

Aldo Travi

Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato

SEMINARIO DI STUDI DEL 14 FEBBRAIO 2019

1. Il tema del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti sarà analizzato nel corso del seminario di studi di questi giorni da vari punti di vista: di conseguenza mi limiterò a proporre alcune considerazioni sui profili che identificano più di altri i ‘problemi generali’ per questo sindacato. Si identificano con i profili controversi che condizionano più a fondo le caratteristiche di un settore del diritto e che esigono in termini più diretti un confronto con i principi. I problemi generali, anche nel diritto, sono quelli che assumono un rilievo preliminare rispetto ai problemi più specifici e che ne orientano la soluzione. Riportano alla ‘scala di valori’ cui si ispira una certa disciplina e perciò consentono anche di individuare il contesto in cui l’assetto di quella disciplina va ambientato.

Il mio intervento considererà i profili che hanno più direttamente attinenza con i ‘problemi generali’ del sindacato giurisdizionale, pur nella consapevolezza che, come è già stato ricordato questa mattina, gli atti delle Autorità indipendenti sono di tipologie differenti e perciò presentano caratteri diversi, e che la loro diversità si rispecchia anche sulle modalità del sindacato giurisdizionale.

Dalla giurisprudenza e dalla dottrina si ricava che due ordini di problemi sono certamente generali ai fini del sindacato giurisdizionale: l’assetto delle attribuzioni delle Autorità indipendenti e il modello del sindacato sugli atti. Il primo concerne il profilo delle attribuzioni: pertanto coinvolge innanzi tutto la portata del principio di legalità rispetto alle Autorità indipendenti. Il secondo concerne l’oggetto del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità e riporta al dibattito sulla intensità del sindacato del giudice. Entrambi i profili assumono rilievo soprattutto con riferimento agli atti di regolazione di attività economiche.

2. Con riferimento al primo problema generale, un aspetto da considerare in via prioritaria attiene all’identificazione dei poteri delle Autorità¹. Come hoè già accennato, questo profilo in pratica

¹ Come spiegherò più avanti, a questo proposito la giurisprudenza è attestata, ormai da oltre un decennio, nel senso di riconoscere due livelli distinti in questo ordine di problemi. Il primo livello attiene alla definizione del perimetro dei poteri di alcune Autorità (in particolare, delle Autorità per i servizi di pubblica utilità, riconducibili alla legge 4 novembre 1995, n. 481). Il secondo livello attiene alla c.d. legittimazione delle

concerne essenzialmente le Autorità che esercitano compiti di regolazione e riconduce al contenuto del principio di legalità nel nostro ordinamento.

Le formule utilizzate dalla legge per definire i poteri delle Autorità di regolazione nei pubblici servizi sono piuttosto generiche (si pensi all'art. 2, comma 12, della legge n. 481/1995) e non rispondono perciò ai parametri necessari per assegnare a un soggetto pubblico poteri amministrativi²: la legge non stabilisce i contenuti e le modalità cui devono conformarsi gli interventi delle Autorità, ma piuttosto identifica obiettivi da perseguire in relazione alle diverse tipologie di atti. In proposito è stata invocata la teoria elaborata nel diritto comunitario sui c.d. poteri impliciti: la Corte di giustizia ha affermato che alle istituzioni europee vanno riconosciuti anche quei poteri che, sebbene non codificati nel diritto primario, risultino indispensabili per l'esercizio di competenze ad esse attribuite. Nonostante, però, la significativa incidenza del diritto comunitario anche nei settori in esame, questa teoria non può essere trasposta in termini meccanici nell'ordinamento nazionale, perché non è pienamente compatibile con i principi costituzionali³, tanto più che i poteri assegnati alle Autorità di regolazione incidono su diritti rispetto ai quali le norme costituzionali richiamano espressamente il principio di legalità. La soluzione, pertanto, non può che essere orientata a riconoscere la necessità di elementi ulteriori rispetto alla riconduzione di un atto ad obiettivi generali assegnati dalla legge a quell'Autorità: o risulta osservato un criterio di stretta necessità e consequenzialità (così che il fondamento possa comunque individuarsi, in via interpretativa, nella disposizione legislativa) o sono necessari ulteriori precetti normativi (nazionali o europei). Si tratta della prospettiva accolta dal Tar Lombardia in alcune importanti pronunce su atti di regolazione dell'Autorità dell'energia, come

Autorità e coinvolge il c.d. deficit di legittimazione democratica con le relative implicazioni sul piano operativo. Questi due profili sono però complementari.

