



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO PUBBLICO
Curriculum di diritto amministrativo
XXVIII ciclo

TESI DI DOTTORATO

**LA TUTELA GIURISDIZIONALE NELLE CONTROVERSIE DI DIRITTO
PUBBLICO DAVANTI AL GIUDICE ORDINARIO (*criteri di riparto ed
effettività della tutela, anche in prospettiva comparatistica*).**

Relatore: Chiar.mo Professor Vincenzo Cerulli Irelli

Dottorando: Carlo Bellesini
(Matricola: n. 1064086)

Anno Accademico 2015/2016

A mio padre

Ringrazio il **Professor Vincenzo Cerulli Irelli**, Ordinario di Diritto Amministrativo, per il puntuale indirizzamento al tema, i suggerimenti per una migliore ricerca e la disponibilità professionale.

Carlo Bellesini

INDICE

<i>Introduzione</i>	pag. 11
---------------------------	---------

CAPITOLO I

DAL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO AL DUALISMO GIURISDIZIONALE NELLE CONTROVERSIE DI DIRITTO PUBBLICO. BREVE ANALISI DIACRONICA.

1. Le origini del sistema di Giustizia amministrativa italiana. La giustizia amministrativa nel Regno di Sardegna.....	pag.27
2. La legge del 1865 abolitiva del contenzioso amministrativo e la giurisdizione unica.	pag.30
3. La nascita della Giustizia amministrativa. La legge del 1889 istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato.	pag. 35
4. La legge del 1907 e l'espressa natura giurisdizionale della Quarta sezione del Consiglio di Stato. Diritti ed interessi legittimi.	pag. 39
5. Gli anni Trenta e Quaranta. La legge del 1923 e l'introduzione della giurisdizione esclusiva. Il concordato Mariano D'Amelio e Santi Romano del 1930 e l'affermazione definitiva del criterio di riparto di giurisdizione fondato sulla causa petendi. La nascita del dualismo delle giurisdizioni nelle controversie di diritto pubblico.	pag. 41
6. Gli anni Cinquanta. L'avvento della Costituzione e l'affermarsi della teoria della degradazione.....	pag. 42
7. Gli anni Novanta e il nuovo millennio: l'ampliamento delle materie di giurisdizione esclusiva. L'intervento della Corte costituzionale per delimitare i confini della discrezionalità legislativa nella scelta delle materie di giurisdizione esclusiva. La nascita della nozione di controversie di diritto pubblico quale criterio di riparto delle giurisdizioni.....	pag. 45

CAPITOLO II

LA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE ORDINARIO NELLE CONTROVERSIE DI DIRITTO PUBBLICO. CRITERI DI RIPARTO E CERTEZZA DEL DIRITTO.

1. Il riparto di giurisdizione nelle controversie di diritto pubblico e la certezza del diritto.....pag. 53
2. I casi tipici di giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico. In particolare, le sanzioni amministrative, gli atti emanati dal Garante della riservatezza dei dati personali, la tutela dello straniero e la materia elettorale.....pag. 60
3. Il contenzioso in materia di pubblico impiego privatizzato..... pag. 80
4. Questioni insorte nel regime transitorio dettato dalla riforma del pubblico impiego.....pag. 93
5. La giurisdizione ordinaria nelle controversie di diritto pubblico oltre i casi tipici. L'esclusione della degradazione e la dequotazione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva (critica).....pag. 98
 - 5 a) L'indegradabilità dei diritti fondamentali. La tutela della salute.....pag. 100
 - 5 b) Atti vincolati della Pubblica Amministrazione. Il diritto all'insegnante di sostegno dell'alunno disabile. I contributi pubblici.pag. 109
 - 5 c) I casi di nullità dell'atto amministrativo. L'articolo 21 *septies* della legge n. 241 del 1990 ed il difetto assoluto di attribuzione.pag. 123
 - 5 d) I comportamenti cd. "amministrativi" e le vie di fatto. Il danno da provvedimento favorevole. Il contenzioso in materia espropriativa.....pag. 132
 - 5 e) Conclusioni.....pag.151

CAPITOLO III

LE AZIONI ESPERIBILI DINANZI AL GIUDICE ORDINARIO NELLE CONTROVERSIE DI DIRITTO PUBBLICO. I LIMITI DI CUI ALLA LEGGE N. 2248 DEL 1865 ALL. E) ED IL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA.

1. Il principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale nella costituzione e negli ordinamenti sovranazionali.....pag. 157
2. Limiti interni ed esterni della giurisdizione ordinaria nelle controversie di diritto pubblico. La legge n. 2246 del 1865, all. e).....pag. 162
3. Il potere del giudice ordinario di disapplicare l'atto amministrativo nelle controversie di diritto pubblico ai sensi dell'articolo 5 della legge abolitiva del contenzioso.....pag.164
4. La disapplicazione incidentale.....pag. 170
5. Il rischio di doppia tutela nel contenzioso sulle patologie contrattuali derivanti dall'invalidità degli atti prodromici al negozio in materi di appalti pubblici di lavori servizi e forniture.....pag.171
6. La disapplicazione del provvedimento amministrativo in sede penale.....pag. 181
7. L'annullamento del provvedimento.....pag. 184
8. Le altre azioni costitutive diverse dall'annullamento.....pag. 189
9. L'azione dichiarativa.....pag. 190
10. L'azione di condanna.....pag. 192
11. La condanna dell'Amministrazione *ad un facere*.....pag. 200
12. Le azioni esperibili dinanzi al giudice del lavoro nelle controversie in materia di pubblico impiego privatizzato. Il ruolo della disapplicazione.....pag.207
13. La tutela possessoria nei confronti della Pubblica Amministrazione.....pag. 222
14. La tutela esecutiva nei confronti della Pubblica Amministrazionepag.229
15. L'esecuzione in forma specifica nei confronti della Pubblica Amministrazione.....pag. 232
16. Esecuzione forzata di obblighi di fare infungibile nei confronti della Pubblica Amministrazione.....pag.234

17. L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto	pag.238
18. L'esecuzione forzata in forma di espropriazione.....	pag.239
19. L'esecuzione forzata nelle controversie in materia di pubblico impiego privatizzato.....	pag.243
20. La tutela cautelare dinanzi al giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico.....	pag. 247
21. La sospensione dell'efficacia del provvedimento.....	pag. 248
22. Misure cautelari diverse dalla sospensione del provvedimento amministrativo.....	pag 255
23. La tutela cautelare atipica nelle controversie di diritto pubblico (art. 700 c.p.c.).....	pag. 259
24. La tutela cautelare nelle controversie in materia di pubblico impiego privatizzato.....	pag. 267

CAPITOLO IV

LA TUTELA GIURISDIZIONALE NEI CONFRONTI DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA NELL'ESPERIENZA FRANCESE.

Criteri di riparto ed effettività della tutela.

1. Le origini del “modello francese” di giustizia amministrativa. In sintesi.....	pag. 273
2. L'organizzazione della giurisdizione amministrativa. Brevi cenni.....	pag. 275
3. La giurisdizione amministrativa nelle controversie di diritto pubblico in Francia. Il criterio dei <i>bloc de compétence</i> : in particolare, la materia espropriativa, la salute, l'immigrazione ed il diritto d'asilo.....	pag. 278
4. Le tutele offerte dalla giurisdizione amministrativa francese nelle controversie di diritto pubblico.....	pag. 294
5. Conclusioni in chiave comparatistica sul riparto di giurisdizione e l'effettività della tutela nelle controversie di diritto pubblico in Francia.....	pag. 300

CAPITOLO V

EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA E RIPARTO DI GIURISDIZIONE NELLE CONTROVERSIE DI DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA.

1. Brevissime premesse storiche sulla formazione della Giustizia amministrativa in Germania.pag. 307
2. L'organizzazione della giurisdizione tedesca. Estrema sintesi.....pag. 309
3. Effettività della tutela e riparto di giurisdizione nelle controversie di diritto pubblico in Germania.pag. 311
4. Considerazioni conclusive in chiave comparatistica.....pag. 319

Conclusionipag. 326

Bibliografia.....pag. 358

INTRODUZIONE

La presente tesi si pone l'arduo compito di analizzare criticamente il sistema di riparto della giurisdizione nelle controversie di diritto pubblico, con particolare riferimento ai casi in cui la protezione delle situazioni giuridiche soggettive lese dai pubblici poteri sia rimessa al giudice ordinario.

Vista la vastità dell'argomento e la notevole quantità di contributi dottrinari a riguardo, si è voluto affrontare il tema da un'angolatura molto specifica. In particolare, oggetto della presente disamina è innanzitutto la valutazione del criterio di riparto della giurisdizione nelle controversie di diritto pubblico alla luce del principio della **certezza del diritto**. Successivamente, l'analisi si concentra sul grado di **effettività della tutela giurisdizionale** offerta dai giudici ordinari alle situazioni giuridiche soggettive qualora abbiano subito una lesione a fronte di episodi di esercizio del pubblico potere. In altre parole, la correttezza dell'ordinamento giuridico italiano, che ammette la giurisdizione ordinaria, oltre quella amministrativa, sulle controversie di diritto pubblico, è valutata attraverso il prisma del principio di certezza del diritto, dell'effettività e della pienezza delle tutele, secondo i dettami costituzionali e sovranazionali (Costituzione, CEDU e diritto UE)¹.

Si è altresì voluta arricchire la ricerca attraverso uno **studio comparatistico** di altre esperienze europee (Francia e Germania), cercando **convergenze** tra queste ultime ed il sistema italiano.

Deve essere infatti chiaro come alla luce degli ordinamenti sovranazionali (Cedu e UE), gli ordinamenti giuridici europei siano tenuti a configurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva per le situazioni giuridiche soggettive pregiudicate

¹ F. BILANCIA *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002. F. BILANCIA, *I diritti fondamentali e la loro effettività* in *Atti del Convegno su "Costituzione europea, costituzione economica, allargamento"*, Università degli Studi di Teramo, Facoltà di Giurisprudenza, 22-23 aprile 2005, il quale auspica il consolidamento di un'effettiva prassi giurisprudenziale di garanzia quotidiana di tali diritti che ne determini la reale consistenza in ogni ipotesi condotta all'attenzione di un giudice. V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012;

dal pubblico potere. Allo stesso modo, gli stessi ordinamenti devono assicurare l'indipendenza e l'imparzialità dell'organo chiamato a svolgere tale funzione sia da influenze di poteri privati, sia dagli altri poteri sovrani dello Stato (art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 6 e 13 della CEDU). In altre parole, si vuole ricercare una **tendenza comune** a livello europeo **nella costruzione di una giurisdizione indipendente, che persegua unitariamente l'obiettivo di fornire una protezione piena alle situazioni giuridiche soggettive**, sia nei rapporti interprivati che **nei rapporti con la pubblica Autorità**.

Nell'evidenziare tale percorso convergente, ci si muove dalla nota distinzione dei **modelli di Giustizia amministrativa**².

A riguardo, la tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico, pur nella specificità delle varie esperienze nazionali di Giustizia amministrativa, ha seguito due modelli: quello monistico e quello dualistico. Nel primo (appannaggio dell'esperienza anglosassone), le liti aventi ad oggetto il corretto esercizio del pubblico potere sono rimesse alla stessa Autorità giurisdizionale che decide sulle controversie di diritto comune; nel secondo (presente in Francia, Germania ed Italia), le controversie di diritto pubblico sono devolute ad un giudice speciale, il giudice amministrativo, diverso dal giudice ordinario.

Nei sistemi dualistici si registra una tendenziale “*collateralità*” tra il giudice amministrativo e l'Amministrazione; una vicinanza giustificata da una maggiore attenzione alle ragioni sottese alle scelte discrezionali dell'Amministrazione. Secondo un noto orientamento, la nascita della Giustizia amministrativa non trova la sua unica affermazione nello Stato di diritto e nella necessità di garantire tutela ai diritti dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri. Secondo un'affermazione che lo stesso Autore³ definiva “*sbrigativa e brutale*”, il giudice speciale amministrativo ha una sua “*ragione politica*”, di natura “*autoritativa*”, ossia quella di perfezionare la struttura del cosiddetto “*stato amministrativo*”, per esso intendendosi l'ordinamento statuale nel quale l'attività dei pubblici poteri sia soggetta ad un regime *proprio, speciale* rispetto a

² V. CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, 2016; S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 1/2013

³ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, ed. Il Mulino, Bologna 2002 (aggiornata a cura di E. CARDI e A. NIGRO)

quello di diritto comune: chi esercita il pubblico potere è capace di incidere unilateralmente nella sfera giuridica di altri soggetti, attraverso provvedimenti “autoritativi”⁴, per legge volti alla cura del pubblico interesse.

Nel sistema monistico, invece, si ha una più intensa autonomia ed indipendenza, sia strutturale che organizzativa, del giudice rispetto all'amministrazione. Negli ordinamenti monistici anglosassoni, non esistono giudici speciali amministrativi perché per la *rule of law*, l'Amministrazione, seppur nell'esercizio delle sue funzioni pubblicistiche, agisce attraverso poteri non derogatori delle regole di diritto comune (salvo alcune eccezioni, dove si manifestano istituti propri dello Stato amministrativo e, conseguentemente, vengono istituiti i primi giudici speciali per dirimere le relative controversie).

Nella disamina dei sistemi monistico e dualistico, si è altresì parlato di un “*trade off*” (ossia di un rapporto di proporzionalità inversa) tra indipendenza strutturale del giudice ed effettività della tutela⁵. Si è dimostrato come nei sistemi monistici vi sia un *tendenziale maggiore grado di deference* dei giudici nel valutare l'azione discrezionale dei pubblici poteri e, conseguentemente, le valutazioni si arrestano ad una verifica formale della validità dell'atto amministrativo in relazione al modello legale. D'altro canto, nei sistemi dualistici, il giudice amministrativo esercita *un sindacato più penetrante e approfondito sull'esercizio del potere amministrativo*, godendo di una vicinanza maggiore alle dinamiche sottese all'esercizio dei pubblici poteri e potendo verificare la correttezza delle scelte pubbliche in relazione agli interessi perseguiti (si pensi ai casi di invalidità del provvedimento per eccesso di potere)⁶.

E si è osservato come i vari modelli nazionali dualistici (tra cui quello italiano) stiano convergendo verso il superamento di tale *trade off*, alla luce dei dettami sovranazionali che impongono allo stesso tempo un giudice indipendente e dotato di strumenti di tutela pieni ed effettivi, nel dare protezione alle situazioni giuridiche

⁴ M. NIGRO, *op.cit* ; M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla Giustizia amministrativa in Riv. dir. proc.* 1963

⁵ S. BATTINI, *op. cit.*

⁶ D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in *Diritto amministrativo comparato*, a cura di G. Napolitano, Milano, Giuffrè

soggettive nei confronti dei pubblici poteri. Si vuole quindi analizzare la tendenza del processo amministrativo a perdere i vecchi tratti di “specialità”, configurandosi come un giudizio “ordinario” e “specializzato” in un ambito di competenza ben definito, con un giudice che deve assicurare la realizzazione della pretesa sostanziale del ricorrente (di interesse legittimo o di diritto soggettivo), come il giudice civile, ma tenendo anche conto dell’interesse pubblico perseguito dall’amministrazione col suo operato: e si parla allora di giudice amministrativo “**specializzato**”⁷.

Il modello italiano di tutela giurisdizionale sulle controversie di diritto pubblico rappresenta un caso “*peculiare*” ed “*anomalo*” rispetto alle esperienze europee, che fondano il riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa sulla natura pubblica o privata della controversia⁸.

Per alcuni, anzi, l’ordinamento giuridico italiano sarebbe “*l’unico sistema che meriti il nome*” di dualistico, poiché la tutela giurisdizionale sulle liti aventi ad oggetto atti manifestazione di esercizio del potere pubblico è *equamente* suddivisa tra giudice ordinario e giudice amministrativo sulla base della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio; per espressa previsione costituzionale (artt. 24 e 113, comma 1, Cost.), la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi è devoluta alla giurisdizione ordinaria, mentre quella dell’interesse legittimo alla giurisdizione amministrativa, salvo nelle particolari materie di giurisdizione esclusiva, dove può conoscere anche di diritti soggettivi (art. 103, I co. Cost.)⁹.

Riassumendo, da tale *anomalia* del sistema dualistico italiano discende la ragione della presente disamina. Ci si chiede se ed in quali limiti il giudice ordinario possa conoscere delle liti concernenti l’esercizio del pubblico potere. Si pongono quesiti sulla ragionevolezza di tale criterio di riparto alla luce del principio della certezza del diritto. Ci si interroga sul grado di effettività della tutela giurisdizionale da questo offerto. Si tenta di evidenziare anomalie e disfunzioni e di proporre eventuali correttivi, anche alla luce degli altri principali modelli dualistici europei (Francia e Germania). Sul punto, si cercano convergenze che possano dimostrare una tendenza

⁷ S. BATTINI, *op. cit.*

⁸ S. BATTINI, *op. cit.*

⁹ M. NIGRO, *op. cit.*

verso l'affermazione dell'unità della funzione giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico, volta alla cura delle situazioni giuridiche lese dal pubblico potere e tale da giustificare l'affermazione di un giudice amministrativo specializzato. **De jure condendo**, si evidenziano le ragioni di un'eventuale proposta di modifica legislativa, anche costituzionale.

A tali fini, il **primo capitolo** ripercorre brevemente l'evoluzione storica della Giustizia amministrativa in Italia, dal contenzioso amministrativo, alla sua abolizione nel 1865, sino alla nascita nel 1889 della giurisdizione amministrativa e del conseguenziale problema del riparto di giurisdizione con quella ordinaria nelle controversie di diritto pubblico (che ancora caratterizza i nostri giorni). Come è stato osservato, l'avvento della giurisdizione amministrativa e la sua consacrazione a livello costituzionale non hanno fatto venir meno la *matrice monista* sulla cui base è sorto il dualismo tra giurisdizione ordinaria e amministrativa¹⁰; in altre parole, resta la possibilità per il giudice civile di conoscere delle controversie di diritto pubblico qualora abbiano ad oggetto diritti e non interessi legittimi, alla luce della Costituzione e della legge abolitiva del contenzioso ad oggi vigenti.

Di qui, il **secondo capitolo** cerca di analizzare in maniera tendenzialmente esaustiva (vista la vastità dell'argomento) le singole controversie di diritto pubblico devolute al giudice ordinario sulla base dell'assunto (non sempre pacifico) che si faccia questione della tutela di un diritto soggettivo dinanzi ad un episodio di esercizio del potere. Si vuole così esaminare il **criterio di riparto** alla luce del principio di **certezza del diritto**.

L'analisi si rivolge innanzitutto ai casi in cui sia la legge a devolvere espressamente al G.O. la cognizione di controversie di diritto pubblico. E tali casi non creano particolari questioni, poiché l'espressa previsione normativa consente all'operatore di orientarsi in maniera sufficientemente chiara nella scelta della giurisdizione (salvo le criticità registrate nel contenzioso sulle sanzioni amministrative, in materia elettorale e sulla tutela dello straniero).

¹⁰ S. BATTINI, *op. cit.*

Viceversa, **assai problematica** appare la disamina delle **ipotesi di giurisdizione ordinaria sulle controversie di diritto pubblico, al di là dei casi eccezionali di legge ed all'interno (spesso) di materie di giurisdizione esclusiva.**

Si assiste ad una **dequotazione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva** da parte della Cassazione.

Come si avrà modo di vedere, la Cassazione, svolgendo il suo ruolo di giudice ultimo della giurisdizione, ha più volte affermato la giurisdizione ordinaria sul presupposto teorico che in determinati casi il diritto **non degradi** ad interesse legittimo, seppur a fronte di atti esercizio di poteri pubblicistici¹¹.

Come noto, il provvedimento amministrativo ha natura imperativa ed è frutto di un potere idoneo ad incidere unilateralmente sulle situazioni giuridiche soggettive dei suoi destinatari, estinguendole, modificandole o costituendone di nuove. La degradazione è dunque uno degli effetti in cui si articolerebbe l'imperatività. Conseguentemente, si considerò la carenza di potere come limite all'imperatività ed alla giurisdizione amministrativa¹².

Tuttavia, la Cassazione ha dapprima ancorato la giurisdizione amministrativa sull'esistenza o meno del potere per poi deviare verso un criterio di riparto fondato sugli effetti degradatori del provvedimento. In altre parole, si è dichiarato competente il giudice ordinario su controversie di diritto pubblico sulla base del presupposto che nella fattispecie il provvedimento non abbia affievolito il diritto trasformandolo in interesse legittimo¹³.

L'errore concettuale del pensiero della Cassazione riposa nella circostanza che per decidere se la controversia di diritto pubblico sia ascrivibile alla giurisdizione ordinaria o amministrativa non si debba guardare alla presenza o meno del potere ma agli effetti che questo ha avuto sulla situazione giuridica in lite.

¹¹ M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione* in *Enc. Dir.* XIX, 1970, M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla Giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 522

¹² A. ZITO *Il tradizionale criterio di riparto* in *Il Codice della Giustizia amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI

¹³ Dal principio, Cass. SS.UU. n. 186 del 1956, in *Foro.it*, A. ZITO *op. cit.*

Si analizzeranno alcune (anche recentissime) pronunce della Suprema Corte, in base alle quali sono state affidate alla giurisdizione ordinaria categorie di controversie di diritto pubblico ritenendo che a fronte di poteri pubblicistici la lite verta comunque sulla lesione di diritti soggettivi, in quanto non degradati o degradabili; citando sinteticamente i casi più importanti, i giudizi aventi ad oggetto gli atti nulli per difetto assoluto attribuzione (art. 21-septies l. n. 241/90), i provvedimenti vincolati rispetto ai quali non sussista alcun margine di discrezionalità in capo alla P.A. , la lesione di diritti fondamentali, i comportamenti dell'Amministrazione. Si affronteranno i casi più problematici in materia di espropri, di revoca dei contributi pubblici e di danno da provvedimento favorevole legittimamente annullato o revocato nella materia dei contratti di appalto pubblici.

La tesi della degradazione, così come interpretata dalla giurisprudenza, presenta due profili applicativi: da un lato (e tradizionalmente) è stata utilizzata per escludere la giurisdizione ordinaria nei casi in cui si faccia questione dell'esercizio del potere; dall'altro, la stessa è stata applicata per escludere la giurisdizione amministrativa (anche esclusiva) sulla base del presupposto che in determinate ipotesi il potere non è in grado di degradare il diritto.

Ci si è chiesti dunque se tali orientamenti non siano forieri di perplessità e dunque debbano superarsi alla luce di un criterio di riparto più *lineare* che guardi esclusivamente alla presenza o meno nella lite del potere pubblico e che sia maggiormente idoneo a garantire la certezza del diritto¹⁴.

Come evidenzia il Primo Presidente della stessa Cassazione nella relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015, dal fatto che circa il 70% delle decisioni a Sezioni Unite abbia avuto ad oggetto questioni di giurisdizione, *sembra agevole rilevare l'esistenza di oggettive criticità ordinamentali nel riparto dei plessi giurisdizionali, a loro volta generatrici di rinnovate domande di giustizia.*

¹⁴ V. CERULLI IRELLI, Corso di Giustizia amministrativa, cit; V. CERULLI IRELLI, Amministrazione pubblica e diritto privato, cit.; G. VERDE, op. cit. A. LAMORGESE, La giurisdizione contesa, 2014; A. CORPACI, Note per un dibattito sul sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato, in Dir. Pubbl. 2013S. BATTINI, op. cit. . R. VILLATA. *Scritti di Giustizia amministrativa*, 2016

Ci si è dunque interrogati sul se limitare notevolmente gli spazi e gli ambiti delle ipotesi di legge di giurisdizione esclusiva non sia in controtendenza con quanto affermato dalla Corte costituzionale e dal novello codice del processo amministrativo, secondo cui la cognizione del g.a. dovrebbe estendersi anche ai comportamenti, purché siano mediamente riconducibili all'esercizio del potere. In tutti questi casi, si vuole valorizzare un criterio di riparto che guardi al giudice amministrativo come l'unica autorità chiamata a sindacare dell'esercizio del potere seppur manifestato in via indiretta attraverso comportamenti. Si vuole dimostrare come solo i comportamenti adottati dalla p.a. attraverso le cd. vie di fatto, se lesivi di situazioni giuridiche, esulano dalla giurisdizione esclusiva del g.a.. La giurisdizione esclusiva tenderebbe, dunque, a soddisfare l'esigenza di concentrazione delle controversie e di specializzazione del giudice, onde facilitare l'accesso alla tutela giurisdizionale e la certezza dei rapporti giuridici.

Come si vedrà, le pronunce della Cassazione tese a limitare gli ambiti della giurisdizione esclusiva sono retaggio della concezione tralatizia secondo cui il giudice amministrativo nasce come giudice di legittimità, non adatto a dare piena soddisfazione agli interessi del ricorrente. Una tutela effettiva del diritto sarebbe possibile solo adendo la giurisdizione ordinaria.

In realtà, ad oggi ed alla luce del codice del processo amministrativo, la giurisdizione amministrativa sulle controversie di diritto pubblico, quale espressione di una funzione giurisdizionale unitaria volta al pieno soddisfacimento degli interessi del ricorrente, offre un apparato di tutele completo ed idoneo a dare piena protezione alle situazioni giuridiche incise dal pubblico potere, anche superiore a quanto è nelle possibilità del giudice ordinario. Il *codice* è infatti ispirato al principio della pluralità di azioni: si è ormai consolidato il passaggio da un giudizio sull'atto ad un giudizio sul rapporto. L'azione di annullamento (art. 29 c.p.a.) si accompagna all'azione di adempimento ad un *facere* pubblicistico (art. 34 I co. lett c) c.p.a.) ¹⁵.

¹⁵ Su tutti, sull'azione di adempimento nei confronti della P.A., A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, ed. Giappichelli, Torino 2012, 103 e 104.

Per suffragare tali argomentazioni, il **terzo capitolo** analizza dettagliatamente gli strumenti di tutela esperibili dinanzi al giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico.

La giurisdizione svolge la funzione di garantire la realizzazione dell'interesse sotteso alla situazione giuridica di cui si chiede tutela. E la tutela si ritiene *effettiva* qualora sia in grado di raggiungere il *risultato pratico* consistente nella *soddisfazione* del bene della vita spettante al titolare della pretesa giuridicamente rilevante¹⁶. Corollario dei suesposti principi è altresì la regola della *pienezza* della tutela giurisdizionale. Come si evidenzia, per pienezza di tutela si intende che tutte le situazioni protette *debbono poter usufruire di tutti i mezzi di tutela (azioni) riconosciuti dall'ordinamento*. Per effettività di tutela, si considera la predisposizione di mezzi idonei a dare concreta soddisfazione all'interesse dedotto in giudizio¹⁷. I principi suddetti devono operare pienamente anche nelle controversie di diritto pubblico dinanzi al giudice ordinario.

Di qui, si esamina l'incisività dei limiti che il giudice ordinario incontra nelle controversie di diritto pubblico alla luce della legge abolitiva del contenzioso (Legge n. 2248 del 1865, all. e)). E si vuole in particolare evidenziare come nell'odierno quadro costituzionale, il giudice ordinario nell'esercizio della sua funzione di tutela delle situazioni giuridiche lese dal pubblico potere deve incontrare il solo divieto di sostituirsi a scelte di merito dell'Amministrazione (limite esterno). In altre parole, non possono delinearsi ostacoli interni alla stessa giurisdizione, privando il g.o. di

¹⁶ F. P. LUISO, op cit., CONSOLO, op. cit., M. LUCIANI, op. cit.

¹⁷ Per un'analisi con precipuo riferimento all'effettività nelle controversie di diritto pubblico, si vd. V. CERULLI IRELLI *Giurisdizione amministrativa* cit. secondo cui può affermarsi che *in questo nuovo assetto del sistema di tutela, le situazioni soggettive protette nei rapporti di diritto pubblico (raggruppate nel genus degli interessi legittimi: art. 24 Cost.) tendono all'equiparazione rispetto alle situazioni protette nell'ambito dei rapporti di diritto comune (raggruppate nel genus dei diritti soggettivi: art. 24 Cost.)*. Si vd. anche CANNADA BARTOLI, voce *Interesse (Dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 7 e ss.; NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Studi in onore di A. Papaldo*, Milano, 1975; A. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo ed assetto costituzionale*, Firenze, 1980, 47S. MENCHINI op. cit.; L. MONTESANO, *Magistrature ordinarie e speciali e arbitri nella giustizia civile secondo la Costituzione* in *RIv. Dir. civ.*, 1996; FIGORILLI, op.cit.; Cfr. C. cost. 204 del 2004 e 191 del 2006

strumenti processuali ritenuti idonei a proteggere gli interessi dedotti in giudizio dalle parti.

La disamina abbraccia dunque tutte le azioni di cognizione, cautelari ed esecutive proponibili dinanzi al giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico, al fine di proporre uno spettro completo sul punto.

Innanzitutto, tra le azioni di cognizione, i problemi più spinosi sorgono in relazione alle azioni costitutive, in virtù dei noti limiti di cui alla legge abolitiva del contenzioso secondo cui quando la lite verte su di 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 senza poterlo revocare o modificare se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso. Il giudice ordinario può di regola disapplicare il provvedimento e non annullarlo (art. 4 L.A.C.).

In realtà, come si vedrà, l'ambito di applicabilità della disapplicazione in via principale del provvedimento si è negli anni molto ristretto (in specie dopo la devoluzione dell'azione risarcitoria per lesione degli interessi legittimi al G.A.), sino a far dubitare della reale effettività della norma, se non nei limiti della disapplicazione incidentale.

Nondimeno, si approfondiranno i rischi dell'emergere di ipotesi di doppia tutela (disapplicazione dinanzi al g.o. e annullamento dinanzi al g.a.) nel contenzioso sulle patologie contrattuali derivanti dall'invalidità degli atti prodromici al negozio in materi di appalti pubblici di lavori servizi e forniture.

Ancora, notevoli perplessità si sono evidenziate in relazione all'esperibilità di azioni di condanna ad un facere pubblicistico, con precipuo riferimento alla tutela di diritti assoluti come la salute. Qui, la giurisprudenza (a volte in modo perplesso) sembra superare de plano i limiti della L.A.C. escludendo che si faccia questione dell'esercizio del potere pubblico e di interessi legittimi essendo in presenza di diritti cosiddetti indegradabili.

Nei casi di cd. giurisdizione piena del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico¹⁸, espressamente previsti dalla legge, non si registrano invece particolari problematiche, in quanto, ai sensi dell'articolo 113, III co., della Costituzione, il Legislatore individua specifiche materie nelle quali il giudice può fintanto annullare il provvedimento impugnato in deroga a quanto previsto dall'art. 2 della lg. N. 2248 del 1865, all. E). La scelta è dettata dalla necessità di assicurare la pienezza della tutela nei casi in cui il giudice ordinario può conoscere del corretto esercizio del potere in deroga ai tradizionali criteri di riparto.

Si individuano disfunzioni nella disamina della **tutela esecutiva**, tanto nei confronti dei provvedimenti cautelari che di merito, emessi dal giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico ed aventi ad oggetto una condanna (interinale o decisoria) ad un *facere* provvedimento per sua natura infungibile. **Il giudizio di ottemperanza dinanzi al giudice amministrativo è infatti esperibile solo nei confronti di provvedimenti del giudice ordinario passati in giudicato** (art. 122 c.p.a.). Per le decisioni esecutive si possono utilizzare i meccanismi di coercizione indiretta di cui all'art. 614 bis c.p.c.. Ci si chiede dunque se tale assetto non rappresenti un vuoto di tutela in contrasto con il principio di effettività e se possano prospettarsi eventuali soluzioni.

Ancora, si analizzano le tutele interinali. Ed in particolare si evidenziano le criticità sottese all'orientamento prevalente in giurisprudenza che esclude l'esperibilità di una **tutela cautelare atipica** nei giudizi ordinari aventi ad oggetto controversie di diritto pubblico. Diversamente, nel processo amministrativo il ricorrente può chiedere l'adozione di tutte le misure che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul ricorso, il collegio si pronuncia con ordinanza emessa in camera di consiglio (art. 55 c.p.a.).

Di nuovo ed alla luce di dati positivi di natura processuale, ci si chiede se il giudice amministrativo sia l'autorità naturale, "ordinaria" e "specializzata", con poteri

¹⁸ Sul punto, F. FIGORILLI, Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della Pubblica Amministrazione, Torino 2002; S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. V. Milano 2003

di cognizione, cautelari ed esecutivi “pieni”, per tutte le controversie involgenti l’esercizio di un pubblico potere.

Particolare attenzione, sia nel secondo che nel terzo capitolo, è stata poi riservata alla giurisdizione ordinaria sulle controversie di pubblico impiego privatizzato, alle quali è stato dedicato un apposito paragrafo per evidenziare eventuali problematicità sia in punto di riparto di giurisdizione che di concentrazione delle tutele¹⁹, (con particolare riferimento al contenzioso relativo ai cd. atti di macro-organizzazione, in materia di concorsi cd interni o nei rapporti tra diritto all'assunzione e invalidità degli atti amministrativi prodromici, laddove si paventa il rischio di doppia tutela del medesimo bene della vita dinanzi a due plessi giurisdizionali diversi).

Nel **quarto e quinto capitolo**, in chiave comparatistica si valutano le **esperienze straniere francesi e tedesche** al fine di verificare la sussistenza di convergenze con il nostro sistema verso un modello unitario di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico²⁰.

La Francia è da sempre ritenuto il paese più simile a noi, vista l’influenza che in passato le dominazioni Napoleoniche hanno avuto sugli Stati preunitari (in particolare quello piemontese) e come ciò si sia riflesso nell’ordinamento adottato dallo Stato Italiano. Si ritiene utile studiare brevemente l’evoluzione storica della Giustizia amministrativa in Francia, per poi approfondirne l’organizzazione, il criterio di riparto e l’effettività delle tutele.

Nel **quarto capitolo** si procede così ad analizzare alcune significative assonanze tra l’ordinamento francese e quello italiano utili a costruire un modello di

¹⁹ S.BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, CEDAM 2000S. BATTINI, *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, a cura di Gianluca Gardini, Bononia university press, 2012

²⁰ Per l’ordinamento tedesco e francese, M.C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrative nazionali*, Napoli 2013; Per l’ordinamento R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1-2, Montchrestien; AUBY, DRAGO, *Traité de Contentieux Administratif*, Tome 1; MANNORI – SORDI, *Storia del diritto amministrativo* ; Per l’ordinamento tedesco francese E. SCHMIDT-AßMANN – T. GROß, *Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrollpflicht nach der Privat-grundschul-Entscheidung des BVerfG*, in NVwZ, 1983, L. DE LUCIA, E. SCHMIDT-ASSMANN E M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2016,

giurisdizione subiettiva, la cui precipua funzione sia la tutela delle situazioni giuridiche soggettive, anche nei confronti dei poteri pubblici. In particolare, si analizzano il *recours de pleine juridiction* e i *referees*, quali azioni rispettivamente di merito e cautelare, idonee a dare una protezione piena al ricorrente leso da atti illegittimi della Pubblica Amministrazione. Ancora, il criterio di riparto della giurisdizione fondato su i *blocs de compétence* consente al giudice amministrativo di pronunciarsi in specifiche materie, indicate dalla Legge o dalla giurisprudenza, come la salute, l'immigrazione, i contratti di appalto pubblici, il diritto d'asilo, in cui si fa questione della lesione di diritti da parte della *puissance publique*. Le questioni di giurisdizione sono poi risolte in ultimo grado dal *Tribunal des Conflits*, organo composto in egual numero da giudici appartenenti alle magistrature amministrative e civili, così da evidenziare ancora una volta l'unitarietà della giurisdizione alla luce della sua funzione

Tuttavia, si evidenziano anche i carattere marcatamente obiettivi della giurisdizione amministrativa francese: il *recours pour excès de pouvoir*, per cui sono legittimati ad agire per ottenere l'annullamento di provvedimenti amministrativi tutti i cittadini della Repubblica, senza che sia necessario dimostrare la lesione di un proprio interesse, essendo sufficiente la dimostrazione di un *vulnus* all'interesse generale alla legalità violata. Sulla stessa falsariga, si evidenzia la figura del *Rapporteur public*, sorta di pubblico ministero chiamato ad agire esclusivamente per gli interessi pubblici coinvolti in giudizio.

Insomma, la giurisdizione amministrativa in Francia denota una natura oggettiva che l'allontana dall'esperienza italiana. E, non a caso, in Francia il giudice ordinario è considerato giudice *naturelle* delle libertà fondamentali e della proprietà, proprio in considerazione del fatto che quest'ultimo sia più attrezzato nella tutela dei diritti.

Di qui, nel **quinto capitolo** ci si chiede se, contrariamente alla tradizione, l'Italia sia ormai più vicina al sistema tedesco.

Nel capitolo si procede dunque allo studio dell'organizzazione della giurisdizione tedesca, del suo criterio di riparto e degli strumenti messi a disposizione

del ricorrente per proteggere i propri diritti nei confronti della Pubblica Autorità. Si guarda con particolare attenzione il carattere unitario della giurisdizione tedesca, divisa in 5 rami, ordinario, amministrativo, finanziario del lavoro e sociale. Al loro interno, una *general klausen* sancisce la competenza del giudice amministrativo nella generalità delle controversie di diritto pubblico, salvo eccezioni. L'ordinamento processuale mette poi a disposizione dell'attore tutti gli strumenti idonei a garantire una tutela piena della propria pretesa nell'alveo del giudizio amministrativo: nel merito, come si vedrà, la parte lesa può esperire una pluralità di azioni (oltre quella di annullamento (*anfechtungsklage*), si ha ad esempio l'azione di adempimento pubblicistica (*verpflichtungsklage*), l'azione volta ad ottenere prestazioni di natura non provvedimentale ma materiale (*leistungsklage*) e l'azione di accertamento (*feststellungsklage*). Peraltro, il novero delle azioni previste dal codice del processo amministrativo tedesco non è tassativo.

Insomma, ci si chiede se il giudizio amministrativo tedesco nel suo complesso (e ad eccezione della tutela esecutiva) assicuri una protezione piena ed effettiva ai diritti soggettivi pubblici vantati dall'attore, contro ingiustificate lesioni da parte dei pubblici poteri. E se il carattere evidentemente subiettivo del processo amministrativo tedesco possa portare all'affermazione di un concetto unitario di tutela giurisdizionale dei diritti, tanto in sede civile che amministrativa.

Si evidenzia sul punto la tendenza in Germania del giudice ordinario a guadagnare sempre più spazi nella cognizione delle controversie di diritto pubblico (es. nella responsabilità per i danni determinati da funzionari della Pubblica Amministrazione in violazione dei doveri d'ufficio, nei contratti appalti pubblici, nella privatizzazione dei pubblici servizi). Ci si chiede se la suddivisione della cognizione delle controversie tra il giudice civile e quello amministrativo risentendo di questa diversa concezione della giurisdizione amministrativa avvenga più sul terreno di un "*riparto di competenze*", che su quello tradizionale del "*riparto delle giurisdizioni*", e quindi più in termini di "*specializzazione*" delle competenze, che del binomio "*ordinarietà-specialità*" della giurisdizione.

Ci si interroga infine sul se le convergenze tra sistema tedesco e italiano debbano condurre alla valorizzazione della giurisdizione amministrativa sulle controversie di diritto pubblico come espressione di una funzione giurisdizionale unitaria volta al pieno soddisfacimento degli interessi del ricorrente.

Il processo amministrativo sembra perdere i vecchi tratti della “*specialità*” e venire configurandosi come un giudizio “*ordinario*” e “*specializzato*” in un ambito di competenza ben definito, con un giudice che deve assicurare la realizzazione della pretesa sostanziale del ricorrente, come il giudice civile, ma tenendo anche conto dell’interesse pubblico perseguito dall’amministrazione col suo operato, come un giudice “*specializzato*”²¹.

A tal fine, si guardano con interesse alcune peculiarità dell’ordinamento giuridico tedesco in relazione all’indipendenza dei giudici (il reclutamento e lo status giuridico di tutti componenti dei rami della magistratura tedesca è infatti il medesimo ai sensi della legge federale sulla Magistratura ed avviene per concorso), ai meccanismi di risoluzione di conflitti di giurisdizione (la cd. *bindende Wirkung* blinda la scelta del giudice competente fatta dal giudice *a quo* nell’ordinanza di rimessione dando un senso di complementarietà tra le giurisdizioni), all’organo di ultima istanza chiamato a decidere sulla giurisdizione (il *Gemeinsamer Senat* che rispecchia in egual misura tutte i rami della giurisdizione tedesca, così garantendo una soluzione di compromesso tra le magistrature ordinaria e amministrativa).

Guardando all’evoluzione storica del sistema italiano di Giustizia amministrativa, al suo attuale criterio di riparto, all’ambito della giurisdizione ordinaria nelle controversie di diritto pubblico ed al grado di effettività delle tutele da essa offerta rispetto a quanto garantito dal giudice amministrativo ed, infine, alle convergenze con gli altri sistemi dualistici (specialmente l’ordinamento tedesco), ci si interroga se in Italia la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa debbano venire in considerazione come due giurisdizioni pariordinate, ciascuna con un proprio ambito di competenza generalizzata, “*ordinaria*” e “*naturale*”, definita da

²¹ È quanto ha osservato PAJNO, Il riparto della giurisdizione, cit., 4197 e, più recentemente, A. SANDULLI, La giustizia, in S. CASSESE (a cura di), Istituzioni di diritto amministrativo, ed. Giuffrè, Milano 2012, 564; BATTINI, *op. cit.*

clausole generali di contenuto speculare: l'una a tutela delle situazioni giuridiche nate in seno a rapporti di diritto privato; l'altra a tutela dell'interessi meritevoli di tutela in quanto lesi da episodi di esercizio del pubblico potere. E ci si chiede se una risposta affermativa al quesito possa garantire un più lineare criterio di riparto delle giurisdizioni ed una pienezza delle tutele nelle controversie di diritto pubblico. In caso di risposta affermativa, si prospettano eventuali modifiche dell'attuale assetto espresso in Costituzione.

CAPITOLO I

DAL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO AL DUALISMO GIURISDIZIONALE NELLE CONTROVERSIE DI DIRITTO PUBBLICO. BREVE ANALISI DIACRONICA.

1. Le origini del sistema di Giustizia amministrativa italiana. La giustizia amministrativa nel Regno di Sardegna.

Come noto, in Italia, negli Stati preunitari, il dominio napoleonico aveva determinato la diffusione di un sistema di giustizia amministrativa ispirato a quello francese, fondato sui Consigli di Prefettura (istituiti presso ciascun dipartimento e dotati di funzioni amministrative e giustiziali) e sul Consiglio di Stato.²² Tuttavia, la fine dell'Impero e la seguente restaurazione, travolsero le istituzioni del contenzioso amministrativo di origine francese, con alcune eccezioni²³.

Come è stato sottolineato, le esigenze e le ideologie fondanti il sistema di giustizia amministrativa francese furono mantenute nei più importanti Stati preunitari italiani e, segnatamente, nel Regno di Napoli e di Sardegna²⁴.

²² Per una completa disamina dell'evoluzione storica della Giustizia amministrativa si rinvia a A. SANDULLI, *La storia e i principi*, in *Diritto processuale amministrativo* a cura di A. SANDULLI, II ed. in *Corso di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE; B. SORDI, L. MANNORI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza. Difatti, l'autorità e il prestigio ben presto riconosciuti al consiglio di Stato francese fecero sì che tale modello venne introdotto, oltre che in altri paesi europei, anche nel Regno d'Italia, con il Terzo Statuto costituzionale del marzo 1805. E, con il decreto 8 giugno 1805, fu affidato ai nuovi Consigli di prefettura il contenzioso amministrativo di primo grado e al Consiglio di Stato quello di secondo).

²³ Il Ducato di Parma e Piacenza, ove sopravvissero per ragioni dinastiche (il Ducato fu assegnato, dal congresso di Vienna, a Maria Luisa, moglie di Napoleone Bonaparte). Nel Regno lombardo-Veneto e nel Ducato di Modena gli istituti di origine francese scomparvero totalmente, con la conseguente esenzione dell'amministrazione pubblica dall'area di incidenza della giurisdizione. Nel Granducato di Toscana (in cui soltanto le controversie su acque e strade rimasero sottoposte ai Consigli di Prefettura) si affermò un sistema di giurisdizione unica, sino a quando, poco dopo la metà del XIX secolo, l'inarrestabile spinta del liberalismo italiano avrebbe condotto alla reviviscenza del contenzioso amministrativo. Nello Stato Pontificio la giurisdizione amministrativa fu istituita nel 1835, con l'editto Gamberini, recante l'ordinamento della giurisdizione nelle materie amministrative. Il contenzioso amministrativo, il cui ambito era assai esteso, era rimesso alle decisioni del Consiglio di Stato, che operava a attraverso tre gradi di giudizio.

²⁴ Cfr. in particolare, A. SANDULLI, *La storia e i principi*, in *Diritto processuale amministrativo* a cura di A. SANDULLI, II ed. in *Corso di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE.

Sin dal 1817, nel Regno di Napoli il contenzioso amministrativo comprendeva una serie di materie espressamente enumerate (tra cui, beni e appalti pubblici, tributi, diritti civili). Le decisioni relative al contenzioso erano prese, in primo grado, dai Consigli d'intendenza e, in secondo grado, dalla prima sezione della Gran Corte dei conti, denominata Camera del contenzioso amministrativo. I giudici del contenzioso, tuttavia, erano privi di indipendenza: da un lato, gli organi del contenzioso erano pienamente inquadrati nell'amministrazione; dall'altro, le loro decisioni non erano immediatamente operative, dovendo essere approvate dal sovrano. Quest'ultimo, per i dubbi di "competenza" tra contenzioso giudiziario e contenzioso amministrativo, poteva avvalersi del parere della Consulta generale del Regno.

Maggiore attenzione si ritiene doverosa nei confronti del sistema di giustizia amministrativa dello Stato piemontese, se non altro per la forte somiglianza tra questo e quello poi affermatosi nel novello Regno d'Italia.

Con le Regie patenti del 25 agosto e del 31 dicembre 1842 e, poi, con il Regio editto 29 ottobre 1847, si realizzò il primo impianto di contenzioso amministrativo. Tutte le competenze concernenti il contenzioso amministrativo vennero concentrate, in primo grado, nei consigli d'intendenza e, in secondo grado, nella Camera dei conti, a cui venne tolta a favore dei tribunali ordinari, la cognizione delle cause in cui era interessato il regio patrimonio²⁵. Le decisioni della camera dei conti non erano soggette a ricorso per cassazione e potevano essere impugnate per revocazione soltanto in materia civile. Come rilevato, esso costituiva un vero e proprio tribunale amministrativo indipendente, poiché le decisioni pronunciate, con giurisdizione propria, da magistrati inamovibili, erano assunte a titolo definitivo, senza che fosse necessaria la richiesta di ratifica da parte del principe.

Il sovrano, invece, si esprimeva sui conflitti di giurisdizione, usufruendo del parere delle sezioni riunite del Consiglio di Stato, nuovamente istituito, dopo la breve esperienza del 1805, con l'editto del 18 agosto 1831.

²⁵ Va rilevato, peraltro, che gli organi del contenzioso amministrativo rimasero competenti a conoscere anche delle controversie dello Stato in materia civile, mentre sarebbe stato più coerente un trasferimento di dette vertenze ai tribunali ordinari.

Sul sistema appena descritto si accese un dibattito parlamentare, dal quale emersero due distinte posizioni. La prima era favorevole alla giurisdizione unica e proponeva, quindi, una riforma radicale, mirante ad abolire il contenzioso amministrativo e a devolvere tutte le liti con l'amministrazione ai tribunali ordinari. La seconda, più moderata, optava per un semplice riordino del contenzioso amministrativo, volto a devolvere alla giurisdizione ordinaria le controversie dal carattere più marcatamente patrimoniale. Fu quest'ultimo orientamento a prevalere.

La riforma fu realizzata, in virtù dei pieni poteri (conferiti al governo in occasione della guerra del 1859), con quattro decreti reali (D.R. nn. 3705-3708/1859).

In base alla nuova disciplina, le questioni più propriamente civilistiche, come in tema di diritti di proprietà, restavano devolute alla giurisdizione ordinaria. Ad esse si aggiungevano poi alcune liti più propriamente di diritto pubblico, quali l'espropriazione, le imposte dirette e i contratti tra privato e P.A. diversi da quelli di appalto e di fornitura.

D'altro canto, ai riordinati giudici del contenzioso amministrativo furono attribuite una serie di materie ex lege elencate, tanto privatistiche quanto civilistiche.

