministrativa esclusiva sugli atti sanzionatori della Consob.

1. Il diritto soggettivo può essere definito come la fondamentale posizione di vantaggio attribuita ad un soggetto dall’ordinamento in ordine ad un bene e consistente nell’attribuzione al titolare di una forza concretantesi nella disponibilità di strumenti vari (facoltà, pretese, poteri) atti a realizzare in modo pieno e diretto l’interesse al bene.

L’interesse legittimo, invece, è la posizione di vantaggio attribuita ad un soggetto dall’ordinamento in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell’attribuzione al medesimo della possibilità di influire sull’esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa della pretesa all’utilità.

In entrambe le posizioni soggettive la sostanzialità è data dal rapporto con un bene della vita, che il titolare mira a conseguire o conservare, preso in considerazione dall’ordinamento e perciò protetto (c.d. lato interno), mentre la loro diversità ontologica si coglie nel c.d. lato esterno, ossia nel rapporto con gli altri soggetti dell’ordinamento.

---

<sup>1[1]</sup> Interventi svolti in data 11 maggio 2011 al convegno “L’azione risarcitoria nei confronti delle pp.AA. e l’eterno dibattito sulle giurisdizioni” organizzato a Roma dalla Università degli Studi Roma Tre – Facoltà di Giurisprudenza.

In particolare, mentre il diritto soggettivo traduce il rapporto con altri soggetti, ivi compresa eventualmente un'amministrazione pubblica, posti su un piano di parità giuridica e, quindi, disciplinato da norme privatistiche, l'interesse legittimo si caratterizza per essere la posizione in cui versa il destinatario di un provvedimento, o il soggetto che comunque riveste una posizione differenziata e di qualificato interesse rispetto allo stesso, emanato da una pubblica amministrazione nell'esercizio del potere pubblico o, anche prima dell'adozione dell'atto, il soggetto che entra in un rapporto giuridicamente qualificato con l'esercizio della funzione amministrativa.

L'ordinamento costituzionale prevede un sistema "duale" di giurisdizione per le controversie in cui è parte una pubblica amministrazione, atteso che, ai sensi degli artt. 103 e 113, è attribuita alla giurisdizione amministrativa la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi ed alla giurisdizione ordinaria la tutela dei diritti soggettivi.

Fra diritto soggettivo ed interesse legittimo non vi è alcuna differenza quantitativa, atteso che le due posizioni soggettive, ai sensi delle norme costituzionali, sono poste su un piano di assoluta parità, ma una differenza qualitativa attinente alla forma attraverso la quale si realizza l'interesse al bene ed alla relativa tecnica garantistica.

Nel diritto soggettivo, l'utilità si consegue attraverso atti di materiale apprensione o utilizzazione diretta dei beni e, quindi, con il solo comportamento da parte del titolare (diritti reali) o mediante l'adempimento di determinate prestazioni da parte di soggetti obbligati in favore del suo titolare (diritti di credito) o attraverso l'utilizzazione di determinate qualità (diritti della personalità), mentre, nell'interesse legittimo, la realizzazione della pretesa sostanziale, sia essa oppositiva o pretensiva, non sempre può esserci e, comunque, non può mai realizzarsi in modo diretto, ma solo attraverso l'esercizio del potere amministrativo.

La res, quindi, nel diritto soggettivo è sempre conseguibile in modo pieno e diretto, mentre nell'interesse legittimo, almeno in attività amministrativa discrezionale, è solo possibile e mai certa e comunque, anche in caso di attività vincolata, passa necessariamente attraverso l'esercizio del potere pubblico.

In altri termini, mentre nel diritto soggettivo l'interesse al bene si realizza indipendentemente da qualunque ulteriore riconoscimento, nell'interesse legittimo deriva dalla intermediazione di un provvedimento amministrativo.

L'interesse legittimo, pertanto, esprime una relazione dinamica con l'esercizio del potere pubblico, sicché può dirsi che abbia la sua fonte nella norma attributiva del potere ed il suo naturale terreno di svolgimento, prima, nel procedimento amministrativo e, poi, in caso di esito sfavorevole del procedimento, nell'eventuale sede contenziosa.