² Si consideri, in particolare, la formula “emana le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione” (art. 2, comma 12, lett. h).

³ Si veda, sul punto, lo studio attento di N. Bassi, Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti, Milano, 2001. Sul tema dei poteri impliciti cfr. anche G. Morbidelli, Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti, in Dir. amm. 2007, 703 ss, e Poteri impliciti delle autorità indipendenti e principi di legalità e buon andamento, in www.astrid-on-line 2013.

quelle del 2013 sul c.d. sistema indennitario⁴ o quelle precedenti sulle misure imposte per limitare il potere di mercato di taluni operatori⁵.

Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato sembra prevalere una posizione almeno in parte diversa, che talvolta anche di recente ha invocato espressamente la teoria dei ‘poteri impliciti’⁶. La posizione del Consiglio di Stato prende le mosse dal confronto fra i poteri regolatori esercitati dalle Autorità preposte a pubblici servizi e il modello generale di normazione secondaria delineato nell’art. 17 della legge n. 400/1988: questo confronto evidenzerebbe in modo ineludibile un ‘deficit’ sul piano della legittimazione delle Autorità. In concreto, però, secondo la giurisprudenza, il deficit potrebbe però essere compensato col concorso di due fattori: l’assoluta prevalenza del momento tecnico⁷, e quindi l’esclusione di una discrezionalità amministrativa in senso proprio (che invece di per sé richiederebbe garanzie più incisive), e la formazione qualificata dalla partecipazione degli operatori e degli altri soggetti interessati al procedimento (c.d. legalità o legittimazione procedimentale). Il richiamo a questi due fattori è ormai costante, in tutta la giurisprudenza amministrativa; nelle pronunce del Consiglio di Stato, però, finisce col risultare assorbente e sufficiente⁸, fino a giustificare praticamente poteri ricavati da norme in bianco.

Non mi sembra, tuttavia, che la conclusione del Consiglio di Stato possa considerarsi un traguardo definitivo.

Innanzitutto il principio di legalità attiene all’identificazione di un potere amministrativo: la rilevanza del profilo tecnico non esime dalla necessità di un fondamento normativo del potere. Ciò vale a maggior ragione alla luce della convinzione, accolta ormai unanimemente dalla giurisprudenza e dalla dottrina⁹, secondo cui anche l’elaborazione di atti sulla base di regole tecniche può costituire una espressione di potere amministrativo in senso proprio: ed è certamente tale il caso degli atti di regolazione.

⁴ Cfr. Tar Lombardia, sez. III, 14 marzo 2013, n. 683 (il Tar ha escluso che, senza una adeguata base legislativa, conseguente al principio di legalità sostanziale - a sua volta ricondotta alla riserva di legge in materia dell'autonomia contrattuale - l’Autorità possa stabilire regole destinate a modificare il contenuto economico dei contratti di distribuzione e di fornitura di energia elettrica, inserendovi l'importo di un indennizzo). Più in generale Tar Lombardia, sez. III, 03 gennaio 2011, n. 1, secondo cui il principio di legalità non richiederebbe necessariamente la previsione legislativa di fattispecie provvedimenti tipiche e quindi non richiederebbe che il contenuto dell'atto di regolazione abbia un immediato e diretto referente normativo: è però indispensabile che l'atto stesso sia espressione di un potere effettivamente rientrante nelle funzioni assegnate all'autorità.

⁵ Tar Lombardia, sez. IV, 6 febbraio 2006, n. 246; Tar Lombardia, sez. II, 4 aprile 2002, n. 1331.

⁶ Questa teoria è espressamente richiamata, per esempio, da Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532.

⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 31 dicembre 2018, n. 7317.

⁸ Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182; Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874; Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2008 n. 7972.

⁹ Per lo meno a far tempo dalla monografia di C. Marzuoli, Potere amministrativo e valutazioni tecniche, Milano, 1985.