In particolare esse erano distribuite tra i cd. giudici *ordinari* del contenzioso amministrativo, composti in primo grado, dai Consigli di governo (subentrati ai soppressi Consigli d'intendenza) e, in appello, da una speciale sezione del Consiglio di Stato, la sezione del contenzioso (in luogo della soppressa Camera dei conti), ed i giudici *speciali* del contenzioso amministrativo (tra cui il consiglio di Stato in unico grado, la corte dei Conti, il Consigli di Leva ed il Consiglio superiore della Pubblica Istruzione)²⁶.

Ai giudici ordinari del contenzioso furono devolute alcune controversie attinenti a diritti civili e, principalmente, quelle riguardanti contratti d'appalto e forniture e quelle relative al risarcimento dei danni prodotti da attività privata su autorizzazione dell'Amministrazione; ancora, erano ad essi devolute le controversie in materia di

²⁶ Né i giudici ordinari né i giudici speciali del contenzioso amministrativo avevano il potere di annullare, revocare o modificare un atto amministrativo. E tuttavia essi si ritenevano legittimati ad interpretare l'atto amministrativo, finanche per ravvisarne la nullità, in caso di difformità dalla legge, o l'inefficacia ai fini del rapporto dedotto in giudizio, potendo, in questi casi, prescindere da esso ai fini della decisione.

imposte ed altre entrate pubbliche o relative ai rapporti di impiego con i Comuni; infine, ai suddetti erano affidate alcune controversie più propriamente pubblicistiche, definite di puro diritto amministrativo, tra cui rientravano quelle inerenti al regime delle strade, al regime delle acque, al regime forestale ecc..

Ai giudici speciali furono invece riservate le seguenti materie: le pensioni statali, il debito pubblico e le miniere furono attribuite al consiglio di Stato in primo grado di giudizio; quella contabile ai Consigli di governo e alla Corte dei Conti (subentrata alla Camera dei Conti); quella della leva militare ai Consigli di Leva; quella dell'istruzione pubblica al Consiglio superiore della Pubblica Istruzione²⁷.

Riassumendo, le controversie di mero diritto privato restavano ascritte alla giurisdizione ordinaria (salvo alcune eccezioni: vd. espropriazione o elettorato), mentre ai giudici del contenzioso amministrativo venivano devolute tutte le liti espressamente elencate dalla legge. Di qui, l'attribuzione agli organi del contenzioso amministrativo o ai giudici ordinari delle competenze sulle liti tra privato e P.A. era evidentemente affidata ad un criterio legale specifico, simile a quello che oggi chiameremmo per blocchi di materie, senza che fosse prevista alcuna clausola generale.

La legge del 20 novembre 1859, n. 3780 (di Rattazzi) devolveva la risoluzione dei conflitti di attribuzione tra i giudici civili e gli organi del contenzioso amministrativo ad un decreto del Re, emanato previo parere del Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'Interno, sentito il Consiglio dei Ministri. Tale meccanismo seguiva il sistema francese affermatosi dopo le leggi rivoluzionarie e conferiva alla sola Autorità amministrativa il potere di decidere la questione di giurisdizione²⁸.

2. La legge del 1865 abolitiva del contenzioso amministrativo e la giurisdizione unica.

²⁷ Il sistema di giustizia amministrativa del Regno di Sardegna, per alcuni risultava coerente ed efficiente, nonostante che i poteri dei giudici del contenzioso amministrativo fossero ancora assai limitati. Difatti, ad essi non era consentito di annullare, revocare o modificare un atto amministrativo.

²⁸ M. NIGRO, *op. cit.*; A. TRAVI, *op. cit.*. LONGHI, *Verso una giurisdizione specializzata. I convergenti percorsi dei sistemi europei di giustizia amministrativa*. Roma

Nel 1861, a seguito dell'unificazione d'Italia, la diversità dei modelli di giustizia amministrativa in vigore presso i diversi Stati preunitari riaccese la *querelle* parlamentare in merito alla riforma del contenzioso amministrativo²⁹. Ripresero forza, a partire dal 1861, le voci che si schieravano in favore della abolizione del contenzioso amministrativo e della conseguente istituzione di un sistema di giurisdizione unica.

I sostenitori di tale soluzione facevano leva su molteplici ragioni. Da un lato, si sosteneva come i giudici del contenzioso amministrativo non godessero delle «guarentigie» di «inamovibilità» assicurate ai magistrati ordinari dall'art. 69 dello Statuto Albertino e dall'ordinamento giudiziario e fossero pertanto considerati appartenenti al potere esecutivo che li nominava e che, facendo valere la loro responsabilità, poteva sia trasferirli che sospenderli e rimuoverli dal servizio. Si trattava dunque di organi sostanzialmente interni alla stessa Amministrazione, i quali non assicuravano un sufficiente grado di indipendenza e imparzialità nel risolvere le controversie tra privato e P.A.

Ancora, si sosteneva l'inconciliabilità con i principi dello stato di diritto del fatto che i giudici del contenzioso amministrativo avessero competenza anche per quelle controversie in cui venivano in considerazione diritti soggettivi come nelle materie dei contratti, delle tasse e delle imposte dirette. Tale materia si riteneva dovessero appartenere esclusivamente alla giurisdizione ordinaria.

L'influenza liberale del pensiero anglosassone nonché l'esempio della Costituzione belga del 1831 che aveva attribuito tutte le controversie sui diritti al giudice ordinario al fine di emanciparsi dal modello francese di Giustizia amministrativa, portarono il Parlamento italiano a scegliere un sistema a giurisdizione unica.

Venne così approvata la L. n.2248/1865, all., E) (ancora in vigore), recante la “*abolizione del contenzioso amministrativo*”. Con quest'ultima furono soppressi i tribunali ordinari del contenzioso amministrativo e furono concentrate presso il giudice ordinario “*tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si*

²⁹ A. SANDULLI, *op. cit.*, rileva come tale dibattito, unitamente a quello che aveva preceduto la legge sarda del 1859, è storicamente rilevante, poiché in seno ad esso venne plasmandosi, con un certo grado di evidenza, la nozione di interesse legittimo (seppur senza utilizzarne espressamente il *nomen*), che tanta importanza avrebbe rivestito nella storia del diritto amministrativo italiano.

faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano stati emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'Autorità amministrativa” (art. 2)

La norma risultava chiara nel suo portato precettivo: tutte le controversie tra privato e P.A., nelle quali si facesse questione di diritti soggettivi, anche se lesi da un atto di esercizio del potere, erano rimesse alla giurisdizione ordinaria.

In relazione a tali liti, peraltro, i poteri del giudice ordinario erano limitati, sia sotto il profilo della cognizione, potendo esso conoscere degli effetti dell'atto soltanto in relazione all'oggetto dedotto in giudizio (*incidenter tantum* e non con forza di giudicato), sia sotto quello della decisione, non potendo lo stesso revocare o modificare gli atti amministrativi illegittimi, ma soltanto disapplicarli (e, cioè, non considerarli ai fini della decisione da adottare) (art. 4). La legge prevede altresì la possibilità per il soggetto interessato di rivolgersi all'Autorità amministrativa competente per chiedere l'annullamento o la revoca o la modifica dell'atto, sulla base dell'accertamento giudiziale rispetto al quale la stessa Autorità deve attenersi in relazione “al caso deciso”. Di qui, l'Amministrazione aveva l'obbligo di rispettare il dictum giudiziario circa l'illegittimità del provvedimento, procedendo ad annullarlo, modificarlo o revocarlo con efficacia generale. Tuttavia, l'inadempimento di tale obbligo non era in alcun modo sanzionabile.

La suindicata scelta di limitare i poteri del giudice ordinario in tali materie fu presa al fine di assicurare la separazione tra i poteri giurisdizionale ed esecutivo nelle controversie su diritti soggettivi nascenti tra il privato e la P.A..

La legge abolitiva del contenzioso amministrativo, tuttavia, sottraeva alla tutela giurisdizionale tutte quelle *situazioni* vantate dal cittadino, non integranti diritti, ma meritevoli di protezione giuridica verso al P.A.. In via residuale, l'articolo 3 della L.A.C. riservava la risoluzione delle controversie su tutti gli altri “*affari*” all'autorità amministrativa, per il tramite dei ricorsi amministrativi o del ricorso al Re. In particolare, tali affari riguardavano posizione qualificate o “*diritti minori*” o “*diritti non perfetti*” ovvero “*diritti subordinati alle considerazioni dell'utilità pubblica*” (quelli che nel “progetto Borgatti” venivano indicati come “*gli interessi individuali o*

collettivi degli amministrati”, incisi da “*atti di pura amministrazione*”), la cui protezione veniva così affidata esclusivamente alle autorità amministrative

I sostenitori della suddetta scelta rilevavano come tra le preoccupazioni del legislatore del 1865 vi fosse quella di salvaguardare l’efficienza e la rapidità dell’azione amministrativa destinata, per sua natura, a curare interessi generali considerati come prevalenti rispetto agli interessi privati. In altre parole, nella filosofia di quella normativa, le ragioni della tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dell’amministrazione avrebbero dovuto essere garantite senza troppo compromettere il principio della non interferenza degli organi giudiziari nell’azione dell’esecutivo.

Tuttavia, i critici della legge abolitiva del contenzioso amministrativo evidenziavano che se da un lato la riforma avesse garantito la tutela dei diritti nei confronti della P.A. dinanzi al giudice ordinario, unico indipendente ed imparziale, d’altro canto, la stessa avrebbe lasciato privi di protezione giurisdizionale un numero notevole di situazioni ed interessi (cd. semplici). E ciò in controtendenza con quanto avveniva nell’ordinamento francese, dove il *Conseil d’État* assicurava alle suddette posizioni tutela avverso gli atti illegittimi del pubblico potere attraverso il ricorso per *exces de pouvoir*.

Peraltro, l’art. 13 dell’all. E della legge di unificazione amministrativa del 1865 e l’art. 10, n. 1, dell’all. D della medesima legge, affidarono il potere di decidere i conflitti di attribuzione tra l’autorità amministrativa e la giurisdizione ordinaria (che la legge Rattazzi del 1859 aveva riservato al Ministro dell’Interno) al Consiglio di Stato, che era un organo amministrativo di consulenza del Governo.

E, le decisioni del Consiglio di Stato su i conflitti di attribuzione comportarono un allargamento delle competenze dell’Amministrazione rispetto alla giurisdizione ordinaria nelle controversie tra privato e P.A.. Si ritenne, in particolare, che qualora la pubblica amministrazione avesse esercitato un potere *jure auctoritatis*, non vi potesse essere un diritto soggettivo dell’amministrato, ma soltanto un “diritto minore” ovvero un “interesse-non diritto”, cioè un “interesse” o, come si cominciava a dire, un “interesse legittimo”, come tale non azionabile davanti al giudice ordinario, ma tutelabile soltanto nell’ambito del procedimento amministrativo e dei ricorsi

amministrativi, tra i quali quello gerarchico e, contro i provvedimenti amministrativi definitivi, quello straordinario al Re.

Tale impostazione contrastava con quanto stabilito dal legislatore del 1865 il quale, come anzidetto, aveva affermato l'esistenza di diritti soggettivi a fronte di provvedimenti autoritativi, con conseguente giurisdizione ordinaria delle relative controversie.

Più specificatamente, il Consiglio di Stato, ritenendo che il «diritto civile» contemplato dall'art. 2 della L.A.C. potesse essere soltanto il diritto soggettivo fondato sulle «leggi civili», individuò il criterio di riparto di «attribuzione» tra giudice e amministrazione nella distinzione tra atti *jure gestionis* e atti *jure imperii*, corrispondenti, grosso modo, i primi alle attività di diritto privato e i secondi alle attività di diritto pubblico. Dove, invece, vi fosse stata una «legge amministrativa», e cioè una legge attributiva e regolativa di un potere amministrativo, lì avrebbe potuto esserci soltanto un «interesse-non diritto» e la valutazione della legittimità del provvedimento, manifestazione formale di quel potere, sarebbe stata di competenza dell'autorità amministrativa e, col ricorso straordinario, del Re.

Sintomatico di tale assetto il fatto che - Si racconta (il Mantellini) che - Dal luglio 1865 all'aprile 1877 furono sollevati ben 500 conflitti di attribuzione e solo in 111 di questi fu riconosciuta la competenza giudiziaria³⁰

Di qui, a completamento della riforma del 1865, la l. n. 3761/1877 attribuì la competenza a conoscere dei conflitti di attribuzione non più al Consiglio di Stato, organo interno alla stessa Amministrazione (seppur dotato di elevatissime capacità), ma alla Corte di Cassazione, nella sua composizione a Sezione Unite (ancora oggi competente)³¹.

³⁰ Cfr. O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, V ed., Milano, Giuffrè,; GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1954; M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1963, p. 523

³¹ Come noto, circa il primo, in particolare, il Consiglio di Stato, nell'esercizio dell'attività consultiva, plasmò il ricorso straordinario quale meccanismo di tutela del cittadino per le situazioni non protette con l'azione giudiziaria, estendendone l'area di azione e pervenendo a pionieristici risultati con la natura dell'interesse e i vizi dell'atto amministrativo. In ordine al secondo, il Consiglio di Stato, talvolta abusando di tale potere, svolse una febbrile attività, mirante ad erodere in modo significativo la competenza del giudice ordinario. In dodici anni furono sollevati circa cinquecento conflitti di attribuzione e soltanto in poco più di cento fu riconosciuta la competenza del giudice ordinario.

Il trasferimento di competenza a quest'ultima, tuttavia, non determinò una modificazione del criterio di riparto della competenza tra giudice ordinario e autorità amministrativa. Sennonché, il nuovo organo risolutore dei conflitti di attribuzione non si discostò molto dal precedente, nell'interpretazione e nell'applicazione degli artt. 2 e 3 della L.A.C.: continuò a ritenere che a fronte e a seguito dell'esercizio del potere amministrativo, il diritto soggettivo degradasse ad interesse e che dunque il giudizio sulla legittimità del provvedimento dell'autorità amministrativa dovesse essere sottratto al giudice ordinario e assegnato all'autorità amministrativa. In altre parole, la Corte di Cassazione di Roma confermò il criterio di riparto di attribuzione fondato sulla distinzione tra atti *jure gestionis* e atti *jure imperii* seguito dalla giurisprudenza.

In definitiva, a causa dell'abolizione dei giudici del contenzioso amministrativo, le questioni non rinviate ai tribunali ordinari restavano prive di giudice. E restavano prive anche di un'effettiva e imparziale tutela amministrativa.

3. La nascita della Giustizia amministrativa. La legge del 1889 istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato.

Nel 1876 la Destra storica cadde. Con l'ascesa al governo della Sinistra storica riprese vigore il movimento mirante a reintrodurre una competenza contenziosa del Consiglio di Stato, al fine di assicurare adeguata garanzia agli interessi esclusi dalla tutela giurisdizionale.

Come è stato osservato, con il formarsi dei primi partiti politici si ebbe infatti una graduale politicizzazione dell'amministrazione e con essa crebbe il rischio di abusi nell'esercizio delle funzioni amministrative³².

Di qui, si sentì l'esigenza di far transitare gli altri "affari" dalla cognizione "interna" delle autorità amministrative a quella esterna della giurisdizione.

Numerosi disegni di legge furono sottoposti al vaglio del Parlamento tra gli anni Settanta e Ottanta del XIX secolo, sino a quando uno di questi, presentato da Francesco Crispi nel 1887, divenne la L. n. 5992/1889, istitutiva della Quarta sezione del Consiglio di Stato.

³² SPAVENTA, Giustizia nell'amministrazione, cit. F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Vicenza 1969,

Al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale fu attribuita la competenza di carattere generale a “*decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali*” (art. 3, 1. n.5992/1889)³³.

La legge n. 5992/1889 individuò l'ambito della competenza della quarta sezione del Consiglio di Stato “in negativo” rispetto a quella del giudice ordinario andando ad integrare e completare la legge del 1865.

L'art. 3 della legge n. 5992/1889, come visto, espressamente escludeva dalla competenza della Quarta Sezione i ricorsi che fossero di cognizione dei tribunali ordinari in base all'art. 2 della legge del 1865.

Parimenti, la legge del 1889 conferiva al giudice amministrativo il potere di annullare l'atto amministrativo, mentre il giudice ordinario poteva solo disapplicarlo nel caso in cui avesse leso un diritto, al quale conseguentemente si accordava un risarcimento. Il giudizio amministrativo assicurava così rimedi “*reciproci ed opposti*” rispetto a quello ordinario. Il Legislatore perseguiva un programma di ampliamento e rafforzamento delle tutele del cittadino nei confronti del pubblico potere.

Sul punto, l'art. 4, n. 4, della legge n. 5992/1889 introduceva altresì il ricorso per ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di dare esecuzione al giudicato dei tribunali ordinari. Il Consiglio di Stato poteva sostituirsi all'amministrazione inadempiente ed emanare al suo posto, o direttamente o per il tramite di un proprio ausiliario (“*commissario ad acta*”), gli atti e i provvedimenti amministrativi necessari a dare attuazione alla sentenza del giudice ordinario: si trattava di un giudizio di merito.

³³ La l. n. 6837 /1890 poneva in capo alle Giunte provinciali amministrative (organi di controllo delle amministrazioni locali, composti dal prefetto, da due consiglieri di prefettura e da quattro membri elettivi nominati ogni anno dal Consiglio provinciale) la competenza giurisdizionale periferica in ordine ad alcune controversie tra privato e P.A.

Si discusse a lungo sulla natura giurisdizionale o meno della Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

I fautori della natura amministrativa argomentavano sulla base di molteplici ragioni³⁴. Nella Relazione della riforma in esame, rilasciata dall'Ufficio centrale del Senato, si legge che *«il nuovo istituto non è un tribunale giudiziario speciale o eccezionale, ma rimane nella sfera del potere esecutivo, da cui prende la materia e le persone che lo devono mettere in atto. È lo stesso potere esecutivo ordinato in modo da tutelare maggiormente gli interessi dei cittadini»*. Peraltro, si rilevava come la legge del 1889 non utilizzasse mai i termini “giurisdizione” e “sentenza”: usa, invece, le parole “competenza” e “decisione”³⁵. Gli stessi evidenziavano la natura oggettiva del giudizio dinanzi alla Quarta Sezione del Consiglio di Stato. Si evidenziava come la tutela fosse assicurata esclusivamente nelle forme dell'annullamento, in quanto volta ad assicurare la legittimità dell'azione amministrativa. Il sindacato di legittimità sull'atto amministrativo era considerato come un controllo amministrativo interno di ordine pubblico, seppur azionato dall'iniziativa del cittadino ricorrente, sulla falsariga dell'archetipo del ricorso contenzioso per l'annullamento di una decisione amministrativa illegittima: il *recours pour excès de pouvoir*.

La Quarta Sezione in alcune sue pronunce avallò tale orientamento, anche per consolidare ed accrescere le sue attribuzioni. In particolare, essa affermò il criterio del *petitum cd. formale* e cioè fondato sul tipo di decisione – di annullamento o di risarcimento - richiesta: i ricorsi per annullamento dei provvedimenti amministrativi avrebbero dovuto essere di competenza della Quarta Sezione; le azioni per il risarcimento dei danni cagionati da atti amministrativi illegittimi, di competenza dei giudici ordinari. Questa impostazione venne poi portata alle estreme conseguenze con l'affermazione che la competenza della quarta sezione del Consiglio di Stato potesse essere invocata sulla base della sola richiesta di una pronuncia di annullamento dell'atto amministrativo, a prescindere dalla consistenza di “*diritto soggettivo*” o di “*interesse-non diritto*” della posizione fatta valere, sottolineando la relazione di

³⁴ S. SPAVENTA, *Discorso per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato*, pubblicato da R. RICCI nella *Riv. dir. pubbl.* del 1909.

³⁵ Così SCOCA, *La formazione del sistema*, cit., 12. Ma si legga anche M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *La giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit.,

continenza tra diritto e interesse e cioè argomentando che – se così si può dire - nel più (il diritto soggettivo) c'è anche il meno (l'interesse). Così si parlò di doppia tutela del diritto soggettivo: quest'ultimo sarebbe stato tutelabile nei confronti del pubblico potere tanto dinanzi al G.O. , attraverso i rimedi risarcitori, quanto davanti al G.A., per il tramite dell'annullamento dell'atto.

Tale impostazione non fu scevra da critiche. Era molto elevato il pericolo di contrasti tra le decisioni del Consiglio di Stato e quelle del giudice ordinario, derivante dall'affermarsi del criterio del *petitum formale* e del sistema di doppia tutela; da un lato, l'accertamento civile dell'invalidità di un atto amministrativo a fini risarcitori e dall'altro l'annullamento del provvedimento ad opera di una pronuncia del Consiglio di Stato³⁶.

Al fine di garantire la certezza del diritto, quindi, prevalse in giurisprudenza la tesi della natura giurisdizionale.

In particolare, la Cassazione a Sezione Unite quale giudice della giurisdizione in base alla legge del 1877, si espresse fermamente (cass., sez. un., 24 giugno 1891 caso *Laurens*; Cass., sez. un., 24 giugno 1897) sulla natura giurisdizionale delle decisioni della Quarta sezione.³⁷ D'altronde, si osserva come in base all'articolo 3, nn. 2 e 3 della legge 31 marzo 1877 n. 3761 alle Sezioni Unite della Cassazione spettasse il compito di regolare i soli conflitti negativi di attribuzione tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa ; viceversa le Sezioni Unite avevano il potere di decidere sui conflitti di giurisdizione tanto positivi quanto negativi tra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali. Di qui, le Sezioni Unite della Cassazione non avrebbero potuto impedire che la quarta sezione del Consiglio di Stato si dichiarasse competente anche rispetto a controversie rimesse espressamente alla giurisdizione, qualora fosse prevalsa

³⁶ E. FOLLIERI, La legge 31 marzo 1889, n. 5992 nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, in AA.VV., *Le riforme crispine*, II, Giustizia amministrativa, Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica (ISAP), ed. Giuffrè, Milano 1990, 441 ss. SPAVENTA, Discorso per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato, cit. 770 V. SCIALOJA, Sui limiti della competenza del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria, in *Foro it.*, 1891, I, c. 117; ID., Ancora sui limiti ecc., in *Giust. Amm.*, 1892, IV, 50 ss. 771 Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 1891, n. 16, in *GiustAmm.*, II, 1891, I, 90; 5 febbraio 1891, n. 21, in *GiustAmm.*, II, 1891, I, 99; 8 agosto 1893, n. 260, in *GiustAmm.*, IV, 1893, I, 365; 10 maggio 1895, n. 201, in *GiustAmm.*, VI, 1895, I, 218; 26 gennaio 1900, n. 64, in *GiustAmm.*, XI, 1900, I, 35.

³⁷ In dottrina, GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1954; M.S. GIANNINI, Discorso generale sulla giustizia amministrativa, in *Dir. proc. amm.*, 1963, p. 523.

la tesi della natura amministrativa di quest'ultima. Un eventuale usurpazione delle attribuzioni affidata alla giurisdizione perpretrata dal Consiglio di Stato, non avrebbe avuto rimedio. Di qui, la Cassazione scelse di affermare la natura giurisdizionale del Consiglio di Stato, trasformando la questione da un conflitto di attribuzioni ad un conflitto di giurisdizione, con la conseguente possibilità di annullare la decisione del giudice amministrativo per difetto di giurisdizione ai sensi dell'art. 3 della legge del 1877.

A favore della natura giurisdizionale delle funzioni svolte dalla Quarta Sezione deponevano altresì le garanzie di inamovibilità (o, forse meglio, di semi-inamovibilità) a protezione dell'indipendenza del Consiglio di Stato, introdotte dall'art. 1 della legge n. 5992/1889 e ricalcate per buona parte su quelle stabilite dall'ordinamento giudiziario per la magistratura ordinaria.

La legge del 7 marzo 1907, n. 62 riconobbe poi formalmente il carattere giurisdizionale della Quarta Sezione e, in riferimento alle funzioni contenziose, anche delle Giunte Provinciali Amministrative.

4. La legge del 1907 e l'espressa natura giurisdizionale della Quarta sezione del Consiglio di Stato. La nascita della distinzione tra diritti ed interessi legittimi.

Sorgeva dunque il quesito su quale fosse la natura della pretesa tutelata in via giurisdizionale dinanzi alla Quarta sezione del Consiglio di Stato.

La posizione vantata dal soggetto in giudizio nei confronti della P.A. non poteva avere la consistenza di un diritto ma neanche di un mero interesse di fatto, non azionabile in giudizio.

Inizìò così a prefigurarsi una nuova situazione giuridica soggettiva, diversa dal diritto soggettivo e azionabile davanti al giudice amministrativo, identificata come "interesse legittimo". Sinteticamente, esso venne in principio enucleato quale mero interesse a ricorrere, solo occasionalmente protetto, qualora ciò fosse funzionale alla cura dell'interesse generale. In altre parole, esso veniva inizialmente inteso come interesse strumentale alla legittimità dell'azione amministrativa ed alla soddisfazione del pubblico interesse. Solo successivamente, l'interesse legittimo viene qualificato come «posizione di vantaggio vantata dal singolo in ordine ad un'utilità (bene della

vita) oggetto di potere amministrativo»³⁸. Il privato vanta un interesse a conservare o ad ampliare la propria sfera giuridica soggettiva (vantando alternativamente un interesse oppositivo o pretensivo) in relazione a singole manifestazione del pubblico potere.

Di qui, la giurisdizione della quarta sezione del Consiglio di Stato poteva non venire più intesa soltanto come una giurisdizione di diritto obiettivo, ma anche come una giurisdizione di diritto soggettivo, perché sua funzione precipua non sarebbe stata più soltanto quella di salvaguardare l'ordinamento giuridico su sollecitazione di un privato occasionalmente interessato, ma anche di proteggere vere situazioni giuridiche soggettive di individui o persone giuridiche, ancorché non denominate "diritti", ma "interessi legittimi".

Come visto, l'affermazione dell'"interesse", oggetto dei ricorsi alla Quarta Sezione, quale situazione giuridica soggettiva distinta dal diritto soggettivo, consentì alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di imporre un criterio di riparto di giurisdizione fondato sulla causa petendi e non sul petitum formale.

Già dai primi del Novecento si affermava presso la Cassazione l'orientamento per cui «soltanto nei casi in cui si contesti l'esistenza in astratto del potere discrezionale»³⁹ può parlarsi di giurisdizione ordinaria. Prendeva piede la distinzione tra carenza e cattivo uso del potere, la quale sarà poi ampiamente utilizzata dalla Giurisprudenza.

In definitiva, in seguito all'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato nasceva nel nostro ordinamento un sistema giurisdizionale dualistico, caratterizzato da alcune anomalie: a differenza delle altre esperienze sviluppatesi negli altri ordinamenti europei, il riparto di giurisdizione non veniva risolto sulla base della distinzione tra controversie privatistiche e controversie pubblicistiche, ma avveniva all'interno delle controversie pubblicistiche in virtù della natura di diritto o interesse legittimo della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo. E le tutele apprestate non erano del tutto

³⁸ M. NIGRO, *Ma che cosa è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, 10, 470-483

³⁹ E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, ed. Giuffrè, Milano 1964, 112.

piene, perché il giudice ordinario poteva soltanto condannare al risarcimento e il giudice amministrativo poteva soltanto annullare il provvedimento.

La legge istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato copriva dunque i vuoti di tutela lasciati dall'art. 3 della L.A.C., istituendo un'apposita sezione del Consiglio di Stato con competenza a risolvere le controversie tra privato e P.A. vertenti su interessi non aventi natura di diritti ed introducendo così la giurisdizione amministrativa, con la conseguente nascita di un sistema dualistico tra giudice ordinario e amministrativo. Tuttavia, restava invariata la base monistica, non essendo intaccate le disposizioni della L.A.C. (ancora oggi vigenti) concernenti gli ambiti di cognizione del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico.

5. Gli anni Trenta e Quaranta. La legge del 1923 e l'introduzione della giurisdizione esclusiva. Il concordato Mariano D'Amelio e Santi Romano del 1930 e l'affermazione definitiva del criterio di riparto di giurisdizione fondato sulla causa petendi. La nascita del dualismo delle giurisdizioni nelle controversie di diritto pubblico.

Con la legge del 1907 si affermava in via definitiva la natura giurisdizionale della Quarta sezione del Consiglio di Stato. Allo stesso tempo, la Cassazione poneva come criterio di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo il criterio della causa petendi.

Il problema del riparto di giurisdizione si presentava tuttavia molto complicato nelle materie nelle quali le posizioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo risultavano compresenti e intrecciate tra loro (e massimamente nel Pubblico Impiego).

Così, la legge del 30 dicembre 1923, n. 2840 introduceva la giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato in alcune materie - prima fra tutte quella del pubblico impiego - consentendo al giudice amministrativo di pronunciarsi anche in ordine ai diritti soggettivi.

In questo clima, si registravano nuove frizioni tra i giudici amministrativi e ordinari nell'individuazione del criterio di riparto.

Nonostante la Corte di Cassazione, fin dall'ultimo decennio del XIX secolo, avesse elevato a fondamento del riparto delle giurisdizioni il criterio della *causa*

petendi, riprendeva quota nella giurisprudenza della quinta sezione del Consiglio di Stato il criterio del *petitum* formale; il novello criterio della materia, introdotto con la giurisdizione esclusiva, complicava ulteriormente il quadro.⁴⁰.

Peraltro, si registrava in seno alla stessa Corte di Cassazione, allora presieduta da Lodovico Mortara, un *revirement* favorevole alla tesi del *petitum* formale, a partire da una sentenza del 24 marzo 1916 delle Sezioni Unite⁴¹.

In questo clima, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le decisioni del 14 giugno 1930, nn. 1 e 2, optava per il criterio della causa *petendi*⁴².

Poco dopo, la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con la sentenza del 15 luglio 1930, n. 2680 accoglieva definitivamente il criterio di riparto fondato sulla «natura intrinseca della controversia» e cioè a seconda che questa riguardasse un diritto soggettivo o un interesse legittimo, a prescindere dall'eventuale interferenza di provvedimenti amministrativi, così come dalla domanda di rimozione degli stessi⁴³.

I Presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato (rispettivamente Mariano D'Amelio e Santi Romano) stabilivano il noto "concordato" volto a definire la questione del riparto sulla base del criterio del cd. *petitum sostanziale*, tutt'ora seguito in via maggioritaria.

La giurisprudenza suggella così l'anomalia del riparto di giurisdizione in Italia rispetto alle altre esperienze europee: esso non si fonda sulla natura pubblica o privata della controversia, ma sulla più perplessa qualificazione della situazione giuridica soggettiva in termini di interesse legittimo o diritto soggettivo.

6. Gli anni Cinquanta. L'avvento della Costituzione e l'affermarsi della teoria della degradazione.

Come noto, la Costituzione della Repubblica italiana⁴⁴ recepiva sostanzialmente l'assetto della Giustizia amministrativa ed il criterio di riparto della

⁴⁰ La Quinta sezione fu introdotta dalla legge del 1907 la quale le attribuì competenze specifiche di merito. In seguito all'insorgenza di numerosi conflitti, la legge del 1923 intervenì nel sancire la competenza promiscua tra la quarta e la quinta sezione del Consiglio di Stato.

⁴¹ In *Foro it.*, 1917, I, 17.

⁴² In *Foro it.*, III, 149 e rispettivamente in *Foro it.*, III, 9.

⁴³ In *Giur. it.*, 1930, I, 964.

⁴⁴ Sulla giustizia amministrativa nella Costituzione, G. BERTI, *Commento art. 113*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1987; V. BACHELET, *La giustizia*

giurisdizione formatisi in seguito alla legge del 1889 in virtù del predetto concordato giurisprudenziale.

L'art. 103, comma 1, stabilisce infatti che «*il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi*».

Ed il successivo articolo 113 prevede al I comma che *contro gli atti della Pubblica Amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*.

E più, in generale, l'art. 24 della Costituzione rileva come *tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*.

Come si legge nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, la proposta di Piero Calamandrei di introdurre la giurisdizione unica veniva rigettata. Si dava rilevanza costituzionale al previgente assetto della giustizia amministrativa attraverso il recepimento sia del dualismo giurisdizionale introdotto dalla legge del 1889 e impiantato sulle basi del monismo non rimosso di cui alla legge del 1865, sia il riparto di giurisdizione per situazione giuridica soggettiva definitivamente affermato col “concordato giurisprudenziale” del 1929-1930⁴⁵. Il giudice amministrativo conosce

amministrativa nella Costituzione italiana, Milano, 1966; L. ELIA, *Appunti sul riparto tra le due giurisdizioni nella più recente giurisprudenza costituzionale (1980-1985)*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, 1987, 165; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in questa *Rivista*, 1990, 68; A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in questa *Rivista*, 1994, 419. Per un'analisi comparatistica sul punto, si rinvia al capitolo dedicato. Frattanto, si segnala per un'analisi breve ma dettagliata dell'assetto della giustizia amministrativa nei paesi principali europei, D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009. Sulla giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* francese, e più in generale sulla costituzionalizzazione del giudice amministrativo in Francia, P. DEVOLVE', *La constitutionnalisation du droit administratif*, in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dallotz, 2008; T. LARZUL, *Droit constitutionnel de l'administration*, in *Juris classeur*, 1997, fasc. 1452. In particolare, V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012.

⁴⁵ Da attenti studi è stato osservato come l'art. 103, 1° co., sia derivato da un emendamento (all'art. 95 del progetto) presentato in Assemblea dagli on.li Conti ed altri: *Il Consiglio di Stato e gli organi di giustizia amministrativa, hanno giurisdizione per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, degli interessi legittimi, ed anche per la tutela di diritti soggettivi, nelle particolari materie determinate dalla legge*.

delle controversie vertenti sugli interessi legittimi, fatti salvi i casi, tassativamente indicati dalla legge, di giurisdizione esclusiva.

L'art. 111 Cost., al comma 8, prevede il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione». Viene così costituzionalizzata la funzione della Corte di Cassazione quale giudice del riparto di giurisdizione, come attribuita al supremo organo della giurisdizione ordinaria a far data dalla legge n. 3761/1877.

Nell'esercizio di tale funzione, la Cassazione si trovava di fronte al problema di individuare in quali controversie pubblicistiche ricorresse un diritto soggettivo ed in quali, invece, un interesse legittimo. Il concordato del 1930, infatti, non aveva risolto tale fondamentale problema.

La distinzione tra atti di impero e atti di gestione sviluppata ai tempi della legge abolitiva del contenzioso fu presto abbandonata, anche per il fatto che la stessa restringeva sostanzialmente le controversie di competenza della giurisdizione ordinaria a quelle meramente patrimoniali, in virtù di una interpretazione errata della lettera della legge.

La giurisprudenza in principio individuava i diritti sulla base della disciplina civilistica che regolava la fattispecie (ad es. se vertente su rapporti contrattuali o sulla proprietà o altri diritti reali). Qualora quest'ultimi fossero stati lesi da un atto o da un'operazione amministrativa illegittima, le relative controversie venivano devolute al giudice ordinario nelle forme della procedura civile, con i limiti di cui alla legge del 1865.

Tuttavia, successivamente si affermava una tesi secondo cui sussisteva una categoria di interessi legittimi derivanti dalla trasformazione dei diritti soggettivi operata dall'azione imperativa dell'amministrazione, secondo un meccanismo c.d. "degradatorio". L'interesse del singolo recede dinanzi all'interesse generale di cui l'Amministrazione deve avere cura attraverso l'esercizio dei suoi poteri nei modi e nelle forme stabilite dalla legge. Si portava come esempio la vicenda espropriativa: il diritto di proprietà veniva degradato in interesse legittimo dall'esercizio del potere ablatorio P.A.. Le relative controversie venivano così ascritte alla giurisdizione amministrativa, deputata a conoscere del corretto esercizio del potere amministrativo.

Nasceva un robusto filone dottrinario e giurisprudenziale circa la teorica della degradazione, definitivamente affermato negli anni Cinquanta e giunto fino ai giorni nostri. Sul punto, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella pronuncia del 4 luglio 1949, n. 1657 sanciva che *«tutte le volte che si lamenta il cattivo uso del potere dell'amministrazione, si fa valere un interesse legittimo e la competenza è del giudice amministrativo, mentre si ha questione di diritto soggettivo e competenza del giudice ordinario quando si contesta la stessa esistenza del potere»*⁴⁶.

In altre parole, la contestazione dell'esistenza del potere amministrativo radica la giurisdizione del giudice ordinario, perché la carenza di potere determina l'inidoneità dello stesso a produrre effetti giuridici, tra cui anche l'effetto dell'affievolimento del diritto soggettivo in interesse legittimo. La contestazione del cattivo esercizio di un potere, che comunque è attribuito dalla legge all'amministrazione, dev'essere fatta valere davanti al giudice amministrativo, perché l'esistenza del potere amministrativo, ancorché male esercitato, fa sì che il provvedimento amministrativo adottato sia efficace e dunque produca la degradazione del diritto soggettivo in interesse legittimo.

In tal modo, s restringeva notevolmente l'ambito di cognizione delle controversie pubblicistiche del giudice ordinario.

7. Gli anni Novanta e il nuovo millennio: l'ampliamento delle materie di giurisdizione esclusiva. L'intervento della Corte costituzionale per delimitare i confini della discrezionalità legislativa nella scelta delle materie di giurisdizione esclusiva. La nascita della nozione di controversie di diritto pubblico quale criterio di riparto delle giurisdizioni.

Successivamente, l'ambito delle controversie di diritto pubblico dinanzi al giudice ordinario continuava a restringersi per due ragioni: da un lato, l'affermazione legislativa della competenza del giudice amministrativo sulle controversie in materia di risarcimento dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi; dall'altro, l'ampliamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

⁴⁶ Si vd. Cas., sezione II civile; sentenza 22 luglio 1949, n. 1962; Pres. Ferranti P., Est. Cacciapuoti, P. M. Caruso (concl. conf.); Casa relig. Barnabiti Moncalieri (Avv. Novara) c. Ist. naz. previd. sociale (Avv. De Carolis Villars, Cannella, Romita) in *Foro it.*, 1949, I, 926.

La Cassazione, con la nota sentenza n. 500 del 1999, sanciva definitivamente la risarcibilità dei danni derivanti all'interesse legittimo a causa dello scorretto esercizio del pubblico potere. E la legge n.205 del 2000 trasferiva alla giurisdizione amministrativa le controversie sul risarcimento del danno derivante dalla lesione degli interessi legittimi, sottraendo alla giurisdizione ordinaria un altro notevole ambito di competenze nelle controversie di diritto pubblico.

E tale attribuzione non rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

L'azione risarcitoria è infatti esperibile dinanzi al giudice amministrativo in sede di legittimità in quanto ulteriore strumento di tutela dell'interesse legittimo nei confronti di illegittime manifestazioni di esercizio del pubblico potere. La tutela degli interessi legittimi come situazioni protette dal giudice amministrativo deve essere piena come quella dei diritti davanti al giudice ordinario (articolo 24 della Costituzione).

Questo nuovo assetto di tutele restringeva evidentemente l'area delle controversie di diritto pubblico rimessa alla giurisdizione ordinaria.

Nondimeno, negli stessi anni il Legislatore ampliava ulteriormente le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, affievolendo ancor di più la competenza del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico.

A onor del vero, il Legislatore negli anni Novanta, con la legge n. 80 del 1998, trasferiva le controversie in materia di pubblico impiego dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla giurisdizione ordinaria, qualificando come datoriali e privatistici i poteri esercitati dalla Pubblica Amministrazione nei rapporti con il proprio dipendente.

Tuttavia, la stessa legge del 1998 trasferiva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa la cognizione delle liti nelle materie dei servizi pubblici, gli appalti, l'edilizia e l'Urbanistica, compensandolo della perdita del contenzioso in materia di pubblico impiego.

In virtù dell'ampliamento delle materie di giurisdizione esclusiva, in dottrina si iniziava a ritenere che il criterio di riparto non fosse più fondato sulla causa petendi, ma sui cd. blocchi di materie, in una prospettiva molto vicina a quella francese.

Sorsero allora dubbi di legittimità costituzionale delle suesposte norme alla luce di quanto disposto dall'art. 103, comma 1, Cost., il quale consente la devoluzione delle controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo «*in particolari materie indicate dalla legge*».

La Corte Costituzionale interveniva con la nota sentenza del 6 luglio 2004, n. 204, nella quale chiariva che l'art. 103 Cost. «*non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva*», ma gli ha conferito un potere «*che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie*». Non sono sufficienti a radicare la giurisdizione esclusiva né «*la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio*», né «*il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia*». Di qui, le materie di giurisdizione esclusiva devono essere caratterizzate «*dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità*». Più specificatamente, esse devono essere materie rispetto alle quali si «*contempla pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità*».

Alla luce dei suesposti principi, la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 33 del decreto legislativo n. 80 del 1998, nella parte in cui estendeva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle materie dell'urbanistica e dell'edilizia oltre che alle controversie su atti e provvedimenti, anche a quelle sui comportamenti delle pubbliche amministrazioni. Successivamente, con la sentenza 11 maggio 2006, n. 191, la Corte precisava i suesposti concetti, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 53, comma 1, del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 contenente il testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità, «*nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a “i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati”, non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere*».

Riassumendo il pensiero del giudice delle Leggi, il Legislatore può sottrarre alla cognizione del giudice ordinario a favore di quello amministrativo controversie

vertenti su diritti soggettivi in materie in cui vi siano normalmente coinvolte situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse, in cui 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, sia 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. Diversamente, la previsione legislativa di giurisdizione esclusiva deve considerarsi contraria all'art. 103 Cost..

Si sottolinea come in tal modo la giurisprudenza costituzionale non abbia soltanto precisato i limiti della potestà legislativa di individuazione dell'ambito della giurisdizione esclusiva, ma abbia chiarito qual è l'oggetto e - prima ancora - il fondamento della giurisdizione generale di legittimità.

In particolare, con la sentenza n. 204/2004, la Corte Costituzionale precisava che il legislatore ordinario può assegnare alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo le controversie in «materie che devono essere “particolari” rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità».

In tal modo, la stessa corte ha finito per affermare che la giurisdizione generale di legittimità ha ad oggetto il sindacato dell'esercizio del potere amministrativo o, per usare le parole della sentenza n. 191/2006, che il giudice amministrativo è il «*giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica*».

Si è dunque rilevato come il Giudice delle Leggi «*nel circoscrivere l'ambito costituzionalmente consentito della giurisdizione esclusiva, ha identificato l'ambito costituzionalmente imposto della giurisdizione generale di legittimità. Il primo deve presentare un collegamento con il secondo. E il secondo non è identificato sulla base della situazione soggettiva lesa, ma in ragione della circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità. La giurisdizione generale di legittimità viene cioè ancorata alla nozione di potere amministrativo*»⁴⁷.

⁴⁷ S. BATTINI, *op. cit.*

Nasceva e si affermava (fino ai giorni nostri) la condivisibile corrente giurisprudenziale e dottrinarie volta ad individuare quale criterio di riparto della giurisdizione la nozione di controversia di diritto pubblico, ossia della lite in cui il privato contesti il mancato o scorretto esercizio del potere, a cui si ricollega la lesione di una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo.

L'interesse legittimo è la situazione del privato che fronteggia l'esercizio del potere amministrativo, perché ciò che radica la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo non è la formalistica individuazione di una posizione di interesse legittimo, ma è il sostanzialistico riconoscimento di una manifestazione di esercizio di un potere amministrativo. L'interesse legittimo non è altro che «*una metafora della potestà amministrativa*», mentre «*il vero oggetto del giudizio amministrativo è tale potestà*»⁴⁸

È l'esercizio del potere amministrativo, in tutte le sue forme, a radicare la giurisdizione amministrativa generale di legittimità e, nei casi previsti dalla legge in cui l'esercizio di questo potere si intreccia a questioni di diritto privato, la giurisdizione amministrativa esclusiva; mentre il giudice ordinario è il giudice dei rapporti paritari tra cittadino e amministrazione.

L'art. 7 c.p.a., che individua l'ambito della giurisdizione amministrativa - come da delega legislativa - anche alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale, "fotografa" questo nuovo modo costituzionalmente orientato di interpretare il criterio di riparto di giurisdizione posto dall'art. 103, comma 1, Cost., stabilendo che «*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*».

Pertanto, a fronte dell'esercizio di poteri amministrativi, la situazione soggettiva di coloro che dei relativi atti subiscano effetti pregiudizievoli, è configurata come interesse legittimo. In conseguenza, la tutela giurisdizionale delle controversie insorte

⁴⁸ M. NIGRO, *op. cit.*

nell'ambito dei rapporti amministrativi a fronte di episodi di esercizio del potere amministrativo (*controversie di diritto pubblico*) avviene per regola davanti al giudice amministrativo.

Si precisa come la nozione di controversie di diritto pubblico sia *speculare* a quella di rapporti di diritto pubblico, questa seconda operante sul piano sostanziale, l'altra sul piano della tutela giurisdizionale. Ad ogni rapporto di diritto pubblico, inteso come quello che si instaura nell'ambito di un episodio di esercizio del potere da parte di una pubblica Amministrazione o di altro soggetto preposto all'esercizio di attività amministrativa, possono corrispondere controversie (conflitti, crisi di cooperazione) tra i soggetti che sono parti di quel rapporto e che dagli effetti prodotti dall'esercizio del potere, ovvero dal fatto che non si siano prodotti gli effetti agognati per il non esercizio o per l'esercizio di segno negativo del potere medesimo, si sentano lesi nei loro diritti o interessi legittimi.

Queste controversie sono quelle che costituiscono, appunto, l'oggetto della giustizia amministrativa. Nelle controversie di diritto pubblico, infatti, si è detto, la situazione protetta della quale si chiede tutela al giudice, è *per regola* l'interesse legittimo; e il giudice di dette controversie è il giudice amministrativo.

Si evidenzia come la giurisprudenza costituzionale, la dottrina ed il legislatore abbiano così finalmente chiarito e stabilizzato il criterio di riparto, allineandolo a quello più "*normale*" dei maggiori paesi europei a noi vicini, ancorandolo alla nozione di controversie di diritto pubblico.

La rigorosa applicazione di questo criterio di riparto avrebbe ristretto a ben poca cosa l'ambito di cognizione delle controversie pubblicistiche del giudice ordinario, a favore del giudice amministrativo (con una sostanziale abrogazione della L.A.C., nella parte in cui prevede la cognizione del giudice ordinario sulla lesione dei diritti perpetrata da provvedimenti amministrativi).

Tale criterio sembra avere l'evidente vantaggio di diminuire drasticamente il rischio di conflitti tra le due giurisdizioni.

Tuttavia, la Corte di Cassazione, quale giudice del riparto, ha cercato di interpretare il binomio "*carezza di potere-diritto soggettivo*" e "*esercizio del potere-interesse legittimo*" in modo tale da non decretare l'abrogazione sostanziale della

legge del 1865 e da non far perdere al giudice ordinario quasi tutta la sua giurisdizione sulle controversie di diritto pubblico. In particolare, la Cassazione ha individuato una serie di ipotesi in cui il potere non esplica il proprio effetto degradatorio nei confronti del diritto e le relative controversie restano ascritte alla cognizione del giudice ordinario⁴⁹.

Allo stesso tempo, la legge prevede alcuni casi in cui sussiste la giurisdizione ordinaria su controversie propriamente pubblicistiche, indicando espressamente materie di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario.

Si giunge dunque all'anomalia congenita che caratterizza il riparto delle giurisdizioni nelle controversie di diritto pubblico: il giudice ordinario e il giudice amministrativo sono competenti a conoscere delle lesioni perpetrate dai pubblici poteri rispettivamente a diritti e interessi legittimi.

Il prossimo capitolo si occuperà di analizzare tali ambiti della giurisdizione ordinaria nelle controversie di diritto pubblico, evidenziandone le problematiche riconnesse alla difficoltà di individuare la natura della situazione giuridica soggettiva anziché concentrarsi sull'esistenza o meno del potere. Ci si interroga allora sulla coerenza di tale criterio alla luce della nozione di controversie di diritto pubblico recentemente affermata dalla Corte costituzionale e dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa.

⁴⁹ A. PAJNO, *Il riparto della giurisdizione*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 4193 ss., e, specificamente per il periodo successivo alla sentenza delle Sezioni Unite di Cassazione del 1949, a pag. 4252 ss.

CAPITOLO II

LA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE ORDINARIO NELLE CONTROVERSIE DI DIRITTO PUBBLICO. CRITERI DI RIPARTO E CERTEZZA DEL DIRITTO.

