

LA NOZIONE DI SERVIZIO PUBBLICO ALLA LUCE DELLE RECENTI DECISIONI DELLA CONSULTA.

Sommario: 1.Premessa; 2.La nozione di pubblico servizio negli orientamenti antecedenti l'intervento della Corte; 3.La declaratoria di parziale illegittimità dell'art. 33, D.Lvo 80/98; 4.La nozione di pubblico servizio nel nuovo testo dell'art. 33 come riformulato dalla Sent. 204/04.5. L'applicazione dei principi della sentenza ai rapporti in corso.

1.Premessa.

La difficoltà di applicare i normali criteri di riparto della giurisdizione basati sulla consistenza della situazione giuridica lesa attraverso la dicotomia diritto - interesse, a propria volta riflettente il binomio carenza - cattivo uso del potere amministrativo, ha condotto il legislatore del'98 ad optare per il criterio di riparto per "blocchi di materie", con conseguente devoluzione dell'intero contenzioso in materia di servizi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva.

Con l'entrata in vigore del D.Lvo 80/98 il legislatore ha pertanto innovato radicalmente la giurisdizione in materia di pubblici servizi, introducendo una norma quale l'art.33 destinata a mutare, non solo l'assetto dell'ordinario riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ma altresì a riscrivere il ruolo di quest'ultimo in relazione ai suoi poteri cognitori, sempre più estesi ad ambiti che tradizionalmente e storicamente non gli sono propri.

Com'è stato opportunamente osservato l'intervento normativo avrebbe contribuito non solo a ridisegnare i confini di riparto della giurisdizione, sotto il profilo dell'allargamento dei casi di giurisdizione esclusiva attribuiti alla cognizione del giudice amministrativo, ma altresì e più significativamente avrebbe generato un vero e proprio ordinamento sezionale in materia di servizi pubblici.

Secondo una prima osservazione¹, aderente ad una nozione lata di pubblico servizio, tendenzialmente coincidente con l'ambito di operatività dell'attività amministrativa volta al soddisfacimento di bisogni di interesse sociale, l'art.33 D.Lvo 80 avrebbe addirittura costituito un giudice esclusivo per un ordinamento di settore, ossia, in altri termini, per un ordinamento caratterizzato dalla presenza di un gruppo di figure soggettive determinabili dall'esistenza di un'organizzazione e da una normativa promanante dall'autorità.

¹ In tal senso sembra deporre Cons. St., ad. Gen., parere 30/98; per una definizione di ordinamenti settoriali si rinvia a Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, I, 170 ss.

In quest'ottica la competenza del giudice amministrativo in tema di servizi pubblici tenderebbe pertanto a ricomprendere tutte le attività sottoposte a controllo programmatico e generale esercitato da organi pubblici coprendo così un'area più vasta di quella riconducibile alla stessa giurisdizione esclusiva, che ad esempio non afferisce ai rapporti di utenza con i gestori privati.

Il che sarebbe valso a individuare nel giudice amministrativo quasi un giudice "naturale" del sindacato sulle controversie in materia di servizi, indipendentemente, almeno in linea di principio e salvo eccezioni, dalla natura del soggetto coinvolto e dall'indole della posizione giuridica azionata.

Il legislatore del '98 avrebbe così mostrato di optare per un sistema di riparto tendenzialmente estraneo alla Carta costituzionale, ossia fondato, sul modello della maggior parte dei paesi comunitari², sulla unicità della giurisdizione dandoci così forti sospetti di incostituzionalità³ sotto il duplice profilo della compatibilità della tecnica legislativa dei blocchi di materie con l'assetto costituzionale di cui agli artt.3, 103 e 113 Cost., fondato sulla rilevanza ai fini della giurisdizione della distinzione diritto soggettivo - interesse legittimo e dell'attribuzione incondizionata della tutela risarcitoria al giudice amministrativo nelle materie della sua competenza (dapprima esclusiva, poi, a seguito della modifica dell'art. 35 D.lvo 80/98 ad opera della L.205/00, anche di mera legittimità), attesa la non riconducibilità della stessa ad una "specifica materia" alla stregua dell'art.103, c.1, Cost., quale unica ipotesi di deroga all'ordinario criterio di riparto fondato sulla consistenza della posizione soggettiva che si assume lesa.

Con sent.204 del 6.7.04, la Consulta si pronuncia per l'incostituzionalità del modello dei blocchi di materie, così come configurato dal legislatore del '98 prima e del 2000 poi, nella parte in cui istituivano una giurisdizione del g.a. in materia di pubblici servizi, di urbanistica e di edilizia, anziché limitarsi ad estendere in tali materie, la giurisdizione del g.a. alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno come previsto dalla legge delega n. 59/97.

La Consulta mostra così di avversare quella nozione ampia di pubblico servizio, volta a ricomprendervi, ai sensi dell'art.33, D.lvo 80(si intende nel testo previgente alla declaratoria di incostituzionalità parziale), "non soltanto e (e non tanto) il riferimento ad una materia dai confini non compiutamente delimitati ..., quanto, e soprattutto, quello a "tutte le controversie ricadenti in tale settore ..." il che, prosegue la Corte, "renderebbe evidente che la "materia" così individuata prescinde del tutto dalla natura delle situazioni soggettive in essa coinvolte ...", coincidente in quanto tale con l'intero settore dei pubblici servizi.

² Il richiamo è in particolare al modello francese più risalente nel tempo alla cui stregua per *service public* si intendeva ogni attività regolata dal diritto amministrativo e svolta sotto il controllo di un soggetto pubblico, al fine di soddisfare un bisogno di interesse generale. Così inteso il servizio pubblico, fungerebbe da criterio di riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e amministrativo.

³ E ciò malgrado l'intervento normativo fosse stato sostenuto da una certa dottrina per tutti Caianello, *Il giudice amministrativo ed i nuovi criteri di riparto delle giurisdizioni*, in foro amm., 1998, 1943 ss., in senso contrario E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 637.

Com'è evidente la questione di legittimità relativa al nuovo impianto normativo è strettamente inerente alla nozione di "pubblico servizio" ed al significato e alla conseguente estensione contenutistica che ad esso si intenda attribuire facendo tesoro delle elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali che hanno preceduto e seguito l'intervento riformatore.

Finalità dell'indagine sarà allora quella di verificare la stessa tenuta costituzionale del "settore ordinamentale" inerente i servizi pubblici attraverso il tratteggio dei connotati essenziali della nozione di pubblico servizio che si tenderà di affrancare da approcci meramente descrittivi, mirando a saggiarne direttamente il reale contenuto attraverso l'esplorazione del dato positivo.