Inoltre, non si può dimenticare che una componente della regolazione è anche la regolazione c.d. economica, che si attua con misure tariffarie, di sostegno degli utenti più deboli, ecc. Nel nostro Paese anche questa regolazione è affidata in buona parte alle Autorità di settore: non inerisce, però, solo a profili di ordine tecnico. La regolazione economica coinvolge sempre un momento politico.

Ancora, la partecipazione al procedimento, da parte sua, non è un fattore di legittimazione, se si usa il termine ‘legittimazione’ in senso giuridico, come dovrebbe valere nel contesto della giurisprudenza in esame; la legittimazione procedimentale elaborata da Lühmann¹⁰ è tutt’altra cosa, e attiene alla legittimazione in senso sociologico, ossia nel senso di riconoscimento di un soggetto come autorità da parte di altri soggetti (la nozione sociologica risponde quindi a ragioni diverse, e cioè a vicende ‘di fatto’, anzi a ragioni semmai opposte a quelle del principio di legalità e in ogni caso la partecipazione procedimentale non può conferire alcuna legittimazione istituzionale sul piano giuridico). Inoltre la partecipazione al procedimento secondo la giurisprudenza comporta il diritto di illustrare le proprie ragioni¹¹, ma non comporta la garanzia che queste ragioni siano effettivamente considerate (le formule utilizzate in proposito sono piuttosto elusive ed escludono per esempio una incidenza necessaria sulla motivazione¹²); non comporta, poi, una coerenza temporale fra partecipazione e decisione (sono state ammesse decisioni successive di oltre un anno alla consultazione¹³); ammette infine che in sede di decisione l’Autorità possa discostarsi, anche in misura rilevante, dalle proposte formulate rispetto ai documenti di consultazione. Una partecipazione del genere, assistita da garanzie così esili, a maggior ragione non può compensare un deficit istituzionale sul piano del principio di legalità.

3. Con riferimento al secondo problema generale, che attiene ai caratteri del sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione dell’Autorità, è opportuna una precisazione preliminare. Quando parliamo, in contesti come il nostro, di sindacato giurisdizionale sugli atti, non intendiamo solo definire il rapporto istituzionale fra un giudice e l’amministrazione, ma intendiamo innanzi tutto ricostruire le regole di legittimità di cui il giudice è chiamato a verificare l’osservanza. Il problema, pertanto, non è tipicamente di diritto processuale: attiene, semmai, al rapporto fra profilo sostanziale e profilo processuale. Se un atto è illegittimo, il giudice non può ignorarne l’illegittimità, né la legge può esimersi dal fornire al giudice gli strumenti e i poteri necessari per verificare tale illegittimità.

¹⁰ Cfr. N. Lühmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995.

¹¹ Tar Lombardia, sez. III, 2 aprile 2014, n. 864.

¹² Tar Lombardia, sez. II, 13 maggio 2014, n. 1245.

¹³ Tar Lombardia, sez. II, 13 agosto 2015, n. 1895; cfr. anche Tar Lombardia, sez. II, 2 marzo 2015, n. 593.

Questa affermazione non è frutto di elucubrazioni accademiche, ma è quanto dispone l'art. 113 della Costituzione.

Rispetto agli atti di regolazione delle Autorità indipendenti sembrano ormai superate le formule che giustificavano un sindacato giurisdizionale solo di tipo 'estrinseco' o 'debole' o indiretto. Oggi, almeno quanto alle affermazioni di principio, vi è un consenso ampio nel senso che il giudice amministrativo abbia sempre accesso pieno ai fatti¹⁴.