Le differenti tecniche garantistiche delle due situazioni soggettive risentono delle loro caratteristiche essenziali.

L'azione tipica di tutela del diritto soggettivo è l'azione di accertamento, mentre l'interesse legittimo, come detto, si esplica nella facoltà di partecipazione all'esercizio della funzione pubblica e nelle azioni, giustiziali o giurisdizionali poste a tutela, di cui l'azione di annullamento costituisce ancora oggi l'azione principale.

Viceversa - a far tempo dalla sentenza Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500/1999 e dalle modifiche legislative introdotte prima dal d.lgs. 80/1998 e poi dalla l. 205/2000, che hanno previsto la risarcibilità anche del danno derivante da lesione dell'interesse legittimo - entrambe le posizioni possono essere tutelate con l'azione di risarcimento del danno.

2. Con ordinanze del 23 marzo 2011, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, in esito a tre distinti ricorsi per regolamento preventivo di giurisdizione, hanno dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario su controversie relative alle situazioni del proprietario di un suolo certificato come "edificabile" e oggetto di concessione edilizia e dell'aggiudicatario di un appalto, i quali, dopo avere ottenuto un provvedimento amministrativo favorevole ed avere fatto affidamento sulla legittimità dello stesso, sono stati successivamente privati del bene della vita loro attribuito a seguito di annullamento, giurisdizionale o in via di autotutela, del detto provvedimento.

La Suprema Corte ha evidenziato che la giurisdizione amministrativa è ordinata ad apprestare tutela - cautelare, cognitoria ed esecutiva - contro l'agire della pubblica amministrazione, manifestazione di poteri pubblici, che ha illegittimamente impedito la

realizzazione dell'interesse sostanziale o la sua fruizione e tra i poteri che al giudice è stato dato di esercitare per la tutela degli interessi sacrificati dall'agire illegittimo della pubblica amministrazione, dal d.lgs. 80/1998, ha iniziato a far parte anche il potere di condanna al risarcimento del danno, risarcimento volto a contribuire ad elidere le conseguenze di quell'esercizio del potere risoltosi in un illegittimo sacrificio dell'interesse sostanziale del destinatario dell'atto.

In particolare, l'art. 35 d.lgs. 80/1998, come sostituito dall'art. 7 l. 205/2000 (gli artt. 33, 34 e 35 d.lgs. 80/1998 sono stati poi abrogati dall'allegato 4, co. 1, n. 20, c.p.a.), stabilisce che "il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto" e la Corte Costituzionale ha chiarito che con tale disposizione il legislatore ha inteso rendere piena ed effettiva la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, concentrando innanzi al giudice amministrativo non solo la fase del controllo di legittimità dell'azione amministrativa, ma anche, ove configurabile, quella del risarcimento del danno, evitando per esso la necessità di instaurare un successivo e separato giudizio, specificando, però, che il risarcimento del danno ingiusto non costituisce una nuova materia attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma esclusivamente uno strumento di tutela ulteriore e di completamento rispetto a quello classico demolitorio.

Di talché, l'attrazione della tutela risarcitoria nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo potrebbe verificarsi esclusivamente qualora il danno, patito dal soggetto che ha proceduto all'impugnazione dell'atto, sia conseguenza immediata e diretta, ex art. 1223 c.c., della illegittimità dell'atto impugnato.

Nei casi esaminati dalle Sezioni Unite, invece, la parte che invoca la tutela risarcitoria non postula un esercizio illegittimo del potere, con sacrificio del corrispondente interesse sostanziale, ma la colpa che connota un comportamento consistito per contro nella emissione di atti favorevoli, poi ritirati per pronuncia giudiziale o in autotutela; atti che hanno creato affidamento nella loro legittimità e orientato una corrispondente successiva condotta pratica, poi dovuta arrestare.

Il provvedimento, una volta legittimamente annullato, continuerebbe a rilevare per il soggetto che ne aveva tratto vantaggio esclusivamente quale mero comportamento degli organi che

hanno provveduto al suo rilascio, integrando così, ex art. 2043 c.c., gli estremi di un atto illecito per violazione del principio del *neminem laedere*, per avere tale atto, con la sua apparente legittimità, ingenerato nel suo destinatario un incolpevole convincimento di poter legittimamente procedere all'edificazione del fondo o all'esecuzione dell'appalto, avendo egli il diritto di fare affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo e, quindi, sulla correttezza dell'azione amministrativa.

