Pubblicato il 04/11/2020

N. 06792/2020REG.PROV.COLL.

N. 03534/2020 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3534 del 2020, proposto da Pricewaterhousecoopers s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Vilma Aliberti, Franco Coccoli, Marco Di Lullo, Massimo Longo e Pasquale Cardellicchio, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Franco Coccoli in Roma, via Michele Mercati, n.51;

contro

Commissione nazionale per le Società e La Borsa, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Gioconda De Gaetano Polverosi e Gianfranco Randisi, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Maria Gioconda De Gaetano Polverosi in Roma, via G.B. Martini, 3;

per la riforma

della sentenza 12 gennaio 2020, n. 761, del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione Seconda

.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Commissione Nazionale per Le Società e La Borsa;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2020 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Vilma Aliberti, Massimo Longo, Maria Gioconda De Gaetano Polverosi e Gianfranco Randisi.

FATTO e DIRITTO

1.- La Consob, con deliberazione n. 2051 del 2018, ha irrogato alla società Pricewaterhouse Coopers s.p.a (d'ordina solo Società o PwC) sanzioni amministrative pecuniarie ai sensi dell'art. 26 del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39 del 2010 (Attuazione della direttiva 2006/43/Ce, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che modifica le direttive 78/660/Cee e 83/349/Cee, e che abroga la direttiva 84/253/Cee).
La società ha proposto istanza di accesso agli atti del procedimento e, in particolare, ai verbali della commissione.
All'esito dell'acquisizione, la società ha proposto ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio sia avverso il provvedimento sanzionatorio sia avverso l'art. 8 del «*Regolamento sanzionatorio Consob*», adottato con delibera della Consob 19 dicembre 2013, n. 18750, nella parte in cui non prevede alcun onere di verbalizzazione della seduta decisoria della Commissione.

2.- Il Tribunale amministrativo, con sentenza 12 gennaio 2020, n. 761, ha dichiarato il ricorso inammissibile, ritenendo che la giurisdizione spetti al giudice ordinario.

3.- La ricorrente in primo grado ha proposto appello.

3.1.- Si è costituita in giudizio la Consob chiedendo il rigetto dell'appello.

4.- La causa è stata decisa all'esito della camera di consiglio del 17 settembre 2020.

5.- L'appello è fondato.

6.- L'art. 133, lett. l), cod. proc. amm. attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati, in particolare, tra gli altri, dalla Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob).

La Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 4, comma 1, n. 19, dell'allegato n. 4, del codice del processo amministrativo, nella parte in cui ha abrogato le disposizioni del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, che attribuiscono alla Corte d'Appello la competenza funzionale in materia di sanzioni inflitte dalla Consob, con la conseguenza che queste ultime disposizioni, illegittimamente abrogate, tornano ad avere applicazione (Corte cost. n. 162 del 2012).

7.- La questione che rileva in questa sede è se la giurisdizione del giudice ordinario si estenda anche agli atti presupposti regolamentari adottati dalla Consob.

Sul punto esistono due orientamenti interpretativi.

Un primo orientamento, seguito da una recente sentenza della Corte di Cassazione, ritiene che la giurisdizione del giudice ordinario si estenda anche agli atti regolamentari presupposti, con esclusione della giurisdizione del giudice ordinario (Cass. civ., sez. un., 2 ottobre 2019, n. 24609).