2. La nozione di pubblico servizio negli orientamenti antecedenti l'intervento della Corte.

Il tentativo di elaborare una categoria unitaria di "servizio pubblico" è stata al centro di un ampio dibattito che muovendo dalle contrapposte nozioni oggettive e soggettive ha condotto alla enucleazione di concezioni temperate di servizio pubblico, nel tentativo, di salvaguardare il testo normativo di cui all'art.33 D.L.vo 80 da sospetti di illegittimità costituzionale, sotto il profilo della sua coerenza con i principi costituzionali di riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario.

Ed in vero i sostenitori della prima teoria tendevano a ravvisare l'esistenza di un pubblico servizio allorquando la titolarità dell'attività svolta per il soddisfacimento di bisogni collettivi fosse radicata in capo ad un'amministrazione pubblica, ovvero, secondo l'accezione più temperata, ravvisavano la pubblicità del servizio nella sussistenza della titolarità dello stesso in capo all'apparato pubblico, ancorché disgiunta dall'effettivo esercizio sempre che, in quest'ultimo caso, la gestione fosse stata attribuita con un provvedimento di natura concessoria tale da consentire l'imputazione del servizio concretamente erogato dal concessionario, all'ente pubblico concedente.

Tale ricostruzione aveva trovato la sua più nota espressione in un'importante decisione della Cassazione civile⁴, che aveva individuato l'elemento caratterizzante la pubblicità del servizio, nella imputabilità dello stesso ad un ente pubblico; la decisione era stata peraltro alla base delle prime interpretazioni dell'art.33, c. 2, lett. e), volte a ritenere preminente la natura del soggetto appaltante ai fini della sottoposizione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non risultando sufficiente in quell'ottica la mera soggezione alle norme comunitarie sugli appalti pubblici.

Avverso la concezione soggettiva potevano muoversi una molteplicità argomentazioni che andavano dall'osservazione del quadro ordinamentale e della sua tendenza ad una progressiva dismissione delle forme di intervento pubblico nell'economia⁵, alla lettura delle disposizioni

⁴ Sent. 6 maggio 1995, n.4989, in Foro it. 1996, I, 1363, con nota di Caringella.

⁵ Si veda l'art. 2 D. L. 332/94, recante norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni", che operando la c.d. privatizzazione materiale, non incide sulla natura giuridica del servizio reso.

costituzionali e prima tra tutte dell'art. 43 Cost. che contemplando la possibilità per lo Stato di riservare o trasferire, mediante esproprio e salvo indennizzo, a sé determinate imprese o categorie di imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali, sembra affermare, viceversa, la possibilità della gestione privata di tali servizi.

A favore della natura oggettiva muove peraltro anche la legislazione attuale in materia di servizi pubblici locali.

E' agevole rilevare in tal senso come l'art.22, L. 8.6.90, n. 142, nel disporre che i comuni possono gestire i servizi pubblici, attraverso la costituzione di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, afferma implicitamente la pertinenza del servizio stesso in capo alla società senza che a tal fine necessiti l'adozione di un apposito atto concessorio.

Alla nozione oggettiva di pubblico servizio sembra altresì ispirarsi il diritto comunitario, che, all'art.86 del Trattato, nell'imporre il rispetto del principio della concorrenza alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse generale, salvo il limite della compatibilità con l'adempimento della loro specifica missione, prescinde dalla considerazione della natura giuridica del soggetto preposto all'attività economica.

Ancora l'art.113, c.5, D.L.vo 267/00, nel prevedere che "l'erogazione del servizio da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica", riferisce espressamente la "titolarità" del servizio non già all'ente locale, bensì alle società individuate mediante le procedure di gara.

L'art.113, c. 5, come riformato dall'art.14 L.326/03, lett. b) e c) prevede peraltro la possibilità di derogare alla regola dell'affidamento con gara in materia dei servizi pubblici di rilevanza economica, allorquando si tratti lett. b) di società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti, ovvero lett. c) di società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".⁶

La dottrina ha peraltro trovato spiegazioni differenti per le due eccezioni, facendo riferimento nel primo caso all'unicità del procedimento che lega l'espletamento della gara a monte per la scelta del partner rispetto a quella a valle in sede di affidamento del servizio, nel secondo alla peculiarità del controllo cui sarebbero sottoposte le società affidatarie, tale da renderlo assimilabile per certi versi alla nozione comunitaria di affidamento "in house".

⁶ La necessità del ricorso alla procedura comparativa ai fini della concessione dei pubblici servizi è stata più volte affermata dalla Corte di Giust., tra le altre, sez. II, ord. 30 maggio 2002, in Causa C - 358/00.

La tesi oggettiva pura ha trovato accoglimento in un noto indirizzo giurisprudenziale sostenuto dal Consiglio di Stato con l'ordinanza 1/00⁷ volto ad includere nella nozione di pubblico servizio ogni forma di attività "finalizzata al perseguimento dell'interesse collettivo", con l'ulteriore conseguenza che l'ambito del servizio pubblico finirebbe col coincidere con l'intero ambito dell'attività amministrativa sorretta dai principi di cui all'art.97 Cost., ovvero secondo altra accezione, con l'attività svolta da qualsivoglia soggetto, purché riconducibile ad un ordinamento di settore, ovvero sottoposte "a controllo vigilanza o a mera autorizzazione da parte di un'amministrazione pubblica"⁸.

La nozione di pubblico servizio da cui muoveva il massimo organo di giustizia amministrativa finiva peraltro con l'ammettere la compatibilità costituzionale dell'impianto normativo relativo alla giurisdizione in materia di pubblici servizi, almeno con riferimento alla questione formale concernente l'eccesso di delega affrontato successivamente dalla Corte Cost. con sent.292/00 e poi superato a seguito dell'intervento novellatore del 2000⁹; ma certamente ingenerava gravi sospetti di incompatibilità con il criterio di riparto della giurisdizione di cui alla L.A.C. del 1865, secondo il più costituzionalizzato dall'art.103 della Carta fondamentale, nella parte in cui il legislatore delegato rimetteva alla giurisdizione "esclusiva" del giudice amministrativo la competenza in materia di servizi pubblici, oltre che di edilizia ed urbanistica.

Sotto altro profilo, ma a quest'ultimo strettamente correlato, l'impostazione non è andata esente da critiche nella parte in cui ritenendo rilevante in termini di servizio pubblico ogni attività "di settore", in quanto tale sottoposta a poteri di vigilanza e di controllo statale avrebbe finito per ricomprendere nella nozione di servizio ogni attività economica.

Ed invero la nozione di servizio pubblico in senso oggettivo, muovendo da una lettura statica dei dati in giuoco risulta non del tutto convincente oltre che priva di concreta utilità; di maggiore interesse viceversa appare quella lettura finalistica e costituzionalmente orientata, sostenuta dalla Corte di Cassazione con le note decisioni nn. 71 e 72 del 2000 in contrapposizione dialettica rispetto al massimo consenso di giustizia amministrativa, che emerge dalla comparazione di tutti i riferimenti contenuti nell'art.33 anche se in funzione semplificativa o chiarificatrice.