Il percorso argomentativo svolto nelle citate ordinanze, ad avviso di chi scrive, pur lasciando spazio ad alcune perplessità, giunge a conclusioni che, nell'attuale quadro normativo, sono sostanzialmente condivisibili.

In primo luogo, va osservato che il danno patrimoniale di cui è chiesto il risarcimento nelle controversie esaminate deriva dalla violazione di un diritto soggettivo, non di un interesse legittimo.

Infatti, il provvedimento amministrativo illegittimo, con cui è stata rilasciata la concessione edilizia o aggiudicato l'appalto, a fronte del quale sussiste una posizione di interesse legittimo (pretensivo), è favorevole al danneggiato e non può quindi determinare alcun danno nella sua sfera giuridica; il provvedimento di annullamento d'ufficio, adottato in una delle tre controversie, a fronte del quale parimenti sussiste una posizione di interesse legittimo (oppositivo), è legittimo in quanto la relativa impugnazione giurisdizionale è stata respinta, sicché il danno provocato non è ingiusto e non è risarcibile.

Diversamente, la posizione dedotta in giudizio, in relazione alla cui violazione è chiesto il risarcimento, è di diritto soggettivo al legittimo affidamento o, meglio, di diritto alla libera determinazione nello svolgimento delle attività, negoziali o materiali, relative al patrimonio.

In sostanza, la posizione giuridica di cui è dedotta la violazione è il diritto soggettivo all'integrità del patrimonio ed il provvedimento favorevole attributivo del bene della vita, poi annullato in sede giurisdizionale o in via d'autotutela, non può rilevare come atto, essendo stato eliminato con efficacia *ex tunc* dal mondo giuridico, ma come fatto fonte dell'affidamento nell'ambito della complessiva condotta illecita, perché violativa di un diritto soggettivo, dell'amministrazione e, quindi, come mero comportamento.

Nelle fattispecie in questione, insomma, l'azione risarcitoria non costituisce uno strumento di tutela dell'interesse legittimo ulteriore rispetto a quello demolitorio e conformativo, come

avviene nella giurisdizione di legittimità ove la posizione dedotta in giudizio è di interesse legittimo, ma è l'unico strumento esperibile a tutela del diritto soggettivo all'integrità patrimoniale, una volta che sia stato pronunciato l'annullamento giurisdizionale dell'atto favorevole o sia stato respinto il ricorso avverso l'atto di autotutela che ha annullato l'atto favorevole.

La motivazione delle SS.UU., invece, sembra escludere la giurisdizione amministrativa in quanto la stessa ai fini risarcitori potrebbe sussistere solo se il danno di cui si chiede il risarcimento dipende in modo diretto ed immediato dall'illegittimità del provvedimento amministrativo impugnato e, quindi, solo se l'azione risarcitoria è collegata alla impugnabilità di un atto.

Tale tesi tiene conto della sentenza 204/2004 con cui la Corte Costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale in parte qua degli artt. 33 e 34 d.lgs. 80/1998, ha specificato che la dichiarazione di incostituzionalità non investe in alcun modo l'art. 35 d.lgs. 80/1998, come modificato dall'art. 7 l. 205/2000, in quanto il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova materia attribuita alla giurisdizione amministrativa esclusiva, bensì uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello classico demolitorio e conformativo, da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

In definitiva, appare evidente che la traiettoria argomentativa sviluppata sia dalla Corte Costituzionale sia dalle Sezioni Unite sottintenda che, per radicarsi la giurisdizione amministrativa, il danno deve essere in rapporto di causalità diretta con un provvedimento amministrativo in relazione al quale sussiste l'interesse all'annullamento.

Tuttavia, se il danno di cui è chiesto il risarcimento ha la sua fonte immediata e diretta nel provvedimento impugnabile, deducendosi in giudizio una posizione di interesse legittimo, si verte in giurisdizione generale di legittimità, mentre una giurisdizione amministrativa risarcitoria, ai sensi degli artt. 7, co. 5, e 30, co. 2, del codice del processo amministrativo, può esservi, nelle materie di giurisdizione esclusiva, anche se il danno deriva da lesione di un diritto soggettivo.