1. Il riparto di giurisdizione nelle controversie di diritto pubblico e la certezza del diritto.

Nel presente capitolo, si cercano di analizzare in maniera tendenzialmente esaustiva (vista la vastità dell'argomento) le singole fattispecie di controversie di diritto pubblico rimesse al giudice ordinario, evidenziando le criticità e cercando di offrire un più lineare **criterio di riparto** della giurisdizione, in sintonia con il principio di **certezza del diritto**.

Sintetizzando quanto esposto nel precedente paragrafo sull'evoluzione della Giustizia amministrativa italiana, secondo la Costituzione italiana ed in continuità con il sistema duale formatosi in epoca anteriore, la tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche Amministrazioni si esercita dinanzi agli organi della giurisdizione ordinaria o della giurisdizione amministrativa, a seconda che si tratti della tutela di diritti soggettivi o rispettivamente di interessi legittimi (art. 103, co. 1; art. 113, co. 1); salve determinate materie stabilite dalla legge, ove anche la tutela dei diritti soggettivi è di competenza del giudice amministrativo (giurisdizione esclusiva). Alla previsione costituzionale si affianca ora l'art. 7, il quale, pur attenendosi alle prescrizioni del richiamato art. 103, ne specifica ampiamente la portata: secondo la norma codicistica, infatti, il giudice amministrativo conosce delle *“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”*. Pertanto, la tutela giurisdizionale delle controversie concernenti l'esercizio del potere amministrativo (*controversie di diritto pubblico*)

avviene per regola davanti al giudice amministrativo, nelle forme del processo amministrativo⁵⁰.

Come osservato, in questa impostazione dovrebbe risultare perciò *irrilevante* la natura della situazione soggettiva sostanziale della quale il soggetto è titolare secondo il diritto comune (ad esempio la proprietà del fondo espropriato), se di diritto soggettivo; perché in ogni caso, a fronte dell'esercizio del potere, cioè nell'ambito del rapporto che si va ad instaurare con la pubblica amministrazione, essa si configura come interesse legittimo e viene perciò tutelata davanti alla giurisdizione amministrativa. Questa nozione di controversie di diritto pubblico, si è visto, trova conferma nei più recenti sviluppi del nostro ordinamento: nel *Codice*, al già citato art. 7, nonché nella recente ricordata giurisprudenza della Corte costituzionale (laddove individua dette controversie come quelle nelle quali “*la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo*”, e il giudice amministrativo come “*giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica*”: n. 204/2004, n. 191/2006).

La nozione di controversie di diritto pubblico è del tutto *speculare* a quella di rapporti di diritto pubblico, l'una vigente sul piano sostanziale, l'altra sul piano della tutela giurisdizionale⁵¹.

In particolare, si rileva come nello svolgersi dei rapporti di diritto pubblico possono sorgere controversie tra le parti qualora dall'esercizio o dal mancato esercizio del potere seguano lesioni di situazioni giuridiche soggettive ascrivibili al *genus* degli interessi legittimi e, in specifici e limitati casi, dei diritti soggettivi. La dottrina evidenzia come le parti del rapporto di diritto pubblico non coincidono sempre con le pubbliche amministrazioni ed il privato. La persona che esercita il potere e nei cui confronti si contesta l'illegittimità del suo esercizio e la lesione da esso scaturita, può essere tanto una pubblica amministrazione o un ente o soggetto pubblico di cui all'art.

⁵⁰ PAJNO, Il riparto della giurisdizione, cit., 4197 e, più recentemente, A. SANDULLI, La giustizia, in S. CASSESE (a cura di), Istituzioni di diritto amministrativo, ed. Giuffrè, Milano 2012, 564; BATTINI, *op. cit.* Per una disamina della tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico affidata alla giurisdizione ordinaria ed amministrativa, si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011 (in particolare, CAP VIII, *La tutela giurisdizionale*, pagg. 205 e ss.); V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012;

⁵¹ V. CERULLI IRELLI, *Corso di Giustizia amministrativa* 2016

1, 2° co. d.l.vo n. 165/2001, quanto un soggetto privato dotato di poteri amministrativi in forza di specifiche attribuzioni di legge, ai sensi dell'art. 1, comma 1 ter l. n. 241/1990, ovvero perché in virtù dei campi in cui operano sono tenute ad applicare determinate procedure che sottendono l'esercizio di pubblici poteri: si pensi alla figura dell'organismo di diritto pubblico, che è un soggetto privato tenuto ad applicare le regole pubblicistiche dell'evidenza pubblica operando nell'ambito dei contratti pubblici, in virtù dell'art. 3, comma 25, 26 d.l.vo n. 163/2006. D'altro canto, la parte lesa del rapporto può essere sia privata che pubblica. I soggetti portatori di situazioni protette in ordine a singole manifestazioni di esercizio del potere possono essere persone fisiche, persone giuridiche (di diritto privato o pubblico) ed organizzazioni collettive. Si rileva come spesso la controversia si instauri tra due soggetti pubblici (vedi i conflitti tra Stato e Regioni)⁵².

Secondo tale orientamento, dunque, ai fini della giurisdizione l'individuazione della controversia come di diritto pubblico va valutata in termini esclusivamente oggettivi, a prescindere dalla natura privata o pubblica delle parti in causa. L'oggetto della controversia deve essere il corretto o meno esercizio di un pubblico potere di cui è titolare una parte e rispetto al quale l'altra parte assume esser stata lesa nella propria sfera giuridico-patrimoniale.

Riassumendo, le controversie di diritto pubblico si instaurano qualora si questioni il corretto esercizio del potere, o il suo mancato esercizio, e da esso sia scaturita una lesione ad una situazione giuridica soggettiva. E secondo i dettami costituzionali, la giurisdizione su di esse spetta al giudice amministrativo.

In questo quadro, la tutela giurisdizionale dei diritti nei confronti delle pubbliche Amministrazioni investe anzitutto le contese che insorgono nell'ambito dei rapporti di diritto comune tra P.A. e privato. Qui non ci troviamo in ipotesi di dispute di diritto pubblico e non si pone alcun problema di riparto di giurisdizione.

Queste liti concernono in primo luogo l'illecito civile commesso dalla Pubblica Amministrazione attraverso i suoi ausiliari, di natura meramente materiale e non ricollegata all'esercizio di poteri amministrativi (ad es. Cass., S.U., ord. 9.11.2009 n. 23697). Altra categoria è quella costituita dalle liti inerenti a rapporti obbligatori di

⁵² V. CERULLI IRELLI, *op.cit.*

fonte contrattuale, anche nel caso in cui il contratto venga stipulato a fronte di procedura ad evidenza pubblica⁵³. Resta da dire di altre fattispecie produttive di obbligazioni in capo all'Amministrazione (al di là del contratto, del fatto illecito), le cui relative controversie sono rimesse alla giurisdizione ordinaria. Com'è noto, il codice enumera quali "fonti delle obbligazioni", il contratto, il fatto illecito, e "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico" (art. 1173 cod. civ.). Tra gli altri atti o fatti, fonti delle obbligazioni, interessano i rapporti con l'Amministrazione le tradizionali figure della gestione d'affari (artt. 2028 ss.)⁵⁴ e

⁵³ Nell'appalto, nella locazione e in altri negozi di diritto privato si configurano posizioni di diritto soggettivo in capo ai soggetti del rapporto, tutelabili in sede ordinaria. Ciò ancorché sussistano delle disposizioni di legge a carattere speciale che imputano prerogative particolari in capo all'Amministrazione, quali previste per la rescissione in danno o per la risoluzione unilaterale agli appalti (artt. 340 e 345, L. n. 2248/1865, All. F, ora artt. 134 e 136 D.l.vo. n. 370/2006), ipotesi rispetto alle quali è pacifica la giurisdizione ordinaria (cfr. tra le più recenti, Cons. St., IV, 12.9.2006 n. 5318; V, 5.9.2002 n. 4458; Cass., S.U., 6.2.2009 n. 2866; 11.1.2011 n. 391). Rientrano invece nella giurisdizione amministrativa esclusiva (art. 133, 1° co., lett. e), n. 2, cod. proc. amm.) le vicende negoziali relative al divieto di rinnovo tacito di appalti pubblici ovvero relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica.

⁵⁴ L'articolo 2028 c.c. indica, com'è noto, il fatto della gestione di affari altrui iniziata scientemente (e cioè nella convinzione che si tratti di affari non propri) e utilmente (con riferimento alla sfera patrimoniale dell'interessato) da qualcuno senza esservi obbligato. Detto fatto produce in capo all'interessato stesso l'obbligo di adempiere alle obbligazioni assunte dal gestore nel suo interesse e di rimborsargli le spese "necessarie o utili" alla gestione, oltre ad accessori ed interessi (artt. 2028 e 2031). L'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza è nel senso che la gestione d'affari intrapresa nell'interesse di organizzazioni pubbliche, sia produttiva di obblighi a carico delle stesse secondo lo schema del codice. Tuttavia, ciò si verifica nell'ambito delle situazioni facenti capo a codeste organizzazioni come soggetti di diritto comune (con riferimento alla gestione patrimoniale) e non già con riferimento alle attività d'esercizio di poteri, in ordine alle quali opera in materia la figura del c.d. funzionario di fatto (istituto costruito dalla giurisprudenza, come è noto, per risolvere il problema dell'imputazione degli atti emanati da funzionario incompetente o privo di legittimazione, e della sorte dei relativi effetti). *"La gestione di negozi (d'affari) è ... pienamente ammissibile in ordine all'Amministrazione quale soggetto di diritto privato"*, puntualizza Giannini. La giurisprudenza generalmente l'ammette, con la significativa limitazione che l'Amministrazione abbia approvato (esplicitamente, con apposito atto di riconoscimento, ovvero mediante il fatto dell'utilizzazione) l'operato del gestore (Cass. civ. Sez. III, 06-08-2010, n. 18378). Non viene ritenuta necessaria l'approvazione nel caso in cui la prestazione sia consistita nel pagamento di una spesa obbligatoria (Cass. 23.2.1950 n. 416; 24.7.1953 n. 2500; 14.8.1953 n. 2747). Insomma la valutazione dell'elemento dell'*utiliter coeptum* (art. 2031) necessario perché la gestione produca obblighi in capo all'interessato, affidata al giudice nei rapporti di diritto comune, si ritiene debba essere riservata al soggetto pubblico, laddove tale sia il soggetto interessato alla gestione (anche qui, il vecchio *idolum* dell'art. 4, L. cont. amm.). L'applicazione dell'istituto della gestione d'affari, invero, è del tutto scemata nell'esperienza più recente. Nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi o forniture, ovvero di progettazione per la realizzazione di un'opera pubblica, si nega che sussista la possibilità di una *negotiorum gestio* in favore dell'Amministrazione interessata (TAR Lazio, I, 31.7.2007 n. 7283 afferma che dal cod. contr. pubbl. *"...emerge una vera e propria prohibitio legis a che sia un soggetto diverso dall'amministrazione interessata ad avviare e gestire il procedimento volto all'affidamento di un incarico di progettazione di un'opera pubblica"*).

del pagamento dell'indebito (artt. 2033 ss.)⁵⁵, dell'arricchimento senza causa (artt. 2041 ss.)⁵⁶; già denominate nella dottrina più antica "quasi contratti" ("rimane

⁵⁵ Secondo il principio dell'art. 2033 (indebito c.d. oggettivo) chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato, con l'aggiunta dei frutti e degli interessi (dal giorno del pagamento ovvero dal giorno della domanda, a seconda che l'*accipiens* sia in malafede ovvero in buona fede). L'istituto è espressione del medesimo principio suesposto in relazione alle fattispecie di cui agli artt. 2028 e 2041 c.c.. La norma si applica nei confronti delle organizzazioni pubbliche, e vi è sul punto una casistica assai vasta (in materia di imposte e tasse, contributi INPS, etc.). Segnatamente, nel diritto tributario, l'istituto è chiamato ad operare con frequenza (imposte e tasse indebitamente percepite). Ma il principio pur riconosciuto come di diritto comune applicabile (Cass. 13.5.1977 n. 1884; 27.11.1990 n. 11407) ha incontrato resistenze nei confronti delle pubbliche Amministrazioni, nella giurisprudenza meno recente. E sparse norme legislative (anche recenti, come l'art. 19, D.L. n. 688/1982, conv. in L. n. 873/1982, in materia di imposte doganali e altre indebitamente percepite, il cui rimborso viene condizionato alla prova documentale "che l'onere relativo non è stato in qualsiasi modo trasferito su altri soggetti", poi dichiarato incostituzionale nella parte in cui prevedeva "a carico dell'attore in ripetizione l'onere di provare la mancata traslazione dell'imposta": Corte cost. n. 332/2002) tendono a privilegiarne la posizione con l'esenzione dall'obbligo di restituzione secondo le norme comuni. La materia trova ora la sua disciplina generale nel D.L. n. 307/1994, conv. in L. n. 457/1994 (applicato con D.M. 26.8.1994 e con D.M. 19.12.1996). Questa normativa riconosce bensì il diritto alla ripetizione da parte dei contribuenti di tasse e imposte indebitamente percepite dall'erario, tuttavia mediante assegnazione ai creditori di titoli di Stato; ma ne assoggetta l'esercizio a specifici adempimenti procedurali da porre in essere entro termini prefissati; e scagiona nel tempo l'adempimento dell'obbligo di restituzione. Il principio dell'art. 2033, opera anche ovviamente a favore delle organizzazioni pubbliche (per aver pagato somme non dovute a terzi, dipendenti, professioni, etc.). In tali casi, tuttavia, secondo, un orientamento giurisprudenziale, il principio incontra una deroga, laddove si tratta di pagamenti non dovuti (come stipendi di entità superiore a quanto dovuto) forniti dalle organizzazioni pubbliche ai propri dipendenti (o a categorie assimilate, come i pensionati) che in buona fede li abbiano ricevuti. Secondo una giurisprudenza, un po' perplessa invero, il diritto alla restituzione delle somme pagate e non dovute va "*rapportato al pregiudizio di chi è tenuto a restituirle*" (Cons. St., A.p. n. 1/1976; n. 1/1965). Si tratta di un'applicazione del principio di autoresponsabilità, che particolarmente grava su soggetti, come le pubbliche Amministrazioni, tenute nel loro agire a seguire precetti di correttezza e giustizia nei confronti dei terzi, che di ciò fanno affidamento (v. Cons. St., IV, 24.6.1960 n. 686; e poi, con un'interpretazione restrittiva, A.p. n. 2/1962; di recente, Cass. civ., 18.6.2010 n. 14812 secondo cui "*... qualora la mancata riscossione sia dovuta al comportamento di un funzionario, idoneo a trarre in inganno l'operatore trovano applicazione, quanto alla p.a. i principi di autoresponsabilità e di lealtà ... e quanto al contribuente quello di affidamento*"). Rapporti di questo tipo (pagamenti non dovuti, che una volta effettuati, non si ha più il diritto di ripetere) sono ascrivibili alle obbligazioni naturali (art. 2034 cod. civ.: "*unica eccezione testualmente prevista alla regola della ripetibilità dell'indebito oggettivo*", Rescigno), categoria codicistica che in tali casi diverrebbe applicabile nei rapporti con le pubbliche Amministrazioni. La giurisprudenza amministrativa più recente (Cons. St., IV, 12.5.2006 n. 2679; V, 20.2.2006, n. 685) tende tuttavia a restringere di molto la portata della deroga. In particolare, si afferma come l'affidamento del pubblico dipendente e la stessa buona fede non siano di ostacolo all'esercizio del potere dovere di recupero delle somme erroneamente corrisposte della P.A.. L'Amministrazione non è così tenuta a fornire un'ulteriore motivazione sull'elemento soggettivo riconducibile all'interessato. Per l'orientamento più recente, la ripetizione di quanto indebitamente percepito dal privato è "*un atto dovuto che non lascia all'Amministrazione alcuna discrezionale facoltà agendi e, anzi, configura il mancato recupero delle somme illegittimamente erogate come*

obbligato come quasi da contratto” il soggetto che ne è beneficiato: spiega Rescigno). Si tratta in realtà di fatti, che una volta prodottisi, fanno insorgere, per disposizione di legge, una obbligazione di dare in capo al soggetto che se ne è beneficiato (si parla nella corrente dottrina, di “obbligazioni nascenti dalla legge”). E tutti si basano su una convinzione di comune esperienza, prima che concetto giuridico, che a nessuno è

danno erariale; il solo temperamento ammesso è costituito dalla regola per cui le modalità di recupero non devono essere eccessivamente onerose, in relazione alle condizioni di vita del debitore” (cfr. Cons. Stato Sez. IV, 12-02-2015, n. 750).

⁵⁶ L’art. 2041 contempla, notoriamente, l’azione generale di arricchimento: chi si è arricchito senza causa a danno di un’altra persona, è tenuto a indennizzare quest’ultima della correlativa diminuzione patrimoniale ovvero a restituire la cosa oggetto dell’arricchimento, se ancora sussistente. L’obbligazione è limitata nel quantum all’entità dell’arricchimento effettivamente prodottosi in capo al beneficiato. È pacifico che il fatto dell’indebito arricchimento (senza causa) sia produttivo di obbligazioni in capo ad organizzazioni pubbliche, nei rapporti con le quali, si tratta invero, di evenienza piuttosto frequente. Prestazioni di professionisti utilizzate senza alcun conferimento di incarico, ma in via di fatto, contratti utilmente eseguiti senza che siano stati perfezionati o addirittura deliberati, sono fenomeni (nei quali si manifesta una delle disfunzioni dell’amministrazione) assai diffusi nella nostra esperienza positiva. La giurisprudenza ritiene tuttavia necessario, perché l’azione possa essere esperita, così come a fronte della gestione d’affari, che il soggetto pubblico riconosca, con esplicito atto ovvero implicitamente attraverso la concreta utilizzazione dell’opera, della fornitura, etc., prestata dal terzo, l’utilità della stessa (tra le tante, Cass. 26.11.1986 n. 6981; 18.2.1987 n. 1753; S.U. 18.3.1988 n. 2479; 28.10.1995 n. 11303; 12.7.2007 n. 15625; 8.10.2008 n. 24772). E così ad esempio, qualora il progetto di un’opera pubblica sia stato fornito dal professionista senza previo conferimento di un incarico ma poi venga utilizzato per chiedere il finanziamento dell’opera progettata, *“l’ente pubblico è tenuto a compensare il professionista nei limiti del vantaggio conseguito attraverso l’utilizzazione concretamente fatta dell’elaborato”* (Cass. n. 698/1986 cit.). Tuttavia, una recentissima pronuncia ha escluso che il riconoscimento dell’utilità costituisca requisito dell’azione di indebito arricchimento; di qui, *“il privato attore ex art. 2041 nei confronti della Pubblica Amministrazione deve provare, ed il giudice accertare, il solo fatto oggettivo dell’arricchimento, senza che l’Amministrazione possa opporre il mancato riconoscimento dello stesso, potendo essa, piuttosto, eccepire e dimostrare che l’arricchimento non fu voluto e non fu consapevole”* (Cass. SS.UU., n.10798/2015). Ciò per evitare il rischio che la Pubblica Amministrazione debba sopportare richieste di indennizzo da parte di privati che agiscono deliberatamente contro il voler o all’insaputa di questa al sol fine di trarre i vantaggi economici che l’azione di arricchimento concederebbe. Il riconoscimento dell’utilità dell’opera da parte dell’Amministrazione non comporta tuttavia, secondo parte della giurisprudenza, anche la quantificazione monetaria del vantaggio ottenuto dalla stessa (Cass. 12.9.1992 n. 10433; v. contra, Cass. 27.1.1982 n. 530; 8.1.1979 n. 64), che può essere effettuata dal giudice. In materia di prestazioni professionali “di fatto”, la giurisprudenza applicando il principio dell’indebito arricchimento giungeva anche ad affermare che, una volta riconosciuta l’utilità, la prestazione debba essere remunerata secondo la relativa tariffa professionale, e cioè in modo pieno, senza le limitazioni poste dall’art. 2041 a proposito dell’arricchimento senza causa (Cass. 17.11.1984 n. 5833; 23.6.1992 n. 7694). In tal modo, si ammetteva nell’indennizzo spettante al professionista tanto il danno emergente (spese sostenute) quanto il lucro cessante (mancato guadagno), parametrato a quanto si sarebbe ricavato svolgendo la normale attività presso terzi nel lasso di tempo invece dedicato alla P.A.. Tuttavia, secondo un orientamento successivo della Cassazione, tale tesi contrasterebbe con l’art. 2041 c.c.. In particolare, si rileva come *“all’azione di arricchimento sia estraneo il ruolo di assicurare all’autore di una prestazione eseguita malgrado l’invalidità di un contratto il medesimo profitto che avrebbe ricavato nello stesso periodo di tempo da altre attività remunerate”* (Cass. civ. Sez. Unite, 11-09-2008, n. 23385). Pertanto, l’indennizzo deve calcolarsi sulla base dell’effettiva diminuzione patrimoniale subita dall’impoverito ed in relazione ai soli vantaggi goduti dall’arricchito, a nulla rilevando il lucro cessante.

lecito arricchirsi a danno di altri. Queste figure interessano l'Amministrazione, perché i fatti da esse contemplati possono in determinate circostanze essere produttivi di obbligazioni a carico o a favore degli enti dell'organizzazione pubblica.

Alla tutela giurisdizionale dei suddetti diritti provvede l'autorità giudiziaria (articolo 2907 c.c.).

E la giurisdizione civile è esercitata dai giudici ordinari (art. 1 c.p.c.).

Si rileva come le suesposte fattispecie restino fuori dallo stesso criterio di riparto così come desumibile dal quadro normativo⁵⁷.

La Costituzione all'articolo 113 si riferisce agli “*atti della pubblica amministrazione*” come quelli “*contro*” i quali è sempre ammessa la tutela giurisdizionale davanti alla giurisdizione ordinaria e amministrativa. L'articolo 2 della LAC prevede che siano devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati *provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa*. Gli artt 4 e 5 della medesima legge nel prevedere i limiti ai poteri cognitori e decisorii del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico (vd. *infra*) parlano di *atti amministrativi lesivi* di diritti. Per atti amministrativi, quindi, devono intendersi quelli che vengono adottati nell'esercizio del potere, cioè nell'ambito di rapporti di diritto pubblico. Qualora la lite non abbia ad oggetto tali atti espressione del pubblico potere, è pacifico che operi la giurisdizione comune.

Ebbene, in tale contesto, l'ambito della giurisdizione ordinaria nelle controversie in cui si faccia questione del pubblico potere dovrebbe essere notevolmente ristretto.

Tuttavia, la legge riserva alla giurisdizione ordinaria un numero significativo di controversie in materie dove si discute sul corretto esercizio del pubblico potere (che si analizzeranno ai prossimi **paragrafi 2 e 3**). Ancora, la Cassazione svolgendo il suo ruolo di giudice ultimo della giurisdizione ha più volte affermato la giurisdizione ordinaria in ipotesi in cui si faceva questione del corretto esercizio del potere amministrativo, escludendo l'effetto degradatorio del diritto ad interesse legittimo. In

⁵⁷ V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*

altre parole, il giudice ordinario è stato dichiarato competente nelle controversie di diritto pubblico solo qualora, nonostante la presenza di atti amministrativi lesivi non si abbia alcun fenomeno di degradazione di diritti in interessi legittimi e, perciò, lo spostamento della cognizione giurisdizionale delle controversie al giudice amministrativo non viene a prodursi (si vd. prossimo **paragrafo 4 dalla lett. a) alla e)**)⁵⁸.

Si procede dunque ad analizzare la correttezza del suddetto criterio di riparto alla luce del principio di certezza del diritto.

2. I casi tipici di giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico. In particolare, le sanzioni amministrative, gli atti emanati dal Garante della riservatezza dei dati personali, la tutela dello straniero e la materia elettorale.

Innanzitutto, vi sono nel nostro ordinamento talune tipologie di controversie di diritto pubblico che risultano attribuite dalla legge al giudice ordinario. L'espressa previsione di legge conferisce la criterio di riparto ad esse sotteso un elevato grado di certezza e, pertanto, non si registrano particolari problematiche.

Rinviando al III capitolo della presente tesi per un maggiore approfondimento in merito all'effettività della tutela, si rileva come nelle ipotesi di seguito elencate, il g.o. conosce del potere amministrativo senza i limiti di cui alla legge del 1865. Ciò è

⁵⁸ Per un'analisi approfondita della giurisdizione ordinaria nelle controversie di diritto pubblico, si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011, M. DI LULLO, *L'invalidità degli atti della Pubblica Amministrazione in veste di datore di lavoro*, in *L'invalidità amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI – L. DE LUCIA, Torino 2009; F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della Pubblica Amministrazione*, Torino 2002; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'Amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004. Per la dottrina processual-civilistica, si vd. S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. V. Milano 2003; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie tra privato e Pubblica Amministrazione*, in *Foro it.* 2009. Cfr. anche F. CINTIOLI, *Disapplicazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.-Annali*, Milano 2010, vol. III; D.PICONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, Napoli 2009; M.SANINO, *Il nuovo riparto di giurisdizione "voluto" dalla Corte costituzionale*, II ed. Roma.

possibile sulla base dell'art. 113, ult. co., Cost., che rinvia alla legge la determinazione degli organi di giurisdizione che possano annullare atti amministrativi⁵⁹.

Si parla infatti di *giurisdizione piena* del giudice ordinario⁶⁰.

Con essa si valorizza la natura unitaria della funzione giurisdizionale.

Qualora la caducazione dell'atto sia indispensabile in via immediata al fine di assicurare una tutela piena ed effettiva della situazione giuridica soggettiva, il Legislatore è dunque pienamente giustificato nel prevedere ipotesi di giurisdizione piena del G.O. In tal senso la Corte costituzionale nelle note sentenze n. 140 e 165 del

⁵⁹ IN dottrina, Si vd. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011, M. DI LULLO, *L'invalidità degli atti della Pubblica Amministrazione in veste di datore di lavoro*, in *L'invalidità amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI – L. DE LUCIA, Torino 2009; F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della Pubblica Amministrazione*, Torino 2002; MENCHINI, *op. cit.*, in giurisprudenza, Corte cost. n. 32/1970 e per tutte, C. cost. n.275 del 2001, secondo cui: “posto che il c.d. principio della disapplicazione ed il relativo limite ai poteri del giudice ordinario di fronte ad un atto amministrativo illegittimo non costituiscono una regola di valore costituzionale e che resta rimesso alla scelta discrezionale del legislatore ordinario il conferimento ad un giudice, sia ordinario, sia amministrativo, del potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della p.a. o di incidere sui rapporti sottostanti, la disposizione denunciata, che espressamente ricomprende tra le controversie relative ai rapporti di lavoro devolute al giudice ordinario quelle concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, risulta completamente in linea con i principi ed i criteri direttivi che il legislatore delegante aveva voluto fissare”. Corte cost., n. 275/2001; v. già Corte cost., n. 32/1970.

⁶⁰ Sul punto, deve osservarsi come per alcuni si tratterebbe di casi dove in deroga agli ordinari criteri di riparto, il Legislatore abbia creato una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, così competente a conoscere della lesione di situazioni giuridiche a fronte dell'esercizio del pubblico potere a prescindere dalla presenza o meno di posizioni di diritto privato.

La tesi muoveva sulla base di tre argomentazioni. L'articolo 113 ult. comma Cost. nel prevedere la possibilità di sancire ex lege casi di giurisdizione piena, ha implicitamente avallato forme di giurisdizione esclusiva. Ancora, si valorizzava l'articolo 4 della Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, il quale sanciva la competenza dei tribunali amministrativi regionali per i ricorsi aventi ad oggetto diritti ed interessi di persone fisiche o giuridiche, la cui tutela non sia attribuita all'autorità giudiziaria ordinaria, o ad altri organi di giurisdizione. Infine, si evidenziava il moltiplicarsi di ipotesi in cui il Legislatore negli anni aveva introdotto casi di giurisdizione piena del G.O. Si obietta come nelle controversie di diritto pubblico in cui si faccia questione del corretto o meno esercizio del potere e si chieda tutela di situazioni di interesse legittimo, la cognizione dovrebbe esser sempre rimessa al G.A.. L'articolo 103 della Costituzione attribuendo al Consiglio di Stato ed agli organi di giustizia amministrativa la giurisdizione per la tutela degli interessi legittimi ed in particolari ipotesi di legge anche di diritti soggettivi, non consente al Legislatore di creare ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.o. su materie in cui si faccia questione unicamente del corretto esercizio del potere a prescindere dalla presenza o meno di posizioni di diritto privato. Si ritiene che l'articolo 113 Cost., laddove attribuisca al Legislatore ordinario il compito di individuare gli organi di giurisdizione abilitati ad annullare atti della P.A. debba essere inteso quale disposizione volta ad ammettere un potere di annullamento in capo al giudice ordinario esclusivamente a fronte di atti amministrativi in materie in cui si presenta il nodo gordiano interessi legittimi e diritti soggettivi. In altre parole, le numerose leggi che prevedono casi di giurisdizione piena del G.O. vanno interpretate in modo conforme alla Costituzione, quali disposizioni attributive di un potere ampio, idoneo a caducare l'atto amministrativo, nei casi in cui si chieda tutela di situazioni giuridiche soggettive eventualmente lese da atti espressioni sia del potere pubblico che del potere privato. GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2016

2001 nonché 525 del 2002, ha rilevato che *rientra nella discrezionalità del legislatore l'attribuzione ad un giudice (sia amministrativo, sia ordinario) in sede di decisione di ricorso giurisdizionale, del potere di annullare (nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa: art. 113, terzo comma, Costituzione) un atto amministrativo*. Tale scelta non appare manifestamente irragionevole, quando lo stesso legislatore ritenga che detti strumenti processuali rispondano alla esigenza di rafforzare la effettività, la tempestività e l'ampiezza della tutela giurisdizionale, specie se questa tutela coinvolga diritti soggettivi.

La scelta a favore della giurisdizione ordinaria implica, dunque, l'abbandono del tradizionale criterio di riparto di giurisdizione con l'adozione di un criterio *ratione materiae*⁶¹ che superi il nodo gordiano della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi⁶².

La previsione in esame risulta conforme alla finalità di concentrare dinanzi ad un unico giudice la competenza su di una specifica materia, tanto che si faccia questione di diritti che di interessi legittimi. La giurisdizione piena del giudice ordinario assicura così un più elevato grado di certezza del diritto.

La dottrina più recente ha enucleato due categorie di ipotesi *ex lege* di giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico⁶³: nella cd. *prima generazione*, le controversie hanno ad oggetto meri atti di accertamento frutto di un potere vincolato a stringenti presupposti di legge e rispetto a cui l'istante vanta un diritto nei confronti dell'Amministrazione procedente; nella cd. *seconda generazione*, le liti rimesse al g.o. vertono invece su atti pienamente riconducibili a scelte di natura discrezionale, rispetto al quale il richiedente vanta un interesse legittimo nei confronti dell'Autorità competente.

Più specificatamente, nei casi di **giurisdizione del giudice ordinario cosiddetti di “prima generazione”** si è in presenza di atti amministrativi privi del carattere della discrezionalità e frutto di un'attività vincolata riconducibile allo schema norma-fatto-

⁶¹ Sassani, B., La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in Riv. dir. proc., 1999

⁶² SASSANI B., La giurisdizione esclusiva, in Trattato di Diritto amministrativo a cura di CASSESE

⁶³ F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della Pubblica Amministrazione*, Torino 2002;

effetto tipico delle norme di relazione⁶⁴. La controversia ha qui ad oggetto determinazioni amministrative frutto di un'attività di mero accertamento, in cui l'Autorità competente verifica e dichiara la presenza dei requisiti di legge richiesti per la produzione di determinati effetti giuridici. Di qui, tradizionalmente, si ritiene l'istante titolare di un diritto nei confronti dell'Amministrazione procedente⁶⁵.

Si pensi all'attività di **iscrizione in registri, elenchi ed albi tenuti dalla pubblica Amministrazione a carattere costitutivo** (ossia da cui dipende la possibilità per l'interessato di esercitare determinati diritti).

Come noto, l'albo professionale assolve ad una duplice funzione: da un lato legittima il professionista a svolgere la propria attività, dall'altro, garantisce l'idoneità tecnica degli iscritti.

Per l'iscrizione all'albo, l'Ente competente accerta l'esistenza in capo all'aspirante dei presupposti richiesti dalla legge, attraverso un'attività che non comprende valutazioni di carattere discrezionale. L'atto di iscrizione è ricognitivo di uno status che discende direttamente dalla legge e da esso consegue un ampliamento della sfera giuridica del professionista interessato cui la giurisprudenza riconosce un vero e proprio diritto all'iscrizione⁶⁶.

⁶⁴ Guicciardi, *Studi di giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, distingueva le norme di relazione, disciplinanti i rapporti interprivati dalle norme di azioni, regolanti l'esercizio di poteri autoritativi. Le controversie sulle prime sono rimesse al g.o., mentre quelle sulle seconde al g.a..

⁶⁵ Per completezza, tra le controversie attribuite dalla legge al giudice ordinario sono comprese oltre a quelle approfondite nel testo anche quelle concernenti: i trattamenti sanitari obbligatori per malattie mentali (art. 35, l. n. 833/1978 e art. 5 l. n. 180/1978); la nullità e il risarcimento del danno in materia di intese e concentrazioni abusive e vietate (art. 33, co. 2, l. n. 287/1990); la reiezione della domanda di ammissione al servizio civile (art. 5, l. n. 230/1998); le decisioni della commissione ministeriale che decide le contestazioni sui giochi e le scommesse (art. 11, d.p.r. n. 169/1998); l'interpretazione e l'esecuzione del regolamento sulle scommesse delle corse dei cavalli (art. 14, d.m. 1.3.2006 n. 111) la corresponsione di indennizzi ai cittadini per beni perduti in territori già soggetti alla sovranità italiana (art. 2, l. n. 98/1994); Si è rilevato, come in tali casi, si tratta, a ben vedere, di categorie di controversie nelle quali la giurisdizione ordinaria si giustifica, in primo luogo, perché in esse risultano coinvolte situazioni giuridiche soggettive ascrivibili al *genus* di diritti assoluti Sul punto, si vd. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011.

⁶⁶ Cass. SS.UU. n. 213 de 1999 La giurisdizione ordinaria nel caso di specie si manifesta in settori ascrivibili all'amministrazione pubblica del diritto privato, disciplinati dal codice e dalle leggi civili. Si tratta di controversie relative all'attività di enti identificabili nel *genus* delle "Autonomie funzionali" in ordine alle quali l'origine privatistica della struttura e la connotazione privatistica degli interessi da essi tutelati ne giustificano il collegamento alla giurisdizione ordinaria (v. i casi di giurisdizione ordinaria sulle deliberazioni dei collegi professionali aventi ad oggetto adempimenti concernenti la tenuta degli Albi: L. 69/1963 per la professione dei giornalisti, L.434/1968 per la professione dei periti agrari, L.56/L998 per la professione degli psicologi). V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011.

Di qui, la legge rimette alla giurisdizione ordinaria le liti sulle delibere dei collegi professionali aventi ad oggetto adempimenti della tenuta degli albi (art. 63, l. n. 69/1963 per la professione dei giornalisti; art. 54, l. n. 434/1968 per i periti agrari; art. 17, l. n. 56/1989 per gli psicologi; degli agenti di cambio di cui alla legge n. 1216 del 1967).

Ancora, il D.P.R. 03/11/2000, n. 396 rimette al giudice ordinario le controversie relative alla formazione, archiviazione, conservazione e aggiornamento di tutti gli atti concernenti lo stato civile.

Gli atti di stato civile hanno natura pubblicistica e sono dotati della particolare efficacia probatoria di cui all'articolo 451 c.c.. Tuttavia, nello svolgimento del servizio dello stato civile di cui agli articoli da 449 a 453 del codice civile, il pubblico ufficiale esplica un'attività vincolata di accertamento della situazione di fatto posta in essere a base dell'atto di stato civile e le relative controversie sono rimesse al g.o.

Nondimeno, la giurisdizione ordinaria sussiste nella **materia elettorale**, dalla formazione delle liste degli elettori sino all'ineleggibilità o incompatibilità del candidato⁶⁷.

Il giudice ordinario conosce delle liti concernenti il diritto all'*elettorato attivo*, ed in particolare, delle determinazioni della Commissione elettorale circondariale o delle sue Sottocommissioni sulla formazione delle liste (art. 42 del D.P.R. 20/03/1967, n. 223).

Qui, la natura dichiarativa e vincolata dell'iscrizione si evince dalla puntuale indicazione legislativa circa i requisiti positivi e negativi per il diritto di voto (vd. Art. 47 D.P.R. n. 361 edl 1957).

⁶⁷ Viceversa, l'articolo 134 del cpa rimette alla G.A. estesa al merito le controversie in tema di operazioni per le elezioni amministrative nonché dei membri del Parlamento Europeo (art. 126 c.p.a.), in applicazione del disposto dell'art. 103 Costituzione, vertendosi in tema di tutela di posizioni di interesse legittimo. Rientrano peraltro in tale categoria non soltanto le liti strettamente inerenti alle votazioni, dall'apertura alla chiusura dei seggi, ma tutte quelle riguardanti gli atti che concorrono a formare il complesso procedimento elettorale, dalla indizione delle elezioni fino alla proclamazione degli eletti, il quale è disciplinato da norme poste a tutela dell'interesse pubblico all'ordinato svolgimento della competizione. Fra esse, pertanto, vanno incluse le controversie che investono la presentazione e l'accettazione delle candidature, nonché i provvedimenti adottati in proposito dalla Commissione elettorale mandamentale, le quali non concernono i diritti soggettivi di elettorato attivo o passivo, né i diritti di partecipazione politica dei cittadini e dei partiti, bensì solo l'osservanza delle norme che disciplinano le modalità di esercizio dei diritti medesimi. Cass., Sez. Un., 14 luglio 1981, n. 4590.

Ancora, il giudice ordinario ha giurisdizione sulle controversie inerenti il cd. contenzioso *elettorale passivo*, che comprende le questioni di ineleggibilità e incompatibilità nascenti a seguito dei procedimenti amministrativi di convalida degli eletti nonché le controversie legate ad una pronuncia di decadenza.

L'articolo 22 del D.Lgs. 01/09/2011, n. 150 rimette al g.o. la cognizione delle azioni popolari e delle controversie in materia di eleggibilità, decadenza ed incompatibilità nelle elezioni comunali, provinciali e regionali.⁶⁸

Si ritiene che in tali casi la decisione abbia ad oggetto un'attività amministrativa vincolata che si esplica mediante meri accertamenti in relazione alla sussistenza dei presupposti di legge da cui scaturisce il diritto soggettivo perfetto inerente all'elettorato passivo dell'aspirante candidato⁶⁹.

Le cause in materia di decadenza al pari di quelle sull'ineleggibilità ed incompatibilità investono il diritto politico di elettorato passivo, espressamente riconosciuto dall'art. 51 della Costituzione, diritto la cui consistenza resta inalterata anche dopo la convalida dell'elezione, non esistendo norme che, conferendo all'amministrazione poteri discrezionali al riguardo, possano affievolirlo⁷⁰.

⁶⁸ L'art. 82 del D.P.R. 16/05/1960, n. 570 attribuisce al g.o. i ricorsi avverso le deliberazioni adottate in materia di eleggibilità dal consiglio comunale; l'art. 70 del D. Lgs. 18/08/2000, n. 267 prevede l'azione popolare per la decadenza dalla carica di sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale.

⁶⁹ I precedenti sul punto Cass. civ. Sez. Unite, 06 aprile 2012, n. 5574 Sulla proponibilità del regolamento preventivo in presenza di provvedimenti cautelari: Cass., sez. un., nn. 3167/2011, 2053/2006, 20504/2006. Sul riparto di giurisdizione in materia elettorale, Cass., sez. un., nn. 23682/2009 e 22640/2007 la giurisprudenza ritiene che sono devolute al giudice ordinario le controversie concernenti l'ineleggibilità, la decadenza e l'incompatibilità, in quanto volte alla tutela del diritto soggettivo perfetto inerente all'elettorato passivo. La dottrina Mauro e Cianfrocca, Riparto di giurisdizione in materia di contenzioso elettorale, in Foro pad., 2010, I, 286; Fraccastoro e Colapinto, Il riparto di giurisdizione per il contenzioso elettorale, in Corr. merito, 2008, 971; Stipo, Il riparto di giurisdizione Evoluzione legislativa e giurisprudenziale: il contenzioso elettorale, in Nuova rass., 2008, 1889.

⁷⁰ In particolare, la Cass., Sez. Un., 13 maggio 1996, n. 4470 ha posto in evidenza che la giurisdizione del giudice ordinario, nelle controversie inerenti l'eleggibilità alla carica di consigliere comunale ed a quella di Sindaco, ancorché proposte con l'impugnazione della deliberazione di convalida dell'elezione, deve essere affermata pure dopo l'entrata in vigore della L. n. 142 dell'8 giugno 1990, che ha mutato la procedura per la proclamazione degli eletti, ma non ha inciso sui criteri di riparto della giurisdizione. Negli stessi termini è la decisione 27 aprile 1999, n. 536, della Sesta sezione del Consiglio di Stato, secondo la quale spetta all'Autorità giudiziaria ordinaria la giurisdizione sulle controversie in materia di eleggibilità di componenti di organi amministrativi, in quanto attengono al diritto soggettivo di elettorato passivo. Cass., Sez. Un., 27 gennaio 1999, n. 1.

Nel caso in esame, infatti, il "petitum" sostanziale, che s'identifica non solo e non tanto in base alla concreta statuizione chiesta al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della "*causa petendi*", ossia dell'intrinseca natura della posizione giuridica dedotta in giudizio⁷¹, concerne, come già si è notato, il diritto soggettivo vantato dal ricorrente alla carica di deputato. Tale diritto (in nessun modo collegato con le operazioni elettorali) inerisce strettamente all'eleggibilità, ossia al diritto soggettivo pubblico all'elettorato passivo (art. 51 Cost.), di cui costituisce espressione.

In questi casi, come si vedrà, il g.o. ha pienezza di poteri e, quando accoglie il ricorso, corregge il risultato delle elezioni e sostituisce ai candidati illegittimamente proclamati coloro che hanno diritto di esserlo (comma 12 art. 22 del d.lgs. 150 del 2011; vd. *Infra* vap. III).

Tuttavia, sono sorte alcune perplessità in punto di giurisdizione con riferimento alle controversie concernenti la materia dell' **incandidabilità** e del divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, di cui al D.Lgs. 31/12/2012, n. 235, emanato dal Governo sulla delega contenuta nell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190⁷².

Secondo la giurisprudenza, l'attività espletabile dall'amministrazione è vincolata al mero riscontro delle eventuali condizioni di incandidabilità fissate dalla legge, senza che residui alcuno spazio di valutazione discrezionale suscettibile di incidere negativamente sul diritto all'elettorato passivo di cui all'articolo 51 Cost.⁷³.

⁷¹ Tra le più recenti, Cass., Sez. Un., 29 luglio 2003, n. 11646; Cass., Sez. Un., 12 marzo 2003, n. 3601; ; Cass., Sez. Un., 2 agosto 2002, n. 11626 Cass., Sez. Un., 17 gennaio 2002, n. 489 .

⁷² Art. 1 Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione. Co. 63. *Il Governo è delegato ad adottare, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo recante un testo unico della normativa in materia di incandidabilità alla carica di membro del Parlamento europeo, di deputato e di senatore della Repubblica, di incandidabilità alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali e di divieto di ricoprire le cariche di presidente e di componente del consiglio di amministrazione dei consorzi, di presidente e di componente dei consigli e delle giunte delle unioni di comuni, di consigliere di amministrazione e di presidente delle aziende speciali e delle istituzioni di cui all'articolo 114 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, di presidente e di componente degli organi esecutivi delle comunità montane.*

⁷³ T.a.r. Lazio - Roma, sez. III quater, n. 3393/2013, Cons. Stato Sez. IV, 08-05-2013, n. 2502, Cons. Giust. Amm. Sic., 22-01-2013, n. 18; Cass. civ. Sez. Unite Ordinanza, 28-05-2015, n. 11131, in cui, in particolare, si è discusso su quale sia il giudice competente a giudicare sull'impugnazione del provvedimento prefettizio che dispone la sospensione e decadenza di diritto degli amministratori locali in condizione di incandidabilità alle elezioni provinciali, comunali e circoscrizionali ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 235 del 2012 . Si tratta di ipotesi in cui il candidato eletto riporta condanne non definitive per

Secondo la giurisprudenza l'incandidabilità è assimilabile “per continenza” alle questioni di ineleggibilità, incompatibilità e decadenza nelle elezioni comunali, provinciali e regionali di cui all'art. 22, d.lgs. 1.9.2011, n. 150⁷⁴.

In questa prospettiva la controversia concernerebbe il diritto soggettivo e non la legittimità dell'atto amministrativo, che è integralmente vincolato. In tali casi, il diritto di elettorato passivo, o, forse meglio, di esercizio della carica elettiva non soccombe al potere, soccombe direttamente alla legge⁷⁵. La giurisdizione spetta al giudice ordinario.

Tale impostazione tuttavia non sembra del tutto condivisibile.

Innanzitutto, si è evidenziato come l'art. 129 c.p.a. devolva alla giurisdizione del giudice amministrativo l'impugnazione dei «*provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento preparatorio per le elezioni*».

A riguardo, l'incandidabilità è cosa diversa dall'ineleggibilità e dall'incompatibilità, precludendo l'inserimento del nominativo dell'incandidabile in qualsiasi lista. Pertanto, per alcuni, si potrebbe parlare di contenzioso preelettorale con conseguente affermazione della giurisdizione amministrativa ai sensi dell'art. 129

delitti particolarmente gravi che denotano l'incapacità di svolgere incarichi pubblici. Sul punto, recentemente, la Cassazione ha rimesso alla giurisdizione ordinaria tali controversie, stante la natura vincolata del potere in questione e la causa petendi del giudizio inerente il diritto soggettivo all'elettorato passivo. In particolare, secondo la Cassazione, “nella configurazione legislativa dell'istituto non è attribuita alla P.A. alcuna discrezionalità in ordine all'adozione del provvedimento di sospensione; la sospensione opera di diritto al solo verificarsi delle condizioni legislativamente previste e per il tempo previsto dal legislatore; al Prefetto non è attribuito alcun autonomo apprezzamento in ordine all'adozione del provvedimento di sospensione e non è consentito di modularne la decorrenza o la durata sulla base della ponderazione di concorrenti interessi pubblici”. Pertanto, conclude la Cassazione, “l'atto impugnato incide sul diritto soggettivo, tutelato dall'art. 51 Cost., del ricorrente a ricoprire la carica pubblica, senza incorrere nella sospensione, disposta in conseguenza di una condanna penale, di primo grado e non definitiva. Ed infatti, la sospensione de qua è assimilabile, per continenza, alle questioni di ineleggibilità, incandidabilità e decadenza che, concernendo la tutela di posizioni di diritto soggettivo perfetto inerente all'elettorato passivo, restano riservate alla giurisdizione ordinaria”. Parte della dottrina ha rilevato criticamente come l'effetto sospensivo si produca (solo) in seguito al provvedimento amministrativo; il quale, tuttavia, è integralmente vincolato. Si può dire in proposito che manca nella specie il potere determinante (dato che i presupposti e il contenuto del provvedimento presidenziale sono totalmente disposti dalla legge), ma sussiste il potere costitutivo (dell'effetto). Di qui non si dovrebbe poter escludere in radice la sussistenza del potere pubblico almeno in termini di autoritarità, così come evidenziato in precedenza. F.G. SCOCA, *op. cit.*

⁷⁴ Cass., Sez. un., ord. 28 maggio 2015, n. 11131

⁷⁵ F.G. SCOCA *op. cit.*

c.p.a.; *a fortiori*, questa norma viene richiamata dallo stesso d.lgs. n. 235/2012 con riguardo all'accertamento della incandidabilità per il Parlamento europeo⁷⁶.

La disciplina dell'incandidabilità sembra poi essere prevista a tutela non solo del diritto all'elettorato passivo, ma anche per garantire interessi generali al buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) ed al diritto della generalità dei consociati a che il voto vada esente da *contaminazioni*⁷⁷.

Sono dunque plurime le ragioni che dovrebbero condurre ad un ripensamento dell'orientamento che esclude la giurisdizione amministrativa in materia di incandidabilità ai sensi del d.lgs. n. 235 del 2012. Peraltro, in tale ipotesi si avrebbe una giurisdizione di merito del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 129 c.p.a., il quale godrebbe di una pienezza di poteri per garantire le situazioni giuridiche dell'elettore passivo dinanzi al pubblico potere. Potere che si ritiene pubblico a prescindere dalla sua natura vincolata, in quanto preposto alla cura non solo dell'interesse del singolo, ma anche della collettività (vd. *Infra*).