Alla stregua di tale lettura costituzionalmente orientata della disposizione, può trarsi allora una nozione oggettivo - funzionale di pubblico servizio, incentrata sull'aspetto dinamico relazionale della pubblicità; il servizio è dunque pubblico in quanto reso al pubblico per la soddisfazione di interessi e bisogni della collettività; conseguentemente necessariamente pubblica sarà l'assunzione del servizio, mai la sua gestione o titolarità.

I connotati essenziali della pubblicità del servizio, in quest'ottica, secondo la concezione funzionale, saranno conseguentemente non solo l'imparzialità e l'efficienza nella gestione (principi che

⁷ In Foro it. 2000, fasc. III, 365.

⁸ In tal senso si veda il cit. Parere dell'ad. Gen. N. 30 del 12 marzo 1998.

riflettono i valori costituzionali di cui all'art.97 Cost.), bensì e prioritariamente la regolarità e la continuità del servizio.

Punto nodale delle decisioni citate è l'enunciazione del principio secondo il quale il servizio pubblico è caratterizzato dall'elemento funzionale del soddisfacimento diretto dei bisogni di interesse sociale.

La precisazione indicata non appare di poco momento dal momento che appare idonea di per sé a scardinare una concezione di servizio fondata sulla sola destinazione al soddisfacimento di fini collettivi; nell'ottica fatta propria dal massimo organo di giustizia civile, la pubblicità del servizio è legata non già allo svolgimento di una qualsivoglia attività teleologicamente e genericamente orientata alla soddisfazione di interessi superindividuali, bensì e più opportunamente, alla tutela **diretta** ed immediata di tali bisogni.

L'enunciazione di principio contenuta nella decisione n.71, va peraltro coordinata con l'osservazione contenuta nella successiva statuizione (sent. n.72) alla cui stregua la nozione restrittiva di pubblico servizio vale a costituire un limite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nel senso che tutte le attività che non siano strettamente rivolte alla soddisfazione di esigenze degli amministrati, sono destinate a restare irrimediabilmente fuori dalla portata dell'art.33 D.Lvo 80, con la conseguente affermazione in tali ipotesi dell'ordinario criterio di riparto fondato sulla consistenza della posizione giuridica che si assume lesa.

Ne consegue ancora, sul piano degli effetti che una siffatta interpretazione della portata dell'art.33 D. L.vo 80, risulta essere rispettosa di quel limite rappresentato nell'art.103, c.1, Cost. dell'eccezionalità delle materie nelle quali sia consentito derogare al sistema della duplicità delle giurisdizioni fondato sulla distinzione delle posizioni azionate, limite, viceversa, che verrebbe gravemente vulnerato dall'attribuzione di un competenza piena "per materia", o secondo una diversa e più attenta elaborazione "per settore".

Le conseguenze delle due differenti ricostruzioni della nozione di servizio pubblico, nelle accezioni fatte proprie dai due massimi organi di giustizia, si riflette a ben vedere sulle caratteristiche del servizio connotanti la sua pubblicità, nonché sulla perimetrazione della giurisdizione amministrativa.

Sotto il primo profilo, l'essenza del servizio pubblico individuata dal giudice civile nella stretta inerenza al soddisfacimento di esigenze della collettività, consente di individuare nella continuità, nella regolarità e accessibilità (non ultimo economica) del servizio, i caratteri che l'amministrazione assuntrice, debba sempre e comunque, ossia sia in caso di titolarità e gestione diretta sia indiretta attraverso soggetti di natura non pubblica, garantire¹⁰, laddove per la teoria oggettiva pura, il servizio

⁹ Ciò in quanto, secondo l'interpretazione lata di servizio pubblico fatta propria dall'ordinanza 1/00, il legislatore delegato ben avrebbe potuto devolvere al giudice amministrativo la cognizione di tutte le controversie relative all'attività amministrativa, senza necessità di interventi modificativi del testo costituzionale.

¹⁰ La concezione funzionale della nozione di pubblico servizio è peraltro sostenuta da tempo dalla dottrina più avvertita, per una definizione di servizio pubblico si rinvia a Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 594, per il quale "Il

pubblico, come si è visto, tendente a coincidere con l'intero ambito dell'attività amministrativa, sarebbe sorretto dai principi tipici di quest'ultima *in primis* del buon andamento e dell'imparzialità.

Secondariamente a seconda che si acceda all'una o all'altra ricostruzione, trovano differente soluzione le questioni inerenti il c.d. lato esterno dei rapporti ossia concernente i rapporti tra gestore del servizio e suoi fornitori, attinenti al momento di esecuzione del contratto rispetto al quale la Corte di Cass. con la citata sent. 71/00, ha ritenuto che persista la giurisdizione del giudice ordinario ciò in quanto "le prestazioni rese all'amministrazione sanitaria per consentire ad essa di ottenere i beni utilizzati per gestire il servizio sanitario ... si collocano a monte di tale servizio e non possono confondersi con le prestazioni del servizio pubblico il quale si caratterizza per il fatto che è erogato al pubblico degli utenti".

Aderendo a questa tesi fondata sulla distinzione tra prestazioni a monte e a valle del servizio, gli appalti con l'amministrazione esulerebbero dalla giurisdizione esclusiva cui viceversa afferirebbero, in forza della lett. e), c.2, dell'art.33, quelli strumentali al servizio indetti dai gestori.

Risulterebbe pertanto compromessa la stessa unità della nozione di servizio pubblico atteso che secondo la ricordata concezione funzionale, solo i rapporti individuali di utenza tra fruitore e gestore, pubblico o privato del servizio sembrerebbero rientrare nel novero della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art.33 D.Lvo 80.

Alla stregua della teoria oggettiva fatta propria dall'ordinanza 1/00, dovrebbe pervenirsi a risultati necessariamente differenti; se infatti la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è fondata su una nozione onnicomprensiva di servizio pubblico tale da abbracciare ogni aspetto inerente la gestione e l'erogazione del servizio, deve ritenersi che essa sia tale da ricomprendere altresì i rapporti inerenti la gestione del servizio intercorrenti tanto tra fornitore e gestore (lato esterno), quanto tra gestore e utente (lato interno) e ciò quand'anche, come nel caso che ha occupato la Corte, esse riguardino il tardivo o mancato adempimento delle obbligazioni di mera natura patrimoniale¹¹.

3. La declaratoria di parziale illegittimità dell'art. 33, D.Lvo 80/98.

Con decisioni ¹² precedenti la citata sent. 204/04, la Consulta aveva dichiarato manifestamente infondate le questioni di legittimità relative all'assetto normativo fissato dalla legge n. 205/00 ritenendo che rientri nella discrezionalità del legislatore la scelta del giudice cui attribuire il potere di conoscere

servizio pubblico è la complessa relazione che si instaura tra soggetto pubblico, che organizza una offerta pubblica di prestazioni, rendendola doverosa, ed utenti".