Nel caso di azione risarcitoria per lesione di un diritto soggettivo, l'azione non si configura come uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quella demolitoria o conformativa, come avviene nella giurisdizione di legittimità, ma è l'unica tutela esperibile, una volta che sia stato pronunciato

l'annullamento giurisdizionale dell'atto favorevole o sia stato respinto il ricorso avverso l'atto di autotutela che ha annullato l'atto favorevole.

La questione di giurisdizione, allora, considerato che, venendo in rilievo una pretesa risarcitoria da lesione di diritto soggettivo, non si verte nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità ai sensi dell'art. 7, co. 4, c.p.a., richiede la verifica della sussistenza o meno di una materia di giurisdizione esclusiva, nel cui ambito, ai sensi dell'art. 7, co. 5, così come dell'art. 30, co. 2, c.p.a., il giudice amministrativo ha giurisdizione anche ai fini risarcitori.

In altri termini, premesso che, se non sussiste giurisdizione amministrativa esclusiva, non può esservi alcun dubbio sulla giurisdizione ordinaria in quanto non si verte in giurisdizione generale di legittimità, la questione da risolvere è proprio quella di individuare se la controversia afferisce o meno ad una materia di giurisdizione esclusiva.

La giurisprudenza amministrativa, d'altra parte, ha precisato che la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di risarcimento del danno nei confronti di una pubblica amministrazione sussiste sia per quanto attiene alle pretese che possono conseguire alle statuizioni assunte in sede di giurisdizione di legittimità sia per quanto attiene alle pretese relative a materie attribuite in via di giurisdizione esclusiva.

In particolare, nell'ambito di una medesima controversia è anche ipotizzabile che sia respinta l'azione di risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo per l'infondatezza della relativa azione impugnatoria e, quindi, per la legittimità dell'azione amministrativa, e sia invece accolta l'azione di risarcimento del danno da lesione del diritto soggettivo, ad esempio per responsabilità precontrattuale lesiva del diritto alla libertà negoziale, in ragione del comportamento illecito dell'amministrazione, sempre che si controverta in materia di giurisdizione esclusiva (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, I ter, 20 giugno 2005, n. 5109).

Sulla base delle esposte riflessioni, ritengo che debba senz'altro convenirsi con quanto statuito nelle richiamate ordinanze delle Sezioni Unite per quanto attiene alle controversie in materia edilizia in quanto l'art. 133, lett. f), c.p.a. - conformemente a quanto disposto dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 204/2004, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 d.lgs. 80/1998 nella parte in cui, comprendendo nella giurisdizione esclusiva, oltre gli atti e i

provvedimenti in materia urbanistica ed edilizia, anche i comportamenti, la estende a controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita, nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici, alcun pubblico potere - ha previsto la giurisdizione esclusiva nelle controversie aventi ad oggetto gli atti ed i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica ed edilizia e non anche i comportamenti, quale quello che, nel caso di specie, ha cagionato il danno patrimoniale da lesione del diritto soggettivo.

Nella controversia in materia di contratti pubblici, invece, in quanto l'art. 133, lett. e), c.p.a. si riferisce alle controversie relative a procedure di aggiudicazione di pubblici lavori, servizi e forniture, la giurisdizione sembrerebbe prima facie più dubbia, potendosi ritenere che l'atto fonte dell'affidamento, quantunque poi annullato, sia stato a suo tempo adottato nell'esercizio di un pubblico potere, durante il procedimento di scelta del contraente.