La circostanza che la conformità al fatto, in tutti suoi corollari (fra i quali è anche la verifica della completezza dell'istruttoria da parte dell'Autorità), sia un parametro di legittimità dell'atto amministrativo è stata ormai riconosciuta con chiarezza negli ultimi anni in varie pronunce del Consiglio di Stato su deliberazioni di autorità indipendenti¹⁵ (ma non dimentichiamo che Mario Nigro lo aveva già affermato con chiarezza negli anni '70 nelle prime edizioni della sua Giustizia amministrativa). Su questo punto mi sembra pertanto sufficiente rilevare che la tecnica di contestare gli atti di regolazione per ragioni di fatto, deducendo la carenza d'istruttoria, invece della non conformità ai fatti, rappresenta solo un estremo tributo alla tradizione di un'epoca in cui vigeva ancora il modello del sindacato indiretto, ma oggi non ha più alcuna ragion d'essere. Anzi, a ben vedere, la carenza d'istruttoria sui fatti, quando il provvedimento risulti oggettivamente conforme ai fatti, va considerata alla stregua di un vizio formale, inidoneo a determinare l'annullamento del provvedimento (art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241/1990). E, sull'altro versante, la contestazione del fatto pone al giudice un problema di prova, con la conseguenza che, se il fatto contestato è rilevante, è erronea la sentenza che accoglie la ricostruzione dell'amministrazione senza dar corso un'istruttoria. Non esiste nel nostro ordinamento una presunzione di verità dell'atto amministrativo, quanto ai fatti enunciati nel provvedimento, neppure se si tratta di provvedimenti di Autorità indipendenti¹⁶.

La discussione sembra spostata piuttosto sul piano del sindacato sulle valutazioni di ordine tecnico e, in particolare, di ordine economico svolte dalle Autorità di regolazione

Rispetto alle valutazioni di ordine tecnico, e soprattutto alle valutazioni di ordine economico, mi sembra che oggi raccolga ampi consensi la tesi prospettata nella decisione del Consiglio di Stato

¹⁴ Con riferimento agli atti delle Autorità indipendenti, numerosi contributi sull'argomento che hanno posto in luce gli elementi che identificano problemi di rilievo generale: fra questi contributi va segnalata in particolare, anche per la franchezza nell'illustrazione di alcune proposte e soluzioni, la recente Ricerca dell'Ufficio Studi, Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e tutela giurisdizionale amministrativa, pubblicata sul sito internet della giustizia amministrativa, e curata da illustri magistrati (il presidente M. Lipari, i cons. Giovagnoli e Storto, con la collaborazione dei presidenti R. De Nictolis e R. Chieppa).

¹⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 ottobre 2015, n. 4616, su provvedimenti dell'AGCom e Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334, su provvedimenti dell'Autorità antitrust.

¹⁶ A questa conclusione sembra giunta, dopo un lungo itinerario, anche la Corte di cassazione, a proposito delle risultanze delle verifiche ispettive delle Autorità indipendenti: cfr. Cass., sez. I, 30 maggio 2018, n. 13679, sulle risultanze di verifiche ispettive di Banca d'Italia.

del 2004 sui buoni pasto Consip¹⁷, che, oltre a respingere la tesi del sindacato ‘debole’, aveva affermato il dovere del giudice amministrativo di verificare la ‘correttezza’ della valutazione dell’Autorità indipendente. Questa tesi era maturata non rispetto ad atti di regolazione, ma rispetto a provvedimenti puntuali dell’Autorità antitrust: mi sembra però che scardini una serie di postulati che erano stati accolti per sostenere più in generale il carattere ‘limitato’ del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti e perciò finisca col rappresentare un termine di confronto anche per gli atti di regolazione. Lo stesso Consiglio di Stato, d’altra parte, ha richiamato queste conclusioni in pronunce su atti di regolazione dell’Autorità per l’energia, per esempio quando ha annullato la disciplina sull’accesso ai terminali di rigassificazione¹⁸.

In particolare dalla pronuncia sul caso Consip e da quelle che ad essa si sono richiamate risultano scardinati gli assunti secondo cui le valutazioni tecniche di carattere complesso, o opinabile, costituiscano un campo riservato all’amministrazione e che anche la sussunzione di regole da concetti giuridici indeterminati avrebbe caratteristiche analoghe. Ora quanto ai concetti giuridici indeterminati è utile ricordare che la giurisprudenza civile recente ammette sempre più spesso che l’erroneità della loro applicazione possa essere fatta valere come motivo di ricorso per Cassazione (sotto forma di violazione di legge)¹⁹: non si tratta dunque di profili di merito, ma si tratta di profili di legittimità. Quanto all’opinabilità e alla complessità delle valutazioni tecniche, rilevo che proprio lo studio di Carlo Marzuoli che ho già avuto occasione di citare aveva dimostrato che la stessa giurisprudenza amministrativa, ormai da molti decenni, non identifica più il merito con l’opinabilità o la complessità della valutazione tecniche. Anche il Consiglio di Stato, seppur oscillante nelle pronunce meno curate, lo ha riconosciuto con chiarezza a partire da una pronuncia fondamentale del 1999²⁰.

4. Le considerazioni che sono state proposte consentono di affermare due corollari di rilievo.

Il primo riguarda la piena legittimità, anzi la fisiologica necessità, dell’istruttoria tecnica disposta dal giudice amministrativo sulle valutazioni compiute dalle Autorità indipendenti negli atti di regolazione. In questo senso è emblematica decisione del Consiglio di Stato del 2013 (Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645) che ha annullato una delibera tariffaria dell’AGCom, dopo aver affermato che la complessità e l’opinabilità delle valutazioni demandate all’Autorità indipendente non rappresentano un limite al sindacato del giudice amministrativo, che può e deve utilizzare i suoi strumenti istruttori “al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico”.

¹⁷ Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926.

¹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 9 agosto 2016, n. 3552.

¹⁹ Si rinvia, in particolare, a E. Fabiani, Clausola generale, in Encicl. dir.-Annali, Milano, 2012, vol. V, 183 ss.; Orientamenti della cassazione sul controllo delle clausole generali, con particolare riguardo alla giusta causa di licenziamento, in Foro it. 2003, I, 1845; Clausole generali e sindacato della cassazione, Torino, 2003.

²⁰ Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

Ed è emblematica l'istruttoria, culminata in una consulenza tecnica d'ufficio, disposta dalla Sesta sezione del Consiglio di Stato nel 2015 nei giudizi sulle delibere dell'Autorità in tema di tariffe idriche, in relazione alla questione della copertura degli oneri finanziari^{21 22}.

Il secondo riguarda l'interpretazione e l'applicazione concreta del criterio di 'correttezza' e di 'attendibilità' richiamato dalla giurisprudenza che ho richiamato. Questo aspetto è decisivo, anche perché le formule generali spesso possono risultare ambivalenti, e nella giurisprudenza amministrativa talvolta ad affermazioni di principio innovative sono state ricondotte conclusioni tradizionali.

A mio parere, per dare senso a questo criterio, si deve adottare un criterio rigoroso. Il giudice, in presenza di contestazioni, per verificare se la soluzione accolta nell'atto di regolazione sia 'corretta' o 'attendibile', deve accertare innanzi tutto se essa sia oggettivamente fondata e sostenibile dal punto di vista tecnico²³. In ogni caso deve esservi un accertamento di ordine tecnico, se il punto è contestato nel giudizio per ragioni concernenti il profilo tecnico. Questa conclusione non discende da opinioni personali, ma è imposta dai principi di parità delle parti e di terzietà del giudice, sanciti dall'art. 111 Cost.

5. Da ultimo è opportuno un riferimento alla posizione della Corte di cassazione.

A questi fini mi sembrano di rilievo minore i profili legati al riparto di giurisdizione, nei suoi termini tradizionali. La scelta legislativa, confermata nel codice, è stata a favore della giurisdizione esclusiva, nel caso dell'impugnazione di provvedimenti delle Autorità elencate nominativamente dall'art. 133 lett. 1. c.p.a., con le note vicissitudini dei provvedimenti sanzionatori di Banca d'Italia e di Consob (su cui è intervenuta la Corte costituzionale), e a favore della giurisdizione civile, per i provvedimenti del Garante della privacy²⁴. Su un piano generale suscita tuttora vivo interesse la previsione, contenuta prima in disposizioni speciali²⁵ e oggi nell'art. 133 cit., di una giurisdizione amministrativa per le controversie con il personale delle Autorità indipendenti elencate nello stesso

²¹ Cons. Stato, sez. VI, ord. 14 ottobre 2015, n. 4745.

²² Sull'ammissibilità della CTU, nei giudizi concernenti l'impugnazione di provvedimenti di Autorità indipendenti, cfr. già prima del codice Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2194, con riferimento alla discipline dei mezzi istruttori innovata dalla legge n. 205/2000. Per la CTU in giudizi promossi contro l'Autorità per l'energia, aventi ad oggi provvedimenti di carattere puntuale, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2016, n. 899.