La Corte, dopo avere ribadito che il criterio di riparto della giurisdizione si fonda sulla causa petendi, ha affermato che «*il sindacato del giudice del provvedimento sanzionatorio si estende, in ossequio al principio* accessorium sequitur *principale, alla validità sostanziale del rapporto presupposto, concernendo tutte le fasi procedimentali in cui lo stesso si scandisce nonché gli atti presupposti e regolamentari posti a fondamento dell'emissione del provvedimento impugnato, i quali delineano il modus di esercizio della* potestas iudicandi». Lo stesso concetto è espresso dalla Cassazione con le seguenti affermazioni: *i*) «*la cognizione degli atti presupposti che hanno condotto all'emissione del provvedimento di relativa adozione spetta al giudice che in ordine al medesimo ha giurisdizione, costituendo essi la concreta e diretta ragione giustificativa della potestà sanzionatoria nel caso esercitata*»; *ii*) «*la valutazione dell'esercizio dei poteri da parte dell'Autorità spetta al giudice che ha giurisdizione sul provvedimento finale, che di tali poteri costituisce espressione*»; *iii*) «*la valutazione da parte di tale giudice va infatti estesa agli atti e ai regolamenti presupposti e funzionalmente collegati all'adozione, pretesamente illegittima, del provvedimento sanzionatorio finale, costituendone l'imprescindibile ragione giustificativa, quali specifici presupposti ed elementi costitutivi del rapporto giuridico dato* (….) *e non già elementi da quest'ultimo avulsi, quali beni della vita su cui possa configurarsi tutela autonoma e diversa da quella assicurata dalla loro eventuale disapplicazione*»; *iv)* «*il* petitum *sostanziale "va propriamente ravvisato nella caducazione del provvedimento avente ad oggetto la sanzione amministrativa, in quanto asseritamente deliberata e irrogata in base ad atti amministrativi e regolamentari dei quali si è lamentata l'illegittimità e per questi ultimi il contrasto con normativa di rango superiore, e non già concernente una lesione direttamente derivante dai suddetti atti presupposti, i quali assumono rilevanza concreta se e in quanto abbiano come nella specie dato luogo all'irrogazione della sanzione amministrativa, di cui è stata appunto richiesta l'eliminazione*».

Lo strumento utilizzato è quello della disapplicazione «*che costituisce modalità di piena tutela delle posizioni di diritto soggettivo incise dal provvedimento amministrativo illegittimo garantita dal giudice ordinario*».

Un secondo orientamento, seguito dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, che la Sezione intende seguire, ritiene che il potere di disapplicazione del giudice ordinario non esclude anche il potere di annullamento da parte del giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. VI, 31 luglio 2017, n. 3822; Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595).

8.- Ai fini della risoluzione della presente controversia occorre stabilire la portata del potere di disapplicazione e i suoi rapporti con il potere di annullamento.

Il giudice amministrativo ha un potere generale di annullamento e un potere di disapplicazione soltanto in presenza di atti normativi.

Il giudice ordinario ha un potere generale di disapplicazione e un potere di annullamento soltanto nei casi previsti dalla legge.

L'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso, 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, prevede che «*quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio*». L'atto amministrativo «*non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso*».

L'art. 5 della stessa legge prevede che «*in questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi*».

Le norme riportate contemplano due diverse forme di disapplicazione.

La prima forma è di disapplicazione principale e presuppone che l'atto amministrativo sia oggetto di diretta lesione della posizione giuridica fatta valere.

In questi casi, a seguito della creazione della stessa giurisdizione amministrativa, in presenza di un provvedimento che incide negativamente su diritti soggettivi, anche se annullabile, si delinea, normalmente, un rapporto giuridico tra potere pubblico e interesse legittimo oppositivo, con giurisdizione del giudice amministrativo. La

questione controversa, che non rileva in questa sede, riguarda l'ipotesi in cui il provvedimento sia nullo ai sensi dell'art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990.

La seconda forma è di disapplicazione incidentale che si ha quando l'atto amministrativo non costituisce l'oggetto diretto della lesione e viene in rilievo soltanto in via, appunto, incidentale.

Il terreno di elezione di tale forma di disapplicazione è quello relativo alle controversie tra privati in cui, ai fini della loro risoluzione, può assumere valenza pregiudiziale il giudizio di validità di un atto amministrativo.

Le questioni più controverse attengono al caso, che rileva in questa sede, in cui viene in rilievo una controversia tra privati e pubblica amministrazione e risulti adottato un provvedimento amministrativo presupposto rispetto a un rapporto giuridico principale in relazione al quale la giurisdizione spetti al giudice ordinario.

Le possibili evenienze sono le seguenti.

La prima evenienza si ha quando la legge espressamente dispone che il giudice ordinario possa conoscere, mediante la tecnica della disapplicazione, l'atto presupposto.