Nei casi di **giurisdizione cd. di seconda generazione**, invece, il giudice ordinario ha cognizione anche di atti frutto di valutazioni discrezionali, a cui si correlano situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo. E in tal caso, il g.o. può per espressa previsione normativa annullare, revocare e modificare gli atti amministrativi oggetto di controversia oltre i limiti della legge abolitiva del contenzioso (*infra* cap. III).

E' rispetto ad esse che si evidenzia la scelta del Legislatore a favore della giurisdizione ordinaria che implica, dunque, l'abbandono del tradizionale criterio di riparto di giurisdizione con l'adozione di un criterio *ratione materiae*⁷⁸ che superi il nodo gordiano della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi⁷⁹.

⁷⁶ Ruggiero Di Pace, *La giurisdizione in materia di incandidabilità*, in Il libro dell'anno di diritto, Treccani 2016; Scoca, F.G., *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, in Giur. cost., 2009,.

⁷⁷ Ruggiero Di Pace, *op. cit.*

⁷⁸ Sassani, B., *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in Riv. dir. proc., 1999

⁷⁹ SASSANI B., *La giurisdizione esclusiva*, in Trattato di Diritto amministrativo a cura di CASSESE

Tra le suddette, vi è quella relativa alle **sanzioni amministrative**. SI è rilevato come ⁸⁰ in tali casi la giurisdizione del giudice ordinario si giustifichi a fronte di fattispecie già comprese nell'ambito della disciplina penalistica e successivamente depenalizzate (sanzioni amministrative pecuniarie).

Anticipando quanto si vedrà nel III cap., ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 689 del 1981, salvo quanto previsto dall'articolo 133 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 e da altre disposizioni di legge, contro l'ordinanza-ingiunzione di pagamento e contro l'ordinanza che dispone la sola confisca gli interessati possono proporre opposizione dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria. L'opposizione è regolata dall'articolo 6 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150. Ai sensi dell'articolo 6, co. 12, del d.lgs. n. 150 del 2011⁸¹, in tali casi, il giudice ordinario, conosce dell'opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione, potendo *annullare, sospendere e revocare il provvedimento amministrativo e finanche determinare l'entità della sanzione*.

Secondo quanto specificato da Cass., S.U., 22.1990 n. 718, il g.o. ha giurisdizione nei casi di sanzioni pecuniarie, anche laddove siano accompagnate da sanzioni reali, mentre spetta al giudice amministrativo il sindacato su quelle reali e quelle in cui la scelta tra sanzione reale o pecuniaria sia rimessa alla discrezionalità della pubblica Amministrazione. Per alcuni, si ritiene infatti che se la determinazione delle sanzioni pecuniarie derivi in modo vincolato dall'accertamento dell'illecito, l'applicazione della sanzione reale viceversa segue una scelta discrezionale della P.A.⁸².

Ad ogni modo, in relazione alle sanzioni pecuniarie, evidentemente il legislatore non ha ritenuto, nell'ambito della sua discrezionalità, fondata come sappiamo sull'art. 113 ult. co. Cost., di sottrarre alla giurisdizione ordinaria materie

⁸⁰ Roberto Giovagnoli, Marco Fratini, *Le sanzioni amministrative : raccolta completa commentata con dottrina e giurisprudenza* Milano : Giuffrè, 2009, Sandulli, Maria Alessandra *Le sanzioni amministrative pecuniarie: principi sostanziali e procedurali* Napoli : Jovene, 1983

⁸¹ Ai sensi della norma in esame: *“Con la sentenza che accoglie l'opposizione il giudice puo' annullare in tutto o in parte l'ordinanza o modificarla anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta, che e' determinata in una misura in ogni caso non inferiore al minimo editale. Nel giudizio di opposizione davanti al giudice di pace non si applica l'articolo 113, secondo comma, del codice di procedura civile”*.

⁸² A. M. SANDULLI, *Sanzione amministrativa*, 1992

tradizionalmente ascritte al suo ambito cognitivo (penale)⁸³. Non a caso, la legge n. 689 del 1981 estende alle sanzioni amministrative alcune garanzie proprie del sistema penale, al fine di assicurare la corretta applicazione di misure afflittive della sfera giuridica del privato e del suo patrimonio: gli articoli 1, 2 e 3 applicano alle sanzioni amministrative i principi di legalità e colpevolezza dell'illecito.

Per la giurisprudenza, quindi, l'opposizione a sanzioni pecuniarie è un mezzo con il quale viene ad instaurarsi un normale giudizio di cognizione per l'esame della legittimità e della fondatezza della pretesa punitiva esercitata dalla P.A. con l'ordinanza opposta. Non vi è dunque ragione di dubitare sull'insussistenza di una riserva in capo all'Amministrazione del potere di accertamento dei fatti ritenuti idonei a legittimare l'intervento sanzionatorio. Di qui, nello svolgimento del suo sindacato il G.O. non rischia di sostituirsi nell'esercizio di funzioni discrezionali.

Per assicurare piena ed effettiva tutela ai diritti dei destinatari di eventuali ordinanze illegittime, perché adottate in violazione dei presupposti di legge, l'ordinamento fornisce al G.O. il potere di caducare tali atti, annullandoli anche per vizi di forma o di competenza (CASS. n. 2189 del 1991).

Ancora, il giudice può anche incidere sul quantum della pretesa sanzionatoria. Rispetto a tale scelta potrebbe residuare un ambito di discrezionalità in capo all'Autorità procedente. Come è stato osservato, ci si trova allora in ipotesi di giurisdizione estesa al merito della controversia. Specularmente, per le sanzioni amministrative di competenza del G.A. in sede di giurisdizione esclusiva, l'articolo 134 c.p.a. estende la cognizione anche al merito, con particolare riferimento all'entità della sanzione.

E' noto infatti come, in anni recenti, la gran parte delle leggi istitutive di *Authorities* amministrative optarono in maniera chiara per la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in cui riconfluirono le controversie relative alle sanzioni dalle stesse adottate⁸⁴. Ciò con disposizioni in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale in generale circa i limiti della giurisdizione esclusiva: si trattava infatti

⁸³ In materia di sanzioni amministrative pecuniarie si v. Cass. S.U., 21.12.2001 n. 16185/4.2001 n. 5040; S.U., 1.7.2000 n. 49; Corte cost., n. 32/7970 cit..

⁸⁴ Per un'ampia casistica v. Poto, *L'attività delle autorità amministrative indipendenti: i profili in tema di sindacato giurisdizionale e problemi attinenti al riparto di giurisdizione*, in *La Corte costituzionale e la giurisdizione esclusiva* a cura di Angeletti, Milano, 2005, 115, spec. 132 e segg.

di controversie concernenti (seppur mediatamente) l'esercizio del pubblico potere⁸⁵. Di qui, gran parte delle controversie in materia di sanzioni amministrative, anche pecuniarie, sono ora attribuite dalla legge alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: cfr. art. 133, co. 1, lett. l), n).. Si tratta di sanzioni irrogate da Autorità amministrative indipendenti quali, tra le altre, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas. A ciò va aggiunto che l'art. 134, comma 1, lett. c) ha attribuito alla giurisdizione di merito del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto le sanzioni pecuniarie applicate dalle Authorities, giurisdizione che consente al giudice amministrativo di annullare, ma anche di modificare la sanzione; e l'art. 135, comma 1, lett. c), che ha attribuito tali controversie alla competenza territoriale inderogabile del T.A.R. Lazio, sede di Roma⁸⁶ (e sede di Milano con esclusivo riferimento agli atti dell'AEEG).

Restano tuttavia escluse dal suesposto novero le controversie sulle sanzioni amministrative della Banca d'Italia e della Commissione nazionale per le Società e la Borsa, le quali restano ascritte alla giurisdizione del G.O. così come stabilito dalla C. cost. in due recenti sentenze (n. 162 del 2012 e n. 94 del 2014). Opportuno sul punto approfondire la vicenda legislativa e giurisprudenziale⁸⁷, dalla quale emergono plurime perplessità.

Nell'elenco delle materie oggetto di giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 del novello codice, la maggiore novità era, infatti, quella relativa ai provvedimenti

⁸⁵ In *Foro It.*, 2006, 1625, con nota di Travi, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazioni senza titolo dell'Amministrazione*, secondo cui il dato inconfutabile che emerge dalle decisioni nn. 204/2004 e 191/2006, è che nel futuro il legislatore per individuare le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dovrà attenersi ai seguenti principi: 1) che si sia presenza di un interesse legittimo, che consente l'incardinazione di ogni tipologia di giurisdizione amministrativa, anche quella esclusiva; 2) che il criterio discriminatorio fra giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e quella del giudice ordinario, sia costituito dall'esercizio o dal mancato esercizio del potere amministrativo, il quale può manifestarsi attraverso provvedimenti, ma anche atti, accordi o provvedimenti; 3) infine, che i comportamenti posti in essere dalla pubblica amministrazione per poter rientrare nella giurisdizione esclusiva, siano riconducibili, almeno mediatamente, all'esercizio del potere amministrativo.

⁸⁶ In dottrina v. Verde, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 739 e segg.

⁸⁷ A. Cerrato *La reviviscenza della competenza giurisdizionale del giudice ordinario nell'opposizione alle sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB* (Nota a C. Cost. 27 giugno 2012, n. 162) in *Giurisprudenza italiana*, 2013, fasc. 6 pag. 1348 - 1352

(compresi quelli sanzionatori) adottati dalla Consob e dalla Banca d'Italia (comma 1, lett. l)).

Prima dell'avvento del cpa, i giudizi in materia di opposizione alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia ex art. 145 D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia- TUBC), nonché di opposizione alle sanzioni inflitte dalla Consob, ai sensi dell'art. 195 del Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia-TUIF) erano attribuite al giudice ordinario, con procedimento che si instaurava in primo grado davanti alla Corte d'appello e, più precisamente, davanti a quella di Roma per l'opposizione a sanzioni della Banca d'Italia e davanti a quella territorialmente competente per le sanzioni Consob⁸⁸. Tale scelta favorevole al giudice ordinario era conforme con la normativa generale sulle sanzioni amministrative contenuta nella L. 21 novembre 1981, n. 689 ('Modifiche al sistema penale') che, come già evidenziato, nei suoi originari artt. 22, 22 bis e 23 disciplinava il relativo procedimento di opposizione davanti al giudice ordinario⁸⁹.

Tuttavia, l'art. 7 della legge n. 205/2000 nel riformare l'art. 33 D.Lgs. n. 80/1998 estendeva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla materia dei «servizi pubblici», e per effetto della sentenza manipolativa della Consulta n. 204/2004 essa includeva anche «la vigilanza sul credito»⁹⁰.

In virtù di quest'ultima disposizione, la giurisprudenza amministrativa ritenne

⁸⁸ Rectius: Corte d'appello del luogo in cui aveva la sede, ovvero nel caso di persone fisiche il domicilio, l'autore della violazione, ovvero in via residuale, a quella del luogo ove era stata commessa la violazione (art. 195, comma 4, TUIF), di cui v. Cavallini, Il procedimento di opposizione alle sanzioni della Consob e della Banca d'Italia, in Banca Borsa, 2006, I, 266.

⁸⁹ Sul punto, recentemente sono stati riscritti (art. 22) e abrogati (artt. 22 bis e 23), dagli artt. 6 e 34 D.Lgs. 1° settembre 2011, n. 150, dedicato alla riduzione e semplificazione dei riti civili] Più esattamente l'attuale versione dell'art. 22 legge n. 689/1981 dopo aver fatto salvo nel suo incipit l'art. 133 del codice, rinvia per la disciplina del giudizio di opposizione ad ordinanza- ingiunzione irrogativa di sanzioni amministrative nonché per quella che dispone la sola confisca all'art. 6 D.Lgs. n. 150/2011. Sull'opposizione a sanzioni amministrative secondo l'originale normativa di cui agli artt. 22 e 23 legge n. 689/1981 v. Vaccarella, Sub artt. 22-23, in Leggi Civ. Comm., 1982, 1151; mentre in merito alla riforma di tale giudizio a seguito del citato D.Lgs. n. 150/2011 v. sia Carratta, La «semplificazione» dei riti e le nuove modifiche del processo civile, Torino, 2012, 30 e segg.; che Poli, I procedimenti di opposizione all'ordinanza-ingiunzione e al verbale d'accertamento di violazioni al codice della strada, in Foro It., 2012, V, 138.

⁹⁰ Ad onor del vero la dizione originaria era molto più ampia e si riferiva ai «servizi [...] afferenti al credito».

oramai superata la competenza esclusiva e funzionale della Corte d'appello di Roma in materia di sanzioni bancarie. Difatti il Consiglio di Stato⁹¹ statui' che l'art. 33 D.Lgs. n. 80/1998 così come riformato dall'art. 7 legge n. 205/2000 aveva inteso concentrare «in capo ad un unico giudice la totalità dei rapporti controversi aventi ad oggetto la materia dei servizi pubblici». La ratio del ragionamento del Consiglio di Stato risiedeva nella contestazione dell'«artificiosità» della distinzione tra «attività di vigilanza» rientrante nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo, da un lato, ed «attività sanzionatoria» attratta dal giudice ordinario, dall'altro lato, essendo quest'ultima «intimamente connessa all'attività di vigilanza, posto che costituisce null'altro che il momento di effettività di tale attività, volta ad assicurare, nel superiore interesse pubblico, il corretto esercizio delle funzioni bancarie e creditizie da parte dei soggetti preposti».

Per superare l'*empasse*, l'articolo 133 I co lett l) e n). del d.lgs. n.104 del 2010 per una finalità di “*concentrazione delle tutele*” ha attribuito in favore del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva le controversie relative alle sanzioni inflitte dalla Consob in materia di intermediazione finanziaria ex art. 195 TUIF e quelle inflitte dalla Banca d'Italia ex art. 145 TUIBC,⁹².

Ma la Corte costituzionale con le sentenze nn. 162 del 2012 e n. 94 del 2014 ne ha dichiarato l'incostituzionalità per eccesso di delega.

Per la Corte, il Governo nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie sull'opposizione alle sanzioni Consob non ha seguito il criterio direttivo di cui all'art. 44 della legge n. 69 del 2009, il quale richiedeva di «adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori» Il Governo aveva trascurato l'orientamento formatosi sul punto all'interno delle Sezioni unite della Cassazione, le quali avevano costantemente ribadito che il giudizio di opposizione alle sanzioni amministrative inflitte dalla Consob, a prescindere dalla tipologia di quest'ultime e per cui «anche per quelle di

⁹¹ Cons. di Stato, Sez. VI, 13 maggio 2003, n. 2533, in Cons. Stato, 2003, I, 1101, conf. T.A.R. Lazio, Sez. I, 7 settembre 2001, n. 7236, in Foro It., 2002, 94.

⁹² Sull'intervento compiuto sia dalla legge comunitaria del 2005 che da quella sul risparmio sempre del 2005 in merito all'art. 195 TUIF v. Fava, Fratini, Sanzioni CONSOB e giurisdizione dopo la legge “sul risparmio”, in Rass. Avv. Stato, 2006, 350 e segg.

tipo interdittivo»⁹³, spettasse al giudice ordinario in quanto esse dovessero applicarsi sulla base di determinati criteri (quali la gravità della violazione e l'eventuale recidiva) che “*non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa*”⁹⁴.

Le suesposte argomentazioni sostenute dalla sentenza in esame non sembrerebbero del tutto condivisibili alla luce di plurime argomentazioni⁹⁵.

Da un lato, è stato osservato come occorra domandarsi a quali indicazioni della giurisprudenza il Legislatore avrebbe dovuto attenersi. In particolare, si è evidenziato come l'orientamento prevalente della Corte costituzionale in materia di sanzioni differisce da quello espresso dalla Cassazione. Sul punto, è noto come il giudice delle Leggi abbia sancito la regola per cui le ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva siano conformi a Costituzione qualora interessino materie in cui si faccia questione, anche mediatamente, dell'esercizio del potere. Ebbene, nel caso delle sanzioni amministrative della Consob e della BCI, la giurisdizione amministrativa esclusiva sembrerebbe ragionevolmente affermabile in virtù del fatto che tali Autorità sono dotati di poteri sanzionatori che affiancano e corroborano poteri di vigilanza. E che entrambe le suddette potestà hanno carattere amministrativo e si innestano nella categoria più generale della discrezionalità tecnica, la quale si esprime attraverso il procedimento sanzionatorio amministrativo previsto dalla legge. Significativo il fatto che nel quantificare l'entità della sanzione l'Amministrazione debba temperare l'interesse generale con quello particolare del privato (trasgressore) connesso alle sue condizioni economiche. Di qui, i poteri sanzionatori in esame non dovrebbero essere espressione di attività vincolata ma semmai discrezionale (tecnica).

⁹³ Previste con quelle di tipo ripristinatorio dall'art. 196 TUIF.

⁹⁴ Cass., Sez. un., 22 luglio 2004, n. 13703, in *Società*, 2004, 49, con nota di Rizzini Bisinelli, Competenza del giudice ordinario in materia di sanzioni inflitte dalla Consob; Id., 11 febbraio 2003, n. 1992, in *Banca Borsa*, 2004, 294; Id., 11 luglio 2001, n. 9383, in *Foro It.*, 2002, 2132, con nota di De Mari, Spada, Orientamenti in tema di intermediari e promotori finanziari. Mentre nella giurisprudenza di merito in senso contrario all'indirizzo di legittimità appena illustrato v. App. Napoli, 5 luglio 2001, (decr.), *ibid.*, 2129, per la quale «in materia di opposizione al decreto ministeriale che irroga sanzioni amministrative pecuniarie agli esponenti degli intermediari finanziari non sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, essendo la materia rimessa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo».

⁹⁵ M.A. Sandulli, *Sanzioni amministrative e principio di specialità: riflessioni sull'unitarietà della funzione afflittiva*, in [www. Giustamm.it](http://www.Giustamm.it); R. Di Pace, *Sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia*, in *Libro dell'anno di diritto*, Treccani 2016; M. Clarich, *Le sanzioni amministrative della Consob nel balletto delle giurisdizioni*, in www.giustizia-amministrativa.it

Peraltro, come si evidenzierà meglio in seguito, il carattere vincolato del potere non è da solo sufficiente ad escluderne la natura amministrativa: è infatti necessario guardare all'interesse tutelato dalla norma che detta i presupposti sulla cui base l'Amministrazione deve provvedere. Se l'interesse è privato, avremo la giurisdizione ordinaria; ma se l'interesse sotteso al potere vincolato è comunque pubblico, si giustifica la giurisdizione amministrativa.

Ancora, la sentenza della corte non ha valutato che la legge delega del 2009 nel indicare i criteri direttivi per l'emanazione del codice del processo amministrativo ha espressamente fatto riferimnto al principio della concentrazione delle tutele. Di qui, escludere la giurisdizione esclusiva amministrativa nelle controversie sulle sanzioni Consob o BCI comporta inevitabilmente un sistema che prevede da un lato, l'impugnabilità dei provvedimenti di vigilanza dinanzi al giudice amministrativo e dall'altro, l'opponibilità delle sanzioni a questi ultimi connessi davanti al giudice ordinario.

Dovrebbe affermarsi la giurisdizione amministrativa al fine di corroborare il criterio di riparto fondato sulla nozione di controversia di diritto pubblico, ossia sulla contestazione o meno del corretto esercizio potere pubblico. Il G.A. è competente sulle controversie di diritto pubblico. Qualora, d'altro canto, non si contesti il corretto uso del potere, competente sarà la giurisdizione ordinaria.

In conclusione non sembrerebbe potersi approvare la decisione della Corte costituzionale favorevole alla reviviscenza della competenza giurisdizionale del giudice ordinario (*rectius*: Corte d'appello), in quanto quest'ultimo è più idoneo del giudice amministrativo a decidere sull'opposizione alle sanzioni Consob e Banca d'Italia⁹⁶. Senza contare che, come anzidetto in punto di effettività della tutela, il giudice amministrativo vanta una giurisdizione di merito sulle controversie in materia di sanzioni delle Autorithies ai sensi dell'art. 134 c.p.a.⁹⁷..

⁹⁶ Sul tema della maggiore idoneità da parte della Corte d'appello a decidere sull'opposizione alle sanzioni Consob v. Troise Mangoni, *Il potere sanzionatorio della CONSOB*, Milano, 2012, 119 e segg.

⁹⁷ R. Di Pace, *op. cit.*

Anche con riferimento agli atti emanati dal **Garante della riservatezza** dei dati personali ai sensi della legge n. 196 del 2003 cd. "codice della privacy" sussiste la giurisdizione del giudice ordinario⁹⁸.

L'articolo 7 del Codice prevede in capo all'interessato il diritto ad essere pienamente informato del trattamento dei suoi dati personali⁹⁹. Il trattamento dei dati personali si deve svolgere nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali (art. 2 Codice).

Tale diritto è un corollario della libertà personale di cui all'articolo 13 Cost..

Il Codice assicura una protezione elevata ai cd. dati sensibili, ossia a quei dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale (art. 4 lett. D) del Codice).

Il trattamento dei dati sensibili da parte di soggetti pubblici è in particolare consentito solo se autorizzato da espressa disposizione di legge nella quale sono specificati i tipi di dati che possono essere trattati e di operazioni eseguibili e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite. (art. 20 Codice)¹⁰⁰. Il **Reg. (CE) 27/04/2016**,

⁹⁸ Si vd. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011 e V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, 2013 GIAPPICHELLI pagg. 555 e ss.. in Giur. It., 2004, 12, Il «codice in materia di protezione dei dati personali»: note a prima lettura sulle novità introdotte in campo processuale civile di D. TURRONI; Sul nuovo codice della privacy si segnalano i seguenti contributi e anticipazioni: Bernart, Ed ora anche

la normativa sulla privacy avrà il suo testo unico, in Dir. Giust., 2003 (fasc. 30), 81 e segg.; Busia, Via libera alla legge comunitaria 2002: un anno per attuare trentasette direttive - Proroga di sei mesi per il testo unico privacy, in Guida al Dir., 2003 (fasc. 8), 79 e segg.; Costantino, La tutela giurisdizionale dei diritti al trattamento dei dati personali (Note a prima lettura dell'art. 152, D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196), in corso di pubblicazione in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., e in Studi in onore di Giuseppe Tarzia; Tosi (a cura di), Il codice della privacy: tutela e sicurezza dei dati personali: normativa nazionale e comunitaria, 2 a ed., Piacenza, 2003. Cfr. Giordano, Privacy: nel nuovo assetto normativo una tutela per le esigenze della giustizia, in Guida al Dir., 2003 (fasc. 23), 11 e segg.

⁹⁹ L'art. 4 del Codice della privacy prevede che: 1. Ai fini del presente codice si intende per: a) "trattamento", qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati;

¹⁰⁰ L'art. 4 del Codice della privacy prevede che: 1. Ai fini del presente codice si intende per:

n. 2016/679, REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) all'**articolo 23** prevede che *il diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento può limitare, mediante misure legislative, la portata degli obblighi e dei diritti qualora tale limitazione rispetti l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per salvaguardare: a) la sicurezza nazionale; b) la difesa; c) la sicurezza pubblica; d) la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica.*

Di qui, il titolare del trattamento è ente pubblico che emana provvedimenti amministrativi di natura autorizzatoria sulla base di valutazioni di tipo discrezionale, di contemperamento di interessi pubblici e privati, cui si correlano posizioni pacificamente riconducibili all'interesse legittimo.

Qualora il titolare del diritto alla riservatezza sia leso dall'illegittimo esercizio di tali poteri, può fare valere le sue ragioni dinanzi al giudice ordinario o al Garante ai sensi dell'articolo 145 del Codice. Ma eletta la via giurisdizionale non è più possibile ricorrere in via amministrativa.

Avverso le decisioni dell'Autorità è poi ammesso ricorso dinanzi al giudice ordinario.

La «tutela giurisdizionale» del giudice ordinario nei confronti del diritto alla riservatezza ha dunque un oggetto quantomai ampio. Stando alla formula contenuta

b) "dato personale", qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale; c) "dati identificativi", i dati personali che permettono l'identificazione diretta dell'interessato; d) "dati sensibili", i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale; e) "dati giudiziari", i dati personali idonei a rivelare provvedimenti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere da a) a o) e da r) a u), del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, o la qualità di imputato o di indagato ai sensi degli articoli 60 e 61 del codice di procedura penale;

nell'art. 152, 1° comma, del Codice, la tutela si estende a «tutte le controversie che riguardano, comunque, l'applicazione delle disposizioni del presente Codice, comprese quelle inerenti ai provvedimenti del garante in materia di protezione dei dati personali o alla loro mancata adozione» .

E si ha quindi un caso tipico di giurisdizione ordinaria su controversie di diritto pubblico, laddove il giudice conosce del corretto esercizio del potere discrezionale sotteso alle scelte adottate dal titolare del trattamento in relazione a dati riservati di altro soggetto.

Come si vedrà (cap. III) il giudice ordinario non conosce dei limiti della legge L.A.C. e può finanche annullare il provvedimento amministrativo lesivo del diritto alla riservatezza.

La scelta di concentrare le controversie in materia di privacy dinanzi al giudice ordinario garantisce così un maggior grado di certezza in una materia interessata dalla presenza contestuale di diritti e interessi legittimi, di norme privatisiche e pubblicistiche, quest'ultime disciplinanti atti esercizio di pubblici poteri.

Ancora, **i provvedimenti di espulsione dello straniero** adottati dal Prefetto ai sensi del d. lgs. n. 286 del 1998 e ss.mm. rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, anche se si faccia questione della legittimità di un provvedimento amministrativo. Anche qui, il Legislatore prevede un'ipotesi di giurisdizione del g.o. sulla base della considerazione che l'espulsione sia atto idoneo ad incidere sui diritti fondamentali della persona vantati dallo straniero (es. libertà).

Tuttavia, i provvedimenti prefettizi di espulsione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato (per motivi di prevenzione del terrorismo) rientrano nella giurisdizione amministrativa ai sensi dell'art. 3 del d.l. n. 144 del 2005, conv. in lg. n. 155 del 2005. Ancora, è molto frequente che i provvedimenti di espulsione siano conseguenza del diniego di permesso di soggiorno, che è atto amministrativo impugnabile esclusivamente davanti al g.a..

Di qui, si rileva come due atti strettamente connessi siano assoggettati al giudizio di due plessi giurisdizionali diversi, con palese vulnus del principio di concentrazione delle tutele¹⁰¹. Senza contare il rischio di pronunce discordanti almeno

¹⁰¹ A. TRAVI, *op. cit.*

sul piano teorico (non pratico). Sul punto, la giurisprudenza evidenzia come in tema di immigrazione, il provvedimento di espulsione dello straniero è provvedimento obbligatorio a carattere vincolato, sicché il giudice ordinario dinanzi al quale esso venga impugnato è tenuto unicamente a controllare l'esistenza, al momento dell'espulsione, dei requisiti di legge che ne impongono l'emanazione, i quali consistono nella mancata richiesta, in assenza di cause di giustificazione, del permesso di soggiorno, ovvero nella sua revoca od annullamento ovvero nella mancata tempestiva richiesta di rinnovo che ne abbia comportato il diniego; *al giudice investito dell'impugnazione del provvedimento di espulsione non è invece consentita alcuna valutazione sulla legittimità del provvedimento del questore che abbia rifiutato, revocato o annullato il permesso di soggiorno ovvero ne abbia negato il rinnovo, poiché tale sindacato spetta unicamente al giudice amministrativo, la cui decisione non costituisce in alcun modo un antecedente logico della decisione sul decreto di espulsione* (Cass. civ. Sez. Unite, 16-10-2006, n. 22217).

Ne consegue, per un verso, che la pendenza del giudizio promosso dinanzi al giudice amministrativo per l'impugnazione dei predetti provvedimenti del questore non giustifica la sospensione del processo instaurato dinanzi al giudice ordinario con l'impugnazione del decreto di espulsione del prefetto, attesa la carenza di pregiudizialità giuridica necessaria tra il processo amministrativo e quello civile; e, per l'altro verso, che il giudice ordinario, dinanzi al quale sia stato impugnato il provvedimento di espulsione, non può disapplicare l'atto amministrativo presupposto emesso dal questore.

E tale soluzione appare notevolmente carente in punto di effettività della tutela. Sembrerebbe ragionevole che la cognizione del g.o. sia estesa anche alla legittimità del diniego di permesso di soggiorno, presupposto dell'espulsione: altrimenti, si rischia di accordare una protezione dimidiata ad un diritto fondamentale come la libertà vantata dall'individuo straniero.

Ancora, l'art. 44 del d.lgs. n. 286/1998 e ss.mm. prevede che quando il *comportamento* di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per

domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione.

La giurisprudenza è pacifica nel riconoscere la giurisdizione ordinaria in ogni caso in cui in comportamento leda il diritto dello straniero a non essere discriminato, anche qualora lo stesso sia riconducibile all'esercizio di un potere da parte della P.A.

Di qui, secondo la giurisprudenza sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in tema di azione contro la discriminazione razziale ai sensi dell'art. 44 del Testo unico sull'immigrazione (D.Lgs. n. 286/1998) anche quando si verta in ipotesi di procedure concorsuali volte all'assunzione nel pubblico impiego. Si esclude la sussistenza della giurisdizione amministrativa in materia concorsuale ai sensi dell'art. 63, co. 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, poiché *la posizione del soggetto, potenziale vittima delle discriminazioni, ha consistenza di diritto soggettivo assoluto rispetto a qualsiasi tipo di violazione posta in essere sia da privati che dalla P.a., senza che assuma rilievo che la condotta lesiva sia stata attuata nell'ambito di un procedimento di assunzione al pubblico impiego, nel quale il privato possa essere titolare di posizioni di interesse legittimo* (Cass. civ. Sez. Unite Ordinanza, 30-03-2011, n. 7186).

Volendo riassumere, in tutti i casi di giurisdizione piena del giudice ordinario, si abbandona il tradizionale criterio di riparto di giurisdizione e si approda ad un criterio *ratione materiae*¹⁰² che supera il nodo gordiano della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi¹⁰³. Di qui, si assicura la finalità di concentrare dinanzi ad un unico giudice la competenza su di una specifica materia, garantendo così un più elevato grado di certezza del diritto.

3. Il contenzioso in materia di pubblico impiego privatizzato.

Nella vigenza dell'art. 29, n. 1, T.U. Cons. St. le controversie in materia di pubblico impiego erano rimesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In tale sistema, i rapporti di lavoro tra Pubblica Amministrazione e

¹⁰² Sassani, B., La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in Riv. dir. proc., 1999

¹⁰³ SASSANI B., La giurisdizione esclusiva, in Trattato di Diritto amministrativo a cura di CASSESE S

dipendente erano nella maggior parte regolati da atti autoritativi espressione di poteri pubblicistici¹⁰⁴.

Successivamente, con la c.d. privatizzazione del pubblico impiego, le suddette liti sono state assegnate alla giurisdizione ordinaria. A partire dalla disciplina introdotta dal d.lgs. 29/1993, poi confluita nel d.lgs. 165/2001 (T.U. sul p. impiego), i rapporti di lavoro e l'organizzazione degli uffici sono regolati dal diritto comune¹⁰⁵. Ciò si desume da plurime norme contenute nel Testo Unico sul Pubblico Impiego.

I rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato dell'impresa, in base a contratti di diritto privato e fatte salve eccezionali deroghe di carattere imperativo (art. 2 . co. 2 e 3 T.U. sul p. impiego).

I dirigenti adottano le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure, inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, nell'esercizio di "*capacità e poteri del privato datore di lavoro*" (l'art. 5, comma 2). La gestione delle risorse umane all'interno dell'Amministrazione è dunque da ultimo affidata ad atti privatistici assunti in via esclusiva dagli organi dirigenziali.

¹⁰⁴ Per un'analisi approfondita della giurisdizione ordinaria nelle controversie di diritto pubblico, si rinvia a V.CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016 V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, 2013 GIAPPICHELLI pagg. 555 e ss., M. DI LULLO, *L'invalidità degli atti della Pubblica Amministrazione in veste di datore di lavoro*, in *L'invalidità amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI – L. DE LUCIA, Torino 2009; F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della Pubblica Amministrazione*, Torino 2002; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'Amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004. ; S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni*, CEDAM 2000; S.BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, CEDAM 2000S. BATTINI, *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, a cura di Gianluca Gardini, Bononia university press, 2012S. BATTINI, *Il personale*, in S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo, IV edizione*, Milano, Giuffrè, ISBN 88-14-15658-1, pp. 131-194;S.BATTINI *Il personale* (a cura di), in L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 2009S. BATTINI *Il personale*, in A. Sandulli (a cura di), *Diritto amministrativo applicato*, Milano, Giuffrè ISBN: 8814119066S. BATTINI *Concorsi interni e cittadini esterni: la difficile coabitazione fra istituti di reclutamento e carriera*, in *Giornale di diritto amministrativo*S. BATTINI *Rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, vol. V, p. 4814-4827. S. BATTINI *Dirigenza pubblica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, vol. III, p. 1859-1867.

¹⁰⁵ S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni*, CEDAM 2000, ; F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della Pubblica Amministrazione*, Torino 2002

Come è stato osservato, il Legislatore nel prevedere la giurisdizione ordinaria nella materia del pubblico impiego ha accolto il mutamento sostanziale che ha caratterizzato i rapporti di lavoro tra P.A. e dipendente.

L'art. 63, I co, del d. lgs. n. 165/2001 (che recepisce, con alcune modifiche, quanto già previsto dal d.lgs. n. 29/1993 all'articolo 68 co. 1) ha stabilito che *“sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ed anche quelle relative all'assunzione al lavoro, al conferimento e alla revoca degli incarichi dirigenziali ed alla responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte(...) ancorché vengano in questione atti presupposti”*¹⁰⁶.

Gli atti della Pubblica Amministrazione sono di natura paritetica e rispetto ad essi il dipendente vanta situazioni giuridiche di diritto comune, non ascrivibili nell'alveo degli interessi legittimi. Gli atti amministrativi generali indirizzano le scelte dei dirigenti nella gestione dei dipendenti. Di regola, solo gli atti paritetici, detti di micro organizzazione e adottati a valle dall'organo apicale, incidono sul rapporto di lavoro: le relative controversie vertono sugli effetti lesivi che tali atti di natura privata hanno avuto sulla situazione giuridica soggettiva del dipendente, la quale ha così natura di diritto (retribuzioni, mansioni ecc.).

Gli atti amministrativi *presupposti*, detti di macro organizzazione, sono conosciuti solo incidentalmente dal giudice, non avendo efficacia lesiva nei confronti della situazione giuridica dedotta in giudizio (art. 2 co. 1 del T.U. p. imp.), poiché definiscono le linee fondamentali degli uffici (individuando quelli di maggiore rilevanza, i modi di conferimento della loro titolarità nonché le dotazioni organiche

¹⁰⁶ L'articolo 63 riserva al G.O. altresì le controversie relative all'indennità di fine rapporto. E' pacifico che per esse si debbano intendere le sole liti sull'indennità di buona uscita e non quelle relative al trattamento pensionistico, le quali restano ascritte alla giurisdizione della Corte dei Conti ai sensi dell'art. 13 del r.d. 12 luglio 1994, n.1214. Restano, infine, ascritte alla giurisdizione amministrativa le controversie riguardanti i rapporti di lavoro dei magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e le Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia (art. 3 I co.), del Corpo nazionale dei vigili del fuoco (art. 3 co. I bis), del personale della carriera dirigenziale penitenziaria è disciplinato dal rispettivo ordinamento (art. 3 I co. ter). Tali rapporti sono disciplinati dalle norme speciali dei rispettivi ordinamenti, i quali assoggettano gli atti tanto di organizzazione generale che di gestione a regole di diritto pubblico in quanto espressione di poteri autoritativi. Orientamento confermato dalla C. cost. nella sent. n. 185 del 2002.

complessive) attraverso atti amministrativi a contenuto generale, quale diretta espressione dei principi di cui all'art. 97 Cost., relativi al corretto, razionale ed ordinato andamento degli uffici e degli apparati amministrativi in base alla Legge. Le regole di diritto pubblico disciplinano così gli atti di macro-organizzazione che stanno "al di sopra" del rapporto di lavoro, il quale poi si svolge in concreto attraverso i cd. atti di micro-organizzazione, di natura privatistica.

Ragionevolmente, la maggior parte della Dottrina segnala come di regola la giurisdizione ordinaria sulle controversie di pubblico impiego non avrebbe quindi ad oggetto liti di diritto pubblico¹⁰⁷.

Ma, in casi eccezionali, si discute sul se gli **atti di macro-organizzazione** siano in grado di incidere sulle situazioni giuridiche soggettive vantate dal dipendente.¹⁰⁸ E sorgono questioni di giurisdizione.

Si pensi agli accorpamenti o alle soppressioni di uffici o alle modifiche delle dotazioni organiche che determinino trasferimenti.

Per la Cassazione, sono infatti devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie inerenti gli atti amministrativi, anche di natura regolamentare, che:

- consentono nuovi inquadramenti del personale e ne fissano le decorrenze, che costituiscono uno dei modi di definizione dell'assetto organizzativo degli uffici¹⁰⁹;
- consentono il conferimento degli incarichi dirigenziali al di fuori dalla dotazione organica, o determinano di affidare l'incarico a soggetto esterno, anziché limitare la scelta nell'ambito del personale di ruolo¹¹⁰;
- determinano le dotazioni organiche o il numero delle supplenze negli istituti scolastici¹¹¹;

¹⁰⁷ V. CERULLI IRELLI, Corso di giustizia amministrativa, Roma 2016 V. CERULLI IRELLI, Amministrazione pubblica e diritto privato, Torino 2011, S. BATTINI, Il rapporto di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni, CEDAM 2000,

¹⁰⁸ si vd in Giornale Dir. Amm., 2015, 3, 408 (commento alla normativa) I CONCORSI E LE ASSUNZIONI di Marco Magri

¹⁰⁹ Cass., sez. un., 16 aprile 2010, n. 9132.

¹¹⁰ Cass., sez. un., ord. 9 febbraio 2009 n. 3052, in Giust. civ., 2010, I, 723 e già Cass., sez. un., 6 novembre 2006, n. 23605, entrambe in tema di dirigenza degli enti locali. Nella giurisprudenza amministrativa, per questa soluzione, Tar Puglia, Lecce, sez. III, 6 giugno 2008 n. 1660, in *Foro amm.-Tar*, 2008, 1850.

¹¹¹ Cass., sez. un., 25 settembre 2009, n. 20642, ivi, 720.

- determinano le modalità di copertura dei posti vacanti nel periodo di vigenza della graduatoria di un precedente concorso: ciò, sia quando l'interessato censuri la scelta dell'amministrazione di provvedere alla copertura mediante scorrimento della graduatoria, anziché indizione di un nuovo concorso¹¹², sia quando, viceversa, il riconoscimento del diritto all'assunzione è consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento che bandisce il concorso in vigenza della precedente graduatoria¹¹³.

Riassumendo, si tratta di atti propriamente organizzativi di valenza generale che possono *influire indirettamente sulla posizione dei singoli lavoratori*, determinando l'eventuale lesione di interessi legittimi e, come tali, sono sindacabili dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità¹¹⁴.

Tuttavia, riprendendo una diversa corrente giurisprudenziale, i suddetti provvedimenti sembrano rientrare più propriamente nell'ambito degli atti di gestione, vale a dire in quella categoria di provvedimenti, adottati *iure privatorum*, con cui l'Amministrazione, nell'esercizio dei suoi poteri di direzione, attende in concreto all'espletamento dei propri compiti istituzionali, anche mediante la stipulazione di singoli o plurimi contratti di lavoro e la cura dei relativi rapporti¹¹⁵.

Gli accorpamenti, la soppressione di uffici e le modifiche delle dotazioni organiche rientrano ad ogni modo nell'attività di gestione ordinaria del rapporto di lavoro di diritto privato, da parte del datore di lavoro pubblico, anche quando seppur connotata dal carattere organizzativo dei provvedimenti che incidono sullo status dei dipendenti pubblici, attiene ad ogni modo alla c.d. "microrganizzazione" delle strutture dell'Amministrazione, non cessando di qualificarsi come attività privatistica in senso proprio e, perciò, non funzionalizzata, così non escludendo che la tutela giurisdizionale dei dipendenti interessati debba continuare ad esplicarsi dinanzi al giudice ordinario¹¹⁶.

¹¹² Cass., sez. un., 9 febbraio 2011, n. 3170

¹¹³ Cass., sez. un., 13 giugno 2011 n. 12895; Cass., sez. un., ord. 16 novembre 2009, n. 24185; Cass., sez. un., 6 marzo 2009 n. 5588, in Giust. civ. 2010, I, 219; già Cass., sez. un., 18 ottobre 2005, n. 20107, in Giust. civ., 2006, I, 1619. Nella giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332, ivi 2010, I, 223

¹¹⁴ Ad. Pl. ConsI di St. n. 11/2011

¹¹⁵ Tar Lazio, Roma, sez. II, 15 novembre 2005, n. 11269, ivi 2005, 3594

¹¹⁶ cfr. Cons. Stato, IV, 5/2/2001, n. 471.

Il suddetto orientamento dovrebbe preferirsi in quanto più incline a soddisfare le esigenze di concentrazione delle tutele e certezza del diritto nella complessa materia del pubblico impiego privatizzato, laddove sussiste un groviglio di situazioni giuridiche soggettive riconducibili alla figura del diritto e dell'interesse legittimo in presenza di atti di macro organizzazione..

Diversamente argomentando, si snaturerebbe la *ratio* di individuare il giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro quale Autorità chiamata a risolvere le liti tra il dipendente pubblico e l'Amministrazione datore di lavoro¹¹⁷.

Recentemente, notevoli perplessità si sono evidenziate nell'individuazione della giurisdizione sulle controversie vertenti su una particolare categoria di atti di macroorganizzazione, con riferimento all'impugnazione dei Decreti Ministeriali adottati dal MIUR sulle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo¹¹⁸.

Tali provvedimenti, in particolare, nel disporre l'integrazione e l'aggiornamento delle suddette graduatorie non hanno previsto la facoltà di reinserimento nella rispettiva fascia e graduatoria di appartenenza anche di coloro che, in occasione di precedenti aggiornamenti, non avessero prodotto la domanda di permanenza e fossero stati cancellati dalla graduatoria.

Vista la complessità della vicenda, è opportuno sinteticamente riportare la normativa di riferimento.

L'art. 399 del D.Lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado) dispone *che l'accesso ai ruoli del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, ha luogo, per il 50 per cento dei posti annualmente assegnabili, mediante concorsi per titoli ed esami e, per il restante 50 per cento, attingendo alle graduatorie permanenti.*

Il suddetto doppio binario è regolato dagli artt. 400 e 401. L'art. 400 disciplina i *"concorsi per titoli ed esami"*. L'art. 401 disciplina le graduatorie permanenti, prevedendo che *"le graduatorie relative ai concorsi per soli titoli del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria, ivi compresi i licei artistici e*

¹¹⁷ GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

¹¹⁸ Si vd. D.M. 1 aprile 2014, n. 235

gli istituti d'arte, sono trasformate in graduatorie permanenti da utilizzare per le suddette assunzioni in ruolo".

Infine, l'articolo 1 comma 1 bis del d.l. n. 97 del 2004, conv. nella legge del 4 giugno 2004, n. 143, prevede che *dall'anno scolastico 2005-2006, la permanenza dei docenti nelle graduatorie permanenti di cui all'articolo 401 del testo unico avviene su domanda dell'interessato, da presentarsi entro il termine fissato per l'aggiornamento della graduatoria con apposito decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca. La mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione dalla graduatoria per gli anni scolastici successivi. A domanda dell'interessato, da presentarsi entro il medesimo termine, è consentito il reinserimento nella graduatoria, con il recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione .*

Ebbene, l'articolo 9 del D.M. n. 235 del 2014 ha previsto un termine perentorio entro cui presentare le domande di permanenza o reinserimento nelle suddette graduatorie, scaduto il quale l'Amministrazione procede alla cancellazione definitiva del docente.

Stante l'evidente contrasto tra la normativa primaria di cui all'articolo 1 co. 1bis del predetto decreto legge e il D.M., ci si è chiesti davanti a quale giudice il docente avrebbe dovuto far valere il proprio interesse ad ottenere il reinserimento in graduatoria.

La materia delle graduatorie permanenti comprende infatti regole di diritto privato e regole di diritto pubblico, con conseguente necessità di stabilire come si riparte la giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Innanzitutto, la giurisprudenza prevalente ritiene che la fase relativa all'inserimento, formazione e aggiornamento delle graduatorie non rispecchi una fase amministrativa assimilabile ad una procedura concorsuale, in quanto vengono in rilievo soggetti che *"sono in possesso di determinati requisiti, anche sulla base della partecipazione a concorso"* . La giurisdizione, in relazione a tale tipologia di controversie, appartiene al giudice ordinario¹¹⁹.

¹¹⁹ Cons. Stato, ad. plen., 12 luglio 2011, n. 11 del 2011; Cass. civ., sez. un., 8 febbraio 2011, n. 3032.

La questione più complicata attiene invece alla giurisdizione in ordine agli atti regolamentari che disciplinano le modalità generali di accesso alle graduatorie, tra i quali rientra evidentemente il D.M. in analisi.

Un recente filone giurisprudenziale ha evidenziato come in questi casi la giurisdizione spetterebbe al giudice amministrativo, venendo in rilievo *"la stessa regola ordinatoria posta a presidio dell'ingresso in graduatoria"*¹²⁰

Più specificatamente, è stato puntualizzato in generale dalla Corte di Cassazione che appartiene *alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo la controversia nella quale la contestazione investa direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti organizzativi, attraverso i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici*, nell'esercizio di poteri discrezionali.

La giurisdizione competerebbe, pertanto, al giudice amministrativo.

Tuttavia, tale orientamento non sembrerebbe condivisibile.

Secondo un diverso e più risalente pensiero sviluppato in seno alla VI sez. del Consiglio di Stato, la natura gestionale privatistica delle graduatorie per il conferimento degli incarichi di insegnamento e dei relativi atti di gestione riguarda non solo gli atti che determinano i punteggi e la conseguente collocazione all'interno della graduatoria, ma anche gli atti volti a verificare la sussistenza dei requisiti per l'inserimento (o reinserimento) nella graduatoria medesima. In entrambi i casi, l'aspirante candidato fa valere un diritto soggettivo (o, comunque, una situazione di natura privatistica) che *si sostanzia nella pretesa di essere inserito in graduatoria e di essere esattamente collocato al suo interno*. Sulle relative controversie sussiste la giurisdizione del giudice ordinario (D.Lgs. n. 165/2001)¹²¹.

Tale tesi sembrerebbe più condivisibile ed idonea a garantire i bisogni di concentrazione delle tutele e certezza del diritto nella complessa materia del pubblico impiego privatizzato, con l'individuazione del g.o. come giudice unico delle controversie in cui si sia in presenza del nodo gordiano diritti e interessi legittimi dinanzi ad atti di macro organizzazione.

¹²⁰ Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2015, n. 5418; 12 marzo 2012, n. 1406; Id., 2 aprile 2012, n. 1953.

¹²¹ Da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2015, n. 3413

Ancora, ulteriori criticità si registrano in materia di **assunzioni nel pubblico impiego privatizzato**.

Ai sensi dell'art. 63, IV co., del d.lgs. n. 165 del 2001 le *"controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni"* restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Le procedure di selezione dei dipendenti seguono la regola del concorso al fine di garantire l'accesso ai pubblici uffici in condizioni di uguaglianza ed il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione (art. 51 e 97 Cost.). Di qui, gli atti che vengono posti in essere dalle Amministrazioni hanno natura autoritativa. Le commissioni concorsuali sono organi amministrativi collegiali che esercitano poteri pubblici, generalmente connotati da discrezionalità tecnica, rispetto ai quali il candidato vanta situazioni giuridiche di interesse legittimo. La scelta di attribuire le controversie in materia di concorsi pubblici alla giurisdizione amministrativa risulta coerente il sistema di riparto delle controversie di diritto pubblico. La giurisdizione amministrativa copre dunque le procedure concorsuali che vanno dalla pubblicazione del bando all'approvazione della graduatoria.

Più specificatamente, la Corte di Cassazione ha stabilito che in tema di impiego pubblico privatizzato, l'art. 63, comma 4, dl.vo n. 165/01 si interpreta nel senso che per *"procedure concorsuali di assunzione"*, attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo, si intendono quelle preordinate alla costituzione *"ex novo"* dei rapporti di lavoro (essendo tali le procedure aperte ai candidati esterni, ancorché vi partecipino anche soggetti già dipendenti pubblici) ed i **procedimenti concorsuali interni** destinati a consentire l'inquadramento dei dipendenti in aree funzionali o categorie più elevate, profilandosi in tal caso una novazione oggettiva dei rapporti lavorativi (cd. progressione verticale) vd. Cass SS.UU, n.9164/2006. In tutti questi casi, l'Amministrazione procede ad una *assunzione* e la relativa controversia spetta al G.A. ai sensi dell'articolo 63.

Peraltro, restano devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative a procedure riguardanti le progressioni all'interno di ciascuna area professionale o categoria (cd. progressioni orizzontali), le liti sul diritto alla stabilizzazione e quelle aventi ad oggetto la mobilità esterna (relativa al trasferimento

del dipendente pubblico tra enti del medesimo comparto o tra enti di comparti diversi), configurandosi quest'ultima come cessione del contratto di lavoro, che si verifica nel corso di un rapporto di lavoro già instaurato e non determina la costituzione di un nuovo rapporto di pubblico impiego o una nuova assunzione, ma comporta la sola modificazione soggettiva del rapporto di lavoro già in atto¹²². In tutti questi casi la P.A. agisce con atti paritetici nei confronti dei quali il dipendente vanta diritti.

Viceversa, nella giurisdizione amministrativa rientrano i cd. **concorsi interni misti**, ossia quelli riservati a dipendenti appartenenti alla stessa area, rispetto ai quali la procedura selettiva rappresenta una possibilità di progressione orizzontale, ed ai dipendenti appartenenti ad aree inferiori, per i quali la procedura selettiva rappresenta una vera e propria progressione verticale. La giurisprudenza ammette la giurisdizione amministrativa per evidenti motivi di economia processuale e concentrazione delle tutele. Diversamente argomentando, si avrebbero due giudizi sulla stessa procedura concorsuale (si vd Cass. SS. UU. n. 15588 del 2007) A rigore, tuttavia, va detto che il dipendente interno che aspira ad una progressione funzionale all'interno della stessa area professionale vanta un diritto di fronte ad atti di natura gestoria del medesimo rapporto di lavoro, il quale non subisce novazione. Di qui, in assenza di una previsione di giurisdizione esclusiva del G.A., dovrebbe comunque affermarsi la giurisdizione ordinaria.

Approvata la graduatoria del concorso sorge il diritto del candidato vincitore ad essere assunto. Di qui, tutti gli atti successivi alla pubblicazione della graduatoria hanno natura negoziale e le relative controversie sono di competenza del giudice ordinario ai sensi dell'art. 63, primo comma, d. lgs. n. 165/01. In materia di concorsi pubblici, i rapporti giuridici e i diritti soggettivi devoluti alla cognizione del giudice ordinario si configurano dunque *"solo a seguito dell'emanazione del provvedimento di approvazione della graduatoria, che ne rappresenta il fatto costitutivo"* (Cass., sez. un., 7 luglio 2014, n. 15428)¹²³.

¹²² Si vd. Cons. Stato, III, 28 novembre 2014, n. 5903

¹²³ La giurisprudenza della Cassazione ritiene, sul piano generale, che il bando di concorso per l'assunzione di lavoratori, essendo preordinato alla stipulazione di contratti di lavoro che esigono il consenso delle controparti, costituisce, ove contenga gli elementi del contratto alla cui conclusione è diretto, un'offerta al pubblico, ai sensi dell'art. 1336 c.c., la quale è revocabile solo finché non sia intervenuta l'accettazione da parte degli interessati. Tale offerta può essere di un contratto di lavoro

Una problematica particolare concerne la cognizione della domanda avanzata dal soggetto idoneo in graduatoria, riguardante la sua pretesa al riconoscimento del diritto allo **"scorrimento" della graduatoria** del concorso espletato. L'articolo 35, comma 5 ter del T.U. sul pubb. imp. prevede che: *"le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali"*. La prevalente giurisprudenza ritiene lo scorrimento della graduatoria la regola a cui può fare eccezione la P.A. con indizione di un nuovo concorso disposta con atti amministrativi generali di organizzazione ragionevolmente motivati (es. la necessità di stabilizzare il lavoro precario).

Pertanto, una volta intervenuta tale scelta nel senso di procedere allo scorrimento, il candidato idoneo in graduatoria può adire il G.O. se l'Amministrazione

definitivo, che si perfeziona con l'accettazione del candidato che sia utilmente inserito nella graduatoria degli idonei, o di un contratto preliminare, che si perfeziona con la richiesta del candidato di partecipare al concorso ed ha per oggetto l'obbligo per entrambe le parti (o per il suo offerente, nel caso di preliminare unilaterale) della stipulazione del contratto definitivo con chi risulti vincitore (v. per tutte, le sentenze 6.06.07 n. 13273 e 8.03.07 n. 5295, entrambe della Sezione Lavoro). Dopo la privatizzazione avviata con il D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 questo principio è ritenuto pacificamente applicabile anche ai concorsi per il pubblico impiego, tanto per l'ipotesi del reclutamento di nuovo personale (S.u. 4.11.09 n. 23327), che per il caso che per la copertura di posti di una determinata qualifica dell'organico attraverso il sistema del concorso interno (v. per tutte le sentenze della Sezione lavoro 21.12.11 n. 28067, 28.11.11 n. 25045 e 19.06.09 n. 14478). Al bando, dunque, va riconosciuta duplice natura giuridica: quella di provvedimento amministrativo, nella parte in cui concreta un atto del procedimento di evidenza pubblica di cui regola il successivo svolgimento, e quella di atto negoziale per gli aspetti sostanziali, in ragione della proposta di assunzione condizionata negli effetti all'espletamento della procedura concorsuale ed all'approvazione della graduatoria (v. la già citata sentenza n. 23327 del 2009, in motivazione, nonchè Sez. Lav. 20.01.09 n. 1399).

Tuttavia, Cassazione Civile Sez. Unite, 2 ottobre 2012, n. 16728 ha precisato come in tema di impiego pubblico privatizzato, il diritto del candidato vincitore ad assumere l'inquadramento previsto dal bando di concorso, espletato dalla P.A. per il reclutamento dei propri dipendenti, è subordinato alla permanenza, al momento dell'adozione del provvedimento di nomina, dell'assetto organizzativo degli uffici in forza del quale il bando era stato emesso. Il mancato inquadramento nella fascia funzionale prevista è conseguenza dello ius superveniens. Tale conclusione è conforme al principio desumibile dall'art. 97 Cost., per il quale la Pubblica Amministrazione nell'organizzare i suoi uffici è tenuta a conformare la propria azione ai principi di imparzialità, efficienza e legalità (Corte cost. 8.03.00 n. 75, la quale afferma, anzi, che da detto art. 97 deriva direttamente l'esistenza di un potere-dovere della P.A. di annullare i provvedimenti che abbiano disposto gli inquadramenti illegittimi). Tale obbligo, nel caso di ius superveniens, impone all'Amministrazione - ove non abbia ritenuto di ricorrere alla revoca o all'annullamento della procedura concorsuale intervenuto prima della nomina dei vincitori (consentita dalla giurisprudenza amministrativa, v. TAR Lazio, Sez. 2, 14.11.96 n. 2051) - di adottare il provvedimento di inquadramento del vincitore del concorso sulla base della norma (di natura legislativa o collettiva) vigente al momento dell'adozione dell'atto.

si rifiuta di assumerli. La controversia appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario in quanto si pretende la soddisfazione del "*diritto all'assunzione mediante scorrimento della graduatoria*" (Cass., sez. un., 13 giugno 2011, n. 12895); nel caso, invece, in cui la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto sia associata alla presupposta contestazione del provvedimento di indizione di un nuovo concorso, ove cioè si contesti la scelta operata dall'Amministrazione di indire il concorso in luogo dello scorrimento della graduatoria, la vertenza investe l'esercizio del potere autoritativo e discrezionale dell'Amministrazione, a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, ai sensi dell'art. 63, c. 4, del d.P.R. n. 165/2001 (Ad. Pl. COns. St. n. 14 del 2011 , Tar Abruzzo, 11 febbraio 2014, n. 84).

Ancora, sorgono dubbi sulla giurisdizione del G.O. in relazione agli **atti di conferimento o revoca di incarichi dirigenziali**¹²⁴. In questi casi, alcuni hanno dubitato della natura privatistica di tali atti in ragione della stretta connessione della posizione dirigenziale con la titolarità di funzioni amministrative; ancora, l'art. 19, del T.U. sul pubblico impiego qualifica come "*provvedimento*" l'atto di conferimento di siffatti incarichi.

Di qui, per parte della dottrina si tratterebbe di atti di natura amministrativa che incidono sul rapporto d'ufficio che a differenza del rapporto di servizio, non è regolato da norme di diritto comune. Si tratterebbe dunque di un'ipotesi di giurisdizione "*piena*" del giudice ordinario competente a conoscere dell'interesse legittimo e della sua lesione conseguente ad atti emanati nell'esercizio del pubblico potere¹²⁵.

Tuttavia, la giurisprudenza della Cassazione è rimasta ferma nell'affermare la loro natura privatistica e, conseguentemente, il loro assoggettamento alle regole proprie dei negozi di diritto privato (si applicano i canoni generali di buona fede e correttezza, anch'essi riconducibili ai principi generali di cui all'articolo 97 Cost.)¹²⁶.

Assai recentemente, la Cass. civ. Sez. lavoro, 14-04-2015, n. 7495 ha ribadito come "*in tema di pubblico impiego privatizzato, gli atti di conferimento di incarichi*

¹²⁴ Si vd. ex multis, Mezzacapo Domenico, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela* Napoli : Jovene, 2010, V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, 2013 GIAPPICHELLI pagg. 555 e ss., S. BATTINI, op. cit.

¹²⁵ L. TORCHIA, *Giudice amministrativo e pubblico impiego dopo il d.lgs. n. 80 del 1998*,

¹²⁶ Cass., S.U., 1.12.2009 n. 25254; ord. 7.7.2005, n. 14252; sez. lav., 20.3.2004, n. 5659; sez. lav., 22.2.2006, n. 3880

dirigenziali hanno natura di determinazioni negoziali, a cui devono applicarsi i criteri generali di correttezza e buona fede, alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., sicché in capo al dipendente è configurabile una posizione soggettiva di interesse legittimo di diritto privato, che rientra nella categoria dei diritti di cui all'art. 2907 cod. civ., e sussiste anche rispetto agli atti preliminari al conferimento dell'incarico. Tale posizione è suscettibile di tutela giurisdizionale, anche in forma risarcitoria, a condizione che l'interessato ne alleggi e provi la lesione, nonché il danno subito, in dipendenza dell'inadempimento degli obblighi gravanti sull'amministrazione, senza che la pretesa risarcitoria possa fondarsi sulla lesione del diritto al conferimento dell'incarico, che non sussiste prima della stipula del contratto con la P.A”.

La suesposta tesi sembra preferibile in quanto più idonea a soddisfare le esigenze di concentrazione delle tutele e certezza del diritto nella complessa materia del pubblico impiego privatizzato, laddove sussiste un groviglio di situazioni giuridiche soggettive riconducibili alla figura del diritto e dell'interesse legittimo¹²⁷.

Peraltro, anche a voler configurare gli atti di conferimento o revoca in termini di provvedimento amministrativo, resterebbe ferma la giurisdizione ordinaria in forza di quanto previsto dal Legislatore all'articolo 63 del T.U. pubblico impiego.

La Corte costituzionale è intervenuta sul punto rilevando come ai sensi dell'articolo 113 ult. co. Cost resta rimesso alla *scelta discrezionale del legislatore ordinario il conferimento ad un giudice, sia ordinario, sia amministrativo, del potere di conoscere ed eventualmente annullare un provvedimento della p.a. o di incidere sui rapporti sottostanti*, anche aventi natura di interesse legittimo.

Come è stato osservato, seppur con affermazioni un po' sibilline ,qualora le questioni sull'atto di conferimento o revoca dirigenziale che originano la controversia sono relative al rapporto di lavoro, o con esso hanno qualche collegamento, si rende

¹²⁷ Giova segnalare come in un recentissimo parere (Sez. normativa, n. 2113 del 14 ottobre 2016), il Consiglio di Stato si sia espresso, ai sensi dell'art. 15 della legge n. 205 del 2000, sullo schema di decreto legislativo, presentato dal Governo in forza della delega contenuta nella legge n. 134 del 2015, recante la nuova disciplina della dirigenza della Repubblica, evidenziandone alcuni possibili riflessi in punto di giurisdizione. In particolare, si rileva come il decreto legislativo emandando preveda i criteri su cui deve basarsi il conferimento degli incarichi dirigenziali ma non ha fornito la normativa di dettaglio delle relative procedure. Di qui, si tratterà di stabilire se tali procedure, nella loro reale consistenza applicativa, possano essere ricondotte al paradigma normativo delle procedure concorsuali di cui al quarto comma dell'art. 63 del T.U. pubb. Imp., così ascrivendo le relative controversie nell'alveo della giurisdizione amministrativa.

inutile ogni indagine volta ad individuare la natura dell'atto emanato dalla pubblica amministrazione e, allo stesso tempo, non ha senso interrogarsi sulla natura della posizione soggettiva del lavoratore. La scelta a favore della giurisdizione ordinaria implica, dunque, l'abbandono del tradizionale criterio di riparto di giurisdizione con l'adozione di un criterio *ratione materiae*¹²⁸ che superi il nodo gordiano della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi¹²⁹ insito nel contenzioso sul pubblico impiego privatizzato.

Di qui, l'articolo 63 del T.U. in esame, che espressamente ricomprende tra le controversie relative ai rapporti di lavoro devolute al giudice ordinario quelle concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, *risulta completamente in linea con i principi costituzionali*¹³⁰.

La previsione in esame risulta conforme alla finalità di concentrare dinanzi ad un unico giudice la competenza per tutti i rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, tanto che si faccia questione di diritti che di interessi legittimi. La giurisdizione piena del giudice ordinario assicura così un più elevato grado di certezza del diritto. Si dovrebbe abbandonare il tradizionale criterio di riparto di giurisdizione approdando ad un criterio *ratione materiae*¹³¹ che superi il nodo gordiano della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi¹³².

In definitiva, sia nella materia degli atti di macro organizzazione sia in quella dei concorsi interni o della revoca/conferimento degli incarichi dirigenziali, dovrebbe individuarsi un criterio di riparto il più chiaro possibile, che consenta di superare le criticità che il dipendente incontra nell'adire il giudice competente.

Diversamente argomentando, si snaturerebbe la ratio di individuare il giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro quale Autorità chiamata a risolvere tutte le liti tra il dipendente pubblico e l'Amministrazione datore di lavoro. In tale ottica, il giudice ordinario dovrebbe conoscere anche del corretto esercizio del pubblico potere, qualora essa sia intimamente collegata ai bisogni di tutela del dipendente pubblico, a

¹²⁸ Sassani, B., La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in Riv. dir. proc., 1999

¹²⁹ SASSANI B., La giurisdizione esclusiva, in Trattato di Diritto amministrativo a cura di CASSESE S

¹³⁰ Si v. su tutte, Corte cost., 23-07-2001, n. 275, Corte cost. (Ord.), 09-12-2002, n. 525

¹³¹ Sassani, B., La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in Riv. dir. proc., 1999

¹³² SASSANI B., La giurisdizione esclusiva, in Trattato di Diritto amministrativo a cura di CASSESE S

prescindere che si discuta allo stesso tempo di interessi legittimi e diritti soggettivi. Di qui, si assicurerebbe un più elevato grado di certezza del diritto.

4. Questioni insorte nel regime transitorio dettato dalla riforma del pubblico impiego.

Il Legislatore nel sottrarre le controversie in materia di pubblico impiego al G.A. devolvendole al G.O. ha previsto un regime transitorio.

L'art. 69, co. VII, prevede *l'attribuzione al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, delle controversie di cui all'articolo 63 del T.U. pubb. Imp., relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998*. D'altro canto, la norma dispone che *le liti relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000*.

Tale disciplina ha comportato la compressione del diritto di agire per quei pubblici dipendenti la cui causa petendi fosse sorta prima del 30 giugno del 1998. In particolare, le domande sono sottoposte al termine decadenziale del 15 settembre del 2000, anziché dell'ordinario termine di prescrizione delle azioni contrattuali in materia giuslavoristica (di regola 10 anni).

Per alcuni, ciò sarebbe incostituzionale in quanto comporterebbe una disparità di trattamento (art. 3 Cost.) tra il dipendente pubblico e quello privato, i cui rapporti di lavoro sono entrambi soggetti alla disciplina di diritto comune. Ancora, in tal modo si avrebbe un ingiustificato vulnus al principio di effettività della tutela ed al diritto di difesa di cui agli artt. 24 e 113 Cost..

La giurisprudenza *“tutta”* (costituzionale, ordinaria e amministrativa) è pacifica nel rilevare che il termine decadenziale in esame si debba intendere giustificato per esigenze organizzative connesse al passaggio da una giurisdizione all'altra. Per i giudici, la disparità di trattamento tra i dipendenti privati e quelli pubblici, soggetti - relativamente ai diritti sorti anteriormente alla data del 30 giugno 1998 - ad un termine di decadenza, è *ragionevolmente giustificata dall'esigenza di contenere gli effetti, temuti dal legislatore come pregiudizievoli per il regolare svolgimento dell'attività*

giurisdizionale, prodotti dal trasferimento della competenza giurisdizionale al giudice ordinario e dal temporaneo mantenimento di tale competenza in capo ai tribunali amministrativi. La scelta del legislatore si deve considerare ragionevole laddove prevede un termine di decadenza fissato nel suo minimo in oltre ventisei mesi (dal 30 giugno 1998 al 15 settembre 2005), certamente non tale da rendere oltremodo difficoltosa la tutela giurisdizionale. La normativa rispetterebbe dunque i dettami della Costituzione di cui agli artt. 3, 24 e 113¹³³.

Scaduti i termini di decadenza, non può operare neanche il meccanismo della *translatio iudicii* di cui all'art. 59, comma 2, della L. n. 69 del 2009 (poi trasposto nell'art. 11, comma 4, del D.Lgs. n. 104 del 2010), il quale stabilisce che la riproposizione della domanda dinanzi al giudice fornito di giurisdizione fa salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda *"ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute"*.

La *translatio iudicii*, che è istituto di salvaguardia degli effetti sostanziali e processuali conseguenti alla proposizione della domanda davanti al giudice sfornito di giurisdizione, *non può costituire un mezzo per aggirare i termini decadenziali o di prescrizione dettati dalla legge per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi nella sede propria, ovvero davanti al giudice munito di giurisdizione* (così il Consiglio di Stato, sez. V, 16 febbraio 2015, n. 785). Per i fatti lesivi di diritti anteriori alla data del 30 giugno 1998, la giurisdizione continua ad essere del giudice amministrativo. Ma la relativa azione deve essere proposta entro il termine decadenziale del 15 settembre 2005, senza possibilità di sanatorie.

Tuttavia, tale orientamento potrebbe confliggere con il diritto fondamentale ad accedere alla giustizia di cui all'art. 6, par. 1 della CEDU. La norma come noto dispone che *ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza (...), davanti a un tribunale (...), al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile (...), che gli venga rivolta (...).*

¹³³ Cfr. sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2007, più volte la Corte Costituzionale ha ritenuto infondate le questioni di costituzionalità proposte nei confronti dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, rilevando che (Corte costituzionale, ordinanze 6 luglio 2004, n. 214; 26 maggio 2005, n. 213; 7 ottobre 2005 n. 382; 11 maggio 2006 n. 197).

La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ricorda che il diritto di adire un tribunale in materia civile è assoluto, ma può essere condizionato a limiti implicitamente ammessi, purchè perseguano uno scopo legittimo ed esista un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e l’obiettivo perseguito (v., tra molti altri, *Khalfaoui c. Francia*, n. 34791/97, §§ 35-36, CEDU 1999-IX; *Papon c. Francia*, n. 54210/00, § 90, CEDU 2002-VII; e *Pennino c. Italia*, n. 43892/04, § 73, 24 settembre 2013; vedere anche il richiamo ai princìpi pertinenti in *Fayed c. Regno Unito*, 21 settembre 1994, § 65, serie A n. 294-B.)

Con riferimento al regime transitorio di cui all’art. 69, la Corte osserva come questa disposizione persegua uno scopo d’interesse generale, e, nello specifico, quello di una *ripartizione coerente e razionale della competenza in materia di rapporto di pubblico impiego tra i tribunali amministrativi e i tribunali ordinari* nonchè di *assicurare una buona corretta amministrazione della giustizia*.

Tuttavia, le eccezioni e le limitazioni al diritto di accesso non debbono mai restringerlo in maniera tale, o a tal punto, da *comprometterlo nella sua stessa sostanza*.

Di qui, secondo la Corte EDU il meccanismo della *translatio iudicii* ed il regime giuridico di cui all’articolo 69 risulta contrario all’articolo 6 par. 1 in quanto *priva i ricorrenti della possibilità di reintrodurre i loro ricorsi dinanzi ai tribunali definitivamente individuati come competenti, ovvero il giudice del lavoro* (Corte EDU *Staibano ed altri c. Italia*, sentenza del 04/02/2014).

Per evitare tali conclusioni potrebbe seguirsi la tesi minoritaria in giurisprudenza che interpreta il termine di cui all’art. 69 co. VII come rilevante ai fini della giurisdizione nel senso di sancire la devoluzione al G.O. anche delle controversie relative a posizioni maturate prima del 30 giugno 1998 e tuttavia fatte valere dopo il 15 settembre 2005. La Corte EDU dimostra di conoscere tale orientamento rilevandone la compatibilità con l’articolo 6 par. 1¹³⁴.

Tuttavia, tali argomentazioni non sembrano condivisibili alla luce del chiaro dettato dell’art. 69 co VII (che parla espressamente di *decadenza*) e della sua prevalente interpretazione giurisprudenziale. Di qui restano i problemi di compatibilità tra la normativa interna e la CEDU.

¹³⁴ Cfr. Trib. Catanzaro, sez. Lavoro, 26 febbraio 2002.

Non a caso, la Cassazione a SS. UU. con ordinanza 8 aprile 2016 n. 6891 ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata – in relazione all’art. 117, comma 1, Cost. per violazione dell’art. 6 par. 1 CEDU quale norma interposta di cosituzionalità – la questione di legittimità costituzionale dell’art. 69, comma 7, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nella parte in cui prevede che le controversie relative a rapporti di pubblico impiego privatizzato con la P.A., per questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998, restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000. Nel fissare la decadenza, tale norma pone un ostacolo procedurale che costituisce una sostanziale negazione del diritto invocato ed esclude un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in gioco.

Ancora, recentemente è stata sollevata la problematica circa la revocabilità di un pronuncia del Consiglio di Stato passata in giudicato che dichiarava la decadenza del diritto di agire del dipendente pubblico alla luce dell’art. 69, comma 7, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, per contrasto con la sentenza della Corte EDU sul caso Staibano. In particolare, l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con ordinanza del 4 marzo 2015, n.2. ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c. in relazione agli artt. 117, co.1, 111 e 24 Cost nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza del giudice amministrativo quando ciò sia necessario, ai sensi dell’art. 46 par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

A prescindere dai profili assai problematici circa i rapporti tra ordinamento interno e internzionale (UE e CEDU), si evidenzia per quel che quivi più interessa come le suesposte ordinanze confermino la funzione unitaria della giurisdizione, laddove tanto il giudice ordinario quanto quello amministrativo devono garantire piena tutela delle situazioni soggettive in ossequio ai dettami del giusto processo¹³⁵.

¹³⁵ F. FRANCARIO, *Revocazione per contrasto con pronuncia di Corte di giustizia in Il libro dell’anno del diritto* TRECCANI 2016

5. La giurisdizione ordinaria nelle controversie di diritto pubblico oltre i casi tipici. L'esclusione della degradazione e la dequotazione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva (critica).

Al di fuori dei suesposti casi, nei quali sono singole norme di legge a stabilire la potestà giurisdizionale del giudice ordinario, la sussistenza della giurisdizione è determinata secondo il criterio generale di riparto, secondo la nozione di controversia di diritto pubblico. In particolare, riassumendo quanto già detto, si deve evidenziare se la situazione soggettiva, la cui lesione è lamentata dall'attore, sia ascrivibile al *genus* dei diritti o degli interessi legittimi con riferimento al tipo di potere (pubblico o privato) esercitato dall'Amministrazione; ovvero se si tratti di una situazione di interesse non ascrivibile a quelle meritevoli di tutela secondo la valutazione dell'ordinamento. D'altro canto, per le materie ascritte alla giurisdizione esclusiva, ove cioè la legge conferisce al giudice amministrativo la giurisdizione anche in relazione alle situazioni giuridiche di diritto soggettivo, la controversia risulta in principio comunque assoggettata alla giurisdizione del giudice amministrativo, purché sussista un legame tra diritto soggettivo ed esercizio del potere.

In questo quadro, le controversie di diritto pubblico di competenza del g.o., al di fuori dei suesposti casi espressamente previsti dalla legge, dovrebbe avere un ambito ristretto se non assente.

Tuttavia, la Cassazione svolgendo il suo ruolo di giudice ultimo della giurisdizione ha più volte affermato la giurisdizione ordinaria sul presupposto teorico che in determinati casi il diritto **non degradi** ad in interesse legittimo, seppur a fronte di atti esercizio di poteri pubblicistici¹³⁶.

Come noto, il provvedimento amministrativo ha natura imperativa ed è frutto di un potere idoneo ad incidere unilateralmente sulle situazioni giuridiche soggettive dei suoi destinatari, estinguendole, modificandole o costituendone di nuove. La degradazione è dunque uno degli effetti in cui si articolerebbe l'impreattività.

¹³⁶ M.S. GIANNINI, A. PIRAS, Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione in Enc. Dir. XIX, 1970, M. S. GIANNINI, Discorso generale sulla Giustizia amministrativa, in Riv. dir. proc., 1963, p. 522

Conseguentemente, si considerò la carenza di potere come limite all'imperatività ed alla giurisdizione amministrativa¹³⁷.

Tuttavia, la Cassazione ha dapprima ancorato la giurisdizione amministrativa sull'esistenza o meno del potere per poi deviare verso un criterio di riparto fondato sugli effetti degradatori del provvedimento.

In altre parole, si è dichiarato competente il giudice ordinario su controversie di diritto pubblico sulla base del presupposto che nella fattispecie il provvedimento non abbia avuto effetti degradatori sul diritto e non l'abbia trasformato in interesse legittimo¹³⁸, a prescindere dal fatto che lo stesso atto sia espressione del potere.

L'errore concettuale del pensiero della Cassazione riposa nella circostanza che per decidere se la controversia di diritto pubblico sia ascrivibile alla giurisdizione ordinaria o amministrativa non si guarda alla presenza o meno del potere ma agli effetti che questo ha avuto sulla situazione giuridica in lite.

E le perplessità maggiori sorgono qualora tali orientamenti sono utilizzati dalla giurisprudenza per escludere la sussistenza della giurisdizione amministrativa esclusiva. Si registra una tendenza della Cassazione ha **dequotare la giurisdizione amministrativa**.

Si analizzeranno alcune (anche recentissime) pronunce della Suprema Corte, in base alle quali sono state affidate alla giurisdizione ordinaria categorie di controversie di diritto pubblico ritenendo che a fronte di poteri pubblicistici la lite verta comunque sulla lesione di diritti soggettivi, in quanto non degradati o degradabili; citando sinteticamente i casi più importanti, i giudizi aventi ad oggetto gli atti nulli per difetto assoluto attribuzione (art. 21-septies l. n. 241/90), i provvedimenti vincolati rispetto ai quali non sussista alcun margine di discrezionalità in capo alla P.A., la lesione di diritti fondamentali, i comportamenti dell'Amministrazione. Si affronteranno i casi più problematici in materia di espropri, revoca dei contributi pubblici, di contratti pubblici e di danno da provvedimento favorevole legittimamente annullato o revocato.

¹³⁷ A. ZITO *Il tradizionale criterio di riparto* in *Il Codice della Giustizia amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI

¹³⁸ Dal principio, Cass. SS.UU. n. 186 del 1956, in *Foro.it*, A. ZITO *op. cit.*

La tesi della degradazione, così come interpretata dalla giurisprudenza, presenta due profili applicativi: da un lato (e tradizionalmente) è stata utilizzata per escludere la giurisdizione ordinaria nei casi in cui si faccia questione dell'esercizio del potere; dall'altro, la stessa è stata applicata per escludere la giurisdizione amministrativa (anche esclusiva) sulla base del presupposto che in determinate ipotesi il potere non è in grado di degradare il diritto.

Ci si è chiesti dunque se tali orientamenti della Cassazione non possano superarsi alla luce di un criterio di riparto più *lineare* che guardi esclusivamente alla presenza o meno nella lite del potere pubblico (e non ai suoi effetti degradatori) e sia maggiormente idoneo a garantire la certezza del diritto, anche in presenza di specifiche ipotesi di giurisdizione esclusiva.

5 a) L'indegradabilità dei diritti fondamentali. La tutela della salute.

Una prima categoria di controversie che, secondo un risalente orientamento della giurisprudenza, sarebbe di competenza del giudice ordinario, pur avendo ad oggetto atti amministrativi ed anche qualora si verta in materia di giurisdizione esclusiva, è quella riguardante la tutela di diritti costituzionalmente protetti (fondamentali) ¹³⁹. Si tratta della teoria dell'“indegradabilità” dei diritti “fondamentali”¹⁴⁰.

¹³⁹. Sulle controversie inerenti ai diritti soggettivi cd. indegradabili: Corte cost. n. 140/2007, in *Giur. cost.*, 2007, 1277; Cass., Sez. un., 2 novembre 1979, in *Foro it.*, 1979, I, 2548; Cass. 8 giugno 1981, n. 3687, in *Notiz. giurispr. lav.*, 1981, 440; Cass. 27 maggio 1983, n. 3675, in *Foro it.*, 1984, I, 1541 con nota di M. BUONCRISTIANO; Cass. 19 giugno 1982, n. 3773, in *Foro it.*, 1983, I, 113, con nota di M. BUONCRISTIANO; Cass. 29 giugno 1981, n. 4250, in *Giust. civ.*, 1982, I, 181. Ancora, la Cassazione ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie in tema di rilascio di permesso di soggiorno per motivi umanitari: Cass., Sez. un., 19 maggio 2009, n. 11535. In dottrina v. D. PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, Napoli, 2008. V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*

¹⁴⁰ Non è possibile, in questa sede, affrontare compiutamente le complesse questioni teoriche legate alla corretta delimitazione della nozione di diritto “fondamentale”. Sul punto, v. A. Pace, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici “comuni”* (Scritti in onore di Paolo Barile), Padova 1990, 109 ss., il quale sottolinea come, a differenza della Legge fondamentale tedesca (art. 19, comma 2) e della Costituzione spagnola (art. 53, comma 1), la Costituzione italiana non individui un'autonoma categoria di “diritti fondamentali”, beneficiari di un trattamento “sostanziale” e “processuale” differenziato, con la conseguenza che, «se si volesse introdurre, con valore giuridico, la locuzione “diritti fondamentali” nel nostro ordinamento, tutti i diritti costituzionali dovrebbero essere considerati parimenti fondamentali». Diversa, invece, è l'impostazione seguita da A. Baldassarre, *Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Dem. dir.*

Sul punto, è appena il caso di ricordare come — a partire, in special modo, dalla seconda metà degli anni Settanta — la giurisprudenza di legittimità abbia precisato che talune situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente garantite risulterebbero, di per sé, “impermeabili” ad ogni intervento autoritativo della pubblica amministrazione, con la conseguenza, da un lato, che esse rileverebbero sempre e comunque come diritti soggettivi, dall'altro, che la giurisdizione sulle relative controversie si radicherebbe — agendo, per definizione, l'amministrazione stessa, in “carenza di potere” — in capo all'autorità giudiziaria ordinaria¹⁴¹. Si è detto che l'espansione dei poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione si basa sull'idea che il provvedimento che incida sui diritti fondamentali sia il frutto di uno sconfinamento dell'Amministrazione dalla sfera di potere attribuitale dall'ordinamento e delimitata anche dalle garanzie costituzionali delle posizioni soggettive. L'Amministrazione che adotti provvedimenti lesivi di tali diritti agisce, secondo tale impostazione, “nel fatto”

1976, 295, ad avviso del quale l'attributo della “fondamentalità” andrebbe circoscritto ai soli diritti di libertà, e ciò in quanto questi si pongono « come fondamento legale ad un tempo della società civile, della società politica e dello Stato ». Secondo L. Ferrajoli, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.* 2010, 143 ss., « la definizione teorica (...) più “fondata”, perché dotata di maggior portata empirica e di più feconda capacità esplicativa, è quella che identifica i diritti fondamentali con tutti quei diritti che sono ascritti universalmente a tutti in quanto persone, o in quanto cittadini o in quanto capaci d'agire ». Così anche, A. Pace, *La garanzia dei diritti fondamentali*, cit., 110, nota n. 1. Nel medesimo senso, v. pure G. Grotanelli de' Santi, *Considerazioni sull'attività interpretativa della Corte costituzionale*, in *Arch. giur.* 1962, CLXII, 80 ss.; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 35 ss. *Contra*, v., ad es., S. Fois, *Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo*, in questa *Rivista* 1960, 1144; A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, Milano 1963, 228; M. Villone, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio delle leggi. Logiche e politiche della corte costituzionale*, I, Milano 1974, 221 ss.; A. Cerri, *Appunti sul concorso conflittuale di diverse norme della Costituzione*, in questa *Rivista* 1976, 277 ss.; A. Baldassarre, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma 1989, 27 ss. *Cfr.*, in particolare, l'art. 44, comma 1, della l. delega 18 giugno 2009, n. 69, nonché gli artt. 1 e 7, comma 7, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. *Cfr.* R. Garofoli, *La giurisdizione esclusiva nel Codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, in www.giustizia-amministrativa.it, 8. ... successivamente trasfusa, pur con talune modifiche, nell'art. 133, comma 1, lett. o) del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Come noto, in questa decisione, la Corte ha statuito che, alla stregua dell'art. 103 Cost., il legislatore ordinario ben può ampliare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, purché lo faccia con riguardo a materie nelle quali la pubblica amministrazione agisca come “autorità”, con la conseguenza che, in mancanza di un'espressa previsione in tal senso, esse rientrerebbero nella giurisdizione generale di legittimità. Sul punto, v. anche Corte cost., sentt. nn. 281 del 2004, 191 del 2006 e 35 del 2010. *Cfr.* Cass., S.U. civ., sent. 28 dicembre 2007, n. 27187; Cass., S.U. civ., sent. 5 marzo 2010, n. 5290.

¹⁴¹ V., in particolare, Cass., S.U. civ., sent. 9 marzo 1979, n. 1463; Cass., S.U. civ., sent. 6 ottobre 1979, n. 5172.

e non è in grado, appunto, di affievolirne il contenuto inviolabile e incompressibile, sicché anche il preteso esercizio del potere, da parte dell'Amministrazione, non radicherebbe la giurisdizione del giudice amministrativo¹⁴².

Con particolare riferimento alla tutela del diritto primario e fondamentale alla salute di cui all'art. 32 Cost., secondo la Suprema Corte, le controversie relative a tutte le prestazioni erogate dal Servizio Sanitario Nazionale attengono a rapporti obbligatori, non riconducibili al pubblico un potere e sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi del criterio generale di riparto fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva oggetto della lite, trattandosi di diritto soggettivo perfetto¹⁴³.

La posizione creditoria correlata al diritto alla salute non è per sua natura suscettibile di essere affievolita dal potere di autorizzazione o, comunque, dall'esercizio di qualsivoglia potere da parte della pubblica amministrazione.

Esemplificando, si è stabilito che la controversia relativa al diniego dell'autorizzazione ad effettuare cure specialistiche presso centri di altissima specializzazione all'estero appartiene alla giurisdizione del g.o., giacché la domanda è diretta a tutelare una posizione di diritto soggettivo - il diritto alla salute - non suscettibile di affievolimento per effetto della discrezionalità meramente tecnica attribuita in materia alla p.a., senza che rilevi che, in concreto, sia stato chiesto l'annullamento dell'atto amministrativo, il quale implica solo un limite interno alle attribuzioni del g.o., giustificato dal divieto di annullamento, revoca o modifica dell'atto amministrativo ai sensi dell'art. 4, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, e non osta alla possibilità per il giudice di interpretare la domanda come comprensiva della richiesta di declaratoria del diritto ad ottenere l'autorizzazione ad effettuare le cure all'estero¹⁴⁴. Ancora, in una vicenda amministrativa concernente l'impugnazione

¹⁴² Molti dei casi *ex lege* di giurisdizione ordinaria sulle controversie di diritto pubblico, visti nel precedente paragrafo, hanno infatti ad oggetto diritti assoluti (si. Vd. la tutela dello straniero, la privacy, la tutela contro le discriminazioni ecc.).

¹⁴³ v., tra le tante, Cass., Sez. Un., 22.2.2012, n. 2570 in Foro amm., C.d.S., 2012, 2, 263

¹⁴⁴ A partire da Cass., Sez. Un., 9.3.1979, n. 1463 in ordine alla localizzazione delle centrali nucleari, ad oggi Cass., Sez. Un., 6.9.2013, n. 20577, in Foro amm., C.d.S., 2013, 12, 3324 Cons. St., sez. III, 11.7.2011, n. 4156, in Foro amm., C.d.S., 2011, 7-8, 2352.

dell'atto del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Comunitarie, con il quale sono state dettate ai Presidenti delle Regioni e delle Province Autonome di Trento e Bolzano disposizioni ed indirizzi volti a garantire che le strutture sanitarie pubbliche e private si uniformino al principio di garantire sempre la nutrizione e l'idratazione artificiale nei confronti di soggetti in stato vegetativo persistente, il T.A.R. Lazio ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo proprio richiamandosi alla teoria dei diritti indegradabili¹⁴⁵.

Tuttavia, la tesi dell'indegradabilità non sembrerebbe ad oggi del tutto condivisibile e sufficiente ad escludere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo qualora si rientri nelle particolari materie di legge.

La "*consistenza*" della situazione giuridica, che radica, a seconda dei casi, la giurisdizione del g.o. o del g.a., non può essere aprioristicamente affermata sulla base dell'astratto suo contenuto od oggetto - la salute - ma deve essere apprezzata, in concreto e nella mutevole dinamica del rapporto con l'amministrazione, rispetto all'esercizio, seppur in forma mediata, del pubblico potere¹⁴⁶.

La "*forza*" della situazione giuridica soggettiva non dovrebbe in astratto escludere l'esistenza del potere. In altre parole, non può escludersi a priori la possibilità per l'ordinamento di riconoscere all'Amministrazione, per un superiore fine pubblico, la potestà di conformare situazioni giuridiche soggettive ascrivibili anche ad interessi costituzionalmente protetti come la salute.¹⁴⁷

Laddove l'Amministrazione vulneri tale situazione del privato con un mero comportamento materiale o con una mera inerzia, non legati in alcun modo, nemmeno

¹⁴⁵ T.A.R. Lazio n. 8650 del 12.9.2009.

¹⁴⁶ In tal senso, v. M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 534 ss.; P. F. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova 1972, 60 ss.; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 80; D. Piccione, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, Napoli 2009, 87 ss.; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2011, 181. A titolo esemplificativo, si pensi ai poteri di accertamento e di ispezione "per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali" previsti dall'art. 14, comma 3, Cost., in materia di libertà domiciliare; alle limitazioni per motivi di "sanità" e di "sicurezza" opponibili, ai sensi dell'art. 16, comma 1, Cost., alla libertà di circolazione e soggiorno; al divieto preventivo delle riunioni in luogo pubblico, ammesso dall'art. 17, comma 3, Cost., allorché sia accertata la sussistenza di "comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica".

¹⁴⁷ Si è altresì osservato come l'affermazione secondo cui taluni diritti non sarebbero suscettibili di affievolimento nel contatto con il potere pubblico ha avuto un effetto boomerang contro i titolari di questi diritti, che si troverebbero sprovvisti della tutela demolitoria, somministrata dal giudice amministrativo, proprio di fronte alle violazioni più gravi di diritti costituzionalmente rilevanti

mediato, all'esercizio di tale potere, tale situazione di diritto soggettivo rientra nella cognizione del giudice ordinario, al quale compete la tutela di tutti i rapporti tra il privato e l'Amministrazione nei quali quest'ultima non abbia assunto la veste di autorità, bensì abbia svolto un ruolo paritetico, a seconda dei casi, di contraente o di danneggiante o, comunque, di soggetto assimilabile a qualsivoglia parte di un normale rapporto giuridico *iure privatorum*¹⁴⁸. L'Amministrazione sostanzialmente si presenta nella veste privatistica di mera esecutrice di una prestazione dovuta, limitandosi ad adempierla (o a non adempierla) materialmente secondo canoni e parametri predefiniti *ex lege*.

Ad esempio, nelle controversie involgenti la pretesa al rimborso delle spese erogate dall'assistito per l'acquisto di farmaci indispensabili per la cura della patologia da cui è affetto non si rientra in alcuna delle previsioni di giurisdizione esclusiva e neppure nella giurisdizione amministrativa di legittimità di cui all'art. 7 del CPA, ma si afferma la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, vertendo la lite sul diritto soggettivo di credito conciato al diritto alla salute, garantito dall'art. 32 Cost., rispetto al quale non è consentito alcun contemperamento legittimo e ragionevole con altri interessi generali¹⁴⁹.

¹⁴⁸ N. Pignatelli La giurisdizione dei diritti costituzionali: tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità

¹⁴⁹ Emblematico il caso della terapia di Bella e dell'esclusione dalle medicine, gratuite ed a totale carico del SSN, della somatostatina. La giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione ha affermato come la situazione soggettiva dedotta in giudizio debba essere qualificata come di diritto soggettivo, e non come interesse legittimo, alla stregua della costante giurisprudenza di queste Sezioni unite, secondo cui la pubblica amministrazione è titolare di un potere autorizzativo discrezionale nel valutare sia le esigenze sanitarie di chi chiedi una prestazione del Servizio nazionale sia le proprie disponibilità finanziarie, sì che il richiedente risulta titolare di un mero interesse legittimo, ma la discrezionalità viene meno quando il richiedente deduca una situazione di urgenza, superabile soltanto con cure tempestive e non ottenibili dal servizio pubblico, trattandosi in tal caso del fondamentale diritto alla salute". Appare evidente come la giurisprudenza abbia escluso che in un caso caratterizzato dall'urgenza e dal pericolo concreto ed attuale per il paziente di subire un danno grave alla sua persona potesse individuarsi in capo all'Amministrazione un potere idoneo a sacrificare l'interesse alla salute del privato in virtù di un preminente interesse pubblico. Secondo un canone di ragionevolezza, in situazioni di pericolo di un danno grave ed irreparabile la salute dell'uomo non può essere subordinata ad altri interessi pubblici. Si esclude dunque la sussistenza del potere in capo all'Amministrazione che è anzi obbligato a darne immediata soddisfazione (ed il giudice può condannarla ad un fare specifico attraverso l'adozione di provvedimenti atipici d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. vd infra). Parimenti, una recentissima pronuncia della Cassazione ha ribadito la giurisdizione ordinaria nelle controversie di diritto pubblico inerenti le pretese nei confronti delle SSN a farmaci indispensabili per la cura della salute del paziente in caso di malattie tumorali. Nel caso di specie le parti convenivano in giudizio, davanti al Tribunale ordinario, l'Azienda Sanitaria Locale al fine di ottenere il rimborso della somma per l'acquisto di farmaci, indispensabili ed insostituibili per la

In questi casi, emerge *la concezione dei diritti fondamentali come diritti pubblici soggettivi, diritti cioè di difesa dalle intrusioni dei pubblici poteri, come libertà negative*¹⁵⁰.

Quando invece l'Amministrazione pretenda di incidere sul rapporto mediante l'esercizio di un potere pubblicistico, la situazione del privato che "*dialoga*" col potere dovrebbe trovare tutela davanti al giudice amministrativo. Il sostrato sostanziale della situazione giuridica soggettiva è sempre il medesimo e non è degradato dall'esercizio del potere né, per converso, potenziato dal ruolo di superdiritto o diritto inaffievolibile.

L'ordinamento disegna la medesima situazione secondo "geometrie variabili", pur nella garanzia di uno stesso "*nucleo*" irriducibile, e ciò perché esso, nella sua totalità e nella sua complessità, deve temperare, su diversi e spesso interferenti livelli, più esigenze e proteggere, in un difficile bilanciamento, gli interessi di diversi attori, pubblici e privati, sacrificando ora gli uni ora gli altri alla luce di difficili e molteplici valutazioni, anzitutto di rilievo e di impatto costituzionale¹⁵¹.

cura della patologia tumorale da cui erano affetti, ma all'epoca non ancora ricompresi nel prontuario farmaceutico nazionale. Tuttavia, il g.o. dichiarava il difetto di giurisdizione, in favore del giudice amministrativo, ritenendo che, ai fini del riconoscimento del diritto alla prestazione gratuita, fosse necessaria la disapplicazione del prontuario farmaceutico nazionale vigente all'epoca dei fatti in causa, espressione di discrezionalità amministrativa e non meramente tecnica. Il TAR adito sollevava anch'esso conflitto di giurisdizione e la causa veniva rimessa al giudizio definitivo della Cassazione. La Cassazione a Sez. Unite con la recentissima ordinanza del 02/08/2016, n. 16067 risolveva la questione in favore dell'Autorità giudiziaria ordinaria, dando continuità ai principi di diritto già affermati dalla stessa Corte in riferimento ai casi in cui, quale quello di specie (vd. il suesposto caso di Bella), la pretesa creditoria dell'assistito dal Servizio sanitario nazionale involga l'erogazione di farmaci indispensabili ed insostituibili (cfr. Cass. n. 11713 del 2014; n. 2776 del 2008) e, dunque, si correli al suo diritto alla salute, garantito dall'art. 32 della Costituzione (Cfr. Cass. SU n. 2570 del 2012; n. 13545 del 2008; in tema cfr anche n. 20577 del 2013; n. 2923 del 2012; n. 2867 del 2009; n. 15897 del 2006); in questi casi si è conclusivamente affermato che le controversie relative a tutte le prestazioni erogate nell'ambito del servizio sanitario nazionale, ricorrendo un rapporto obbligatorio tra cittadini e Amministrazione, con l'esclusione di un potere autorizzatorio, sono devolute alla cognizione del giudice ordinario, ai sensi del criterio generale di riparto delle giurisdizioni definito dalla L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 2, all. E, e presupposto dall'art. 442 c.p.c..

¹⁵⁰ F. BILANCIA *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002. F. BILANCIA, *I diritti fondamentali e la loro effettività* in *Atti del Convegno su "Costituzione europea, costituzione economica, allargamento"*, Università degli Studi di Teramo, Facoltà di Giurisprudenza, 22-23 aprile 2005.

¹⁵¹ Rileva la teoria della pluriquificazione ed il principio della relatività delle situazioni giuridiche soggettive. Tale logica spiega come un medesimo interesse materiale rispetto ad un bene possa assumere molteplici forme giuridiche e molteplici forme di tutela. Cfr. G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo, interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, 125 ss.; A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in AA. VV., Bologna, 2001, 269 ss.; A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 107 ss. Cfr. da ultimo, sul versante processualcivile, A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit. 48 ss.

In un recente arresto la Cassazione ha infatti ribadito il "*principio, secondo cui anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 Cost.) - allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della p.a. di cui sia denunciata la illegittimità compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie in ordine alla sussistenza in concreto dei diritti vantati, al contemperamento o alla limitazione di tali diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre, nonché alla emissione dei relativi provvedimenti cautelari, che siano necessari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti*"¹⁵².

Non si è mancato di auspicare che si proseguiva in questa direzione e che la giurisprudenza prenda il coraggio di compiere l'ultimo passo e, abbandonando la teoria dell'indegradabilità, attribuisca finalmente al g.a. il ruolo di giudice specializzato nel dirimere le controversie in cui si faccia questione della lesione di situazioni giuridiche soggettive da parte del pubblico potere. Alla luce del criterio di riparto fondato sulla nozione di controversie di diritto pubblico, non rileva più la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, anche se vengono in considerazione diritti costituzionalmente protetti e non suscettibili di affievolimento ad interessi legittimi, ma la distinzione tra comportamenti riconducibili all'esercizio di pubblici poteri e meri comportamenti, identificabili questi in tutte quelle situazioni in cui la pubblica amministrazione non esercita - nemmeno mediamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici - alcun pubblico potere¹⁵³.