²³ Ciò che esorbita dal sindacato giurisdizionale è solo la 'personale condivisibilità' della soluzione, profilo che è al di là dell'ordine tecnico ed implica che, di fronte a più soluzioni tutte tecnicamente sostenibili, sia operata una scelta per l'una anziché per l'altra. Un limite del genere, invece, non è configurabile nei giudizi concernenti provvedimenti sanzionatori.

²⁴ Cfr. Cass. civ., sez. un., 14 aprile 2011, n. 8487, in *Foro it.* 2012, I, 843. Cfr. anche, nello stesso senso, Cons. Stato, sez. I, 21 settembre 2009, n. 3754/08.

²⁵ Cfr. art. 1, comma 26, l. l. 31 luglio 1997 n. 249, per l'AGCom.

articolo²⁶, anche se sottoposto a rapporto ‘privatizzato’: si tratta, però, di profili che sono estranei al tema centrale di questo incontro. Mi sembra più utile segnalare qui due orientamenti recenti della Cassazione.

Il primo orientamento da tenere in considerazione è rappresentato dalla rivendicazione da parte delle Sezioni Unite della capacità di definire l’illegittimità degli atti amministrativi nei suoi confini col merito²⁷. La Cassazione, più volte, dal 2008, ha affermato un modello di sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche, che non risponde assolutamente ai canoni attuali e che comporterebbe una riduzione drastica rispetto allo spazio del sindacato ammesso dal Consiglio di Stato. Nella ricerca recente dell’Ufficio studi che ho menzionato all’inizio questo orientamento della Corte di cassazione viene segnalato come l’ostacolo più grave per la piena affermazione di un sindacato effettivo sugli atti delle Autorità indipendenti. Un rischio del genere appare molto concreto, anche in considerazione della circostanza che rispetto agli atti di un’Autorità che per alcuni versi può essere accostata alle Autorità indipendenti, il Consiglio superiore della magistratura, anche se in un contesto ben diverso da quello che ci interessa oggi, la Cassazione è intervenuta pesantemente contro pronunce del Consiglio di Stato che applicavano i principi già richiamati.

Il secondo orientamento – che su un piano più generale può sembrare in contraddizione col primo – concerne il tema della disapplicazione degli atti amministrativi, che costituiscono il presupposto di obbligazioni civili: la disapplicazione da parte del giudice civile consentiva, sul piano pratico, una certa concorrenza rispetto al rimedio amministrativo. Le Sezioni unite sembrano aver sposato, di recente, una soluzione drastica, che esclude la possibilità di disapplicare l’atto amministrativo, quando la parte avesse avuto la possibilità di impugnarlo e non l’abbia fatto, e ciò anche se da quell’atto derivino obbligazioni dedotte in un giudizio civili. Alla fine dello scorso anno, le Sezioni Unite hanno concluso che in casi del genere la disapplicazione dovesse escludersi, perché, se l’atto era impugnabile avanti al giudice amministrativo e tuttavia non è stato impugnato, il giudice civile deve limitarsi ad accertare la sua ‘esistenza’²⁸.

Il concorso fra rimedi giurisdizionali si risolve nell’affermazione di un onere di proporre il giudizio amministrativo ancora più rigoroso, perché destinato a produrre effetti di rilievo anche per

²⁶ Si tratta dunque di un’elencazione tassativa: la disciplina non si estende ad ogni Autorità indipendente in quanto tale. Per esempio, è controverso se ed entro quali limiti si estenda ad Anac: si tenga presente che per alcune tipologie di sanzioni amministrative di competenza di Anac, la tutela è riservata al giudice ordinario (art. 19, comma 5.-bis, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114, sulle violazioni in tema di piani triennali di prevenzione della corruzione, programmi triennali di trasparenza, codici di comportamento).

²⁷ Peraltro la Cassazione ha sempre sostenuto con fermezza l’assoggettamento delle Autorità indipendenti al sindacato giurisdizionale: cfr. Cass. civ., sez. un., 29 luglio 2003, n. 11632.

²⁸ Cass. sez. un. 2 novembre 2018, n. 28053.

il giudizio civile. Ed è evidente che, se si aderisce a quest'ultima soluzione, la rilevanza pratica degli orientamenti del giudice amministrativo finisce col risultare ancora maggiore.

Aldo Travi

Professore ordinario di diritto amministrativo
presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

pubblicato l'11 marzo 2019