A titolo esemplificativo, l'art. 63 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche) prevede che il giudice ordinario ha giurisdizione su tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, con cognizione estesa agli atti presupposti (che sono, normalmente, atti di macro-organizzazione), che se rilevanti ai fini della decisione e illegittimi devono essere disapplicati.

La previsione espressa di un potere di disapplicazione del giudice ordinario non esclude che lo stesso atto presupposto di rilevanza organizzativa possa essere impugnato innanzi al giudice amministrativo, con conseguente configurazione di una doppia tutela (in questo senso anche Cass. civ., sez. un. ordinanza 7 novembre

2008, n. 26799; Cass. civ., sez. un., ordinanza 1 aprile 2003, n. 6220; Cass. civ., sez. lav., 5 marzo 2003, n. 3252).

La Corte di Cassazione, in alcune sentenze, pur in presenza di una espressa previsione di legge che attribuisce il potere di disapplicazione al giudice ordinario, ha ritenuto, invero, che tale potere non esiste nel caso in cui la contestazione «*investa direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo, che si assume non essere conforme a legge*» (Cass. civ., sez. un., 27 febbraio 2017, n. 4881).

La seconda evenienza si ha quando la legge non prevede espressamente che il giudice ordinario possa conoscere gli atti presupposti.

La Corte di Cassazione, con un orientamento più volte espresso, ha affermato che il giudice ordinario non possa disapplicare atti presupposti che avrebbero dovuto essere oggetto di impugnazione innanzi al giudice amministrativo, con la conseguenza che tali atti vengono in considerazione come "fatti" senza che sia possibile contestarne la validità (tra le altre, Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2018, n. 28053).

In definitiva, in relazione a casi sia di previsione espressa del potere di disapplicazione sia di applicazione delle regole generali, sopra riportate, che consentono la disapplicazione, la stessa Corte di Cassazione, in alcune decisioni, sopra citate, ha sostenuto che tale potere non possa essere esercitato, dovendo la giurisdizione essere riconosciuta in capo al giudice amministrativo.

Nella specifica fattispecie in esame, relativa al rapporto tra atto presupposto regolamentare e atto applicativo sanzionatorio, la Cassazione, con la citata n. 24609 del 2019, ha non solo ritenuto che possa essere esercitato un potere di disapplicazione ma ha anche escluso che possa essere esercitato il potere di annullamento da parte del giudice amministrativo, negando, così, la possibilità della doppia tutela.

La Sezione ritiene che l'esistenza, nelle modalità sopra indicate, del potere di disapplicazione, pur ammettendo che possa essere esercitato in presenza di atti presupposti, non può escludere l'esercizio del potere di annullamento da parte del giudice amministrativo, per le seguenti ragioni.

In primo luogo, in mancanza di una previsione di legge che configuri una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, trovano applicazione le regole generali di riparto della giurisdizione. In presenza di un potere regolamentare che stabilisce le modalità di esercizio della funzione sanzionatoria, la situazione giuridica del privato è di interesse legittimo e non di diritto soggettivo.

In secondo luogo, il potere di disapplicazione, svolgendosi in via incidentale, determina effetti soltanto nel giudizio civile e, non entrando nel giudicato, non fa sorgere neanche un obbligo di annullamento da parte della pubblica amministrazione. Il sistema di tutela si completa, pertanto, mediante l'esercizio del potere di annullamento da parte del giudice amministrativo, al fine di consentire alla parte di ottenere una tutela demolitoria che elimini l'atto impedisca così anche all'amministrazione il riesercizio del potere individuale ponendo nuovamente a base della decisione l'atto presupposto.

9.- Per le ragioni sin qui esposte, l'appello deve essere accolto, con annullamento della sentenza di primo grado e rimessione, ai sensi dell'art. 105 cod. proc. amm., della causa al primo giudice per la decisione di merito.

10.- La particolarità della vicenda giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

a) accoglie l’appello e, per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, ritiene sussistente la giurisdizione del giudice ordinario e dispone la remissione della causa al primo giudice;

b) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

L'ESTENSORE
Vincenzo Lopilato

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO