

Le tipologie di giurisdizione del giudice amministrativo, Seminario del 7 novembre 2019

Edoardo Caruso

ART. 7 CPA

1. Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, 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. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.
3. La giurisdizione amministrativa si articola in giurisdizione generale di **legittimità, esclusiva ed estesa al merito**.
4. Sono attribuite alla **giurisdizione generale di legittimità** del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma.
5. Nelle materie **di giurisdizione esclusiva**, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi.
6. Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con **cognizione estesa al merito** nelle controversie indicate dalla legge e dall'articolo 134. Nell'esercizio di tale giurisdizione il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione.
7. Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi.

Quali sono i comportamenti riconducibili anche in via mediata al potere amministrativo? Corte Cost. 191/2006

Art. 53 del dPR 327/2001 devolve a giurisdizione esclusiva «le controversie aventi per oggetto», oltre che «gli atti, i provvedimenti, gli accordi», anche «i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati»

Applicazione meccanica della sentenza 204/2004 avrebbe portato a espansione della parola «comportamenti». La Corte Costituzionale non procede in tal modo ma da rilievo a distinzione fra:

- A. occupazione appropriativa:** si verifica quando il fondo è stato occupato a seguito di dichiarazione di pubblica utilità, e pertanto nell'ambito di una procedura di espropriazione, ed ha subito una irreversibile trasformazione in esecuzione dell'opera di pubblica utilità senza che, tuttavia, sia intervenuto il decreto di esproprio o altro atto idoneo a produrre l'effetto traslativo della proprietà;
- B. occupazione usurpativa:** apprensione del fondo altrui in carenza di titolo: carenza universalmente ravvisata nell'ipotesi di assenza ab initio della dichiarazione di pubblica utilità, e da taluni anche nell'ipotesi di annullamento, con efficacia ex tunc, della dichiarazione inizialmente esistente ovvero di sua inefficacia per inutile decorso dei termini previsti per l'esecuzione dell'opera pubblica.

Quali sono i comportamenti riconducibili anche in via mediata al potere amministrativo? Corte Cost. 191/2006

«Tale previsione è costituzionalmente illegittima là dove la locuzione, prescindendo da ogni qualificazione di tali “comportamenti”, attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo controversie nelle quali sia parte - e per ciò solo che essa è parte - la pubblica amministrazione, e cioè fa del giudice amministrativo il giudice dell'amministrazione piuttosto che l'organo di garanzia della giustizia nell'amministrazione (art. 100 Cost.).

Viceversa, nelle ipotesi in cui i “comportamenti” causativi di danno ingiusto – e cioè, nella specie, la realizzazione dell'opera – costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi (dichiarazione di pubblica utilità e/o di indifferibilità e urgenza) e sono quindi riconducibili all'esercizio del pubblico potere dell'amministrazione, la norma si sottrae alla censura di illegittimità costituzionale, costituendo anche tali “comportamenti” esercizio, ancorché viziato da illegittimità, della funzione pubblica della pubblica amministrazione.

Quali sono i comportamenti riconducibili anche in via mediata al potere amministrativo? Corte Cost. 191/2006

In sintesi, i principi sopra esposti – peraltro già enunciati da questa Corte con la sentenza n. 204 del 2004 – comportano che deve ritenersi conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a “comportamenti” (di impossessamento del bene altrui) collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, laddove deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima la devoluzione alla giurisdizione esclusiva di “comportamenti” posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto.

Tale devoluzione invece non si giustifica «quando la pubblica amministrazione non abbia in concreto esercitato, nemmeno mediatamente, il potere che la legge le attribuisce per la cura dell'interesse pubblico».

Per concludere sul riparto (giur. esclusiva)

Per quanto concerne la giurisdizione esclusiva, la Corte Cost. a partire dalla sentenza 204/2004 ha affermato la necessità:

- a) in primo luogo, che la controversia involga situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse, pur non potendosi escludere che la cognizione del Giudice amministrativo possa avere ad oggetto, ricorrendo gli altri requisiti indicati di seguito, anche soltanto diritti soggettivi (Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 35);
- b) in secondo luogo, è necessario che il legislatore assegni al Giudice amministrativo la cognizione non di "blocchi di materie", ma di materie determinate;
- c) infine, è richiesto che l'Amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi sia mediante moduli consensuali ai sensi dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, sia infine mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio (cfr. Corte cost., 15 luglio 2016, n. 179;).

La giurisdizione di merito art. 134 CPA

1. Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto:
 - a) l'attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell'ambito del giudizio di cui al Titolo I del Libro IV;
 - b) gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa;
 - c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall'articolo 123;
 - d) le contestazioni sui confini degli enti territoriali;
 - e) il diniego di rilascio di nulla osta cinematografico di cui all'articolo 8 della legge 21 novembre 1962, n. 161.

La giurisdizione di merito art. 134 CPA

Ha rappresentato la prima forma di giurisdizione amministrativa (in l. 2248/1965 all. D si faceva riferimento a «giurisdizione propria»)

Con la legge istitutiva della IV Sezione (1989) si introduce il riferimento a «giurisdizione di merito» ma da quel momento inizio il suo declino.