¹¹ In una recente decisione del Consiglio di Stato, sez. V, 12.10.2004, n. 6574, che espressamente richiama i principi enunciati dal parere n. 30 del 1998, e conseguentemente la nozione ampia di servizio pubblico come enucleata dalla stessa ordinanza 1/00, si afferma che anche le controversie inerenti la fase negoziale afferente l'esecuzione del contratto debbano essere attratte, *ratione materiae*, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, a nulla rilevando la distinzione operata dalla dottrina tra ipotesi risolutive riconducibili al procedimento e ipotesi risolutive interne al rapporto contrattuale.

¹² Sentenze n.140/01 in Cons. Stato, 2001, II 828; 165/01, *ivi*, 861 e n.423/02.

ed eventualmente annullare un atto amministrativo e/o di incidere sulle sottostanti situazioni soggettive, purché, si intende, nel rispetto del limite della razionalità della scelta sotto il profilo della garanzia di soddisfazione delle esigenze di effettività, tempestività e ampiezza della tutela giurisdizionale specie tutte le volte in cui questa coinvolge direttamente la persona.

Le pronunce della Corte peraltro si riferivano sempre all'ordinario assetto di riparto delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo basato sulla rilevanza della situazione soggettiva lesa, nonché sull'ammissibilità di contemplare eccezioni a tale criterio sulla scorta della "specificità" delle materie, ai sensi dell'art.103, c.1, Cost, tale da indurre il legislatore ordinario a devolverle ad un'unica giurisdizione.

Con la sent. 204 del 2004 la Corte perviene alla pronuncia di incostituzionalità dell'attuale sistema di riparto fondato sulla tecnica normativa dei "blocchi di materie", muovendo dalla considerazione che l'attuale sistema costituzionale di riparto della giurisdizione si radicherebbe sulla sostanziale ricezione del sistema di tutela giurisdizionale del privato nei confronti dell'amministrazione disciplinato dal legislatore del 1865, sistema che ruota intorno alla dicotomia diritto soggettivo - interesse legittimo.

In un sistema siffatto, la giurisdizione esclusiva si pone quale deroga al criterio di riparto fondato sulla consistenza della situazione giuridica azionata, giustificata dalla peculiarità di controversie caratterizzate da un'inestricabile connessione tra diritti ed interessi.

Nondimeno la giurisdizione, aggiunge la Corte, non può fondarsi sulla qualità di una delle parti in causa, pena la violazione del divieto di istituzione di giudici speciali ai sensi dell'art.102, c. 2, Cost., bensì deve radicarsi sulla necessità di garantire giustizia alle situazioni giuridiche soggettive lese nell'esercizio di poteri autoritativi, ossia in altri termini sull'esigenza di garantire giustizia "nell'amministrazione" e non mai sul mero dato della qualificazione pubblicistica di una delle parti in causa.

Deriva da ciò che il tradizionale sistema di riparto, fondato sulla rilevanza delle situazioni giuridiche soggettive, non sembrerebbe vulnerato dalla produzione normativa anteriore al D.Lvo 80/98 in materia di servizi pubblici, atteso che l'ampliamento dei casi di giurisdizione esclusiva non appare contrastare, in quelle ipotesi, con alcun parametro costituzionale in quanto limitato a specifiche controversie connotate tutte dalla sussistenza del noto "nodo gordiano" tra posizioni giuridiche soggettive (diritti - interessi).

Nel pensiero della Corte, invece, invece le nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva introdotte dal D.Lvo 80/98, e segnatamente quelle concernenti il settore dei pubblici servizi costituiscono ipotesi "qualitativamente diverse" dalle precedenti e come tale incompatibili con il dettato costituzionale.

In tal senso si precisa che per aversi giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ossia competenza in materia di diritti soggettivi ai sensi dell'art.103, c.1, Cost. è necessario che si tratti di controversie specifiche già rientranti nella giurisdizione generale di legittimità; in altri termini si sostiene che l'art.103 Cost. avrebbe conferito al legislatore ordinario non già un'assoluta e incondizionata discrezionalità in materia di giurisdizione esclusiva, quanto piuttosto il potere di

individuare "particolari materie", in ogni caso rientranti nella sua giurisdizione quanto meno di mera legittimità, nelle quali la tutela nei confronti della p.a. investe "anche" diritti soggettivi.

Le materie attribuite alla giurisdizione esclusiva, insomma, devono partecipare della "medesima natura" pubblicistica: in esse l'amministrazione agisce come autorità e in cui la deroga al criterio di riparto fissato dalla Costituzione trova giustificazione non in un "generico coinvolgimento" di un pubblico interesse nella controversia, quanto piuttosto nella confluenza nella medesima fattispecie di situazioni di diritto e di interesse che si avvolgono intorno alle medesime situazioni soggettive¹³.

La centralità dell'esercizio del potere quale elemento fondante la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo caratterizza peraltro anche la giurisprudenza amministrativa anteriore alla sentenza della Corte costituzionale. Eloquente al riguardo la decisione n. 2221 del 2004 del Consiglio di Stato che, nel delineare le nozioni di urbanistica ed edilizia mette in rilievo come queste debbano essere interpretate "in senso restrittivo, rientrando nella giurisdizione del giudice amministrativo solo i comportamenti in cui ricorra la sussistenza dei requisiti dell'esercizio di un pubblico potere (esplicazione di funzione amministrativa) e della rilevanza, legislativamente prevista, del comportamento dell'amministrazione (silenzio rifiuto, D.I.A. e le altre ipotesi di inerzia o di attività legislativamente qualificata). La ratio di concentrazione della tutela, che ha indotto il legislatore ad attribuire le domande risarcitorie alla giurisdizione del giudice amministrativo, dapprima con il D. Lgs. n. 80/98 e poi con le modifiche introdotte con la legge n. 205/2000, presuppone che l'esigenza di adire un unico giudice (quello amministrativo) ricorra quando la tutela risarcitoria costituisca un completamento della tradizionale tutela demolitoria, esercitata a protezione degli interessi legittimi o si sia in presenza, nella materia della edilizia e dell'urbanistica attribuita alla giurisdizione esclusiva del G.A., di danni causati da comportamenti della P.a. connessi all'esercizio di pubbliche funzioni nella medesima materia".

La questione di legittimità non ha coinvolto peraltro l'art.7, L. 205/00, nella parte in cui, innovando l'art.35 D.Lvo 80/98, prevede la possibilità per il giudice amministrativo di disporre anche attraverso la reintegrazione in forma specifica del risarcimento del danno ingiusto, atteso che la tutela risarcitoria non costituisce, secondo l'impostazione fornita dalla Consulta, sotto alcun profilo, una nuova "materia" attribuita ai sensi dell'art.103 Cost. alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo bensì uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello classico demolitorio - conformativo da utilizzare per rendere giustizia al cittadino.

La declaratoria di illegittimità costituzionale involge piuttosto l'art.33, I, c. nella parte in cui devolvendo "tutte le controversie" in materia di pubblici servizi, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo del g.a., sembra prescindere del tutto dalla natura delle situazioni soggettive coinvolte e dunque dalla *ratio* ispiratrice dell'art. 103,1c., Cost., in riferimento ai principi propri della legge abolitrice del contenzioso prima e della legge Crispi del 1889, successivamente.

Si sostiene inoltre che le ipotesi di cui alle lett. b) ed e) afferenti rispettivamente alle controversie tra le amministrazioni e i gestori dei servizi e alle controversie concernenti le attività e prestazioni di

¹³ Sul punto si levano peraltro le prime voci critiche di quanti dubitano che nelle controversie che coinvolgano l'amministrazione in veste di autorità, possano ravvisarsi situazioni soggettive diverse dall'interesse legittimo per tutti Garofoli, "La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo la Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204", in www.giustizia-amministrativa.it

ogni genere rese nell'espletamento dei pubblici servizi, sono tutte ipotesi che normalmente non vedono coinvolta l'amministrazione in veste di autorità.

Sulla scorta di tali premesse la Corte dichiara l'incostituzionalità dell'art.33, c.1 nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "tutte le controversie in materia di pubblici servizi" anziché: 1)le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi (così come previsto dalla L. Tar anteriormente alla novella del 2000); 2) le controversie relative a provvedimenti adottati dalla p.a. o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla L. 7 agosto 1990, n. 241;3) le controversie relative all'affidamento di un pubblico servizio (come previsto dall'art.33, c. 2, lett. d);infine 4) le controversie relative alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore (come previsto dall'art. 33, c. 2, lett. c), nonché del comma 2, del medesimo art. 33, come sostituito dall'art. 7, L. 205.

4. La nozione di pubblico servizio nel nuovo testo dell'art. 33 come riformulato dalla Sent. 204/04.

Alla luce della pronuncia della Corte torna allora di attuale interesse il dibattito che anteriormente al suo intervento aveva animato la dottrina e la giurisprudenza dando vita alle differenti visioni della nozione di pubblico servizio.

Più in particolare, la Consulta muovendo dall'assunto che ai fini del radicamento della giurisdizione esclusiva in capo al giudice amministrativo in materia di pubblici servizi non sia sufficiente il dato "puramente oggettivo", del normale coinvolgimento in tali controversie di quel generico pubblico interesse che è *naturaliter* presente nel settore dei servizi pubblici, essendo necessario al contrario, che la materia rientri comunque nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo e pertanto che l'attività amministrativa coinvolta assuma i connotati dell'autoritatività e dell'unilateralità, sembra avversare il fondamento stesso della teoria oggettiva, fatta propria nella sua accezione più estrema, dal massimo organo di giustizia amministrativa (con la citata ordinanza 1/01).

Se infatti la competenza del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva si fonda sulla necessaria coesistenza di situazioni giuridiche di diritto e di interesse, ciò implica che le relative controversie ineriscano ad atti amministrativi che siano espressione di autoritatività, ossia che siano tali da degradare i diritti ad interessi, ovvero, secondo altra accezione, a far sì che le situazioni giuridiche facenti capo agli utenti si atteggiino a interessi legittimi¹⁴.

Ma se ciò è vero, non potrà non farsi discendere sotto il profilo che ci occupa che non ogni attività amministrativa comunque diretta alla soddisfazione di bisogni collettivi, sarà idonea a rilevare quale "pubblico" servizio ai sensi dell'art.33 D.l.vo 80, bensì esclusivamente quell'attività autoritativa che sia funzionalmente diretta alla soddisfazione dei bisogni della collettività.

¹⁴ Il riferimento è alla c.d. teoria della "relatività delle situazioni giuridiche, per la quale si rinvia a Scoca, voce *Interessi protetti* (dir. amm.), in Enc. Giur. Treccani, XVII, Roma, 1989.

Di qui la declaratoria di parziale incostituzionalità dell'art.33 nella parte in cui include nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "tutte le controversie in materia di pubblici servizi" anziché, in un'accezione più ristretta, quelle rientranti in determinate categorie caratterizzate dall'esercizio di poteri autoritativi.

La nozione di servizio pubblico ricavabile dalla motivazione della decisione 204, è peraltro confermata dalla successiva decisione 281 del 28.7.04, inerente la diversa fattispecie di cui all'art.34 D.lvo 80/98 e dalla quale è dato desumere che la nozione di pubblico servizio rilevante ai sensi del nuovo testo dell'art.33, c.1, D.lvo 80 è sempre connessa all'esercizio di poteri autoritativi da parte dell'amministrazione, diversamente non giustificandosi l'attribuzione della cognizione delle relative controversie al giudice amministrativo.

E' interessante notare come in questa seconda pronuncia la Corte riprenda le motivazioni già fatte proprie in sede di declaratoria di illegittimità formale dell'art.33, nel testo previgente all'entrata in vigore della L. 205/00, per eccesso di delega rispetto alla legge delegante.

In tal senso la Consulta ripercorre l'iter motivazionale che a ben vedere era stato fatto proprio dall'ordinanza Cons. St. 1/00 (che ancorava la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ad una lettura oggettiva della nozione di pubblico servizio), al fine però di pervenire a risultati opposti rispetto a quelli cui perveniva il giudice amministrativo.

Più in particolare, osserva la Corte, che il riferimento contenuto all'art.11, c.4, lett. g) della legge delega 59/97 all'estensione della "giurisdizione del giudice amministrativo" alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali conseguenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno in materia, tra l'altro di pubblici servizi, non implicava necessariamente un ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella suddetta materia (come pure sostenuto dal Consiglio di Stato nella citata ordinanza), bensì soltanto l'estensione della giurisdizione amministrativa, tanto di legittimità quanto esclusiva già esistente in capo al giudice amministrativo.

Anche tale decisione sembra allora deporre per l'abbandono di una concezione lata di pubblico servizio volto a ricomprendere qualsivoglia controversia in cui sia coinvolta l'attività amministrativa diretta al soddisfacimento di bisogni collettivi, in favore viceversa di una concezione funzionale della nozione di servizio pubblico che rinvenga il carattere della sua pubblicità proprio nell'esercizio di poteri autoritativi dell'amministrazione a fronte dei quali riscontrare posizioni di interesse non chiaramente distinguibili da quelle coesistenti nelle fattispecie.

In questo quadro ricostruttivo, la natura soggettiva pubblica o privata degli agenti è del tutto neutrale rilevando soltanto lo squilibrio posizionale delle parti tra le quali non sussiste pari ordinazione.

Ben può comprendersi allora il richiamo della Corte alle controversie relative a provvedimenti adottati dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7.8.90, n. 241, ovvero relative alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore.

Tale riferimento è stato fortemente criticato dai primi commentatori che avevano posto in rilievo come potesse difficilmente sostenersi l'esistenza di un'attività svolta da gestori di servizio pubblico

sottoposta ai principi della legge sul procedimento amministrativo atteso che quest'ultima ricomprende tali soggetti solo con riferimento alla disciplina dell'art. 23 come modificato dall'art. 4 della legge n. 265/99.

Non può invece non rilevarsi come tale indicazione normativa risulti armonica con la nozione comunitaria di pubblica amministrazione che svaluta la natura pubblica o privata del soggetto agente concentrando l'attenzione esclusivamente sul tipo di disciplina cui è assoggettato l'ente; lo spostamento dell'asse interpretativo dalla forma giuridica alla disciplina consente di individuare in capo ai soggetti che interagiscono con i gestori di servizio pubblico situazioni giuridiche di soggezione che meritano la tutela procedimentale apprestata dalla legge n 241/1990.

La ricostruzione basata sull'aspetto autoritativo delle vicende procedurali consente di delineare l'assetto della giurisdizione anche nelle materie in cui la giurisdizione esclusiva confina con quella affidata al tradizionale criterio di riparto che passa per la linea diritto soggettivo – interesse legittimo.

Così in materia di **concessioni di pubblici servizi**, laddove il ritorno al dato letterale dell'art.5 della legge n. 1034/1971 anteriore alla novella recata dalla legge n. 205/00¹⁵, tende a sottrarre al giudice amministrativo, o quanto meno alla sua giurisdizione esclusiva, le pretese creditorie degli operatori del servizio sanitario nei confronti dell'amministrazione sanitaria, nonché più in generale quelle vantate dai gestori dei servizi pubblici per l'espletamento del servizio stesso.

La coincidenza pressoché completa con il dato testuale vigente prima della riforma del processo amministrativo restituisce attualità al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi sull'interpretazione della norma vigente prima della riforma.

Nel tentativo di ricostruzione degli esatti limiti della giurisdizione amministrativa, l'interprete potrà servirsi peraltro degli indirizzi giurisprudenziali formati in sede di interpretazione di quella previsione.

Si ricordi sul punto che secondo un primo orientamento¹⁶ l'art.5, L.Tar (ma ora il nuovo art. 33 D.Lvo 80/98), radicherebbe due distinte ipotesi di giurisdizione esclusiva; al primo comma (ovvero nella prima parte del nuovo art. 33) del giudice amministrativo in materia di concessioni, al secondo (ovvero nella seconda parte dell'art.33), in materia di indennità, canoni ed altri corrispettivi, in capo al giudice ordinario.

¹⁵ Il testo dell'art.33 come riscritto dalla sent. Corte Cost. 204/04, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie in materia di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi", ha ripristinato il tenore letterale dell'art.5 L. 1034/71, nella parte in cui, anteriormente all'intervento novellatore del 2000 (L. 205) che aveva soppresso le parole "e servizi", prevedeva che "Sono devoluti alla competenza dei tribunali amministrativi regionali i ricorsi contro atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni e servizi. Resta salva la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria per le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi ..."

¹⁶ Tra le tante si vedano Cass. SS.UU. 11 gennaio 1994, n. 215 e 10 dicembre 1993, n. 12164, in Foro it., 1994, I, 2147.

Ed invero alla luce della nozione ristretta di pubblico servizio così come definita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204/04 un'interpretazione siffatta mal si concilia con l'esigenza che la giurisdizione amministrativa si radichi solo in presenza di un'attività autoritativa del gestore del pubblico servizio.

In altri termini la Corte sembra proporre l'abbandono della logica della "materia" in favore di una nozione funzionale di pubblico servizio, che nella sua accezione più dinamica vada ricostruita di volta in volta attraverso la verifica puntuale della persistenza di poteri autoritativi, e ciò dovrebbe valere quale criterio di demarcazione, non solo della giurisdizione amministrativa nei confronti di quella ordinaria, ma altresì in senso inverso, come limite di contenimento della giurisdizione ordinaria.

Più aderente al nuovo dato normativo sembrano allora quelle interpretazioni¹⁷, secondo le quali l'art. 5 L. Tar, lungi dall'aver creato una giurisdizione esclusiva dell'autorità giurisdizionale ordinaria (interpretazione che a tacer d'altro suscitata fondati sospetti di illegittimità costituzionale), avrebbe più semplicemente ripristinato in materia di canoni ed altri corrispettivi, le regole generali sul riparto di giurisdizione, il che comporterebbe di volta in volta la verifica circa la consistenza della posizione giuridica azionata.

Sulla scorta di tale interpretazione e nel tentativo di individuare le concrete ipotesi di giurisdizione esclusiva, si era ritenuto che al giudice amministrativo spettasse la cognizione di tutte le controversie in cui la soluzione della questione relativa alla misura del canone fosse meramente consequenziale rispetto a quella da dare a quella della qualificazione della natura giuridica dell'atto concessorio e addirittura in tutte le controversie in cui lo stesso venisse in rilievo.

Sono note peraltro le critiche mosse avverso un'interpretazione siffatta che muovevano essenzialmente dal dato positivo che difficilmente nelle controversie in materia di concessione di servizi pubblici non venisse in rilievo la natura e gli effetti dell'atto concessorio, di qui la preferenza verso criteri che ancorassero la giurisdizione ordinaria a scelte non implicanti un sindacato sulla discrezionalità (*id est* sulla funzione), ovvero che si limitassero a sancire la misura del canone allorché questa fosse ancorata a precisi criteri dettati dalla legge.¹⁸

Più in generale tutte le volte in cui la controversia verta non sull'uso del potere ma sulla sua stessa esistenza, la giurisdizione in materia di canoni ed altri corrispettivi dovrebbe radicarsi in capo all'autorità giudiziaria ordinaria, continuando a persistere in capo al giudice amministrativo, viceversa, ogni qual volta la determinazione del canone comporti un controllo sulla volontà e quindi sul merito delle scelte operate, in tale ultima ipotesi peraltro è opportuno precisare che la competenza spetterebbe al giudice amministrativo non già *ratione materiae*, bensì, più opportunamente, alla stregua del tradizionale criterio di riparto fondato sulla natura della posizione che si assume lesa.

¹⁷ Per la dottrina si veda Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2101; per la giurisprudenza Cons. St. sez. VI, 3 novembre 1999, n. 1711 in Urb. App., 2000, 278.

¹⁸ In questo senso Cons. St. sez. VI, 3 novembre 1999, n. 1711, in Urb. E app. 2000, 276, con nota di De Palma.

Complessa è stata in passato altresì la questione concernente la soluzione del problema di **giurisdizione in caso di scadenza della concessione**.