Tale orientamento trova conferma nella più volte citata giurisprudenza costituzionale cristallizzatasi nelle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 nonché nel codice del processo amministrativo, il cui art. 7, comma 1, radica la giurisdizione, di legittimità ed esclusiva, del g.a. nelle 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

¹⁵² Cass., Sez. Un n. 27187 del 2007, n. 5290 del 2010

¹⁵³ Corte costituzionale nelle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006

provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni.

La Corte costituzionale nella sentenza n. 140 del 2007, "*non v'è alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti*", essendo anzi evidente, proprio nell'evoluzione dello stesso ordinamento a partire dal D.Lgs. n. 80 del 1998, passando dalle riforme della L. n. 205 del 2000, sino alla L. n. 69 del 2009 e, infine, all'adozione del vigente codice del processo amministrativo, la linea evolutiva del nostro ordinamento che ha consentito di riconoscere al giudice amministrativo, accanto alla tradizionale, ma pur sempre fondamentale, tutela demolitoria, una pienezza e una varietà di strumenti e di poteri processuali atti a garantire la effettività della tutela giurisdizionale¹⁵⁴.

L'intreccio tra diritti ed interessi in subjecta materia giustifica la previsione di ipotesi di giurisdizione esclusiva a fini di concentrazione delle tutele. Il Legislatore riconosce la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in una serie di materie nelle quali l'agire autoritativo della pubblica amministrazione finisce inevitabilmente per incidere sul godimento di taluni diritti fondamentali.

In tal senso, si pensi alle seguenti specifiche ipotesi di cui all'art. 133 c.p.a.: in materia di pubblici servizi (comma 1, lett. c)); in materia di ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della l. 24 febbraio 1992, n. 225, e nei casi di gestione del ciclo dei rifiuti, (I co, lett. p)) o in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio (I co. lett. F)) in materia di produzione di energia, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche e quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti (I co. Lett. o)), in materia di provvedimenti anche

¹⁵⁴ Vd. Anche C. cost. sentenza n. 1146 del 1988, sentenza n. 94 del 1985, n. 85 del 2013 . In particolare, nella sent. n. 85 del 2013 (c.d. sentenza Ilva), la Corte cost. rileva che «la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi»; in tal senso, «la qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto», sicché «il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato — dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo — secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale ».

contingibili ed urgenti, emanati dal Sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica, di incolumità pubblica e di sicurezza urbana, di edilizia e di polizia locale, d'igiene pubblica e dell'abitato; (I co lett. q); le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti relativi alla disciplina o al divieto dell'esercizio d'industrie insalubri o pericolose(I co lett. r); le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni in materia di danno all'ambiente, nonché avverso il silenzio inadempienza del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo Ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale, nonché quelle inerenti le ordinanze ministeriali di ripristino ambientale e di risarcimento del danno ambientale (I co. Lett. s).

In tutte le suesposte materie, la giurisdizione esclusiva sussiste sulle controversie comunque attinenti alla complessiva azione dell'Autorità, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati.

La variabilità o, se si vuole, la convertibilità di tali situazioni, rispetto alle quali appare improprio e fuorviante predicare l'esistenza di diritti assoluti e "incomprimibili", si rivela proprio nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva e, in particolare, in quelle materie nelle quali la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, proprio per l'intima compenetrazione e "convertibilità" tra tali situazioni, è così intensa e inestricabile che, per ragioni di effettività e di concentrazione della tutela giurisdizionale, il Legislatore ha ritenuto di doverne affidare la cognizione ad un solo giudice, quello amministrativo, a condizione però, come ha ben chiarito la Corte costituzionale, che tale cognizione si fondi sull'esercizio, seppur in forma mediata, del potere, ragione vera, prima ed ultima, che giustifica la giurisdizione del giudice amministrativo chiamato a garantire la legalità nell'azione amministrativa

In questo quadro, pertanto, è il concreto esercizio del potere pubblico a connotare la correlativa situazione del privato e non viceversa¹⁵⁵.-

¹⁵⁵ Così, A. Pace, La garanzia dei diritti fondamentali, cit., 110, nota n. 1. Nel medesimo senso, cfr. R. Bin, Diritti e argomenti, cit., 39. Cfr., ad es., U. Allegretti e A. Pubusa, Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali, in L. Lanfranchi (a cura di), Garanzie costituzionali e diritti

Gli indirizzi dottrinari e giurisprudenziali finora esposti, suffragati dalla disposizione sopra evidenziata, dovrebbero portare ad affermare la sussistenza delle ipotesi ex lege di giurisdizione amministrativa esclusiva anche in quei casi in cui si chieda tutela di diritti fondamentali della salute lesi da pubblici poteri. Si dovrebbe, in altre parole, superare la perplessa teoria della indegradabilità del diritto alla luce della più lineare nozione di controversia di diritto pubblico, che afferma la giurisdizione amministrativa ogniqualvolta si faccia questione del corretto esercizio del pubblico potere. La giurisdizione amministrativa è ormai dotata di strumenti di tutela tecnicamente idonei a dare piena tutela ad ogni situazione giuridica soggettiva (diritto o interesse legittimo) di fronte al pubblico potere.

5 b) Atti vincolati della Pubblica Amministrazione. Il diritto all'insegnante di sostegno dell'alunno disabile. I contributi pubblici.

Una seconda categoria di controversie di diritto pubblico attribuite alla giurisdizione ordinaria comprende la lesione di diritti da parte dell'illegittimo esercizio di poteri "vincolati".

Come noto, l'Amministrazione opera per la realizzazione concreta dell'interesse pubblico alla cui cura è preposto dovendosi confrontare con una pluralità di interessi (pubblici, collettivi e privati). Non potendo la legge prevedere tutte le soluzioni più idonee in relazione alle singole peculiarità del caso, è lasciata all'Amministrazione un margine di discrezionalità (sull'an, quomodo e quid) nell'adozione del provvedimento. E' consentito così all'Autorità di scegliere la soluzione più opportuna per soddisfare l'interesse pubblico¹⁵⁶.

In questo potere di scelta consiste la discrezionalità amministrativa, che si contrappone al potere vincolato, che si ha quando la norma risolve in via generale ed

fondamentali, Roma 1997, 432 ss.; A. Travi, Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme, in *Foro it.* 2001, V, 72; F. Caringella, Giudice amministrativo e diritti fondamentali, Relazione al Convegno organizzato per il trentennale del T.A.R. Lecce, 14-15 marzo 2008, in www.giustizia-amministrativa.it, 4; S. Spuntarelli, I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2009, 759. , M. Dogliani, Interpretazioni della Costituzione, Milano 1982, 26; A. Pace, La garanzia dei diritti fondamentali, cit., 109 ss.; P. Caretti, I diritti fondamentali, cit., 523. P.F. Grossi, Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili, cit., 152, nota n. 20. D. PICCIONE, Libertà costituzionali e giudice amministrativo,

¹⁵⁶ Su tutti, per la definizione della teoria dello stato pluriclasse e della discrezionalità amministrativa, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1970

astratta, la valutazione degli interessi e stabilisce il contenuto del provvedimento da adottare, allorchè si verifichino i presupposti di fatto previsti dalla legge stessa.

Secondo alcuni, un potere amministrativo può aversi solo con riferimento ai casi in cui la P.A. disponga di discrezionalità¹⁵⁷.

Di qui, *“l'attività vincolata, lungi dal costituire esercizio di potere, si qualificherebbe piuttosto come adempimento di un obbligo, a fronte del quale il privato sarebbe titolare di un diritto soggettivo”*¹⁵⁸.

Mancando il potere, l'atto dell'Amministrazione non sarebbe in grado di affievolire il diritto in interesse legittimo e la relativa controversie resta ascritta al giudice ordinario¹⁵⁹.

D'altro canto, si è obiettato che anche se nell'attività vincolata il comportamento dell'Amministrazione sia qualificabile in termini di comportamento *“dovuto”*, non per questo sorge di per sé in capo al privato un corrispondente diritto al comportamento medesimo, secondo lo schema dei rapporti giuridici obbligatori di natura privatistica¹⁶⁰.

In particolare, si rileva come sia necessario distinguere l'effetto costitutivo proprio di ogni provvedimento amministrativi (stante la sua autoritarietà) da quelle che sono le modalità di esercizio del potere¹⁶¹.

¹⁵⁷ Secondo F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica* in *Dir. Proc. amm.* 1983 *“di un potere dell'amministrazione può utilmente parlarsi solo con riferimento ai casi in cui quest'ultima disponga d'un certo margine di discrezionalità, cioè di un margine che consenta l'affermazione di una volontà non compiutamente espressa dalla norma: e quindi l'affermazione della volontà di un precetto che non sia semplice proiezione, nel concreto, di quello posto dalla legge: con conseguente affermazione di una volontà non compiutamente espressa dalla norma”*.

¹⁵⁸ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive* in *Riv. Trim. dir. Proc. amm.* 1988

¹⁵⁹ Per una completa ricostruzione delle varie tesi prospettate in dottrina sulla questione, A. ORSI BATTAGLINI, cit. F. LEDDA, cit. F.G. SCOCA *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.* 1995; più di recente, si vd. V. CERULLI IRELLI, cit.

¹⁶⁰ (F.G. SCOCA *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.* 1995)

¹⁶¹ Occorre dunque evitare di identificare i poteri dell'amministrazione (ma il discorso riguarda tutti i poteri) con i soli poteri di supremazia: v. per questa affermazione S. Romano, *«Poteri. Potestà»*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist. inalt., Milano, 1983, 180 ss. V. inoltre G. Guarino, *Atti e poteri*, cit., 266 ss.

La corretta percezione della distinzione fra caratteri del potere (i quali si correlano alla scelta compiuta dal Legislatore al momento della sua attribuzione e del suo riconoscimento in capo al soggetto pubblico in termini di autoritarietà) e modalità del suo esercizio (discrezionale o vincolato) in vista di interessi pubblici consente di equiparare, sotto il profilo della rilevanza per l'ordinamento generale, i provvedimenti vincolati e discrezionali¹⁶².

In altre parole, la vicenda prodotta in ordine alla situazione giuridica del destinatario del provvedimento, come anche la rilevanza e l'efficacia dello stesso, sono da ricollegarsi meramente all'esercizio di un potere esistente, attribuito da norme che risolvono conflitti intersoggettivi rendendo disponibile per l'amministrazione un interesse privato, mentre la modalità di siffatto esercizio (vincolato o discrezionale) risulta da norme che disciplinano l'azione amministrativa in modo più o meno esaustivo¹⁶³. La discrezionalità pertiene non già al potere o all'atto, bensì al momento dell'esercizio del potere¹⁶⁴.

Anche parte della giurisprudenza ha ritenuto quindi possibile l'affievolimento dei diritti anche in forza di atti vincolati¹⁶⁵. Si è rilevato¹⁶⁶ come per far sì che la

¹⁶² La tesi è di A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., 3 ss.; essa è stata sviluppata con particolare riferimento alle autorizzazioni: Id., «Autorizzazione amministrativa», in *Digesto/ Pubbl.*, II, Torino, 1987, 58 ss.

¹⁶³ La distinzione fra norme di relazione e norme di azione è stata prospettata in dottrina da E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957; essa è stata ripresa e sviluppata da A. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975; v. altresì dello stesso A., «Autonomia (dir. pubbl.)» in *Digesto/Pubbl.*, II, Torino, 1987, 40-41, ove si pone la distinzione fra effetto ed efficacia.

¹⁶⁴ v. F. G. Scoca, *La teoria del provvedimento...*, cit., 33 ss.

¹⁶⁵ Ex multis, si veda Cass., S.U., 11.10.1955 n. 2994. Il Consiglio di Stato, pur considerando che la presenza di elementi discrezionali esclude normalmente la giurisdizione del giudice ordinario, ritiene tuttavia che il carattere vincolato dell'attività non basta viceversa ad affermare la sussistenza di un diritto soggettivo, potendo sussistere doveri giuridici a carico dell'Amministrazione ai quali non corrisponde alcun diritto a favore di privati, si vd. Cons. St., n. 705/1959 ; n. 1382/1964; A.p. n. 29/1965; n. 745/1973; Cass., S.U., 25.10.1960 n. 2894.

¹⁶⁶ Secondo la giurisprudenza più recente costituisce una regola infondata l'asserita corrispondenza tra i provvedimenti vincolati e la qualificazione in termini di diritto soggettivo della posizione corrispondente: cfr. Corte cost. n. 127/1998; Cons. St., A.P. n. 18/1999; V, 17.2.1999 n. 172: «La posizione di interesse legittimo si collega all'esercizio di una potestà amministrativa rivolta, secondo il suo modello legale, alla cura diretta e immediata di un interesse della collettività, mentre il diritto soggettivo nei confronti della p.a. trova, fondamento in norme che, nella prospettiva della regolazione di interessi sostanziali contrapposti, aventi di regola natura patrimoniale, pongono a carico dell'amministrazione obblighi a garanzia diretta e immediata di un interesse individuale;

natura vincolata dell'atto faccia sussistere un diritto soggettivo in capo al privato, e quindi la giurisdizione ordinaria, è necessario che il vincolo stesso sia posto dalla legge all'attività amministrativa non a tutela di un interesse pubblico istituzionalmente perseguito dalla P.A., ma a tutela diretta e specifica di un interesse privato; vengono perciò riconosciute posizioni di interesse legittimo non solo a fronte di poteri discrezionali, ma anche quando l'attività amministrativa sia vincolata al perseguimento di fini considerati pubblici dalla legge.

Tale orientamento ha il pregio di ricondurre il criterio del riparto alla nozione di controversie di diritto pubblico: trattasi in fatti di casi dove si fa questione dell'esercizio di poteri pubblici in quanto posti dalla legge in capo alla PA per la cura dell'interesse generale.

Più in generale, possono svolgersi altre argomentazioni a sostegno della sussistenza della giurisdizione amministrativa nelle controversie sull'esercizio di poteri vincolati. Sul punto, deve essere considerato il livello di tutela, che il giudice amministrativo è in grado di assicurare, in via non meramente formale, ma pienamente soddisfattiva in rapporto al bene della vita perseguito, attraverso la radicale rimozione del provvedimento illegittimo (attraverso l'azione di annullamento ex art. 29 c.p.a.) e non con mera, momentanea disapplicazione del medesimo. Solo il giudice amministrativo ha peraltro piena cognizione, circa la legittimità dell'intero procedimento, con possibilità non solo di rimuovere dal mondo giuridico atti, che si assumano incongrui rispetto alla concreta situazione dei soggetti destinatari, ma anche di determinare con forza di giudicato parametri non elusivi, per assicurare l'effettività della tutela (assicurando non la mera declaratoria di un diritto, ma la concreta individuazione degli eventuali vizi, non reiterabili, nei correlativi atti dell'Amministrazione, dalla fase discrezionale a quella vincolata).

pertanto la distinzione fra interessi legittimi e diritti soggettivi va fatta con riferimento alla finalità perseguita dalla norma alla quale l'atto si collega, giacchè quando risulti che l'ordinamento ha inteso tutelare l'interesse pubblico alle contrapposte posizioni sostanziali dei privati non può che essere riconosciuta una protezione indiretta, che, da un lato, passa necessariamente attraverso la potestà provvedimentale dell'amministrazione e, dall'altro, si traduce nella possibilità di promuovere davanti al giudice amministrativo il controllo sulla legittimità dell'atto".

Come evidenziato¹⁶⁷, peraltro, l'entrata in vigore del cod. proc. amm. sembra aver corroborato la giurisdizione amministrativa nell'area del c.d. potere vincolato. L'art. 31, infatti, di fronte all'ingiustificata inerzia dell'Amministrazione nell'esercizio di poteri vincolati, riconosce al giudice la possibilità di accertare la fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente; così come L'art. 34, 1 co., lett. c), prevede lo strumento della c.d. condanna atipica, come strumento, peraltro, di tutela satisfattiva a favore degli interessi legittimi pretensivi di fronte a dinieghi invalidi.

Tuttavia, la giurisprudenza è stata oscillante e non sono mancate pronunce¹⁶⁸ volte ad affermare la corrispondenza fra potere vincolato e giurisdizione ordinaria.

Per orientamento tradizionale, in materia di **istruzione scolastica**, il sindacato giurisdizionale ha ad oggetto l'accertamento compiuto dalle competenti autorità in ordine alle domande di iscrizione ai diversi ordini di gradi e scuole. Di qui, si tratta di attività vincolata in cui l'Amministrazione accerta la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge mediante una verifica delle condizioni oggettive per la prestazione del servizio. L'atto di iscrizione è quindi un atto dovuto con efficacia meramente dichiarativa, attestante l'avvenuto riconoscimento in capo al soggetto dei requisiti di legge. Pertanto, la situazione giuridica vantata dall'istante avrebbe natura di diritto soggettivo¹⁶⁹.

Tuttavia, si registrano tesi contrapposte che sussumono l'interesse dell'alunno nell'alveo della categoria degli interessi legittimi, affermando la natura discrezionale delle determinazioni assunte dall'Autorità scolastica pubblica.

E' opportuno in particolare evidenziare l'evoluzione giurisprudenziale avutasi in relazione alle controversie in ordine alle determinazioni amministrative relative al **servizio di sostegno scolastico in favore di minori portatori di handicap** di cui all'art. 12 della legge n.104 del 1992.

Secondo un tradizionale orientamento delle Sezioni Unite, tali liti spettano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Sul punto, le ordinanze 19 gennaio

¹⁶⁷ Si vd. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011.

¹⁶⁸ Cfr. Cass., S.U., ord. 13331/2010; n. 16411/2007; n. 466/2005; ma anche Cons. St., IV, 18.6.2002 n. 4904; contra, II, 6.6.2008 n.2977).

¹⁶⁹ ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, GIANNINI, *Diritto amministrativo*; Trib. Roma, sent. n. 10081 del 1981. F. FIGORILLI, *La giurisdizione del giudice ordinario in generale* in *Il codice della Giustizia amministrativa* a cura di G. MORBIDELLI.

2007, n. 1144, e 29 aprile 2009, n. 9954, della Cassazione avevano, in passato, evidenziato come *“il servizio di sostegno scolastico ai minori portatori di handicap non costituisce oggetto di un contratto di utenza di diritto privato tra l'istituto scolastico, obbligato alla prestazione, e i genitori del minore, ma è previsto dalla legge e consegue direttamente al provvedimento di ammissione alla scuola. La normativa di settore riconosce all'amministrazione il potere-dovere di dare concretezza alle aspettative degli alunni mediante un'equa e ragionevole utilizzazione delle risorse, da ripartire fra gli aventi titolo sulla base di provvedimenti emanati anche alla luce di poteri autoritativi ispirati a superiori scelte discrezionali (si vd. c. cost. n. 140 del 2007)”*. In altre parole, a detta della Corte, la natura fondamentale del diritto all'istruzione del disabile (discendente dagli articoli 34 e 38, III co., della Cost.) non era di per sé sufficiente a ritenere devolute le controversie che ad esso si riferivano alla giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti soggettivi coperti da garanzia costituzionale. Per un verso, infatti, occorre considerare la presenza nell'ordinamento di una norma - l'art. 133 c.p.a., comma 1, lett. c), - che, in continuità con l'abrogato D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 33 attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi (...) relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo. Per l'altro verso, e più in generale, la categoria dei diritti fondamentali non delimita un'area impenetrabile all'intervento di pubblici poteri autoritativi: questi sono sempre più spesso chiamati, non solo all'assolvimento dei compiti rivolti ad attuare i diritti costituzionalmente garantiti, ma anche ad offrire ad essi una tutela sistemica, nel bilanciamento con le esigenze di funzionalità del servizio pubblico e tenendo conto, ai fini del soddisfacimento dell'interesse generale, del limite delle risorse disponibili secondo le scelte allocative compiute dagli organi competenti.

Tuttavia, con una notevole svolta interpretativa, la Cass. civ. Sez. Unite, 25-11-2014, n. 25011 ha rimesso le controversie relative all'attuazione del piano educativo individualizzato del disabile (cd. PEI) alla giurisdizione del giudice ordinario, rilevando come nella specie le determinazioni dell'Amministrazione scolastica fossero espressione di un potere “vincolato”. In particolare, nella sentenza de qua è affermato

che: *“il piano educativo individualizzato per il sostegno scolastico dell'alunno in situazione di handicap, una volta elaborato con il concorso degli insegnanti e degli operatori della sanità pubblica, comporta l'obbligo dell'amministrazione scolastica - priva di potere discrezionale a rimodulare la misura del supporto integrativo in ragione della scarsità di risorse disponibili per il servizio - di apprestare gli interventi corrispondenti alle esigenze rilevate, la cui omissione od insufficienza è lesiva del diritto dell'inabile ad avere pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico, determinando - in assenza di una corrispondente contrazione dell'offerta formativa per i normodotati - una discriminazione indiretta, per la cui repressione è competente il giudice ordinario”*. In altre parole, secondo la Cassazione, in seguito all’emanazione del piano educativo viene meno il potere discrezionale dell'amministrazione, e sorge il diritto del minore disabile al servizio di sostegno. Di qui, la controversia sull’esecuzione del piano medesimo è configurabile quale controversia sul diritto, e non sul potere (vincolato), con conseguente giurisdizione del giudice ordinario.

In conclusione, nella materia de qua è necessario distinguere le liti relative alla formazione e al contenuto del piano, le quali restano alla giurisdizione amministrativa in quanto vertenti su interessi legittimi, da quelle circa l'attuazione concreta del piano, che restano al giudice ordinario poiché afferenti a diritti soggettivi. Queste ultime, conclude la Cassazione, sono inserite nella più ampia categoria delle controversie su comportamenti “discriminatori” in materia di diritto allo studio, ai sensi degli articoli 3, l. n. 67/2006 e 28 d.lgs. n. 150/2011, pienamente tutelato quale diritto costituzionalmente protetto.

Sulla questione è, da poco, intervenuto il Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 settembre 2015, n. 4374, che ha rimesso all’Adunanza Plenaria la definizione dei parametri in base ai quali debba riconoscersi la giurisdizione del giudice amministrativo, a norma dell’art. 133, comma 1, lettera c), Cod. proc. amm. sulle controversie de quibus, prospettando una lettura diversa da quanto sostenuto dalla Cassazione nella succitata sentenza. In particolare, l’ordinanza di remissione chiede di valutare se, in tema di sostegno scolastico, la giurisdizione del giudice amministrativo possa ritenersi piena, o, come avviene in linea di principio per altri settori (come quello dei contratti ad evidenza pubblica), limitata alla fase procedurale che si

completa con la formazione del P.E.I., con devoluzione al giudice ordinario delle controversie riferite alla successiva fase esecutiva del Piano stesso. Secondo il Consiglio di Stato, l'orientamento della Cassazione *“sembra porsi in contrasto con i principi di semplificazione e concentrazione delle competenze giudiziarie in settori unitari, tenuto conto della interdipendenza, nella procedura in esame, del momento valutativo e di quello che, per superiori ragioni di interesse pubblico, deve ritenersi vincolato. Anche nella fase vincolata, peraltro, la concreta erogazione del servizio sembra interpretabile non come adempimento di un obbligo, ma come espressione di un potere-dovere, al quale si affiancano costanti poteri di verifica dell'Amministrazione ed a cui si contrappongono per quanto attiene alla correttezza del procedimento amministrativo posizioni di interesse legittimo”*. Anche nella fase di attuazione del PEI, a detta dei giudici di Palazzo Spada, non si farebbe questione dell'esistenza in concreto del diritto dell'alunno alla prestazione di sostegno, ma delle modalità di effettuazione della correlata prestazione. In altri termini, è controverso non l'an ma il quantum della prestazione stessa, come stabilita nel provvedimento impugnato, ovvero la concretizzazione del servizio da erogare all'interessato. Si tratta, dunque, di vagliare se il provvedimento attuativo, conseguente all'avvenuto riconoscimento di tale diritto (in forza del PEI) disponga, in punto di valutazione tecnica, correttamente e congruamente rispetto alla legge. In altre parole, quando deve essere materialmente erogato il servizio pubblico “personalizzato” al disabile, in base ai mezzi resi disponibili (nella specie: assegnazione delle ore di sostegno scolastico in misura commisurata agli obiettivi di formazione prefissati) e resta salva la possibilità di adattamento del piano nel corso dell'anno scolastico. Pertanto, in fase di attuazione del PEI tutte le determinazioni da assumere e gli eventuali vizi di legittimità delle stesse potrebbero apparire riconducibili alla fattispecie di cui all'art. 133, comma 1, lettera c), Cod. proc. amm., per quanto concerne le “controversie in materia di pubblici servizi [...] relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo”.

In estrema sintesi, qualora venisse accolto dall'Adunanza Plenaria (e successivamente confermato dalla giurisprudenza della Cassazione) il suesposto

orientamento avrebbe il pregio di concentrare le tutele in *subiecta materia* dinanzi ad un unico organo.

Viceversa, qualora si confermasse l'orientamento prevalente nella giurisprudenza di legittimità, le controversie relative al (la formazione e al contenuto del) piano resterebbero controversie su interessi legittimi; quelle relative all'attuazione concreta del piano sarebbero controversie su diritti soggettivi. Come rilevato¹⁷⁰, non c'è alcuna difficoltà ad ammettere che da provvedimenti amministrativi possano nascere (nuovi) diritti soggettivi; anzi, in linea generale, da ogni provvedimento favorevole al cittadino possono a suo favore nascere diritti soggettivi.

Ebbene, con una recentissima sentenza (la n. 7 del 12 aprile 2016), l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in sostanziale continuità con quanto stabilito dal giudice del riparto ha affermato che la tutela del diritto costituzionale dell'alunno disabile al sostegno scolastico rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo se si contesta il mancato o cattivo esercizio del potere pubblico di determinazione e assegnazione delle ore di sostegno in relazione alla patologia dell'alunno. Quando invece, come già statuito dalle Sezioni Unite, il c.d. PEI è stato predisposto e si tratta semplicemente di darvi attuazione, quando cioè la questione attiene alla non corrispondenza tra le ore di sostegno individuate dal PEI e quelle concretamente assegnate, allora la giurisdizione è del giudice ordinario.

Sorgono allora perplessità in punto di effettività della tutela e in relazione alla doppia giurisdizione sulla medesima complessa vicenda; con possibili (e prevedibili) complicazioni. L'Amministrazione, elaborato il piano individualizzato, ha il potere di modificarlo in autotutela: si determinano, quindi, strade processuali diverse per le controversie sulla esecuzione e controversie sulla modificazione del piano individualizzato; e non sempre è chiaro se si tratta di esecuzione o modificazione. Senza contare i limiti che il G.O., in assenza di espressa previsione di legge in senso contrario, incontra nell'annullare il provvedimento amministrativo. Problematiche che si affronteranno funditus nel capitolo III a ciò dedicato.

Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di controversie riguardanti **la concessione e la revoca di contributi e**

¹⁷⁰ F.G. SCOCA *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.* 1995

sovvenzioni pubbliche segue il consolidato orientamento giurisprudenziale, basato sulla regola del c.d. *petitum* sostanziale, ossia della natura della situazione giuridica dedotta in giudizio, nei termini ampliamenti evidenziati in precedenza¹⁷¹.

Per quanto attiene le controversie relative al procedimento di erogazione del contributo, la tesi più accreditata e prevalente nella giurisprudenza fa leva sulla natura vincolata dell'attività svolta dalla Pubblica Amministrazione nei confronti del soggetto beneficiario del contributo.

Per giurisprudenza pacifica, quindi, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario qualora il finanziamento sia riconosciuto direttamente dalla legge, mentre alla Pubblica Amministrazione sia demandato soltanto il compito di verificare l'effettiva esistenza dei relativi presupposti senza procedere ad alcun apprezzamento discrezionale circa l'*an*, il *quid*, il *quomodo* dell'erogazione¹⁷²

Viceversa, è configurabile una situazione soggettiva d'interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, nei casi in cui residui uno spazio di discrezionalità in capo alla Amministrazione concedente nell'attribuzione del beneficio¹⁷³. In questo caso, i vizi del procedimento amministrativo volto all'erogazione del beneficio devono farsi valere in giudizio nei modi di cui al codice del processo amministrativo.

Come noto, l'art. 12 della legge n. 241/1990 richiede, allo scopo di limitare la discrezionalità dell'Amministrazione, e nel perseguimento dei principi di trasparenza, imparzialità e pubblicità, la predeterminazione dei criteri ai fini dell'attribuzione di vantaggi economici.

Tuttavia, non risulta altrettanto pacifico il criterio di riparto della giurisdizione per le liti insorti nella fase esecutiva del rapporto.

Secondo un orientamento, è configurabile una situazione soggettiva d'interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo quando, a seguito della concessione del beneficio, il provvedimento sia stato annullato o revocato per

¹⁷¹ R. Di Pace, *La giurisdizione sui contributi pubblici* in *Il libro dell'anno* Treccani 2015; V. CERULLI IRELLI, *Corso di Giustizia amministrativa*, 2016, V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit; E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2002, R. VILLATA, *Scritti di Giustizia amministrativa*, 2016, Scoca, F.G., Parte 1 e Parte 3, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2016; A. TRAVI, *op. cit.*.

¹⁷² cfr. Cass. Sez. Un. 7 gennaio 2013, n. 150.

¹⁷³ Cfr. Cass. Sez. Un. 24 gennaio 2013, n. 1710.

vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse, ma non per inadempienze del beneficiario ¹⁷⁴. Senza contare che il nuovo articolo 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, come novellato dall'art. 25, comma 1, lett. b-ter), D.L. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 novembre 2014, n. 164, esclude la revoca di provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, invece, le controversie aventi ad oggetto la revoca di contributi o agevolazioni alle imprese per l'inadempimento del beneficiario agli obblighi impostigli dalla legge o dagli atti concessivi del contributo. L'erogazione del contributo (anche se avvenuto in via provvisoria) crea un credito dell'impresa all'agevolazione, *che viene adempiuto, senza margini di discrezionalità, dall'Amministrazione erogante, sussistendo già, per effetto di una siffatta concessione, un diritto soggettivo* (relativamente alla concreta erogazione delle somme di denaro oggetto del finanziamento e alla conservazione degli importi a tale titolo già riscossi o da riscuotere). Ciò con la conseguenza che il giudice ordinario è competente a conoscere le controversie instaurate per ottenere gli importi dovuti o per contrastare l'Amministrazione che, servendosi degli istituti della revoca, della decadenza o della risoluzione, abbia ritirato il finanziamento o la sovvenzione concessi, adducendo l'inadempimento, da parte del beneficiario, degli obblighi impostigli dalla legge o dagli atti concessivi del contributo ¹⁷⁵.

Dal punto di vista pratico, il suesposto criterio di riparto ha sollevato notevoli critiche.

In particolare, si è evidenziato come secondo la suesposta teoria, l'atto di revoca sarebbe scomponibile in una duplice determinazione, sorretta da separate ragioni e suscettibile di separate contestazioni, a seconda che sia espressione dell'esercizio del potere pubblicistico di autotutela o del potere privatistico di risoluzione del rapporto per inadempimento. E l'esperienza dimostra come non sono rari i casi in cui ciò accade.

¹⁷⁴ Cfr. Cons. Stato (Ad. Plen.), n. 6 del 2014 e n. 13 del 2013

¹⁷⁵ cfr. Cass. Sez. Un., ord. 25 gennaio 2013, n. 1776, Cons. Stato (Ad. Plen.), n. 6 del 2014 e n. 13 del 2013.

Di qui, nei casi dubbi, il soggetto leso dovrebbe adire contro lo stesso atto due distinti plessi giurisdizionali, al fine di vedersi tutelato il medesimo bene della vita (il contributo), sussunto in due fattispecie giuridiche differenti. E tale circostanza si porrebbe in aperto contrasto con il principio di effettività e concentrazione delle tutele.

Di qui, per alcuni dovrebbe affermarsi sempre la giurisdizione amministrativa, nel quale si concentrino le tutele esperibili e che investa di conseguenza tutte le ragioni poste a base del provvedimento impugnato, sortendo un effetto totalmente demolitorio o totalmente validativo¹⁷⁶.

Questa tesi interpreta in maniera estensiva l'art. 7 del codice del processo amministrativo nella parte in cui dispone che il giudice amministrativo ha giurisdizione nelle controversie "riguardanti provvedimenti, atti [...] riconducibili anche mediamente all'esercizio" del potere pubblico, *fra i quali rientrerebbe anche il provvedimento di ritiro, seppure vincolato, di un precedente atto a sua volta di natura autoritativa*.

Tuttavia, l'esclusione della sussistenza di una giurisdizione esclusiva in materia di contributi pubblici consentirebbe di superare l'argomento fondato sull'art. 7 cod. proc. amm., laddove tale disposizione richiama, attraverso la formula "*atti [...] riconducibili anche mediamente all'esercizio del potere amministrativo*" le espressioni contenute nelle note sentenze della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191.

Nella citata giurisprudenza costituzionale, invero, il riferimento alla riconducibilità della controversia, anche in via mediata o indiretta, all'esercizio del potere viene utilizzato non come criterio generale di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ma come criterio legittimante, sotto il profilo della compatibilità con il vincolo costituzionale delle "particolari materie" di cui all'art. 103 Cost., la stessa giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In altri termini, dalla richiamata giurisprudenza costituzionale non può ricavarsi che ogni controversia comunque riconducibile, sia pure in via indiretta o mediata, all'esercizio del potere pubblico possa essere ricondotta alla giurisdizione amministrativa di legittimità, involgendo, per ciò solo, posizioni di interesse legittimo.

¹⁷⁶ Si vd. Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, ordinanza del 9 dicembre 2014.

La Corte costituzionale, al contrario, *ha individuato nella riconducibilità all'esercizio, pure se in via indiretta o mediata, del potere pubblico, il criterio che legittima la scelta legislativa di introdurre una ipotesi di giurisdizione esclusiva, escludendo, per converso, tale possibilità ove detto collegamento sia assente*¹⁷⁷.

*Ne deriva che il criterio della riconducibilità all'esercizio del potere opera all'interno della giurisdizione esclusiva, come condizione in assenza della quale la controversia avente ad oggetto diritti soggettivi, nonostante l'afferenza degli stessi alla materia oggetto della giurisdizione esclusiva, deve comunque essere devoluta al giudice ordinario*¹⁷⁸.

L'art. 7 cod. proc. amm. che tale espressione ha recepito deve, quindi, essere interpretato nel senso che, ferma la vigenza del generale criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla dicotomia tra diritti soggettivi e interessi legittimi, nelle materie di giurisdizione esclusiva è comunque necessario che il diritto soggettivo sia stato leso da atti, accordi o comportamenti riconducibili, sia pure in via diretta o mediata, all'esercizio del potere.

Di qui, per risolvere le problematiche in esame si è cercato di individuare un'espressa previsione normativa che delineasse un'ipotesi di giurisdizione esclusiva per le liti sulla revoca di contributi pubblici.

Per orientamento pacifico, la disposizione di cui all'art. 133, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 104 del 2010, non ricomprende nell'ambito delle concessioni di beni, rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le agevolazioni finanziarie, cioè le concessioni di denaro pubblico¹⁷⁹.

Pertanto, per alcuni l'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), che qualifica come concessioni le «sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati, costituirebbe «norma sulla giurisdizione», ricomprendendo le sovvenzioni di denaro pubblico all'interno delle concessioni di beni pubblici¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Cfr. Cons. Stato (Ad. Plen.), n. 6 del 2014.

¹⁷⁸ Cfr. Cons. Stato (Ad. Plen.), n. 6 del 2014

¹⁷⁹ Ex multis C.cost. Ordinanza 19/2016

¹⁸⁰ Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, ordinanza del 9 dicembre 2014.

Tuttavia, si obietta come pur potendosi annoverare il denaro nella categoria dei beni, ciò non consentirebbe di ricondurre i rapporti di finanziamento nell'ambito delle concessioni di beni pubblici, le quali comportano l'uso temporaneo da parte del concessionario di detti beni per finalità di pubblico interesse; nei rapporti di finanziamento, invece, il soggetto finanziato acquisisce la piena proprietà del denaro che gli viene erogato, eventualmente assumendo l'obbligo di restituirlo ad una determinata scadenza¹⁸¹.

A legislazione invariata ed in assenza di una specifica previsione di giurisdizione esclusiva, pertanto, permangono le criticità in punto di concentrazione ed effettività della tutela del criterio di riparto in materia di revoca di contributi pubblici.

E come è stato osservato dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, con l'ordinanza del 9 dicembre 2014 di rimessione alla corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 133, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il suddetto assetto si porrebbe in contrasto con i criteri direttivi di cui all'art. 44 della legge delega 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), violando l'articolo 76 Cost., laddove il legislatore ha individuato – come obiettivo da perseguire – la finalità di *«assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo»* (art. 44, comma 2, lettera a), e di *«disciplinare le azioni e le funzioni del giudice: 1) riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni»* (art. 44, comma 2, lettera b, numero 1).

Nella materia dei contributi pubblici, siffatto intreccio fra diritti soggettivi ed interessi legittimi non consentirebbe l'agevole individuazione del giudice fornito di giurisdizione, comportando una *«diseconomia giudiziaria»*, in controtendenza con l'obiettivo del giusto processo, consacrato nell'art. 111 Cost.¹⁸².

¹⁸¹ Cfr. Cons. Stato (Ad. Plen.), n. 6 del 2014

¹⁸² Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, ordinanza del 9 dicembre 2014.

Tuttavia, la riserva legislativa in ordine alla delimitazione della giurisdizione esclusiva determina l'inammissibilità di un intervento additivo della Corte costituzionale¹⁸³.

In conclusione, si ravvisa l'opportunità di un intervento del Legislatore *de jure condendo* che introduca una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva nelle controversie sulla revoca di contributi pubblici, che garantisca maggiore concentrazione delle tutele in tutti quei casi in cui l'atto di revoca del contributo sia scomponibile in una duplice determinazione, a seconda che sia espressione dell'esercizio del potere pubblicistico di autotutela o del potere privatistico di risoluzione del rapporto per inadempimento.

Il Legislatore potrebbe così percorrere la virtuosa strada seguita dalla maggior parte dei paesi comunitari a sistema dualistico, nell'individuare il giudice amministrativo quale giudice ordinario e specializzato nelle controversie di diritto pubblico.

5 c) I casi di nullità dell'atto amministrativo. L'articolo 21 *septies* della legge n. 241 del 1990 ed il difetto assoluto di attribuzione.

Un'ulteriore ipotesi di controversie attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario riguarda i casi di nullità degli atti amministrativi¹⁸⁴.

L'art. 21- *septies* L. n. 241/1990 tace sulla giurisdizione nelle controversie su atti nulli, ad eccezione dell'attribuzione della giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo nell'ipotesi di atti nulli per violazione o elusione del giudicato¹⁸⁵. Ciò ha indotto la dottrina e la giurisprudenza ad interrogarsi sulla questione della giurisdizione nelle altre ipotesi di nullità previste dall'art. 21- *septies* L. n. 241/1990, ossia del difetto assoluto di attribuzione, della mancanza di elementi essenziali e negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

¹⁸³ C.cost. Ordinanza 19/2016.

¹⁸⁴ Sul punto V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, 2010. si vd. F.LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, 2010 V.CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016 A. ROMANO, *La nullità del provvedimento amministrativo in L'azione amministrativa* a cura di A. ROMANO, 2016 A. CARBONE, *La nullità*, in *Il processo amministrativo nella giurisprudenza : commento sistematico ai principali istituti : testo aggiornato al Decreto correttivo al Codice del processo amministrativo (D. lsg. 15 novembre 2011, n. 195)*, 2012;

¹⁸⁵ In Digesto, Nullità dell'atto amministrativo di Teresa Citraro 2008, Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979.

Preliminarmente, è opportuna una breve disamina dei suesposti casi di nullità.

Come evidenziato, la codificazione della nullità ha posto fine al lungo dibattito in ordine alla sua configurabilità con riferimento all'atto amministrativo. Ricalcando le norme civilistiche (artt. 1325 e 1418 c.c.) l'art. 21 septies prevede che la mancanza di requisiti essenziali¹⁸⁶ è causa di nullità del provvedimento amministrativo. Tale articolo stabilisce altresì che determinano la nullità dell'atto il difetto assoluto di attribuzione, la violazione o elusione di giudicato, nonché le altre cause di nullità previste dalla legge. Il secondo comma prevede poi che nei casi di violazione o elusione di giudicato la cognizione è attribuita alla competenza esclusiva del giudice amministrativo.

Esulano dal campo di applicazione dell'art. 21 septies le cosiddette nullità virtuali, rientrando la violazione di norme imperative nella regola generale dell'annullabilità così come non sembra possano sussistere dubbi sulla tassatività delle categorie di nullità indicate dalla norma, ciò in ossequio anche alla superiore esigenza di garantire la stabilità dell'azione amministrativa.

Di qui, la prima categoria attiene alle cosiddette nullità strutturali, nelle quali difetta un elemento essenziale, (soggetto, oggetto, forma e causa). Premesso che per quanto concerne il difetto di oggetto¹⁸⁷ e contenuto i casi che li integrano riguardano il più delle volte ipotesi di scuola, si ritiene che manchi il soggetto allorché l'atto sia stato emesso da chi non fa parte della pubblica amministrazione¹⁸⁸. In tale ultimo caso l'indagine sarà orientata a verificare la provenienza dell'atto da un organo che, oltre a non essere competente, appartenga ad un'amministrazione diversa da quella titolare

¹⁸⁶ L'art. 21 octies sembra ribadire la regola generale dell'annullabilità in diritto amministrativo e riproduce la tripartizione violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere. Per un rapido excursus dei principi relativi ai tre vizi cfr. Ponte, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007.

¹⁸⁷ Il difetto dell'elemento essenziale deve intendersi, per quanto concerne ad es. l'assenza del bene oggetto di istanza di sanatoria, come inesistenza del bene medesimo o suo venir meno a seguito di attività demolitoria (cfr. T.A.R. Puglia Lecce, sez. III, 4-2-2005, n. 461); «ogni altra questione, venendo ad impattare sulla consistenza reale dell'immobile, compresa la sua collocazione, non può che rientrare nel campo di operatività delle norme e dei principi sulla legittimità-annullabilità». Cfr. PONTE, *op. ult. cit.*, 102.

¹⁸⁸ In tale ultima ipotesi potrebbe invocarsi il difetto assoluto di attribuzione. Cfr. PONTE, *op. ult. cit.* Si fanno rientrare nell'incompetenza assoluta l'invasione da parte della p.a. dei poteri legislativo e giudiziario oppure l'emanazione di un atto da ricondurre alla sfera di attribuzione di un settore completamente diverso.

del potere nonché a constatare che l'amministrazione che ha adottato l'atto non sia titolare di funzioni nella relativa materia¹⁸⁹. Per quanto attiene alla forma, intesa tradizionalmente come strumento attraverso il quale la volontà della pubblica amministrazione viene esternata¹⁹⁰ si reputa che, ferme restando le ipotesi di nullità ex lege, viga in diritto amministrativo il principio di libertà delle forme¹⁹¹. La sottoscrizione dell'atto si ritiene costituisca elemento essenziale nei soli casi previsti dalla legge, mentre è sufficiente che dal documento si evinca con certezza l'autorità emanante¹⁹². In assenza di espressa nullità ex lege, la mancata verbalizzazione dell'attività degli organi collegiali, invece, esula, stante il principio di strumentalità delle forme¹⁹³, dalla nullità strutturale, così come il difetto della data. Questa potrà rilevare esclusivamente in assenza di altro fatto che dia certezza della data o, nel caso in cui la stessa non sia particolarmente rilevante, in relazione al fine che l'atto deve realizzare¹⁹⁴. In ordine alla causa, senza dubbio l'adozione dell'atto per finalità diverse da quelle per le quali il potere è attribuito integra gli estremi dello sviamento di potere, con conseguente illegittimità/annullabilità del provvedimento parimenti. L'illiceità e l'impossibilità della causa si traducono in specifiche figure di eccesso di potere¹⁹⁵. Criticamente, può affermarsi come la trasposizione nel diritto amministrativo di una nozione tipicamente civilistica senza l'indispensabile armonizzazione con i principi propri del diritto amministrativo, infatti, ha aperto problematiche, alla cui soluzione è

¹⁸⁹ Cfr. ad es. C. St., sez. IV, 11-7-2001, n. 3898, FA, 2001, f. 7-8.

¹⁹⁰ Cfr. VIRGA, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1987, 41.

¹⁹¹ Cfr. SANDULLI, *In tema di forma degli atti amministrativi*, GI, 1952, I, 2, 503. Non sembra potersi desumere dal tenore dell'art. 11, 4° co., l. n. 241/1990 un principio contrario, in quanto, come chiarito (cfr. PONTE, Art. 11, in *Commentario alla legge generale sul procedimento amministrativo*, Padova, 2004, 386 ss.; ID., *La nullità*, cit.) «i confluenti principi generali in tema di contratti privatistici e di atto amministrativo nel caso di specie hanno dovuto cedere il passo ad una disposizione che trae la propria origine dal principio di legalità dell'attività amministrativa, in tale ottica, la differenza di disciplina deriva dalla necessità di controllo che deve poter essere operata sull'attività amministrativa attraverso la verifica della rispondenza dell'accordo all'interesse pubblico. Inoltre, l'obbligo della forma scritta e la conseguente deroga alle norme di diritto privato trovano la propria fonte altresì nei principi generali dettati in tema di attività contrattuale della pubblica amministrazione, a tenore dei quali tali contratti sono caratterizzati dall'obbligatorietà della forma scritta».

¹⁹² C. Cost., 21-4-2000, n. 117, GiC, 2000, 1037.

¹⁹³ C. St., sez. V, 13-2-1998, n. 166, FA, 1998, 420.

¹⁹⁴ T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 25-6-2005, n. 972, FA Tar, 2005, 6, 1986.

¹⁹⁵ MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cassese, Milano, 2003.

chiamata a fornire un contributo decisivo la giurisprudenza, sempre attenta a contemperare l'esigenza di certezza sottesa all'agire amministrativo con la necessità di tener conto delle nuove forme in cui si estrinseca l'azione amministrativa.

La seconda categoria attiene al difetto assoluto di attribuzione.

Di seguito, una breve analisi dell'evoluzione storica della giurisprudenza sul punto, anteriore all'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo.

In principio, la nullità del provvedimento era ricondotta alla figura della carenza di potere.

A partire da Cass., S.U., 4.7.1949 n. 1657, si è stabilito che la sussistenza in capo al privato di un diritto soggettivo, in ragione del fatto che l'inefficacia dell'atto adottato in carenza di potere non potrebbe comportare la sua "degradazione" ad interesse legittimo¹⁹⁶. Tale assetto è rimasto invariato nel tempo. Ad oggi si afferma generalmente come in caso di giurisdizione generale di legittimità, il Giudice Amministrativo conosce solo dell'illegittimità del provvedimento, mentre la nullità è attribuita al Giudice Ordinario secondo il consueto criterio carenza di potere - nullità - Giudice Ordinario, cattivo uso del potere - annullabilità - Giudice Amministrativo; in caso di giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, questo conosce sia dell'illegittimità che della nullità del provvedimento. (T.A.R. Lazio Roma Sez. I, 03-06-2014, n. 5857).

La categoria della carenza di potere fa riferimento alla mancanza di attribuzione, in via generale o comunque in capo ad una determinata autorità, del potere di emanare il provvedimento di cui si tratta: essa fu creata dalla Corte di cassazione al fine di ampliare la giurisdizione del giudice ordinario, pesantemente ridimensionata a seguito della costante applicazione della teoria della "degradazione"¹⁹⁷. Secondo la Suprema Corte, come s'è accennato, infatti, il

¹⁹⁶ Ed in tale filone giurisprudenziale sorge anche la perplessa figura della carenza di potere in concreto, che si analizzerà *funditus infra* con riferimento alla materia degli espropri e dei comportamenti amministrativi.

¹⁹⁷ Sul punto V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, 2010. In giurisprudenza, la Corte di cassazione, a partire dalla metà del secolo scorso, in particolare Cass., SS:UU: 1657/1949, per ampliare la giurisdizione del giudice ordinario, fortemente ridimensionata dall'applicazione diffusa della teoria della degradazione. Secondo la Suprema Corte, infatti, il sindacato del giudice amministrativo concerne la correttezza o meno dell'esercizio del potere amministrativo: laddove invece si faccia questione dell'esistenza stessa

sindacato del giudice amministrativo concerne la correttezza o meno dell'esercizio del potere amministrativo: laddove invece si faccia questione dell'esistenza stessa del potere, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, in quanto l'atto adottato in carenza di potere è per sua natura inefficace e dunque inidoneo a "degradare" il diritto. L'atto affetto da carenza di potere sarebbe stato, secondo i primi orientamenti¹⁹⁸, inesistente in quanto improduttivo di effetti. Successivamente, si è considerato che in tal modo si utilizzava impropriamente la categoria dell'inesistenza e si è pertanto preferito ascrivere questo tipo di atti al genere della nullità: scelta confermata, peraltro, dalla l. n. 15/2005, che ha inserito nella l. n. 241/1990 l'art. 21 *septies* sulla nullità del provvedimento amministrativo, il quale individua tra i casi di invalidità grave il difetto assoluto di attribuzione, come carenza di potere in astratto o incompetenza assoluta.

Ultima categoria è costituita dalle nullità testuali¹⁹⁹. Al riguardo si assiste ad un evidente aumento delle previsioni di nullità ex lege, dettate da esigenze proprie dei singoli settori o dalla finalità di evitare maggiori oneri per la p.a. Sotto tale ultimo

del potere, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, in quanto l'atto adottato in carenza di potere è per sua natura inefficace e dunque inidoneo a "degradare" il diritto.

¹⁹⁸ Per una disamina completa di tutti i contributi sul punto, si vd. F.LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, 2010

¹⁹⁹ A titolo esemplificativo possono poi essere richiamate: a) per quanto concerne il pubblico impiego: l'art. 3, 6° co., t.u. n. 3/1957 «l'assunzione agli impieghi senza il concorso prescritto per le singole carriere è nulla di diritto e non produce alcun effetto a carico dell'Amministrazione»; l'art. 53, 8° co., d.lg. n. 165/2001 «le pubbliche amministrazioni non possono conferire incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza ... il relativo provvedimento è nullo di diritto»; l'art. 52, 5° co., d.lg. n. 165/2001 «È nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore». Va comunque precisato che successivamente alla cosiddetta privatizzazione del pubblico impiego, a partire dal d.lg. n. 29/1993, può configurarsi una vera e propria nullità provvedimentale solo per quanto attiene alle categorie escluse espressamente da tale privatizzazione, atteso che, in via generale, gli atti di assunzione nel pubblico impiego hanno natura privatistica e ne seguono il relativo regime giuridico. Il regime degli atti, per le categorie privatizzate, si desume dall'art. 63 d.lg. n. 165/2001 che disciplina il riparto di giurisdizione. Si hanno pertanto atti amministrativi per tutta la fase concorsuale sino alla sua conclusione, con conseguente giurisdizione del g.a., mentre dall'assunzione gli atti hanno natura negoziale e, come tali, rientrano nella giurisdizione del g.o.b) l'art. 11, 2° co., legge n. 241/1990 in base al quale gli accordi procedurali debbono essere a pena di nullità stipulati per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti.c) l'art. 3 d.l. 15-5-1994, n. 29 conv. in legge 15-7-1994, n. 444 «Gli organi amministrativi non ricostituiti nel termine di cui all'articolo 2 sono prorogati per non più di quarantacinque giorni, decorrenti dal giorno della scadenza del termine medesimo. Nel periodo in cui sono prorogati, gli organi scaduti possono adottare esclusivamente gli atti di ordinaria amministrazione, nonché gli atti urgenti e indifferibili con indicazione specifica dei motivi di urgenza e indifferibilità. Gli atti non rientranti fra quelli indicati nel secondo comma, adottati nel periodo di proroga, sono nulli».

profilo assumono particolare rilievo gli artt. 204 e 205 bis d.lg. 18-8-2000, n. 267 (t.u. degli enti locali) che qualificano nulli gli atti privi di copertura finanziaria. Mentre nel primo senso può richiamarsi l'art. 4 d.lg. 3-4-2006, n. 152 in base al quale sono nulli i provvedimenti di approvazione dei piani e programmi adottati senza la previa valutazione ambientale strategica ove prescritta, così come sono nulli i provvedimenti di autorizzazione o approvazione adottati senza la previa valutazione di impatto ambientale, ove prescritta. Costituisce invece un'ipotesi di nullità testuale dettata a tutela del contribuente, quella relativa all'art. 11 legge n. 212/2000 (cosiddetto statuto del contribuente) che attribuisce appunto a ciascun contribuente la possibilità di proporre specifiche istanze di interpello relativamente all'applicazione delle disposizioni tributarie a casi concreti e personali, e che prevede al contempo che qualsiasi atto, anche a contenuto impositivo o sanzionatorio, difforme alla risposta sia nullo.

Per completezza, si rileva come ferme restando le categorie delineate dall'art. 21 septies, si siano posti problemi di qualificazione con riferimento a talune fattispecie applicative.

La prima concerne il regime giuridico degli atti posti in essere in violazione del diritto comunitario²⁰⁰. Benché un primo orientamento li avesse esaminati nell'ottica della carenza di potere e li avesse conseguentemente considerati nulli, la tesi allo stato prevalente sembra essere invece quella che ricostruisce il contrasto atto/norma comunitaria in termini di illegittimità/annullabilità. La riconducibilità della fattispecie in esame alla nozione di violazione di legge del contrasto con i principi costituzionali, che delineano la preminenza del diritto comunitario sul diritto interno, nonché l'esigenza superiore di certezza dell'azione amministrativa, hanno fatto propendere per l'illegittimità dell'atto, da far valere pertanto nei consueti termini decadenziali. La stessa Corte di Giustizia, peraltro, ha considerato il regime di decadenza per l'impugnabilità degli atti compatibile con la tutela delle posizioni soggettive derivanti dal diritto comunitario²⁰¹. Altra fattispecie problematica riguarda il provvedimento adottato in base ad un decreto legge non convertito o convertito con modifiche, rispetto alla formulazione sulla cui base è stato emanato l'atto amministrativo. Anche

²⁰⁰ In Digesto, Nullità dell'atto amministrativo di Teresa Citraro 2008.

²⁰¹ Cfr. C. Giust. CE, sez. VI, 12-12-2002, n. 470, DEc, 2003, 160.

in tale ipotesi la giurisprudenza prevalente propende per la tesi della annullabilità da far valere nell'ordinario termine di decadenza.

Così brevemente descritti i casi di nullità di cui all'articolo 21 septies della lg. n. 241 del 1990, si rileva come il giudice ordinario, anche a seguito dell'entrata in vigore di detta norma, risulta competente a conoscere dei casi di nullità dell'atto lesivo di un diritto soggettivo, il quale non "degraderebbe" ad interesse legittimo in ragione dell'inefficacia dell'atto nullo. Ciò, si badi, purché un diritto soggettivo effettivamente vi sia, il che non accade, ad es., per quelle situazioni che non hanno alla loro base un diritto preesistente, cioè interessi legittimi pretensivi, a fronte dei quali la nullità dell'atto non potrà che farsi vale dinnanzi al giudice amministrativo²⁰².

La posizione oggi prevalente in dottrina, ed accolta dalla giurisprudenza maggioritaria, ritiene infatti di adottare il criterio tradizionale di riparto di giurisdizione fondato sulla situazione giuridica dedotta²⁰³. Il giudice ordinario non

²⁰² Si vd. TAR Lombardia n. 5456/2008, secondo cui: *"L'art. 21-septies della legge n. 241 del 1990, prevedendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie in materia di atti nulli in quanto adottati in violazione o elusione del giudicato, non stabilisce, "a contrariis", una sorta di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario sulle controversie afferenti gli atti amministrativi affetti da altre cause di nullità: la giurisdizione in ordine agli atti amministrativi nulli va determinata sulla base del consueto criterio basato sulla consistenza di interesse legittimo o diritto soggettivo della posizione soggettiva azionata dal soggetto che se ne ritiene reso. La giurisdizione in ordine agli atti amministrativi nulli va determinata sulla base del consueto criterio basato sulla consistenza di interesse legittimo o diritto soggettivo della posizione soggettiva azionata dal soggetto che se ne ritiene leso. Conseguentemente, appartengono al G.O. le controversie nelle quali l'atto nullo abbia preteso di incidere su un diritto soggettivo preesistente, mentre rimangono radicate innanzi al GA i casi in cui a fronte dell'atto nullo sussista un interesse legittimo pretensivo. Si potrà discutere su quale sia, in siffatte ipotesi, il tipo di pronuncia che il giudice amministrativo dovrà adottare, ma rimane fermo il fatto che egli debba conoscerne in ossequio ai criteri costituzionali di riparto della giurisdizione"*.

²⁰³ Per questa impostazione prima della L. n. 15/2005 cfr. A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 351 ss.; sul tipo di situazione soggettiva di fronte ad un atto nullo v. amplius R. Caranta, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, 265 ss. Dopo la riforma, v. C.E. Gallo, op. cit., 193; S. Vinti, D. Capotorto, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008, 97; V. Cerulli Irelli, *Introduzione*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, 2005, 31; A. Romano Tassone, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in

www.giustamm.it; M. D'Orsogna, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 367 ss.; B. Giliberti, *Profili problematici della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Foro Amm. Cds*, 2007, 1657 ss. (par. 5); D. Ponte, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007, 248 ss. In termini dubitativi R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento*

avrebbe sempre giurisdizione sulla questione di nullità del provvedimento amministrativo, ma solo quando l'azione sia rivolta a tutela di diritti soggettivi. Di fronte all'atto nullo, infatti, il privato potrebbe vantare anche un interesse legittimo, soprattutto se configurato in termini di interesse pretensivo: in questi casi sussisterebbe la generale giurisdizione del giudice amministrativo.

Il riferimento precipuo in alcuni Autori agli interessi pretensivi si spiega proprio in virtù della tesi sulla degradazione dei diritti soggettivi. Si è sostenuto, infatti, che, fuori dai casi di giurisdizione esclusiva, quando si faccia questione su un provvedimento nullo che incida astrattamente su interessi legittimi oppositivi tali interessi, non essendo degradati per l'inidoneità dell'atto nullo a produrre effetti, avrebbero consistenza di diritti soggettivi. Pertanto, in questi casi sussisterebbe la giurisdizione del giudice ordinario²⁰⁴. In presenza di interessi pretensivi, invece, "quindi di soli interessi legittimi"²⁰⁵, sussisterebbe la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo "in quanto un determinato comportamento dell'amministrazione (viziato gravemente, perché l'atto è nullo) non è comunque in grado di produrre da solo l'effetto ampliativo facendo sorgere ex novo una situazione di diritto prima inesistente"²⁰⁶. La tesi che ammette la giurisdizione amministrativa in virtù della presenza di interessi legittimi pretensivi sembra esser stata confermata dal codice del processo amministrativo che introduce un'azione volta alla declaratoria di nullità del provvedimento ai sensi dell'articolo 31 IV co. del d.lgs. n. 104 del 2010.

Secondo un altro orientamento, tuttavia, questa impostazione sarebbe passibile di alcune critiche.

amministrativo, Milano, 2006, 347 ss. Più articolata la posizione di P. Chirulli, Azione di nullità e riparto di giurisdizione, in www.giustamm.it (par. 3), secondo cui è "difficile negare che della nullità del provvedimento possano conoscere entrambi i giudici, a seconda della situazione soggettiva di cui è portatore il soggetto che agisce, del rilievo che l'atto ha nella vicenda controversa, e soprattutto, dei rimedi che questi chiede al giudice". Su questo profilo si tornerà più avanti nel testo.

²⁰⁴ R. Chieppa, *Il nuovo regime dell'invalidità amministrativa*, in www.giustamm.it (par.2); F. Luciani, *Inefficacia e rilevanza giuridica dell'atto amministrativo nullo. Considerazioni sull'azione di nullità di fronte al giudice amministrativo*, in www.giustamm.it (par. 11).

²⁰⁵ R. Chieppa, *op. ult. cit.*

²⁰⁶ R. Chieppa, *op. ult. cit.*; nello stesso senso cfr. S. De Felice, *Della nullità del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it; C. Varrone, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it; F. Luciani, *op. cit.*

La prima è che l'atto nullo non potrebbe ledere interessi legittimi. L'interesse legittimo sarebbe una posizione correlata al potere; se l'atto è nullo, improduttivo di effetti, "la situazione soggettiva non è toccata dal potere, e quindi non può essere di interesse legittimo "²⁰⁷. In altri termini, se il potere non è esercitato non potrebbe esservi interesse legittimo e quindi non potrebbe sussistere la giurisdizione amministrativa²⁰⁸ .

La seconda critica è che nelle situazioni comunemente descritte di interesse pretensivo in realtà si tratterebbe di "situazioni legittimanti che hanno natura e consistenza di diritti soggettivi " ²⁰⁹. Se l'amministrazione provvede attraverso l'esercizio del potere l'interessato vanterebbe una posizione di interesse legittimo; se l'amministrazione non esercita il potere - perché l'atto è nullo per una delle ipotesi previste dall' art. 21- septies L. n. 241/1990 - l'interessato vanterebbe una posizione di diritto soggettivo, cioè la posizione legittimante ai fini della proposizione dell'istanza²¹⁰.

In definitiva, il sistema di riparto fondato sulla situazione giuridica soggettiva, la inidoneità dell'atto a determinare la degradazione della situazione soggettiva e la difficoltà in molti casi di individuare o meno la preesistenza di un interesse legittimo pretensivo, comportano, pertanto, il rischio di un vulnus al principio di certezza del diritto.

²⁰⁷ N. Paolantonio, *Nullità dell'atto amministrativo*, voce in Enc. Dir., Annali, I, Milano, 2008, 871.

²⁰⁸ Un'impostazione analoga anche in P. Carpentieri, *Nullità e teoria dell'atto amministrativo*, in www.giustamm.it (par. 7, che fa riferimento alla "mancata spendita di potere ") e in A. Lamorgese, *Nullità dell'atto amministrativo e giudice ordinario*, in Riv. Dir. Proc., 2009, 91.

²⁰⁹ Tale concezione (che trova riscontro anche in giurisprudenza) è stata oggetto di critica, negli anni scorsi, da parte di R. Caranta, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, cit., 351 ss. (alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata) e da parte di A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, cit., 351 ss. (366, alla luce della disciplina di diritto comune dettata dal codice civile) e oggi ritenuta superata da parte di M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2005 (anche sulla base della riforma della L. n. 15/2005); cfr. anche V. Domenichelli, *Le azioni nel processo amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2006, 6.. Paolantonio, *Nullità dell'atto amministrativo*, cit., 871.

²¹⁰ N. Paolantonio, op. cit., 871: "Il discorso può ripetersi per qualunque situazione in cui emergano interessi cosiddetti pretensivi, che presuppongono pur sempre un diritto soggettivo " così richiamando la tesi espressa da Cannada Bartoli già negli anni cinquanta (*Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1953, 334 ss.).

Anticipando quanto si dirà in seguito nel cap. III, in tali ipotesi si esercita l'azione dichiarativa della nullità, come azione di mero accertamento (quindi, non soggetta alle limitazioni di cui alla legge del 1865), l'azione di condanna al risarcimento dei danni eventualmente prodotti dall'esecuzione dell'atto nullo, nonché l'azione di condanna a un *facere* specifico, come la rimozione degli effetti prodotti dall'esecuzione stessa ove rimovibili (come la condanna alla restituzione del bene espropriato per mezzo di un atto affetto da carenza di potere: cfr. Cass., S.U., 23.7.1981 n. 4741, che supera il precedente indirizzo restrittivo). In questi casi, il giudice ordinario non ha bisogno di ricorrere alla disapplicazione al fine di considerare il provvedimento *tamquam non esset*, in quanto, come si è detto, l'atto nullo è di per sé improduttivo di effetti. Gli stessi limiti, derivanti dall'art. 4, non possono in questo caso essere richiamati, in quanto, mancando del tutto l'attribuzione del potere, l'atto lesivo del diritto come nullo non viene dal giudice “*revocato o modificato*” ma semplicemente, dichiarato, come tale, privo di effetti²¹¹.

5 d) I comportamenti cd. “amministrativi” e le vie di fatto. Il danno da provvedimento favorevole. Il contenzioso in materia espropriativa.

I comportamenti dell'Amministrazione sono tradizionalmente opposti ai provvedimenti amministrativi quando integrano le cosiddette *vie di fatto*. Si riprende il pensiero della dottrina e giurisprudenza francese affermatosi sulle *voies de fait* (si veda

²¹¹ Come rileva V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011, nondimeno, anche in tali casi una precedente giurisprudenza (Cass. n.2341/1982; n. 4747/1981) aveva stabilito che l'Amministrazione non potesse essere condannata alla restituzione del bene acquisito per mezzo di un atto di esproprio affetto da carenza di potere, sulla base del divieto di revoca dell'atto amministrativo della legge del 1865. Inoltre, nel caso in cui il decreto di esproprio fosse intervenuto nelle more del giudizio risarcitorio, la domanda ex art. 2043 si sarebbe convertita in quella di opposizione alla stima dell'indennità espropriativa (Cass., S.U n. 4741/1981). Quest'indirizzo è però venuto meno già a partire dalla fine degli anni '70, e con la sentenza Cass., S.U., 16.2.1983 n. 1464 si è specificato che solo in presenza di un atto efficace, ancorché invalido, l'Amministrazione non può essere condannata alla restituzione del bene, ma solo al risarcimento dei danni (c.d. occupazione acquisitiva). Nel caso in cui un provvedimento efficace manchi del tutto, come ad es. nell'ipotesi di carenza di potere, ovvero in caso di mero comportamento senza previa adozione di un atto, il bene non può essere acquisito al patrimonio della P.A. (c.d. occupazione usurpativa), contro la quale potrà esperirsi un'azione possessoria ovvero petitoria per conseguire la restituzione del fondo, salvo che il privato voglia rinunciare alla rivendica della proprietà e chiedere il risarcimento del danno.

infra), ossia di quei meri fatti posti in essere al di fuori dell'adozione di atti giuridici produttivi di effetti.

Per comportamenti che integrano le vie di fatto tradizionalmente si intendono quegli “*atti reali di esecuzione di un provvedimento posto in essere senza che di questo si abbia notizia: è un comportamento esecutivo che appare senza titolo*”²¹². Questi sono considerati quali meri fatti lesivi in quanto non sono espressione di alcuna volontà pubblica di agire nell'interesse generale.

Qualora essi ledano diritti, sussiste la giurisdizione ordinaria e si ammettono tutti gli strumenti idonei a darne piena esecuzione.

La dottrina anche più recente²¹³ tende ad individuare tre tipologie di *vie di fatto*, tutte rinvenibili nel *genus* dei meri comportamenti non riconducibili in alcun modo a precedenti forme di manifestazione di potere. La prima si ha qualora il fatto sia compiuto senza che l'atto sia stato preventivamente adottato. Ancora, si ha via di fatto quando il comportamento mero è attuato in pendenza di un procedimento ancora in corso e non conclusosi con l'emanazione di un provvedimento espresso. Infine, ma è fattispecie perplessa, si ritiene via di fatto anche l'adozione di un comportamento in virtù di provvedimento esistente ma non comunicato al destinatario. Qui, il provvedimento esiste ma non è efficace ai sensi dell'articolo 21 bis sull'efficacia dell'atto limitativo della sfera giuridica dei privati²¹⁴.

Ad ogni modo, il comportamento è posto in essere *sine titulo* e pertanto non è espressione di un momento di esercizio del potere. La giurisdizione è dunque rimessa al giudice ordinario.

Al comportamento adottato dall'Amministrazione nelle forme della via di fatto si suole distinguere il comportamento cd. amministrativo, ossia riconducibile, almeno mediatamente, all'esercizio del potere in virtù della formula consacrata dalla Corte costituzionale²¹⁵ e trasfusa nel codice del processo amministrativo all'art. 7 del d.lgs.

²¹² M.S. GIANNINI *Diritto amministrativo cit.*

²¹³ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, 2013 GIAPPICHELLI pagg. 555 e ss.. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cassese, Milano, 2003. E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Giappichelli 2012 V.CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016

²¹⁴ E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Giappichelli 2012

²¹⁵ Cfr. sent. n. 204 del 2004 e 191 del 2006

n.104 del 2010. Nella citata giurisprudenza costituzionale, invero, il riferimento alla riconducibilità della controversia, anche in via mediata o indiretta, all'esercizio del potere viene utilizzato non come criterio generale di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ma come criterio legittimante, sotto il profilo della compatibilità con il vincolo costituzionale delle "*particolari materie*" di cui all'art. 103 Cost., la stessa giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo²¹⁶.

La teorica dei comportamenti come criterio per delimitare i confini della giurisdizione amministrativa esclusiva ha trovato terreno fertile nelle controversie risarcitorie per i cd. **danni da provvedimento favorevole**²¹⁷.

Ci si riferisce alle liti sul danno subito dalla parte che ha goduto di un provvedimento favorevole poi annullato o ritirato dalla stessa amministrazione.

Si pensi al caso di un proprietario di un fondo nei confronti del quale l'amministrazione aveva adottato una concessione edilizia successivamente rimossa tramite un provvedimento in autotutela o un annullamento giurisdizionale.

In tal caso, il privato chiede il risarcimento del danno per l'affidamento incolpevole sorto in virtù dall'azione della pubblica amministrazione.

Qualora si sia in presenza della revoca del provvedimento, la domanda risarcitoria va altresì coordinata con l'articolo 21 quinquies I co. della legge n. 241 del 1990 che prevede l'indennizzo dei pregiudizi sofferti dai soggetti direttamente interessati dall'atto reso inefficace. La giurisdizione sulla relativa controversia è rimessa al giudice amministrativo in via esclusiva (art. 133, co. 1, lett. a), c.p.a.). E' fatto salvo per la parte il risarcimento del maggior danno.

Viceversa, la controversia nella quale il beneficiario del provvedimento ampliativo annullato d'ufficio o su ricorso di altro soggetto in quanto illegittimo, chieda il risarcimento dei danni subiti per avere confidato incolpevolmente nella apparente legittimità dello stesso rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, avendo ad oggetto un comportamento illecito della P.A. per violazione del principio del "*neminem laedere*", cioè di quei doveri di comportamento il cui contenuto

²¹⁶ C. di St. Ad. Pl. N. 6 del 2014

²¹⁷ R. DI PACE, *La giurisdizione sul danno da provvedimento favorevole* in *Il libro dell'anno del diritto* 2012

prescinde dalla natura pubblicistica o privatistica del soggetto che ne è responsabile e che anche la P.A., come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare²¹⁸.

Si tratterebbe, in particolare, di ipotesi assimilabili a quelle della violazione del dovere di correttezza e di buona fede nelle trattative contrattuali ex art. 1337 c.c.. L'amministrazione avrebbe scorrettamente emanato il provvedimento pur conoscendone l'illegittimità. Si individua un principio istituzionale di correttezza della p.a. che trascenda le trattative precontrattuali²¹⁹.

In tutti questi casi, si tratta per la Cassazione di comportamenti illeciti non riconducibili all'esercizio del potere.

Si è evidenziato come il solo fatto che rilevi l'agire della P.A. che ha portato all'adozione del provvedimento favorevole illegittimo non giustifica che la lesione che si manifesta ex post quando tale provvedimento viene rimosso, e fa sorgere eventuale diritto al risarcimento del danno da affidamento incolpevole, sia riferibile all'interesse legittimo che il beneficiario aveva in relazione a quell'agire, e ciò in quanto quell'interesse pretensivo non era già l'interesse all'agire legittimo della P.A., bensì quello all'emanazione del provvedimento ampliativo, che è stato, sia pure illegittimamente, soddisfatto²²⁰.

Si è rilevato come l'attrazione della tutela risarcitoria nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo possa verificarsi unicamente quando il danno patito sia conseguenza immediata e diretta della illegittimità dell'atto impugnato, non costituendo il risarcimento del danno ingiusto una materia di giurisdizione esclusiva ma solo uno strumento di tutela ulteriore e di completamento rispetto a quello demolitorio²²¹.

La domanda risarcitoria proposta nei confronti della P.A. per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo rientrerebbe quindi nella giurisdizione ordinaria, non trattandosi di una lesione dell'interesse legittimo pretensivo del danneggiato (interesse soddisfatto, seppur in modo illegittimo), ma di una lesione della sua integrità patrimoniale ex art.

²¹⁸ Cass. civ. Sez. Unite Ordinanza, 23-03-2011, n. 6594.

²¹⁹ Cons. Stato (Ad. Plen.), 05-09-2005, n. 6

²²⁰ Cons. Stato Sez. VI, 27-09-2016, n. 3997

²²¹ Cass. civ. Sez. Unite, 23-03-2011, n. 6594.

2043 c.c., rispetto alla quale l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l'efficacia causale del danno-evento da affidamento incolpevole²²².

Tali considerazioni, tuttavia, non sembrerebbero del tutto condivisibili alla luce del principio dell'autonomia dell'azione di condanna nel processo amministrativo e in virtù della presenza di ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo²²³.

Come noto, il codice del processo amministrativo ha introdotto all'articolo 30 l'azione di condanna nei confronti dell'Amministrazione per il risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa. La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500 del 1999 ha introdotto la generale risarcibilità delle lesioni agli interessi legittimi, in virtù del principio del noeminem ledere di cui all'art. 2043 c.c.. La lesione dell'interesse legittimo, al pari del diritto soggettivo, integra l'ingiustizia del danno e fa sorgere l'obbligazione risarcitoria. Di qui, ai sensi dell'articolo 30 in esame, l'azione risarcitoria è ammissibile anche in via autonoma rispetto all'annullamento del danno, purchè si faccia questione della lesione dell'interesse legittimo.

Pertanto, dovrebbe ammettersi la giurisdizione amministrativa anche sulle domande volte ad ottenere il risarcimento dell'affidamento ingenerato da provvedimenti favorevoli successivamente annullati, qualora sussistano ipotesi ex lege di giurisdizione esclusiva.

²²² Cass. civ. Sez. Unite Ordinanza, 04-09-2015, n. 17586

²²³ Per completezza, si segnala un ulteriore orientamento (Matera, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*, in *Urb. app.*, 2011, 915, T.A.R. Lazio Roma Sez. I ter, 11-09-2009, n. 8577, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 21 febbraio 2011, n. 306.) secondo cui la Pubblica Amministrazione nell'esercizio del potere dovrebbe sempre rispettare i canoni generali della buona fede e della correttezza. Di qui, ai fini della giurisdizione sarebbe irrilevante parlare di provvedimento favorevole o meno. In ogni caso, la lesione si ricollega ad uno scorretto esercizio del pubblico potere e l'azione risarcitoria spetta al g.a. stante il suo carattere autonomo (art. 30 c.p.a.). Pertanto, nella specifica ipotesi di un giudizio volto all'annullamento del provvedimento, il contro interessato potrebbe introdurre una domanda risarcitoria, subordinata all'accoglimento del ricorso in via principale, per i danni subiti al legittimo affidamento. Vi sarebbe una giurisdizione per ragioni di connessione che giustificerebbe la concentrazione di entrambi i giudizi dinanzi all'a.g.a.. Tuttavia, si obietta come le ragioni di connessione sembrerebbero non sussistere poiché il giudizio impugnatorio ha ad oggetto il provvedimento mentre il giudizio risarcitorio il comportamento, dal quale nasce una relazione giuridica rispetto a cui il ricorrente in annullamento è del tutto estraneo (art. 32; I co. c.p.a.). Ancora tali conclusioni si scontrerebbero con la circostanziale principio dell'inderogabilità della giurisdizione per motivi di connessione. Di qui, la giurisdizione ordinaria dovrebbe affermarsi in tutte le ipotesi in cui il risarcimento abbia ad oggetto i danni sofferti dal legittimo affidamento sorto in virtù di un'azione scorretta dell'Amministrazione e salvo non si rientri in ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva, stante la riconducibilità mediata del comportamento all'esercizio del potere.

Sembra evidente come nel caso di specie vengano in risalto comportamenti della pubblica amministrazione mediamente legati all'esercizio del potere amministrativo, seppur illecitamente posto in essere.

Se da un lato il danno non deriva dalla contestazione da parte del privato della legittimità del provvedimento ma dall'affidamento che ne ha tratto, non sembra obliterabile la circostanza che tale danno sia comunque conseguenza di un atto di esercizio del potere. In altre parole, non sembrerebbe possibile affermare che i danni sofferti siano conseguenza di meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio.

Non a caso, si registrano precedenti giurisprudenziali che affermano la giurisdizione esclusiva del g.a. sulla responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione in materia di appalti pubblici, qualora nonostante l'illegittimità della gara sia stato stipulato il contratto. Il danno subito discende da un comportamento scorretto ma mediamente riconducibile all'esercizio del potere²²⁴.

Caso per caso, dovrebbe allora affermarsi la giurisdizione amministrativa sulle controversie volte al risarcimento del cd. danno da provvedimento favorevole. ogniqualvolta si rientri fra le materie elencate dall'art. 133 c.p.a.

Pertanto, sembrerebbe auspicabile un intervento del Legislatore che introduca una ipotesi generale di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le azioni sul risarcimento del danno da provvedimento favorevole. Non a caso, come visto, già l'articolo 133 c.p.a. prevede la giurisdizione esclusiva del g.a. sulle controversie in materia di indennizzo conseguente alla revoca del provvedimento favorevole ma inopportuno.

In tal modo, si valorizzerebbe il giudice amministrativo come giudice ordinario e specializzato delle controversie di diritto pubblico, garantendo un criterio di riparto più lineare.

La questione del riparto di giurisdizione nei confronti delle pubbliche amministrazioni, per lesioni subite a seguito di comportamenti, ha avuto grande rilevanza in riferimento alle **procedure espropriative** (per le problematiche inerenti alle azioni esperibili si rinvia al III cap.).

²²⁴ Cons. Stato (Ad. Plen.), 05-09-2005, n. 6

Sulla materia, è opportuno distinguere l'ipotesi della via di fatto da quella della carenza di potere cd. in concreto.

Sul punto, data l'importanza storica del dibattito occorso sul punto, è doveroso ricostruire la “*querelle*” giurisprudenziale sorta circa il criterio di riparto fondato sulla cd. carenza di potere in concreto nelle ipotesi di espropriazioni illegittime poste in essere dall'Amministrazione.

Come noto, la proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale (art. 42 III co. Cost.).

Sinteticamente, le fasi del procedimento di esproprio come disciplinato dagli artt. 8 e 23 del d. P.R. n.327 del 2001 sono: il vincolo preordinato all'esproprio, la dichiarazione di pubblica utilità ed il decreto di esproprio (quest'ultimo sostituibile da una fase consensuale tra soggetto espropriato ed espropriante volta al trasferimento della proprietà). Il potere ablatorio così strutturato consente all'Amministrazione di acquisire unilateralmente la proprietà di un bene immobile di appartenenza privata a fini di pubblico interesse e previa corresponsione di un indennizzo, in ossequio a quanto disposto dall'articolo 42 della Costituzione.

Senza approfondire le innumerevoli questioni che riguardano la complessa procedura espropriativa, ai fini che qui interessano, si rileva come la giurisprudenza²²⁵ aveva affermato che si sarebbe di fronte ad una insussistenza del potere (e quindi alla nullità dell'atto, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario) non solo nel caso manchi la norma attributiva dello stesso (c.d. carenza di potere in astratto), ma anche nel caso in cui non sia integrato un presupposto per il suo esercizio (carenza di potere in concreto, appunto). Secondo detto indirizzo giurisprudenziale apparirebbero alla categoria della carenza di potere in concreto gli atti di esproprio emanati anche nel caso in cui la dichiarazione di p.u. sia stata annullata o sia divenuta inefficace per inutile decorso del termine di esecuzione dell'opera, ovvero laddove detta dichiarazione manchi del tutto.

La nullità per carenza di potere in concreto era stata però oggetto di critica da parte della giurisprudenza amministrativa²²⁶, secondo cui in tali ipotesi si sarebbe di

²²⁵ Cass., S.U., 26.6.1957 n. 2481

²²⁶ Cons. St., A.P. 4.12.1964 n. 24; Cons. St., A.P., 25.2.1975 n. 2; Cons. St., A.P., 26.3.2003 n. 4

fronte ad un vizio di mera annullabilità, come tale sottoposto alla giurisdizione del giudice amministrativo. A seguito dell'introduzione dell'art. 21 *septies*, che fa riferimento al difetto assoluto di attribuzione, si è a maggior ragione ritenuto che la categoria in esame sia stata espunta dal nostro ordinamento²²⁷. Le ipotesi di carenza di potere in concreto attengono ora ad atti annullabili secondo l'articolo 21 *octies* della legge n. 241 del 1990 post riforma del 2005.

Di qui, si appalesa con evidenza la differenza tra via di fatto e atto emesso in carenza di potere in concreto.

Nell'ipotesi della via di fatto, l'Amministrazione non agisce attraverso un provvedimento invalido ma per il tramite di un mero comportamento illecito.

Pertanto, nei casi di occupazioni cosiddette usurpative, ossia in assenza della dichiarazione di pubblica utilità, la giurisprudenza²²⁸ mantiene in capo al giudice ordinario la tutela delle pretese proprietarie in quanto l'Amministrazione si esprime mediante un mero *fatto*, non posto in essere in esercizio di alcun potere idoneo a degradare il diritto in interesse legittimo. Per alcuni, la suesposta ipotesi avrebbe tuttavia valenza meramente teorica, poiché per legge la l. 3.1.1978, n. 1 l'approvazione dei progetti di opera pubblica è equiparabile alla dichiarazione di pubblica utilità (art. 12 del T.U. espropri)²²⁹.

Diveramente, un'ipotesi di comportamento illecito ed in via di fatto si potrebbe concretamente evidenziare nei casi di cd. sconfinamento, ossia qualora la p.a. occupi porzioni di terreni più estese rispetto a quelle indicate nel progetto approvato e oggetto di dichiarazione di pubblica utilità. In questo caso, il proprietario danneggiato può adire il giudice ordinario, sia invocando la tutela restitutoria sia, attraverso un'abdicazione implicita al diritto dominicale, optando per il risarcimento del danno ex artt. 2043 e 2058 c.c.²³⁰..

Restano da affrontare alcune problematiche in relazione al caso delle occupazioni d'urgenza.

²²⁷ Si vd. TAR Lazio, 14.1.2009, n. 162

²²⁸ Si vd. Corte cost., n. 191/2006, Cass. S.U., 2.7.2009 n. 15469

²²⁹ R. DI PACE, *op. cit.*

²³⁰ R. DI PACE, *op. cit.*

L'articolo 22 *bis* del d.P.R. n. 327 del 2001 (T.U. Espropri) disciplina la procedura delle occupazioni d'urgenza preordinate all'esproprio, prevedendo l'emanazione di un può essere emanato, senza particolari indagini e formalità, decreto motivato che determina in via provvisoria l'indennità di espropriazione, e che dispone anche l'occupazione anticipata dei beni immobili necessari.

Sul punto, si discute su quale sia la giurisdizione in ipotesi di occupazioni d'urgenza adottate sulla base di dichiarazione di p.u. risultate poi invalide o protrattasi oltre il termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità e senza che sia intervenuto un regolare decreto di esproprio (quelle che alcuni chiamano occupazioni usurpative *cd. spurie*)²³¹.

Secondo un primo orientamento delle sezioni unite, la giurisdizione spetta al giudice ordinario sulle domande risarcitorie fondate su provvedimenti di occupazione divenuti inefficaci per l'inutile decorso dei termini previsti per l'esecuzione dell'opera e per l'emissione del decreto di esproprio nonché in caso di annullamento della dichiarazione di p.u.²³².

Ad oggi, l'orientamento maggioritario in seno alla Cassazione, nonostante l'apprensione del bene in questo caso non sia più riconducibile formalmente ad un atto manifestazione di pubblico potere, ammette la giurisdizione amministrativa esclusiva²³³, in virtù di quanto disposta dall'art. 133 I co. lett. g.) c.p.a., che ricomprende tutte le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi

²³¹ R. DI PACE, *La giurisdizione sulle occupazioni illegittime* in *Il Libro dell'anno del Diritto* 2016

²³² Cass., S.U., 16.7.2008, n. 19501, in Giust. civ. Mass., 2008, 78, 1148 secondo la quale l'azione risarcitoria relativa all'occupazione usurpativa, intesa come manipolazione del fondo di proprietà privata in assenza della dichiarazione di pubblica utilità, ovvero a seguito della sua sopravvenuta inefficacia per mancato inizio delle opere nel termine previsto, rientra nella giurisdizione ordinaria, sia che venga invocata la tutela restitutoria (eventualmente azionata, come nella specie, con ricorso per la reintegrazione del possesso), sia che, attraverso un'abdicazione implicita al diritto dominicale, si opti per il risarcimento del danno.

²³³ La sentenza Cass., S.U., 23.12.2008, n. 30254, in Riv. giur. ed., 2008, I, 1331, afferma che alla luce delle sentt. n. 204/2004 e n. 191/2006 della Corte costituzionale, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estende alle controversie contro atti e comportamenti che costituiscano esecuzione di precedenti manifestazioni in forma provvedimentale di potere ablatorio in relazione al bene di cui si discute: pertanto, mentre spetta alla giurisdizione ordinaria la domanda intesa alla restituzione di un fondo occupato dopo che l'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità è scaduta, appartengono, invece, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le domande relative a un decreto di espropriazione intervenuto successivamente al termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità ma quando l'occupazione e trasformazione dei fondi si sono consumate prima dello spirare di tale termine.

e i comportamenti, riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per quelle riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa.

Alla luce della valorizzazione della giurisdizione esclusiva come interpretata dalle note sentenze della Corte costituzionale ²³⁴, secondo la giurisprudenza maggioritaria ²³⁵ rientrerebbero nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le occupazioni preordinate all'espropriazione effettuate nell'ambito di una fattispecie nella quale l'esercizio del potere si fosse manifestato attraverso l'adozione della dichiarazione di pubblica utilità, successivamente scaduta ovvero annullata in sede amministrativa o giurisdizionale, *“perché, anche in tal caso, si è in presenza di un concreto riconoscibile atto di esercizio del potere, pur se poi lo stesso si è rivelato illegittimo e, per effetto dell'annullamento, ha cessato retroattivamente di esplicare i suoi effetti”*²³⁶. In un'altra simile pronuncia, la stessa Corte rileva come *“in materia di espropriazione per pubblica utilità, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto dà luogo ad una controversia riconducibile in parte direttamente ed in parte mediamente ad un provvedimento amministrativo, la domanda di risarcimento per i danni che si pretendono conseguiti ad una occupazione iniziata, dopo la dichiarazione di pubblica utilità, in virtù di un decreto di occupazione d'urgenza e proseguita anche successivamente alla sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità”* ²³⁷.

²³⁴ Cfr, sent. n. 204 del 2004 e 191 del 2006.

²³⁵ Cass. S.U., 16.12.2013 n. 27994. Da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Ordinanza, 27-05-2015, n. 1087, C. di St. ad. Pl. n. 2 del 2016.

²³⁶ Cfr. Cass., S.U., 23.1.2012 n. 832; parimenti, Cass. civ. Sez. Unite Ordinanza, 27-05-2015, n. 10879.

²³⁷ Si vd. Cass. ord. n.2765/2008. Per un commento ai Codici del processo amministrativo si vd. tra gli altri, R. Chieppa, *il Codice del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2010; Id., *Il processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Milano, Giuffrè, 2012; R. Garofoli e G. Ferrari, *Codice del processo amministrativo*, voll. I-III, Roma, Nel diritto, 2010; A. Quaranta e V. Lopilato, *Il processo amministrativo. Commentario al D.Lgs. 104/2010*; Giuffrè, R.-Caringella e M. Protto, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, Dike, 2012.

Questa giurisprudenza applica evidentemente la categoria dei comportamenti cd. amministrativi, conseguentemente valorizzando le ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva in *subiecta materia*.

Ci si è ulteriormente interrogati sul se la giurisdizione esclusiva in materia di espropriazioni illegittime si estendesse anche alle domande introdotte in giudizio dall'Amministrazione convenuta al fine del riconoscimento dell'intervenuta usucapione del bene occupato.

La questione solleva profili sia sostanziali²³⁸ che processuali.

²³⁸ L'art. 1158 del codice civile disciplina l'usucapione dei beni immobili e dei diritti reali immobiliari, disponendo che *la proprietà dei beni immobili e gli altri diritti reali di godimento sui beni medesimi si acquistano in virtù del possesso continuato per venti anni*. Secondo parte della giurisprudenza, nelle occupazioni illegittime di un fondo privato la pubblica amministrazione può in via teorica divenire proprietaria a titolo originario dell'immobile per usucapione ex art. 1158 c.c., con la conseguenza che il possesso ventennale ininterrotto estingue con effetti retroattivi la tutela reale spettante al proprietario del fondo, nonché quella obbligatoria tesa al risarcimento dei danni subiti. Altrimenti argomentando, si dovrebbe riconoscere la perpetuità di azione di restitutio in integrum o risarcitoria da parte del soggetto privato vittima dell'occupazione T.A.R. Lazio Roma sez II bis, 2 ottobre 2009, n.9557; T.A.R. Abruzzo, 26 giugno 2008, n.860; T.A.R. Basilicata 2 gennaio 2008, n.4; T.A.R. Sicilia Palermo sez III, 5 luglio 2012, n. 1402; C.G.A.S. 14 gennaio 2013, n. 9; T.A.R. Puglia Lecce sez III, 15 novembre 2013, n.2310 Cons. Giust. Amm. Sic., 14-01-2013, n. 9 Cassazione civ. sez I, 4 luglio 2012, n. 11147; id. sez. III, 8 settembre 2008, n.17570 Tuttavia, a prescindere dall'astratta ammissibilità dell'usucapione amministrativa, restano criticità in relazione all'individuazione dell'intervento possessionis, ossia del possesso utile ad usucapire ai sensi della legge. L'Amministrazione, infatti, nel procedere all'espropria occupa sulla base di titoli che la qualificano in termini di detentore e non di possessore. Allora, secondo una tesi minoritaria, il dies a quo da cui decorre l'usucapione ventennale di un fondo privato a favore della pubblica amministrazione consiste: 1) nel caso di occupazione usurpativa, nella data di inizio del possesso, purché non violento o clandestino ai sensi dell'art. 1163 c.c.; 2) nel caso di occupazione d'urgenza seguita dalla mancata adozione del decreto di esproprio nei termini previsti ai sensi dell'art. 22-bis, comma 6, del D.P.R. n. 327/2001 (T.U. Espropriazione per p.u.), nella data di scadenza del termine di occupazione legittima; 3) nel caso di immissione in possesso in esecuzione di un decreto di esproprio successivamente annullato dal giudice amministrativo, nella data di immissione in possesso ai sensi degli artt. 23 e 24 D.P.R. n. 327/2001, stante l'effetto retroattivo della caducazione dell'atto. Cons. Giust. Amm. Sic., 14-01-2013, n. 9. In tutti i suesposti casi, l'Amministrazione si trasformerebbe da mero detentore a possessore del bene occupato. Secondo altra tesi, ai fini di una valida "interventio possessionis" devono ritenersi insufficienti i meri atti di esercizio del possesso, quali, nel caso dell'apprensione materiale di un terreno edificabile, l'inizio e finanche il compimento di una attività edificatoria (nella specie la realizzazione di una strada pubblica); e ciò, in quanto tali atti non sono specificamente rivolti "contro il possessore" (art. 1141 comma 2 c.c.), giacché, secondo i principi generali, tutto ciò che viene edificato sul suolo accede di diritto alla proprietà di esso (omne quod inaedificatur solo cedit - art. 934 c.c.); tali attività non concretano dunque una valida interversione del possesso, ma soltanto una ipotesi di abuso della situazione di vantaggio determinata dalla mera detenzione materiale del bene in forza del decreto di occupazione di urgenza (così T.A.R. Liguria sez. I, 23 novembre 2011, n. 1635; vedi anche T.A.R. Toscana sez I, 22 gennaio 2013, n.84 che nega radicalmente che il possesso sine titolo da parte dell'Amministrazione, integrando un illecito permanente, possa dirsi utile ai fini dell'usucapione). Ancora, sorgono notevoli perplessità circa la possibilità di configurare un possesso non violento e clandestino (art. 1163 c.c.) nelle ipotesi di occupazioni illegittime. Si ritiene per il vero, assai discutibile la teorizzata usucapibilità di beni illecitamente occupati dall'Amministrazione: e ciò

Per quel che quivi più interessa, ci si sofferma sui profili di giurisdizione nell'ipotesi di usucapione fatta valere in via riconvenzionale dall'Amministrazione nell'ambito di un giudizio che ha ad oggetto la restituzione del fondo in conseguenza dell'annullamento degli atti della procedura espropriativa.

Come noto, il giudice amministrativo ex art. 8 c.p.a. può conoscere, seppur solo in via incidentale e senza efficacia di giudicato di "tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale"; pertanto, ai sensi del citato art. 8, il giudice amministrativo ha il potere di pronunciarsi, incidenter tantum, soltanto su questioni pregiudiziali, ancorché veicolate in via di eccezione, attinenti a diritti (con esclusione, in ogni caso, dell'incidente di falso e delle questioni sullo stato e capacità delle persone), ai circoscritti fini della soluzione della vertenza ad esso demandata in via principale.

sia alla luce dell'ampia nozione di violenza del possesso elaborata dalla giurisprudenza (ex multis Cassazione civ. sez. II, 7 dicembre 2012, n. 22174) laddove si è sostenuta la presunzione di volontà contraria del possessore ove manchi la prova di una manifestazione univoca di consenso. Ma la tesi che nega la configurabilità dell'usucapione amministrativa fa soprattutto leva sulla sua dubbia compatibilità con l'art. 1 del Protocollo Addizionale della CEDU ("Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale."). La costante giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (seconda sezione, 30 maggio 2000, Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia, n. 31524/96; terza Sezione, 12 gennaio 2006, Sciarrotta c. Italia, n. 14793/02), ha più volte affermato la non conformità alla Convenzione (in particolare, al citato Protocollo addizionale n. 1) dell'istituto della cosiddetta "espropriazione indiretta o larvata" (censurando quindi la possibilità di individuare sistemi di acquisizione diversi da quello consensuale del contratto e da quello autoritativo del procedimento espropriativo ed in particolare ogni fenomeno di creazione pretoria di acquisto della proprietà mediante fatto illecito). La disciplina sovranazionale contenuta nella C.E.D.U. pur non avendo assunto forza di diritto comunitario (bensì di "norma costituzionale interposta" ex art 117 c. 1 Cost. (Corte Costituzionale 11 marzo 2011, n.80, id. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349) impone al giudice l'interpretazione delle norme interne primarie conformemente, ove possibile, alla C.E.D.U. quale parametro di legittimità costituzionale interposto (art. 117 c. 1 Cost.) ed in caso di insanabile contrasto, di sollevare la questione di legittimità costituzionale. Predicare quindi che l'apprensione materiale del bene da parte dell'Amministrazione al di fuori di una legittima procedura espropriativa o di un procedimento sanante (art. 42 bis D.P.R. n. 327 del 2001) possa essere qualificata idonea ad integrare il requisito del possesso utile ai fini dell'acquisto per usucapione, rischierebbe di reintrodurre nell'ordinamento interno forme di espropriazione indiretta o larvata. Cons. Stato Sez. IV, 03-07-2014, n. 3346. IN dottrina si vd F. BILANCIA I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU, Torino, 2002. Di qui, l'apprensione materiale del bene da parte dell'amministrazione al di fuori di una legittima procedura espropriativa o di un procedimento sanante non è idonea a integrare il requisito del possesso utile ai fini dell'acquisto per usucapione, allo scopo di evitare che sotto mentite spoglie si reintroduca una forma surrettizia di espropriazione indiretta in violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale della Cedu Cons. Stato, Sez. IV, 03-07-2014, n. 3346, Ad. Pl. 2 del 2016

Di qui, secondo una prima tesi emersa in giurisprudenza²³⁹ ove la questione dell'intervenuta usucapione fosse oggetto di vera e propria domanda riconvenzionale tesa ad accertare con efficacia di giudicato l'intervenuto acquisto a titolo originario della proprietà da parte dell'Amministrazione, incompatibile con l'azione di risarcimento da occupazione sine titulo, difetterebbe la giurisdizione del g.a. in favore del g.o.²⁴⁰.

Ove invece l'usucapione venga fatta valere in via di "*eccezione riconvenzionale*", cioè al solo fine di paralizzare l'azione risarcitoria senza richiesta di accertamento della sussistenza di tale rapporto e connesso ampliamento del thema decidendum, la giurisdizione spetterebbe al g.a. in forza del generale principio di cui all'art. 8 cod. proc. Amm²⁴¹.