Oggi è ipotesi **eccezionale** prevista solo in casi tassativamente indicati da art. 134 (ridotte dal CPA, la principale è il giudizio di ottemperanza)

Inoltre è ipotesi **aggiuntiva** rispetto a giurisdizione di legittimità nel senso che la cognizione di merito si aggiunge (non sostituisce) quella di legittimità, dovendo il giudizio di legittimità sempre precedere quello di merito.

Ma quali sono i caratteri aggiuntivi?

La giurisdizione di merito art. 134 CPA

- a. **Poteri istruttori:** tutti i mezzi di prova previsti dal processo civile, sempre che compatibili con la giurisdizione amministrativa.
- b. **Poteri decisorii:** poteva sia annullare l'atto sia riformarlo.

art. 7 CPA. «Nell'esercizio di tale giurisdizione il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione»;
art. 34 CPA: nei limiti della domanda «nei casi di giurisdizione di merito, adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato».

c. L'ampliamento dei poteri istruttori e decisorii, portava inevitabilmente ad **ampliamento della cognizione** rispetto a giudizio di legittimità: *«il GA ha sempre esercitato un sindacato sul fatto senza limitazione alcuna, un sindacato non limitato cioè al mero accertamento dei fatti, ma esteso all'autonomo apprezzamento e valutazione di quei fatti e quindi, in sostanza, della concreta rispondenza del provvedimento agli interessi pubblici previsti dalle norme e perseguiti in concreto dall'amministrazione»* (così A. Pollice in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2017).

La giurisdizione di merito art. 134 CPA

Se quelli richiamati erano punti fermi della giurisdizione di merito, che la distinguevano da quella di legittimità (oggi le differenze – ad eccezione che per i poteri decisori – si sono notevolmente ridotte), vi è sempre stata incertezza sui suoi caratteri generali, potendosi enucleare due distinte concezioni:

- A) Una prima, più aderente alle origini dell'istituto, secondo cui il giudice oltre ai vizi di legittimità deve valutare pure quelli di merito dovendo compiere valutazioni di opportunità amministrativa, con piena sovrapposizione tra attività della PA e attività del giudice (in altri termini, non vi erano ambiti che quest'ultimo non poteva valutare);
- B) Secondo altra interpretazione, il giudice deve comunque valutare vizi di legittimità (e non può compiere un sindacato esteso al merito/opportunità), avendo però una cognizione più ampia e più ampi poteri decisori.

Oggi la questione è meno rilevante dal momento che quasi tutte le ipotesi previste da art. 134 CPA non vertono su attività discrezionale della PA (ove vi è spazio per valutazioni di opportunità); ad eccezione del giudizio di ottemperanza dove effettivamente il giudice (o il Commissario) dove in teoria il giudice potrebbe compiere valutazioni di opportunità. Ma attenzione a peculiare funzione/ruolo di tale giudizio (cfr. Travi).

Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2019, n. 1551

AGCM aveva irrogato una sanzione dell'importo 5.849.500,00 euro pari al 5% del fatturato, avendo accertato un'intesa restrittiva della concorrenza volta a fissare i prezzi del cemento contraria al TFUE e alla legge sulla concorrenza (l. 287/1990)

Ai sensi dell'art. 15 della l. concorrenza «Nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione..)»

Si tenga presente che «Nell'esercizio del potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie, l'Autorità dispone di un ampio margine di discrezionalità, nei limiti di quanto previsto dalle richiamate norme» (Cons. Stato 9565/2010).

La società presenta in appello tre motivi di ricorso respinti dal Tar: i primi due riguardanti profili di legittimità della sanzione, il terzo suo *quantum* sia con riguardo ai criteri utilizzati, sia per la non gravità dell'illecito

Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2019, n. 1551

In particolare:

- AGCM ha ritenuto l'intesa molto grave «in ragione della natura della concertazione, tale da rendere di per sé certa la sua capacità di serio pregiudizio alla concorrenza»
- Ai sensi dell'art. 11 della l. 689/1981 in tema di «sanzioni amministrative» «Nella determinazione 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 la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche*».
- Alla luce di tale previsione, per la prevalentemente giurisprudenza amministrativa nel decidere il quantum della sanzione «*si deve tener conto del livello di gravità dal punto di vista soggettivo e oggettivo delle violazioni*»
- Inoltre l'impresa occupa una fetta di mercato locale (non avrebbe potuto vendere il cemento oltre 150/250 km)

Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2019, n. 1551

Decisione del giudice d'appello:

- Per il diritto sovranazionale le pene (comprese quelle di natura amministrativa) devono essere proporzionate ;
- l'impresa ha una quota di mercato nazionale del 5% ma opera solo nel nord Italia per cui l'impatto sul mercato non può essere stato oggettivamente così grave (sproporzionalità e irragionevolezza della misura in senso assoluto);
- L'ammontare della sanzione è molto maggiore a quello che la stessa AGCM ha inflitto a imprese con quote di mercato superiore (sproporzionalità e irragionevolezza della misura in senso relativo).

«11.4 Tirando le fila sul punto, in forza ex art. 134, comma 1, lett. c) del cod. proc. amm., che riconosce in materia la giurisdizione del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito, la misura della sanzione pecuniaria comminata dall'AGCM va ridotta del 20%.

12. Conclusivamente, in riforma parziale della sentenza impugnata e in parziale accoglimento del ricorso di primo grado, la sanzione finale va rideterminata nella misura di cui alla motivazione»