Tuttavia, ritengo che anche in tal caso possa condividersi la soluzione raggiunta dalle Sezioni Unite in quanto - a differenza che nell'azione risarcitoria proposta congiuntamente all'azione impugnatoria del provvedimento lesivo o in via autonoma, in cui il danno lamentato deriva in via diretta ed immediata dal provvedimento amministrativo con un rapporto di causalità diretta tra la disciplina dell'assetto sostanziale di interessi dettata nell'esercizio del potere pubblico e la lesione patrimoniale - se è proposta un'azione risarcitoria da lesione di diritto soggettivo, l'atto annullato con effetto retroattivo, in sede giurisdizionale o in via di autotutela, costituisce il mero fatto storico che ha generato l'affidamento del danneggiato, per cui rileva solo ed unicamente come comportamento e non anche per i suoi effetti provvedimentali di disciplina del rapporto sostanziale, con conseguente insussistenza di un rapporto di causalità diretta tra l'esercizio del potere pubblico ed il danno eventualmente prodotto e maggiore difficoltà, se non impossibilità, di far refluire la fattispecie nell'ambito della procedura di aggiudicazione cui fa riferimento la norma attributiva della giurisdizione esclusiva.

La controversia in esame, insomma, postula l'annullamento dell'atto favorevole e, anzi, nasce perché l'atto favorevole, afferente alla gara, è stato annullato, per cui non è più in alcun modo collegata alla correttezza della disciplina sostanziale del rapporto formata nel procedimento di aggiudicazione e, quindi, non può essere qualificata, se non in modo del tutto indiretto, come

relativa alla procedura di aggiudicazione di un appalto, non essendovi alcun rapporto di causalità diretta tra l'esercizio del potere pubblico, del quale costituisce espressione l'aggiudicazione ed al quale sembra fare riferimento la norma attributiva di giurisdizione esclusiva, ed il danno lamentato.

In definitiva, ritengo preferibile l'opzione interpretativa dell'art. 133, lett. e), c.p.a – norma di stretta interpretazione in quanto incidente sul limite interno della giurisdizione – secondo cui la giurisdizione esclusiva debba intendersi limitata alla materia delle controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti dei soggetti tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica, e non anche ai comportamenti.

L'affermazione della giurisdizione amministrativa nelle fattispecie, invece, richiede che la norma sia interpretata nel senso di considerare afferenti alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture anche i meri comportamenti dell'amministrazione lesivi di un diritto soggettivo, sicché, ove si dovesse privilegiare tale esegesi, la norma potrebbe presentare profili di incompatibilità costituzionale, analogamente a quanto già rilevato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale in fattispecie analoghe, ove i comportamenti non fossero ritenuti, almeno mediatamente, riconducibili all'esercizio di un pubblico potere.

3. L'art. 133, co. 1, lett. l), del codice del processo amministrativo ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalle Autorità indipendenti (Banca d'Italia, Consob, Autorità antitrust, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Autorità per l'energia elettrica e il gas e altre Autorità istituite ai sensi della legge 481/1995, Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Commissione vigilanza sui fondi pensione, Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione, Isvap).

Nel previgente regime normativo, la giurisdizione sulle controversie relative agli atti sanzionatori emessi dalle Autorità era talvolta attribuita al giudice ordinario.

Nei settori creditizio e mobiliare, gli artt. 145 d.lgs. 385/1993 e 195 d.lgs. 58/1998 prevedevano la giurisdizione ordinaria, e specificamente la competenza della Corte d'Appello, per le controversie afferenti alle sanzioni irrogate, rispettivamente, dalla Banca d'Italia e dalla Consob.

La norma ha pertanto omogeneizzato le diverse fattispecie anche in considerazione della stretta connessione tra il potere di vigilanza, qualificabile come servizio pubblico *ex art.* 33 d.lgs. 80/1998, ed il potere sanzionatorio.

Sono rimaste attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario, invece, le controversie aventi ad oggetto l'uso di dati personali e, quindi, gli atti del Garante in materia di protezione dei dati personali, nonché le controversie aventi ad oggetto le deliberazioni della Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali in materia di sanzioni, fattispecie privatistiche in cui ricorrono esclusivamente posizioni di diritto soggettivo.

La Corte d'Appello di Torino, Sezione I Civile, con ordinanza pronunciata all'udienza del 25 marzo 2011, ha proposto la questione di legittimità costituzionale (con riferimento agli artt. 3, 76, 103, 111 e 113 Cost.) in relazione, tra l'altro, all'art. 133, co. 1, lett. 1), d.lgs. 104/2010, nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva amministrativa le controversie relative alle sanzioni amministrative irrogate dalla Consob.