Al riguardo sembra coerente con la nozione di pubblico servizio elaborata dal Giudice delle leggi, la ricostruzione fatta propria dalla Corte di Cassazione, che, anche forzando il dato testuale dell'art.5 L. 1034/1971, attribuiva alla cognizione del giudice amministrativo la competenza a conoscere di tali questioni nel caso di scadenza della concessione non ancora rinnovata, atteso che l'eventuale statuizione sulla spettanza del canone avrebbe finito per incidere sulla questione presupposta relativa all'*an* del rinnovo pacificamente rimessa alla giurisdizione amministrativa.

Ancora è alla luce della nozione funzionale di servizio pubblico ancorata all'esercizio di poteri autoritativi finalizzati al soddisfacimento di bisogni che va delimitata la giurisdizione esclusiva con riguardo alle **controversie insorte tra concessionario e terzo**, nonché **tra fornitore-gestore e amministrazione**.

Sotto quest'ultimo profilo il giudice amministrativo in una recente decisione¹⁹ in tema di mancata erogazione da parte della Regione dei mezzi necessari per la copertura dei contratti di servizio stipulati dall'ente locale per assicurare i servizi minimi di trasporto pubblico locale, ha mostrato di adeguarsi ai principi enunciati dalla Corte.

Nella citata decisione il Consiglio di Stato esclude che nel caso in esame la provvista finanziaria possa qualificarsi come prestazione strumentale rispetto all'erogazione dei servizi al fine di escludere la giurisdizione del giudice amministrativo.

La provvista, si sostiene, non è attività strumentale al servizio che viceversa sembra trovare in essa la propria possibilità di esistenza; di qui l'essenzialità di quest'ultima in ragione della stretta interdipendenza con l'erogazione del servizio.

Lo stanziamento della provvista, rimesso alla discrezionalità dell'ente Regione, sembra qualificare, sotto altro profilo, in senso autoritativo la posizione della stessa che viene così ad incidere unilateralmente e autoritariamente sull'impianto organizzativo funzionale del servizio pubblico.

La decisione che privilegia una soluzione coerente con i principi enunciati dalla Corte, alla cui stregua la giurisdizione amministrativa va sempre ancorata all'effettivo esercizio di un potere autoritativo, mette in luce peraltro le perplessità interpretative che residuano a seguito della recente pronuncia del giudice delle leggi, in merito alla lamentata scissione tra la prima parte della premessa laddove si tende ad ancorare la giurisdizione esclusiva del g.a. alla sussistenza di poteri autoritativi in capo all'amministrazione procedente e la restante parte del dispositivo in riferimento ai settori (servizio farmaceutico, trasporti telecomunicazioni e servizi di cui alla L. 481/95) di pubblico servizio non incisi dalla declaratoria di incostituzionalità, nei quali è dato ravvisare sovente l'assoluta assenza di momenti autoritativi.

¹⁹ Cons. St., sez. IV, del 5 ottobre 2004, n. 6489.

Sotto il primo profilo e nell'attesa delle determinazioni del giudice amministrativo, appare preferibile la tesi sposata dal massimo consesso di giustizia civile²⁰ che tende a radicare la giurisdizione in capo al giudice amministrativo allorché la pretesa del concessionario nei confronti del terzo, sia basata "sul contenuto dell'atto concessorio", ossia in altri termini, sia riferibile direttamente all'amministrazione pubblica concedente²¹, ritenendosi residuare al contrario la giurisdizione ordinaria tutte le volte in cui la concessione sia un semplice presupposto del rapporto controverso.

La ricostruzione operata dalla Corte di Cassazione sotto l'egida del vecchio testo dell'art.5 L. Tar, appare sotto altro profilo coerente con l'affermata qualità sostanziale del potere pubblico, che resta tale anche allorché il concessionario non abbia natura pubblicistica, ma agisca in veste d'autorità ovvero in posizione non paritetica rispetto al terzo.

Qualità sostanziale che abbiamo visto connaturare la giurisdizione amministrativa in materia di **provvedimenti adottati dal gestore di pubblici servizi in un procedimento amministrativo regolato dalla legge 241/90**, e ciò al fine di superare altresì le perplessità legate all'estensione delle forme del procedimento anche a soggetti non pubblici²².

Vengono in rilievo, in tal caso le ipotesi in cui il soggetto opera in posizione di supremazia e in cui, come si è detto, a prescindere dalla natura soggettiva dell'agente, emergono esigenze di tutela procedimentale dei destinatari degli atti.

La questione coinvolge così tanto i procedimenti di scelta del socio privato per la costituzione di una società mista affidataria di un pubblico servizio quanto i procedimenti di revoca ad opera dell'ente locale degli amministratori di dette società, diversamente risolta dalla giurisprudenza a seconda che all'atto di revoca fosse riconosciuta natura pubblicistica o privatistica.

Ma a prescindere dalla risoluzione di tali questioni interpretative che comunque hanno trovato un certo assetto in giurisprudenza²³, può ritenersi che rientrino nella giurisdizione amministrativa del giudice amministrativo, in quanto coinvolgenti soggetti tenuti all'applicazione della legge sul procedimento, le controversie che possano insorgere tra più imprese fruitrici della medesima rete in caso di servizio pubblico universale, ovvero relative all'adozione di misure finalizzate ad assicurare la continuità e la qualità del servizio.

Alla luce dei principi enunciati dalla Corte in materia di servizio pubblico, si giustifica peraltro la permanenza della competenza amministrativa in relazione alle controversie concernenti l'**affidamento**

²⁰ Cass. SS. UU., 25 giugno 2002, n. 9233, in Giust. Civ. 2002, 2438.

²¹ Ciò può verificarsi ad es. tutte le volte in cui l'amministrazione abbia autorizzato il concessionario a stipulare una convenzione con un determinato terzo.

²² In tal senso si è soliti far rilevare che l'art. 23 L. 241/90 richiama puntualmente i gestori di pubblici servizi esclusivamente in materia di diritto di accesso.

²³ Che nel caso di specie hanno trovato soluzione in Con. St. sez. V, 13 giugno 2003, n. 3346, che ha sostenuto il carattere privatistico degli atti di nomina e di revoca del socio.

di un servizio, trattandosi normalmente di procedure che coinvolgono l'amministrazione in veste di autorità, con contestuale incisione di situazioni giuridiche qualificabili in termini di interessi legittimi²⁴.

La sentenza 204/04 lascia intatta inoltre la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di **vigilanza e di controllo nei confronti del gestore** nonché quelle afferenti alla **vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare**.