La Prima Sezione del TAR Lazio, con sentenza n. 3934 del 9 maggio 2011, ha viceversa ritenuto che tale questione di legittimità costituzionale, prospettata dalla Consob con riferimento agli artt. 76 (eccesso di delega) e 3, 24, 25, 102, 103 e 113 Cost. (principi dettati dalla Corte costituzionale in tema di riparto di giurisdizione), sia manifestamente infondata.

L'art. 44 l. 69/2009 – recante la delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo - ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele.

I decreti legislativi, ai sensi del secondo comma, oltre che ai principi e criteri direttivi di cui all'art. 20, co. 3, l. 59/1997 in quanto applicabili, avrebbero dovuto attenersi, tra gli altri, ai seguenti principi e criteri direttivi:

assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo;

disciplinare le azioni e le funzioni del giudice riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni.

L'art. 76 della Costituzione stabilisce che l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti.

Il sindacato di costituzionalità sulla delega legislativa si esplica attraverso un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli: l'uno relativo alle norme che determinano l'oggetto, i principi ed i criteri direttivi indicati dalla delega, tenendo conto del complessivo contesto di norme in cui si collocano e si individuano le ragioni e le finalità poste a fondamento della legge di delegazione; l'altro, relativo alle norme poste dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi ed i criteri direttivi della delega (ex multis: Corte Costituzionale nn. 112/2008; 170/2007; 54/2007; 280/2004; 199/2003).

Inoltre, quando la delega abbia ad oggetto il riassetto di norme preesistenti, questa finalità giustifica l'introduzione di soluzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente soltanto se siano stabiliti principi e criteri direttivi volti a definire in tal senso l'oggetto della delega ed a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato (cfr. Corte Costituzionale nn. 170/2007; 239/2003; 354/1998).

In altri termini, la delega avente ad oggetto il riassetto di norme preesistenti postula l'introduzione di norme nuove rispetto al precedente sistema legislativo a condizione però che siano stabiliti principi e criteri direttivi volti a definire in tal senso l'oggetto della delega ed a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato.

Nel caso di specie, non sussiste dubbio che, come espressamente indicato nella rubrica dell'art. 44 l. 69/2009, la delega al Governo sia stata conferita per il "riassetto" della disciplina del

processo amministrativo, sicché la stessa certamente postula la possibilità che il legislatore delegato introduca soluzioni innovative rispetto al sistema legislativo previgente.

Tra i principi fissati dal legislatore delegante, come rilevato, è previsto, da un lato, quello di assicurare la concentrazione della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo, dall'altro, la disciplina delle funzioni del giudice ed in tale ottica è stato, tra gli altri, individuato il criterio di riordinare le norme vigenti sulla giurisdizione amministrativa, anche rispetto ad altre giurisdizioni.

Pertanto, occorre ritenere che siano stati stabiliti principi e criteri direttivi aventi senz'altro ad oggetto anche la possibilità di innovare le materie di giurisdizione amministrativa esclusiva, attraverso l'ampliamento delle "particolari materie" in cui, ai sensi dell'art. 103 Cost., il giudice amministrativo ha giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione anche dei diritti soggettivi, atteso che, diversamente opinando, non si comprende in cosa potrebbe consistere il riordino delle norme vigenti di cui alla legge delega, nonché idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato in quanto la facoltà per il legislatore delegato di prevedere nuove materie in giurisdizione esclusiva richiede che tale previsione debba essere funzionale al perseguimento di uno o più principi stabiliti dal legislatore delegante.

Nella fattispecie, non può rinvenirsi alcun eccesso di delega e, quindi, alcun contrasto con l'art. 76 Cost. in quanto il legislatore delegato, con l'art. 133, co. 1, lett. l), del codice del processo amministrativo, nell'estendere la giurisdizione amministrativa esclusiva alle controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati anche dalla Consob - per la quale Autorità, nel regime previgente, ai sensi degli artt. 195 e 187 septies d.lgs. 58/1998, erano devolute alla giurisdizione ordinaria - ha evidentemente voluto radicare la giurisdizione amministrativa esclusiva in ragione della stretta connessione tra potere di vigilanza, costituente già servizio pubblico nei settori di cui all'art. 33 d.lgs. 80/1998, e potere sanzionatorio.