Le difficoltà ermeneutiche che la disposizione desta in materia di vigilanza e di controllo sono legate essenzialmente alla necessità di coordinare le suddette previsioni con le discipline di settore che prevedono in talune ipotesi la competenza del giudice ordinario in materia di **sanzioni** adottate nell'esercizio di poteri di vigilanza.²⁵

A ben vedere anche tali questioni interpretative possono trovare soluzione facendo applicazione della concezione funzionale di pubblico servizio, quale emerge dalla decisione in commento; si intende così aderire a quell'orientamento fatto proprio da una certa giurisprudenza²⁶, alla cui stregua la competenza del giudice amministrativo sussisterebbe solo allorché la questione controversa verta direttamente sull'esercizio del potere di vigilanza, ritenendosi viceversa residuare la competenza del giudice ordinario allorché essa coinvolga l'esercizio di poteri più propriamente sanzionatori e punitivi²⁷.

Il nuovo criterio di riparto enucleato dalla Corte sembra peraltro destinato ad indirizzare l'interprete in tema di servizi farmaceutici, trasporti, telecomunicazioni e servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481, categorie fatte salve dalla pronuncia della Corte.

Al riguardo può senz'altro ritenersi che la menzione delle categorie anzidette, continuando a serbare un valore meramente esemplificativo e non anche esaustivo o ampliativo della nozione di pubblico servizio e delle restanti ipotesi di giurisdizione esclusiva, sia idonea a radicare la giurisdizione amministrativa, esclusivamente per quelle ipotesi nominativamente indicate dalla Consulta afferenti alla concezione funzionale di pubblico servizio.

5.L'applicazione dei principi della sentenza ai rapporti in corso.

La concezione funzionale del servizio pubblico e la delimitazione ai rapporti autoritativi della giurisdizione esclusiva ha indubbiamente capacità espansiva ai rapporti in corso stante il carattere di

²⁴ Su tali premesse peraltro la giurisprudenza amministrativa aveva già ricondotto, alla stregua dell'art.6,c. 1 L. 205/00, alla giurisdizione amministrativa le controversie relative alle procedure di gara espletate da soggetti aventi la natura di organismi di diritto pubblico.

²⁵ Si pensi ad es. alla previsione di cui all'art.33 della legge 10.10.90, n. 287, che avrebbe attribuito alla cognizione del giudice ordinario, secondo l'interpretazione fornita dalla Cass. SS. UU. 5 gennaio 1994, n. 52, le controversie in tema di sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione delle disposizioni in materia di concorrenza.

²⁶ Tar Liguria 15 aprile 1999, n. 281.

²⁷ A diverse conseguenze peraltro è addivenuta la più recente giurisprudenza (in tal senso Tar Lazio, sez. I, 7 settembre 2001, n. 7236 e Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2003, n. 2553), che propende per l'attribuzione incondizionata delle controversie in materia di attività di vigilanza e di controllo sul credito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

retroattività che assiste le pronunce della Corte,²⁸ è destinata a costituire il criterio di valutazione altresì di situazioni o di rapporti anteriori all'intervenuta declaratoria di illegittimità, salvo il limite dei rapporti esauriti al momento della pubblicazione della decisione.

Sul punto è stato correttamente osservato dal Consiglio di Stato nella recente decisione 31 agosto 2004, n. 6239 che "le sentenze della Corte Costituzionale, che dichiarano l'illegittimità costituzionale di una norma, hanno efficacia retroattiva, poiché operano una ricognizione di un vizio originario ed intrinseco della norma stessa, la cui eliminazione dall'ordinamento non è assimilabile a quella disposta, per effetto di abrogazione, in virtù di altra norma sopravvenuta (Cass. 757-92).

Del resto l'art. 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87, nella parte in cui stabilisce che "le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione" deve essere interpretato (Cass. 9604-94) nel senso che la decisione dichiarativa di incostituzionalità ha efficacia anche relativamente ai rapporti giuridici insorti anteriormente purché ancora pendenti (Cass. n. 5004-96).

Nessun ostacolo a codesto atteggiarsi della efficacia della pronuncia d'incostituzionalità si rinviene nella regola dell'irrelevanza ai fini della competenza dei "mutamenti della legge successivi alla proposizione della domanda" (art. 5, nuovo testo, cod. proc. civ.), in quanto l'intervento della Corte Costituzionale non segna un cambiamento od una variazione del quadro normativo, né è equiparabile ad una legge sopraggiunta con contenuto modificativo, ma elimina in tutto od in parte, con forza retroattiva (ancorché con il limite del precorso verificarsi di definitività del rapporto), la norma già presente nell'ordinamento a causa di un contrasto "ab origine" con precetti della Costituzione (Cass. n. 6487-2002; n. 3352-1997; n. 7445-1996).

Anche in tal caso resta, peraltro, salvo il limite dei rapporti esauriti al momento della pubblicazione della decisione, intendendosi per tali quelli accertati con sentenza passata in giudicato o per altro verso già consolidati (v. Cass. n. 6487/2002, cit.); ma il fatto che, nella fattispecie, il giudice di primo grado si sia pronunciato con una espressa statuizione sulla giurisdizione e che la stessa non sia stata specificamente impugnata non assume a tal fine rilevanza, poiché si deve escludere, fino a quando il rapporto processuale resti pendente e sempreché sulla giurisdizione non sia intervenuta una decisione della Corte di cassazione, che tale statuizione sia passibile di passare in giudicato, non essendo preclusiva della declaratoria in sede di appello una pronuncia espressa del giudice di merito non

²⁸ Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 16 luglio 2004, n. 1543, che condividendo le motivazioni di Cass. SS.UU., sent. 6 maggio 2002, n. 6487, in Giust. Civ. Mass. 2002, 771, afferma: "Il principio sancito dall'art. 5 c.c.p.c., secondo cui la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della domanda, non opera quando la norma che detta i criteri determinativi della giurisdizione è successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima, atteso che la norma dichiarata costituzionalmente illegittima - a differenza di quella abrogata - non può essere assunta, data l'efficacia retroattiva che assiste tale tipo di pronunce della Corte Costituzionale, a canone di valutazione di situazioni o di rapporti anteriori alla pubblicazione della decisione..."; ma si veda sul punto anche Cass. Sez. I, 12 agosto 1996, n. 7445, in Giur. It. 1997, I, 750, secondo cui "le pronunce della Corte Costituzionale non rientrano fra i "mutamenti della legge", considerati ininfluenti, ai fini della competenza dall'art.5, c.p.c., ove sopraggiunti dopo la proposizione della domanda."

specificamente impugnata dalla parte soccombente (v. Cons. Stato, sez. IV: 2 luglio 2002, n. 3606; 8 giugno 2000, n. 3215; 1 dicembre 1999, n. 2052; 4 febbraio 1999, n. 112; sez. VI, 10 aprile 2002, n. 1939; 23 novembre 1999, n. 1922; 11 giugno 1999, n. 774; 25 marzo 1998, n. 390; Sez. V, 15 marzo 2001, n. 1519; Ad. plen., 28 ottobre 1980, n. 42)”.