Di talché, la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tale materia è finalizzata proprio alla realizzazione della concentrazione della tutela, anche al fine di

garantire la ragionevole durata del processo, che costituisce uno dei principi espressamente indicati dalla legge delega.

Parimenti, si rivela manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 3, 24, 25, 102, 103 e 113 Cost. (principi dettati dalla Corte costituzionale in tema di riparto di giurisdizione).

Gli artt. 103 e 113 Cost. - nel fondare sulla natura della posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio il criterio del riparto di giurisdizione nelle controversie concernenti atti della pubblica amministrazione - pongono il diritto soggettivo e l'interesse legittimo su un piano di assoluta parità, per cui l'interesse legittimo, che al pari del diritto soggettivo è una posizione sostanziale, riceve dall'ordinamento una protezione ugualmente intensa, anche se con modalità per certi aspetti differenti.

La previsione di cui all'art. 24 Cost., inoltre, come anche evidenziato dalla sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, garantisce alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implicando che il loro giudice "naturale" sia munito di adeguati poteri.

L'interesse legittimo è una situazione ontologicamente collegata all'esercizio autoritativo ed unilaterale del potere amministrativo, sicché, in presenza di un'attività amministrativa, l'individuazione della natura della posizione giuridica contrapposta postula la verifica della presenza o meno di un potere pubblico nell'esercizio del quale l'amministrazione agisce o dovrebbe agire, dovendosi concludere per la posizione di interesse legittimo quando la matrice dell'agere amministrativo è l'esercizio della relativa funzione con moduli autoritativi, e cioè l'attività proceduralizzata finalizzata alla tutela di un interesse della collettività, per la posizione di diritto soggettivo quando l'amministrazione, ancorché per la realizzazione di fini pubblici, non agisce in via autoritativa ma con atti paritetici, di diritto privato, alla stregua di un qualunque altro soggetto dell'ordinamento.

La giurisdizione generale di legittimità, nell'ambito della quale vengono in rilievo posizioni di interesse legittimo, è pertanto contrassegnata dalla circostanza che le controversie attengono a fattispecie in cui pubblica amministrazione agisce in via autoritativa, nell'esercizio del potere

pubblico ad esso attribuito dalla norma e per la realizzazione del fine collettivo in vista del quale il potere le è stato attribuito, e, nei confronti della relativa attività provvedimentale, è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo.

L'art. 7, co. 1, del codice del processo amministrativo, nel prevedere la possibile devoluzione al giudice amministrativo di materie in giurisdizione esclusiva, specifica che la devoluzione ope legis alla giurisdizione amministrativa delle controversie nelle quali si faccia riferimento di diritti soggettivi può riguardare particolari materie concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere posti in essere da pubbliche amministrazioni.

Tale disposizione recepisce le indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale, in particolare con le sentenze 6 luglio 2004 n. 204, 11 maggio 2006 n. 191, 27 aprile 2007, n. 140 e, più di recente, con sentenza 5 febbraio 2010, n. 35, sulla questione dei limiti che il legislatore ordinario deve rispettare nel disciplinare, ampliandola, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La Corte Costituzionale ha tra l'altro evidenziato come debba escludersi che dalla Costituzione non si desumano i confini entro i quali il legislatore ordinario, esercitando il potere discrezionale suo proprio, deve contenere i suoi interventi volti a ridistribuire le funzioni giurisdizionali tra i due ordini di giudici.

In particolare, ha rilevato che 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.

Tale necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive - e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa - è

espresso dall'art. 103 laddove statuisce che quelle materie devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo.

Il legislatore ordinario, pertanto, 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 pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità, per cui, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.), dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo.

In definitiva, il supremo giudice delle leggi ha escluso che la giurisdizione esclusiva possa radicarsi sul dato, puramente oggettivo, della mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio o del normale coinvolgimento nelle controversie di un generico pubblico interesse, mentre può estendersi solo a controversie nelle quali la pubblica amministrazione esercita – sia pure mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici - un pubblico potere.

Nel caso di specie, il TAR Lazio, con la richiamata sentenza n. 3934/2011, ha ritenuto che sussistono tutti i presupposti affinché la materia delle controversie relative ai provvedimenti sanzionatori applicati dalla Consob potesse essere devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Si tratta, infatti, di una "particolare" materia caratterizzata dall'esercizio di pubblici poteri, tanto che la posizione giuridica dedotta in giudizio dovrebbe essere qualificata come di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, sicché la controversia rientrerebbe comunque nella giurisdizione amministrativa generale di legittimità, potendosi invece nutrire dubbi sulla

compatibilità costituzionale della precedente norma attributiva della giurisdizione in materia al giudice ordinario.

In proposito, occorre in primo luogo considerare che, sino all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori irrogati dalle Autorità amministrative indipendenti erano attribuite alla giurisdizione amministrativa, ad eccezione di quelle concernenti la Consob e la Banca d'Italia, devolute alla giurisdizione amministrativa con l'entrata in vigore del d.lgs. 104/2010.

Il procedimento in esito al quale l'Autorità procedente infligge la sanzione amministrativa pecuniaria, inoltre, è caratterizzato dalla c.d. discrezionalità tecnica, vale a dire che postula l'accertamento di un fatto complesso, id est il compimento dell'illecito, sulla base di parametri tecnici non certi ma opinabili, per cui costituisce senz'altro esercizio autoritativo di un potere pubblico in quanto finalizzato alla tutela ed alla trasparenza dei mercati finanziari, a fronte del quale come detto sussiste la posizione di interesse legittimo, perché la sanzione è irrogata all'esito dell'accertamento dell'illecito amministrativo e, quindi, dell'esercizio del potere di vigilanza.

Peraltro, la sanzione non è quantificata "a monte", ma deve essere determinata "a valle" e, nello stabilire la sua misura, l'Autorità compie una ponderazione di interessi pubblici e privati, finalizzata alla scelta della sanzione quantitativamente più proporzionata, che costituisce esercizio di discrezionalità amministrativa.

Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 11 l. 689/1981, nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche, vale a dire che l'Autorità amministrativa procedente deve effettuare una valutazione ed una ponderazione non solo degli interessi pubblici inerenti all'efficacia deterrente della sanzione, evidentemente afferenti alla gravità della violazione ed all'opera svolta dall'agente per eliminare o attenuare le conseguenze della violazione, ma anche agli interessi privati, connessi soprattutto alle condizioni economiche del trasgressore.

Pertanto, in ragione del fatto che l'irrogazione di una sanzione comporta un apprezzamento tecnico-discrezionale relativo alla qualificazione della condotta del soggetto e alla sussistenza dei presupposti costitutivi della fattispecie nonché un apprezzamento in qualche modo discrezionale nella quantificazione della sanzione, si tratta di atti aventi natura soggettivamente ed oggettivamente amministrativa, sicché appare più coerente il ricorso al giudice amministrativo e sembra da escludere in radice un problema di compatibilità costituzionale della norma.

D'altra parte, con riferimento al potere di vigilanza, al quale, come evidenziato, il potere sanzionatorio è intrinsecamente connesso, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, con ordinanza 29 luglio 2005, n. 15916 – nel distinguere la posizione dei risparmiatori nei confronti dell'Autorità di vigilanza che, non essendo collegata ad alcuna relazione di potere con la pubblica amministrazione, assume la consistenza di diritto soggettivo – hanno già avuto modo di chiarire che la vigilanza sul mercato mobiliare si esplica mediante l'esercizio di una serie di poteri nei confronti dei soggetti abilitati, diretti ad assicurare che i loro comportamenti siano trasparenti e corretti e che la loro gestione sia sana e prudente, ed hanno evidenziato che la posizione di tali soggetti, rispetto all'Autorità di vigilanza, si puntualizza in situazioni soggettive correlate all'esercizio dei poteri di vigilanza che si configurano, in linea di massima, come interessi legittimi.

Di qui, la conseguente giurisdizione del giudice amministrativo quale giudice "naturale" del legittimo esercizio della funzione pubblica.

---