Un diverso orientamento ammette la sola giurisdizione ordinaria sulle domande od eccezioni riconvenzionali introdotte in giudizio dalla convenuta Amministrazione per ottenere la declaratoria di intervenuta usucapione a suo favore del bene occupato. Si sottolinea che, seppure il giudice amministrativo abbia il potere di pronunciarsi, in via incidentale (*incidenter tantum*) e senza valore extraprocessuale²⁴², su questioni pregiudiziali attinenti a diritti (con esclusione dell'incidente di falso e delle questioni sullo stato e capacità delle persone), ai limitati fini della soluzione della vertenza ad esso demandata in via principale²⁴³, pur tuttavia, lo stesso non può sconfinare nella "tutela dei diritti" riservata all'autorità giudiziaria ordinaria, ma limitandosi a svolgere accertamenti ed eventuali valutazioni critiche sulle situazioni giuridiche quali appaiono dai fatti e dagli atti che l'ordinamento appresta per dare concretezza alle situazioni stesse, e, quindi, per quanto riguarda le proprietà immobiliari e i diritti reali

²³⁹ G.G.A.S. 14 gennaio 2013, n.9; sentenza n. 41/2014 del TAR Umbria

²⁴⁰ Cons. Stato Sez. IV, Sent., 03/07/2014, n. 3346

²⁴¹ La giurisprudenza civile ha da tempo elaborato accanto alla domanda riconvenzionale e all'eccezione, la nozione della c.d. eccezione riconvenzionale, laddove il convenuto pur chiedendo l'accertamento eventualmente anche costitutivo di un rapporto diverso e più ampio, si prefigge esclusivamente di paralizzare l'azione, con ciò differenziandosi dalla domanda riconvenzionale vera e propria, laddove l'accertamento del rapporto diverso mira ad ottenere qualcosa di più o di diverso (ex multis Cassazione 13 novembre 1997, n.11232; id. 17 marzo 1990, n.2235; id. 20 gennaio 1997, n.538) e applicando senza esitazioni alle eccezioni riconvenzionali la disciplina processuale propria delle eccezioni (Cassazione civ. sez. III 13 giugno 2013, n. 14852).

²⁴² cfr. C.G.A.R.S., 27 febbraio 1991, n. 27

²⁴³ Ed ancorché sulla questione sia pendente giudizio dinanzi al giudice dei diritti: cfr. Cons. St., V, 1 ottobre 1986, n. 485

immobiliari, attenendosi alle risultanze dei contratti scritti, dei libri e registri immobiliari e delle sentenze che accertano o costituiscono diritti immobiliari, senza poter accertare fatti od atti modificativi di tali situazioni giuridiche, come l'interventua usucapione²⁴⁴.

D'altro canto, si registra l'opposta tesi che vorrebbe concentrare per ragioni di connessione la cognizione di tutte le questioni (compresa quella sull'usucapione) inerenti a comportamenti amministrativi illegittimi intervenuti nella materia espropriativa alla giurisdizione esclusiva del g.a..

Come noto, la giurisprudenza maggioritaria afferma il principio generale dell'inderogabilità della giurisdizione per ragioni di connessione, derivante dal fondamento costituzionale del riparto e stabilisce che nel caso di domande e cause tra di loro connesse soggette a diverse giurisdizioni, in via di principio vada attribuita ciascuna delle cause contraddistinte da diversità di "*petitum*" al giudice che ha il potere di conoscerne, secondo una valutazione da effettuarsi sulla base della domanda²⁴⁵.

Tuttavia, si è evidenziato come nella giurisdizione esclusiva il g.a. abbia maggiori poteri di quelli che il giudice ordinario può esercitare che sono relativi ai soli diritti soggettivi, potendo invece quello speciale soltanto accertare nel merito, in via incidentale o principale, positivamente o negativamente, l'esistenza di interessi legittimi, dei quali è chiesta la tutela sia pure insieme o alternativamente a quella dei diritti. E' l'applicazione dei principi di logica processuale per cui è il giudice con maggiori competenze, quello cui spetta decidere più cause unite e/o strettamente connesse aventi ad oggetto in astratto interessi e diritti, che comporta, per le materie di giurisdizione esclusiva e quindi comunque senza derogare alle relative norme di legge, che solo il giudice amministrativo sia investito delle domande di tutela delle due indicate posizioni soggettive.

Per la giurisprudenza, tale soluzione ermeneutica è necessaria, dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 104 del 2010 ed in seguito alle sentenze della C. Cost. n. 204 del 6 luglio 2004 e 191 dell'11 maggio 2006, per essersi introdotto il principio per cui nella materia della giurisdizione esclusiva il g.a. può decidere anche in rapporto ai

²⁴⁴ Cons. Stato Sez. IV, 11/02/2003, n. 736, Cons. St., V, 4 maggio 1995, n. 700.

²⁴⁵ Cass. civ. Sez. Unite, 07-06-2012, n. 9185

comportamenti della P.A. lesivi di situazioni giuridiche soggettive, purchè siano mediatamente riconducibili al pubblico potere²⁴⁶.

Di qui, in via eccezionale e valorizzando la previsione normativa di cui all'art. 133 I co. lett. g.) c.p.a. si dovrebbe affermare la giurisdizione amministrativa esclusiva per ragioni di connessione anche sulle domande o eccezioni in via riconvenzionale sollevate dalla Amministrazione convenuta dal proprietario nel giudizio volto a valutare la validità o meno della procedura espropriativa.

Diversamente argomentando, si correrebbe il rischio di un conflitto (seppur solo teorico) di giudicati. Si rischierebbe che la sentenza del giudice amministrativo di rigetto della domanda dell'attore illegittimamente espropriato del bene, sia fondata sulla cognizione incidentale dell'eccezione d'intervenuta usucapione dello stesso a favore della convenuta Amministrazione. Di qui, non si escluderebbe la possibilità di futuri giudizi civili sulla proprietà del fondo, in cui si discuta (in via principale e non più incidentale) della avvenuta o meno prescrizione acquisitiva del bene controverso.

Nelle controversie in esame, è dunque preferibile affermare la giurisdizione esclusiva amministrativa.

Ulteriore questione problematica in punto di giurisdizione si registra in relazione alle controversie sul diritto all'indennizzo previsto nei casi di acquisizione di un bene immobile utilizzato senza titolo, per scopi di interesse pubblico ai sensi dell'articolo 42 bis del D.P.R. n. 327 del 2001, introdotto dal D.L. 6 luglio 2011, n. 98, art. 34, conv., con modif., in L. 15 luglio 2011, n. 111 (per le ricadute di tale norme sullo spettro di tutele esperibili dal proprietario in ipotesi di occupazioni illegittime *infra* cap. III).

La norma prevede al comma 1 quanto segue: "Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene. (...)".

²⁴⁶ Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 24/06/2009, n. 14805; S.U. 28 febbraio 2007 n. 4636; S.U. 27 luglio 2005 n. 15660

L'articolo in questione introduce una norma di natura eccezionale e configura un procedimento ablatorio sui generis, caratterizzato da una precisa base legale, semplificato nella struttura, complesso negli effetti (che si producono sempre e comunque ex nunc), il cui scopo non è quello di sanatoria di un precedente illecito perpetrato dall'Amministrazione (perché altrimenti integrerebbe una espropriazione indiretta vietata dalla CEDU), bensì quello consistente nella soddisfazione di imperiose esigenze pubbliche, redimibili esclusivamente attraverso il mantenimento e la gestione di qualsiasi opera dell'infrastruttura realizzata sine titulo. Tale obiettivo deve essere assicurato tramite un percorso motivazionale - rafforzato, stringente e assistito da garanzie partecipativo rigorose - basato sull'emersione di ragioni attuali ed eccezionali che dimostrino che l'apprensione coattiva si pone come extrema ratio (perché non sono ragionevolmente praticabili soluzioni alternative e che tale assenza di alternative non può mai consistere nella generica "eccessiva difficoltà ed onerosità dell'alternativa a disposizione dell'amministrazione")²⁴⁷.

Sul punto, la Corte costituzionale ha escluso che tale meccanismo contrasti con il diritto CEDU, che consente limitazioni alla proprietà solo in ipotesi espressamente previste dalla legge e per motivi di interesse generale, nonché con l'articolo 42 Cost., che richiede i medesimi presupposti per la espropriazioni per p.u.. Si è in particolare evidenziato come il provvedimento acquisitivo sia compatibile con la giurisprudenza della Corte EDU in materia di espropriazioni cosiddette indirette si fonda su di una precisa disposizione di legge e su di una necessaria rinnovazione della valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione e su uno stringente obbligo di motivazione. In particolare, l'obbligo motivazionale deve essere interpretato nel senso che l'adozione dell'atto è consentita solo quando non sia ragionevolmente possibile la restituzione, totale o parziale, del bene, previa riduzione in pristino, al privato illecitamente inciso nel suo diritto di proprietà .

Per quel che quivi più interessa, il comma 3 dell'art. 42 bis prevede che salvi i casi in cui la legge disponga altrimenti, l'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale di cui al comma 1 è determinato in misura corrispondente al valore venale del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità e, se l'occupazione riguarda un terreno

²⁴⁷ Cons. Stato (Ad. Plen.), 09-02-2016, n. 2 Cass. SS. UU. n. 22096 del 2015 e 735 del 2015

edificabile, sulla base delle disposizioni dell'articolo 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7. Per il periodo di occupazione senza titolo è computato a titolo risarcitorio, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno, l'interesse del cinque per cento annuo sul valore determinato ai sensi del presente comma.

E' dunque sorto il dubbio se l'espressa indicazione di detto titolo nel testo della norma valga ad attribuire al corrispondente diritto dell'espropriato natura non più indennitaria, bensì propriamente risarcitoria, con conseguenze in punto di giurisdizione e attribuzione della relativa controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, lett. g), c.p.a. in materia espropriativa. Non opererebbe più la clausola di riserva prevista per le "indennità" dall'ultima parte dello stesso art. 133, lett. g), c.p.a. e dall' art. 53, comma 2 del D.P.R. n. 327 del 2001, secondo cui resta ferma la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa

La Cassazione, in due recenti ordinanze ha affermato la giurisdizione ordinaria²⁴⁸.

Secondo la corte, dalla lettura coordinata dei commi 1, 3 e 4 dell'art. 42 bis, sopra trascritti, emerge infatti che l'interesse del cinque per cento annuo sul valore venale dell'immobile, menzionato al comma 3, non è che una voce del complessivo "indennizzo per il pregiudizio patrimoniale" previsto dal comma 1 e da liquidarsi, appunto, ai sensi del comma 3; ed il diritto ad essere indennizzati (nella sua integralità, comprensiva delle voci valore venale, pregiudizio non patrimoniale e interesse del cinque per cento annuo per il periodo di occupazione) sorge solo a seguito dell'adozione del provvedimento di espropriazione c.d. sanante, che deve peraltro contenerne la liquidazione, e il versamento del quale all'espropriato condiziona sospensivamente lo stesso prodursi dell'effetto ablativo²⁴⁹.

²⁴⁸ Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 25/07/2016, n. 15283 e l'ordinanza n. 22096 del 2015.

²⁴⁹ Una volta qualificato l'indennizzo di cui al D.P.R. n. 327 del 2001, art. 42 bis, come "indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa", ai sensi dell'art. 133, lett. g), u.p., c.p.a., per la corte risulta conseguentemente applicabile il disposto di cui al D.Lgs. 1 settembre 2011, n. 150, art. 29, commi 1 e 2, per il quale sulle "controversie aventi ad oggetto l'opposizione alla stima di cui del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 , art. 54... è competente la corte d'appello nel cui distretto si trova il bene espropriato".

Deve quindi concludersi che l'uso dell'espressione "a titolo risarcitorio" nel comma 3 dell'art. 42 *bis*, riferita all'interesse, sia una mera imprecisione lessicale, che non altera la natura della corrispondente voce dell'indennizzo, il quale essendo unitario non può che avere natura unitaria.

Tale interpretazione non risulta del tutto condivisibile.

Come evidenziato la norma in esame attribuisce al privato proprietario il diritto ad ottenere il ristoro del danno patrimoniale nella misura pari al valore venale del bene, così come accade per l'espropriazione condotta nelle forme ordinarie, oltre ad una somma a titolo di danno non patrimoniale, quantificata in misura pari al 10 % del valore venale del bene (con riferimento al momento del trasferimento della proprietà, così che non vengono in considerazione somme che necessitano di una rivalutazione)²⁵⁰.

La stessa norma, tuttavia, prevede che nell'indennità dovuta sia aggiunta una somma automaticamente parametrata al 5% del valore venale del bene da moltiplicarsi per ogni anno di occupazione illegittima antecedente al provvedimento di acquisizione. E la corresponsione di tale emolumento non esclude la possibilità per il proprietario di ricorrere in giudizio per ottenere il risarcimento del maggior danno.

Insomma, come evidenziato dalla stessa Corte Costituzionale, il meccanismo acquisitivo di cui all'art. 42 *bis* non contrasta con la CEDU proprio perché non oblitera l'illecito compiuto dall'Amministrazione con l'occupazione sine titolo. E tale illecito fa sorgere l'obbligo risarcitorio²⁵¹.

Pertanto, la contestazione della somma calcolata nell'indennizzo a titolo risarcitorio dovrebbe svolgersi dinanzi al giudice amministrativo. Si rientrerebbe nell'ipotesi di giurisdizione esclusiva in quanto, come ampiamente evidenziato, il proprietario chiede il ristoro dei pregiudizi subiti in seguito a comportamenti mediatamente riconducibili al potere²⁵².

D'altro canto, diversamente argomentando non avrebbe senso il riferimento che lo stesso articolo fa alla possibilità di adire il giudice per il risarcimento del maggior danno subito in seguito all'illecita occupazione.

²⁵⁰ Corte cost., 30-04-2015, n. 71.

²⁵¹ Corte cost., 30-04-2015, n. 71

²⁵² L'articolo 42 *bis* non può infatti applicarsi nei casi di occupazioni per vie di fatto.

E' dunque necessario tenere distinti le controversie vertenti sull'indennizzo dovuto per il legittimo esproprio ai sensi dell'articolo 42 *bis* (e dell'art. 42 III co. Cost.)²⁵³, dalla lite vertente sul ristoro dovuto in seguito all'illecito spossessamento (2043 c.c.). Il ristoro dei pregiudizi conseguenti ad un atto lecito è diverso dal risarcimento aquiliano.

Peraltro, seguendo l'impostazione della Cassazione, si rischierebbe un contrasto di giudicati, tra la pronuncia del g.o. sul quantum dell'indennizzo (comprendente anche parte del ristoro dovuto per l'illecita occupazione) e il dictum del g.a. adito per il risarcimento dei danni subiti. In tal modo, si violerebbero i principi di certezza del diritto concentrazione ed effettività della tutela giurisdizionale, coerenti con gli artt. 24 e 111 Cost.

D'altro canto, si comprende la preoccupazione emersa in Cassazione in relazione al fatto che, allo stato, l'espropriato sarebbe così onerato a richiedere davanti al giudice ordinario l'indennizzo per la perdita della proprietà e davanti al giudice amministrativo il "risarcimento" per l'occupazione dell'immobile.

Ma ciò non può ad ogni modo giustificare orientamenti diversi che attribuiscono al giudice ordinario e non al giurisdizione amministrativa esclusiva la cognizione di controversie risarcitorie per danni derivanti da comportamenti riconducibili al pubblico potere, in palese contrasto con il criterio di riparto di giurisdizione affermatosi alla luce dei più recenti arresti della giurisprudenza costituzionale e del codice del processo amministrativo.

De jure condendo, sarebbe auspicabile un intervento del Legislatore che allarghi l'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di espropri anche alle ipotesi problematiche di cui all'art. 42 bis, dalle quali (spesso) nascono liti che involgono allo stesso tempo l'entità dell'indennizzo all'esproprio e del risarcimento da occupazione illegittima

Nelle controversie in esame, è dunque preferibile affermare la giurisdizione esclusiva amministrativa. In tal modo, il criterio di riparto si fonderebbe sulla più chiara regola assenza del potere-giudice ordinario/cattivo uso del potere-giudice amministrativo, in ossequio alla nozione di controversie di diritto pubblico, che indica

²⁵³ Si ha il ristoro del danno da atto lecito.

il giudice amministrativo come il giudice ordinario e specializzato nelle controversie sul pubblico potere.

5 e) Conclusioni.

Concludendo, alla luce delle suesposte argomentazioni, sembrerebbe potersi affermare come nel limitare notevolmente gli spazi e gli ambiti delle ipotesi di legge di giurisdizione esclusiva, la Cassazione si muova da un presupposto teorico non del tutto condivisibile e in contrasto con il principio di **certezza del diritto**.

Le argomentazioni addotte dalla giurisprudenza per affermare che in alcuni casi specifici il potere non è in grado di degradare il diritto ad interesse risultano infatti foriera di notevoli perplessità.

Come si è evidenziato, nei casi di nullità del provvedimento per difetto assoluto di giurisdizione, affermare che la relativa controversia sia di competenza del g.o. perchè l'atto è tamquam non esset e di qui improduttivo dell'effetto degradatorio, può comportare notevoli problematiche laddove non sia scontata la natura di diritto o di interesse della situazione giuridica vantata dal ricorrente. Ancora, le ipotesi di attività vincolata non dovrebbero escludere tout court la giurisdizione amministrativa sul presupposto che solo il potere discrezionale sia idoneo a degradare il diritto in interesse: possono sussistere casi in cui anche il potere vincolato abbia natura autoritativa in quanto previsto dalla legge a tutela di un interesse generale.

Parimenti, il principio di indegradabilità dei diritti fondamentali sembra scontrarsi con la più recente giurisprudenza costituzionale che ne consente il contemperamento con altre esigenze generali di pari rango di cui si fa portatrice l'Autorità pubblica: di qui, si ammette un dialogo tra gli interessi sottesi ai diritti assoluti ed il pubblico potere; lo stesso interesse si manifesta così nella forma dell'interesse legittimo e le relative controversie spettano al giudice amministrativo (ed a maggior ragione nei casi di giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 c.p.a.: in materia di pubblici servizi (comma 1, lett. c)); in materia di ordinanze e i provvedimenti

commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza e nei casi di gestione del ciclo dei rifiuti, (I co, lett. p)) o in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio (I co. lett. F)) in materia di produzione di energia e infrastrutture di rete (I co. Lett. o)), in materia di provvedimenti anche contingibili ed urgenti, emanati dal Sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica, di incolumità pubblica e di sicurezza urbana, di edilità e di polizia locale, d'igiene pubblica e dell'abitato; (I co lett. q); le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti relativi alla disciplina o al divieto dell'esercizio d'industrie insalubri o pericolose(I co lett. r)).

Si pensi ancora alla nota giurisprudenza, anche recentissima, sulla revoca dei contributi e delle agevolazioni. Sono molteplici e assai frequenti i casi in cui il beneficiario decade dal diritto di godere della sovvenzione pubblica sulla base di atti sorretti da motivazioni sia pubblicistiche (la sussistenza dei presupposti dell'autotela decisoria) che privatistiche (l'inadempimento): le une rimesse al giudice amministrativo, le altre a quello ordinario, a seconda della qualificazione dell'atto dell'Amministrazione in termini vincolati o meno. Qui, in mancanza di un'espressa previsione, si discute sull'opportunità di introdurre una specifica ipotesi di giurisdizione esclusiva al fine di evitare che il soggetto interessato debba adire due giudici per ottenere il medesimo bene della vita (il contributo).

Più in generale, i critici della tesi della degradazione hanno evidenziato come in via teorica, l'emanazione di un provvedimento amministrativo non precluda la giurisdizione del giudice ordinario, per espresso disposto dell'articolo 2 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. e)²⁵⁴. Ancora, la tesi della degradazione contrasterebbe con l'articolo 113 Cost. nella parte in cui prevede che “*contro gli atti della Pubblica Amministrazione è sempre ammessa la tutela dei diritti soggettivi*”²⁵⁵. Nondimeno, si è obiettato come la tesi della degradazione non prenda in considerazione la circostanza che la lite sull'estinzione (degradazione) del diritto dovrebbe di per sé essere

²⁵⁴ R. VILLATA, *Scritti di Giustizia amministrativa* 2016

²⁵⁵ E. CANNADA BARTOLI, *Spunti esegetici contro la degradazione dei diritti dei cittadini* in *Dir, proc. amm.* 1963 II, 73

pacificamente rimessa alla cognizione del giudice ordinario ai sensi dell'art. 2907 c.c.²⁵⁶ ..

L'errore concettuale del pensiero della Cassazione riposa nella circostanza che per decidere se la controversia di diritto pubblico sia ascrivibile alla giurisdizione ordinaria o amministrativa non si debba guardare alla presenza o meno del potere ma agli effetti che questo ha avuto sulla situazione giuridica in lite.

La suesposta tesi dovrebbe allora superarsi alla luce di un criterio di riparto più chiaro, che guardi esclusivamente alla presenza o meno nella lite del potere pubblico.

E, come si è visto, non si tratterebbe di uno stravolgimento del dettato costituzionale e del criterio di riparto basato sulla situazione legittimante al giudizio.

L'interesse legittimo, come sosteneva Nigro, non è altro che *“una metafora della potestà amministrativa”*, mentre *“il vero oggetto del giudizio amministrativo è tale potestà”*²⁵⁷. E le relative controversie devono essere devolute al giudice amministrativo.

Altri autori giungono alla medesima conclusione attraverso diversa argomentazione. Si evidenzia che il criterio di riparto secondo cui la giurisdizione civile tutela diritti soggettivi, e quella amministrativa interessi legittimi, non *implica affatto che per stabilire a quale di esse si deve rivolgere chi vanta un interesse protetto nell'uno o nell'altro modo, si debba valutare se esso sia tutelato come questo o come quello*. Secondo un ragionamento logico, infatti, è la protezione accordata legislativamente dall'ordinamento ad un interesse individuale, con corrispondente *limitazione di un potere unilaterale e discrezionale* (che il medesimo ordinamento attribuisce all'amministrazione) a fondare la sua tutela sostanziale come di diritto, così individuando la giurisdizione civile. Di conseguenza, *è la sussistenza di un*

²⁵⁶ SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, GIUFFRÈ, 1990

²⁵⁷ M. NIGRO, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, ora in *Scritti giuridici*, ed. Giuffrè, Milano 1996.

*contrapposto potere unilaterale e discrezionale di un'amministrazione, il fattore che esclude la giurisdizione civile.*²⁵⁸

Ad oggi, i recenti arresti della Corte costituzionale nonché l'emanazione del codice del processo amministrativo (decreto legislativo n. 104 del 2010) hanno contribuito a definire una nozione di controversia di diritto pubblico quale unico tendenziale criterio di riparto tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa.

Come noto, la Corte costituzionale ha più volte affermato la legittimità delle ipotesi di legge di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, abilitato a conoscere anche di diritti soggettivi, solo qualora dalla controversia emerga un netto legame con l'esercizio di un potere amministrativo (Corte cost., n. 204/2004 cit.). L'art. 7 del decreto legislativo n. 104 del 2010 conferma questa impostazione, prevedendo che il giudice amministrativo conosce delle *“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”*.

²⁵⁸ Si vedano le conclusioni di A ROMANO in *Colloquio sull'interesse legittimo* in *Atti del Convegno in memoria di Umberto Potosching*, Milano, JOVENE 2013. Tuttavia, non si condivide l'assunto sostenuto dall'Autore per cui *l'esaltazione della natura sostanziale di quell'interesse individuale che viene giuridicamente protetto come legittimo può portare al suo superamento: al superamento della affermata sua specificità rispetto al diritto soggettivo; fino alla negazione di una sua sostanziale differenziazione di quello da questo. E' questa la strada cui ho appena accennato io stesso: la strada della sostituzione degli interessi legittimi c.d. oppositivi con il diritto soggettivo pieno, di cui l'amministrazione ha disposto col provvedimento che lo ha ablatato o eroso; la strada della traduzione degli interessi legittimi c.d. pretensivi, nell'aspettativa di un diritto soggettivo in senso lato, secondo le teorizzazioni dei privatisti*. Si vd. anche A. PROTO PISANI, *Il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro.it* 2001; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie tra privato e Pubblica Amministrazione*, in *Foro. it* 2009, il quale partendo da simili premesse giunge tuttavia a propugnare l'introduzione di una giurisdizione unica.

A ciò sembrerebbe infatti ostare il dato positivo di cui in Costituzione che ancora il riparto alla natura sostanziale dell'interesse di cui si chiede tutela. In passato tentativi di riforma degli articoli 103 e 113 della Costituzione furono presentati nel senso di escludere il riferimento alla categoria dell'interesse legittimo e di fondare il riparto sul criterio delle materie nelle quali si facesse questioni del corretto esercizio del potere (Proposta di legge costituzionale n. 7465 del 28 novembre 2000 - on. Cerulli Irelli. Ma tali proposte non trovarono accoglimento.

La dottrina più recente ha così enucleato il **concetto di controversia di diritto pubblico**, che nasce dalla *lesione di situazioni giuridiche soggettive (diritti o interessi legittimi) a fronte di un episodio di esercizio (o mancato esercizio) del potere da parte della pubblica amministrazione o di altro soggetto preposto dalla legge a tale attività*²⁵⁹. Si evidenzia come tali liti abbiano ad oggetto rapporti di diritto pubblico, che si instaurano tra due soggetti a fronte di atti, provvedimenti o comportamenti comunque riconducibili all'esercizio del potere.

E gli orientamenti prevalenti in giurisprudenza delineano la figura del cd. comportamento amministrativo al fine di affermare la giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di espropri e di contratti pubblici (si pensi, rispettivamente, al contenzioso in caso di occupazioni illegittime perché protratte oltre i limiti di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità o al risarcimento del danno da provvedimento favorevole legittimamente annullato o revocato).

Il confine della giurisdizione esclusiva amministrativa è segnato dal comportamento neanche mediatamente riconducibile al potere pubblico, ossia nei casi in cui la pubblica amministrazione agisce per le cd. vie di fatto.

Come si è visto, gli orientamenti giurisprudenziali tesi a limitare gli ambiti della giurisdizione esclusiva sono retaggio della concezione trattatizia secondo cui il giudice amministrativo nasca come un giudice di legittimità, non adatto a dare piena soddisfazione agli interessi del ricorrente. Una tutela effettiva del diritto sarebbe possibile solo addendo la giurisdizione ordinaria.

In realtà, ad oggi ed alla luce del codice del processo amministrativo, la giurisdizione amministrativa sulle controversie di diritto pubblico, quale espressione di una funzione giurisdizionale unitaria volta al pieno soddisfacimento degli interessi del ricorrente, offre un apparato di tutele completo ed idoneo a dare piena protezione alle situazioni giuridiche incise dal pubblico potere, anche superiore a quanto è nelle possibilità del giudice ordinario. Il *codice* è infatti ispirato al principio della pluralità di azioni: si è ormai consolidato il passaggio da un giudizio sull'atto ad un giudizio sul

²⁵⁹ V.CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016

rapporto. L'azione di annullamento (art. 29 c.p.a.) si accompagna all'azione di adempimento ad un *facere* pubblicistico (art. 34 I co. lett c) c.p.a.)²⁶⁰.

Per suffragare tali argomentazioni, il **terzo capitolo** analizzerà dettagliatamente gli strumenti di tutela esperibili dinanzi al giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico. La disamina abbraccerà le azioni di cognizione, cautelari ed esecutive, al fine di proporre uno spettro completo sul punto. Ci si interrogherà sul se il giudice ordinario sia ad oggi in grado di assicurare una tutela piena delle situazioni giuridiche soggettive nelle controversie di diritto pubblico, al pari del giudice amministrativo.

²⁶⁰ Su tutti, sull'azione di adempimento nei confronti della P.A., A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, ed. Giappichelli, Torino 2012, 103 e 104.

CAPITOLO III

LE AZIONI ESPERIBILI DINANZI AL GIUDICE ORDINARIO NELLE CONTROVERSIE DI DIRITTO PUBBLICO. I LIMITI DI CUI ALLA LEGGE N. 2248 DEL 1865 ALL. E) ED IL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA.

1. Il principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale nella costituzione e negli ordinamenti sovranazionali.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale si desume da una pluralità di fonti normative²⁶¹.

La Costituzione contempla implicitamente tale regola in più disposizioni. Tutti hanno *diritto di agire* per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi dinanzi ad un organo giurisdizionale (art. 24 Cost.). La giurisdizione si attua mediante il *giusto processo* (articolo 111 Cost.). Con precipuo riferimento alle controversie di diritto pubblico, ancora, la Costituzione sancisce che *contro gli atti della pubblica amministrazione sia sempre ammessa la tutela giurisdizionale* dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria ed amministrativa e che *tale tutela non possa essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti* (articolo 113 della Cost.)

²⁶¹ Si veda per un approfondita e recente disamina in dottrina del principio di effettività M.LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, Napoli 2014. L'Autore approfondisce in particolare i rapporti tra effettività, efficienza ed economicità dell'apparato giurisdizionale. Ancora, si vd. V. CERULLI IRELLI *Giurisdizione amministrativa* cit. V. CERULLI IRELLI *Amministrazione pubblica e diritto privato*, op.cit., e V. CERULLI IRELLI *Giurisdizione amministrativa e pluralità di azioni*, op.cit., fra gli altri, anche, S. MENCHINI, op.cit., M.NIGRO, op.cit., L. MONTESANO *Principi costituzionali e sindacato del giudice civile sull'atto amministrativo*, in riv. Dir. proc. 1981, A.PAJNO, *Le norme costituzionali*; FIGORILLI, op. cit. F. BILANCIA *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002. F. BILANCIA, *I diritti fondamentali e la loro effettività in Atti del Convegno su "Costituzione europea, costituzione economica, allargamento"*, Università degli Studi di Teramo, Facoltà di Giurisprudenza, 22-23 aprile 2005.

Nondimeno, le norme dell'Unione Europea e della CEDU richiedono che la giurisdizione sia esercitata in maniera effettiva in relazione a quelle controversie vertenti su materie di loro competenza.

Come è stato osservato, è necessaria *un'effettiva prassi giurisprudenziale di garanzia quotidiana* dei diritti fondamentali *che ne determini la reale consistenza in ogni ipotesi condotta all'attenzione di un giudice*²⁶².

La Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo dispone che ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, abbia diritto a un *ricorso effettivo* davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali (art. 13). Ancora, la stessa CEDU prevede che ogni persona abbia diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile e tra esse si annoverano anche quelle amministrative o, più in generale, di diritto pubblico (art. 6). Come noto, dopo il Trattato di Lisbona le norme CEDU hanno assunto il rango di principi generali dell'ordinamento comunitario (art. 6 TUE).

Ancora, il Trattato UE dispone che gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una *tutela giurisdizionale effettiva* nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione (art. 19, II co.). Peraltro, come sancito dall'articolo 6 I co. del TUE, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. E la Carta dispone che ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati abbia diritto a un *ricorso effettivo* dinanzi a un giudice (articolo 47 I. co.).

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha desunto dal principio di effettività della tutela la necessità che *la pretesa fatta valere in giudizio debba trovare,*

²⁶² F. BILANCIA *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002. F. BILANCIA, *I diritti fondamentali e la loro effettività in Atti del Convegno su "Costituzione europea, costituzione economica, allargamento"*, Università degli Studi di Teramo, Facoltà di Giurisprudenza, 22-23 aprile 2005.

*se fondata, la sua concreta soddisfazione*²⁶³. Il processo è *giusto* nella misura in cui esso assicura il corretto esercizio del diritto di difesa.

La giurisdizione svolge la funzione di garantire la realizzazione dell'interesse sotteso alla situazione giuridica di cui si chiede tutela. E la tutela si ritiene *concreta* qualora sia in grado di raggiungere il *risultato pratico* consistente nella *soddisfazione* del bene della vita spettante al titolare della pretesa giuridicamente rilevante²⁶⁴.

Corollario dei suesposti principi è altresì la regola della *pienezza* della tutela giurisdizionale.

Come si evidenzia, per pienezza di tutela si intende che tutte le situazioni protette *debbono poter usufruire di tutti i mezzi di tutela (azioni) riconosciuti dall'ordinamento*. Per effettività di tutela, si considera la predisposizione da parte della disciplina, in gran parte, processuale di mezzi idonei a dare concreta soddisfazione all'interesse dedotto in giudizio²⁶⁵.

I principi suddetti devono operare pienamente anche nelle controversie di diritto pubblico dinanzi al giudice ordinario.

Alla luce dell'odierno quadro Costituzionale, il giudice ordinario nell'esercizio della sua funzione incontra il solo limite di sostituirsi a scelte di merito dell'Amministrazione. Ma da ciò non può desumersi alcuna compromissione del principio di pienezza delle tutele.

Come noto, il divieto di invadere le scelte dell'Amministrazione si aggancia tradizionalmente al principio di legalità e di divisione dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario. La Costituzione attribuisce il potere amministrativo alla P.A. e ne astringe

²⁶³ Ex multis, Corte cost. sent. n. 63 del 1982, n. 249 del 1996: entrambe le pronunce si occupavano della necessità della tutela cautelare al fine di raggiungere un'effettiva tutela nel merito

²⁶⁴ F. P. LUISO, op cit., CONSOLO, op. cit., M. LUCIANI, op. cit.

²⁶⁵ Per un'analisi con precipuo riferimento all'effettività nelle controversie di diritto pubblico, si vd. V. CERULLI IRELLI *Giurisdizione amministrativa* cit. secondo cui può affermarsi che *in questo nuovo assetto del sistema di tutela, le situazioni soggettive protette nei rapporti di diritto pubblico (raggruppate nel genus degli interessi legittimi: art. 24 Cost.) tendono all'equiparazione rispetto alle situazioni protette nell'ambito dei rapporti di diritto comune (raggruppate nel genus dei diritti soggettivi: art. 24 Cost.)*. Si vd. anche CANNADA BARTOLI, voce *Interesse (Dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 7 e ss.; NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Studi in onore di A. Papaldo*, Milano, 1975; A. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo ed assetto costituzionale*, Firenze, 1980, 47S. MENCHINI op. cit.; L. MONTESANO, *Magistrature ordinarie e speciali e arbitri nella giustizia civile secondo la Costituzione* in *RIv. Dir. civ.*, 1996; FIGORILLI, op.cit.; Cfr. C. cost. 204 del 2004 e 191 del 2006

l'esercizio a precisi vincoli formali, sostanziali e procedurali. Di qui, il pubblico potere e le modalità del suo esercizio sono *normativamente predeterminate* (riserva di legge relativa ex art. 97 Cost., salvo per i poteri ablatori, che possono essere previsti solo dalla legge primaria ai sensi dell'art. 23 Cost.). Ancora, l'Amministrazione agisce *vincolata nel fine* di perseguire il pubblico interesse assegnatoli dalla legge (a differenza dei privati che sono liberi secondo il principio dell'autonomia negoziale).

La Corte costituzionale è concorde nell'affermare che il giudice non possa interferire nelle scelte politiche e discrezionali della P.A. ovvero sostituirsi ad essa *“arrogandosi poteri che per legge vadano esercitati dall'esecutivo in forme e con procedimenti prefissati ed addirittura prescrivendo gli atti specifici che debbono essere adottati”*. Il limite invalicabile che il principio di separazione dei poteri impone è inquadrabile nell'impossibilità di sindacare il merito dell'Amministrazione.

La stessa Corte esclude, d'altro canto, che il principio della divisione dei poteri possa comportare una limitazione della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive lese dall'illegittimo esercizio del potere.

Pertanto, nelle controversie di diritto pubblico, tutte le posizioni giuridiche soggettive che si assumono lese dall'esercizio di un pubblico potere, devono usufruire di strumenti di reazioni pienamente ed effettivamente idonei a soddisfarle.

A conferma, tanto la Corte di Giustizia Europea quanto la Corte Edu rilevano come debba attuarsi la piena equiparazione delle situazioni giuridiche soggettive affinché esse possano *“usufruire di tutti i mezzi di tutela riconosciuti dall'ordinamento”*²⁶⁶.

²⁶⁶ Cfr. Corte giust., 18 marzo 2010, C-317/08, C-320/08; 14 febbraio 2008, C-450/2006; Corte EDU, 6 aprile 2010, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 842; 31 marzo 2009, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 1111 con nota M. De Vito, *La corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia ancora sul malfunzionamento della legge «Pinto» ma ne ribadisce l'effettività ex art. 13 Cedu*; In dottrina, V. Cerulli Irelli, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008 fra gli altri, L. MONTESANO *Principi costituzionali e sindacato del giudice civile sull'atto amministrativo*, in *riv. Dir. proc.* 1981, A.PAJNO, *Le norme costituzionali*; FIGORILLI, op.cit.; M.NIGRO, op.cit. S. MENCHINI, op.cit., secondo cui: *“Se il cittadino è portatore, in base alla normativa sostanziale, nei confronti dell'amministrazione, di situazioni di diritto soggettivo, queste debbono ricevere le tutele piene ed esaustive che sono imposte, in base alla Costituzione, dalla loro stessa natura, e ciò non soltanto se sia in presenza di atti di gestione, ma anche di fronte ad atti di imperio”*.

Il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale deve affermarsi anche con riferimento alle controversie di diritto pubblico dinanzi al giudice ordinario e deve avere ad oggetto ogni tipologie di giudizio: di cognizione, esecutivo e cautelare.

2. Limiti interni ed esterni della giurisdizione ordinaria nelle controversie di diritto pubblico. La legge n. 2246 del 1865, all. e).

Il novero delle tutele azionabili dinanzi al G.O. nelle controversie di diritto pubblico dipende dall'interpretazione di quanto disposto dalla legge n.2248 del 1865 alle. E) (Legge abolitiva del contenzioso amministrativo, da ora: L.A.C.)²⁶⁷.

L'art. 2 nel devolvere alla giurisdizione ordinaria *tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione*, specifica che a ciò non osta l'emanazione eventuale di *provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa*.

Il successivo art. 4 dispone al primo comma 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 in relazione all'oggetto dedotto in giudizio”*.

Di qui, la statuizione sull'esercizio del potere ha effetti solo *inter partes* e non anche *erga omnes*, secondo i principi civilistici del giudicato sostanziale (art. 2909 c.c.)²⁶⁸.

²⁶⁷ E' pacifico come nelle controversie di diritto comune, ossia quelle concernenti rapporti paritetici caratterizzati dall'esercizio di poteri privatistici, alcun limite possa configurarsi per il G.O. nell'adottare le suddette pronunce anche nei confronti della P.A. SATTA F. «Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo», in Riv. trim. dir. e proc. civ., XIX, 567-636.; PROTO PISANI, Appunti sul giudice delle controversie tra privati e Pubblica Amministrazione cit.; S. MENCHINI, La tutela del giudice ordinario, in Trattato di diritto amministrativo, a cura di S. CASSESE, vol. V. Milano 2003 V.CERULLI IRELLI, Corso di giustizia amministrativa, Roma 2016 P. VIRGA, La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, 1966; Esemplificando, nell'ambito di un qualsiasi rapporto di diritto privato laddove un soggetto non pubblico vanti nei confronti dell'amministrazione, in virtù di regolare contratto (si pensi alla locazione di un immobile), un diritto patrimoniale (ad esempio, al pagamento del canone), la dichiarazione di rifiuto di adempiere, da quest'ultima resa, non assume carattere autoritativo, ma è del tutto identica al rifiuto proveniente da qualunque debitore. Essa non produce unilateralmente verso il creditore privato alcun effetto nella sua sfera giuridica patrimoniale, ma integra esclusivamente un fatto negativo corrispondente all'inadempimento di un obbligo giuridico di diritto comune.

Ma per quel che quivi più interessa, il secondo comma dell'articolo 4 prevede infatti che *“l'atto amministrativo non possa 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”*.

E' pacifico in dottrina e giurisprudenza come l'articolo 4 introduca limiti *interni* alla giurisdizione ordinaria rispetto al pubblico potere. La norma esclude, in particolare, l'esperibilità dinanzi al G.O. dell'azione di annullamento, la quale è di regola rimessa alla cognizione del giudice amministrativo nella sua giurisdizione generale di legittimità (art. 29 c.p.a.), salvo espresse deroghe di legge. L'articolo 113 ultimo comma della Costituzione consente al Legislatore di introdurre eccezionali ipotesi in cui il giudice ordinario ha il potere di annullare il provvedimento al pari del giudice amministrativo.

Di regola, il giudice ordinario ha generalmente il solo potere di disapplicare il provvedimento amministrativo lesivo qualora lo reputi illegittimo, considerandolo *tamquam non esset* ai soli fini della controversia (art. 5 della L.A.C.)²⁶⁹.

Viceversa è controverso se dall'articolo 4 possano desumersi ulteriori limiti *interni* ed in particolare possa escludersi l'esperibilità di specifiche azioni.

Per lungo tempo, la giurisprudenza ha dedotto dalla disposizione in esame l'attribuzione, ad opera del legislatore, di una posizione di assoluto *privilegio* dell'amministrazione all'interno del processo civile, in quanto ha escluso che il G.O., da un lato, potesse revocare o modificare il provvedimento amministrativo, dall'altro,

²⁶⁸ Quanto disposto è infatti espressione della regola generale di natura processualcivile della disponibilità delle parti dell'oggetto del giudizio (art. 112 c.p.c.). Il dictum giurisprudenziale non può andare oltre *petitum* e *causa petendi*, quali oggetto dell'azione presentata. Il giudice ordinario conosce della legittimità dell'atto ai soli fini di tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio F.CAMMEO, Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa. I ricorsi amministrativi, MILANO 1911; M.NIGRO, op cit. V. CERULLI IRELLI, Amministrazione pubblica e diritto privato, Torino 2011 (in particolare, CAP VIII, La tutela giurisdizionale, pagg. 205 e ss.); V. CERULLI IRELLI, Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo), in Dir. proc. amm., 2012;

²⁶⁹ CINTIOLI, *La disapplicazione in Codice della giustizia amministrativa* a cura di MORBIDELLI, Milano 2005. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, MILANO; GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2016 P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, 1966

fosse in grado di ingerirsi in qualsiasi modo nell'attività della P.A. comunque funzionalizzata alla cura di un interesse pubblico²⁷⁰.

Successivamente e sino ad arrivare ai giorni d'oggi, si è registrata un'inversione di tendenza con l'allargamento dei poteri del giudice ordinario nei confronti della P.A.

Sul punto, è opportuno ribadire quanto enunciato in premessa.

Le situazioni giuridiche riconosciute dall'ordinamento devono godere di tutte le tutele necessarie affinché possano avere una protezione piena ed effettiva, a prescindere dal fatto che in controversia si faccia questione anche dell'esercizio del potere. L'art. 4 della legge del 1865 deve dunque essere calato nel sistema di principi sanciti dalla Costituzione e dall'ordinamento europeo.

La Costituzione preclude che il giudice ordinario possa sostituirsi all'Amministrazione nelle sue scelte discrezionali, in virtù del principio di separazione dei poteri²⁷¹.

Quest'ultimo è considerato un limite *esterno* alla giurisdizione nei confronti dell'Esecutivo, che se violato dà vita alla figura dell'*eccesso di potere giurisdizionale*.²⁷²

Ma dal principio di separazione dei poteri dello Stato giammai possono desumersi limiti alla funzione giurisdizionale di attuazione delle situazioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela.

Alla luce dei suesposti principi, si procede all'analisi degli strumenti di tutela vantati dal giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico, valutandone la correttezza in virtù del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

3. Il potere del giudice ordinario di disapplicare l'atto amministrativo nelle controversie di diritto pubblico ai sensi dell'articolo 5 della legge abolitiva del contenzioso.

Innanzitutto, il giudice ordinario nel fornire tutela alla pretesa dedotta in giudizio lesa da atti riconducibili a momenti di esercizio del potere, conosce anche

²⁷⁰ F.CAMMEO, Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa. I ricorsi amministrativi, MILANO 1911

²⁷¹ Ex multis, C. cost. n. 70 1985, n.150 del 1981.

²⁷² A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri in Strumenti e tecniche di giudizio*

d'ufficio della legittimità o meno del provvedimento (per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere) ai fini della sua disapplicazione²⁷³.

L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative (articolo 4 della L.A.C.).

L'articolo 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E) prevede in particolare che *“in questo caso ed in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alla legge”*.

Come noto, la norma contempla due tipologie di disapplicazione.

La prima si riferisce con le parole *“in questo caso”* alla situazione descritta dal precedente art. 4 L.A.C.. Qui, **la disapplicazione** avviene in **“via principale”** ed oggetto del giudizio è la lesione direttamente sofferta dal diritto in conseguenza di un atto della P.A.²⁷⁴. Il giudice definisce la lite considerando l'atto *tamquam non esset*, ossia improduttivo di effetti nei limiti del caso controverso. Il provvedimento non viene caducato e pertanto continua a produrre effetti al di fuori del giudizio (e fatta salva l'ottemperanza da parte della P.A.)²⁷⁵. Nell'originario disegno del Legislatore, questa era la forma di disapplicazione prevalente.

Tuttavia, l'evoluzione dell'ordinamento giuridico ha **ristretto notevolmente il suo ambito di applicazione**.

Da un lato, l'affermarsi della teoria della *degradazione* escludeva tout court la possibilità di discutere di diritti a fronte di provvedimenti amministrativi. In tali casi, la controversia verte su interessi legittimi ed il giudice competente è quello amministrativo, dotato del potere di annullare l'atto²⁷⁶.

²⁷³ Sul punto, si vd, CAIANIELLO, op.cit., V. CERULLI IRELLI, Amministrazione pubblica e diritto privato, cit., F. SATTA, op. cit., M. NIGRO, op. cit., S.MENCHINI op. cit.

²⁷⁴ Per un'ampia ed autorevole disamina della disapplicazione in via principale si veda E. Cannada Bartoli, L'inapplicabilità degli atti amministrativi, Milano, Giuffrè, 1950, p. 115 ss., A.ROMANO, La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile, in Dir, proc. amm., 1983. Si veda sul punto, anche V. CERULLI IRELLI, op.cit.

²⁷⁵ Cfr. MENCHINI, op.cit, FIGORILLI, op.cit.).

²⁷⁶ Per la ricostruzione, anche storica, di tali principi, si rinvia agli scritti : M.S. Giannini, Discorso generale sulla giustizia amministrativa op.cit.; M.S. Giannini e A. Piras ,Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione, op.cit.; E. Cannada Bartoli, op.cit.; E.Capaccioli, unità della giurisdizione e giustizia amministrativa, in Riv. dir. proc. civ., 1972, p. 183 ss.

Pertanto, la disapplicazione si esclude nelle ipotesi in cui oggetto della controversia fossero diritti cd. fondamentali, per loro natura non cedevoli. In tali casi, il provvedimento amministrativo è immediatamente lesivo del diritto soggettivo, il quale però, non è “degradato” ed è tutelato dal magistrato ordinario, che se non ritiene legittimo l’atto lo disapplica in via diretta. E’ in questo settore che il Legislatore ha espressamente previsto ipotesi in cui il giudice ordinario può annullare il provvedimento amministrativo lesivo al di là dei limiti di cui alla legge abolitiva del contenzioso (art. 113 ult. co. Cost.).

Per una dottrina risalente, ulteriore spazio per la disapplicazione in via principale sussisterebbe qualora l’atto amministrativo sia nullo o inesistente e, pertanto, *tamquam non esset* o adottato in assenza di potere²⁷⁷. Non verificandosi l’effetto degradatorio il giudice ordinario conoscerebbe della controversia disapplicando l’atto.

Ma si rileva come in tali casi non si dovrebbe parlare di disapplicazione, poiché l’atto colpito da tale grave invalidità è da considerarsi improduttivo di effetti *ex tunc*. La disapplicazione non può quindi che avere ad oggetto atti amministrativi illegittimi e non nulli, l’operatività dell’istituto postulando l’esistenza di un atto da cui promanano effetti. Di qui, l’istituto della disapplicazione non possa operare nei casi di atti amministrativi nulli, inesistenti, o già annullati con effetto *ex tunc*²⁷⁸.

Dovrebbe in realtà valorizzarsi la circostanza che qualora si faccia questione della lesione diretta di una situazione giuridica soggettiva a fronte di atti manifestazione del potere sussiste sempre la giurisdizione amministrativa. La giurisdizione ordinaria sulle controversie di diritto pubblico si avrebbe solo nelle ipotesi espressamente previste dalla legge: ma in tali casi è altresì pacificamente disposto che il giudice abbia anche il potere di annullare l’atto (vd. Cap. II e *infra*)

Nell’odierno assetto ordinamentale, le ipotesi di disapplicazione in via principale del provvedimento dinanzi al giudice ordinario sarebbero così ridotte a zero.

²⁷⁷ R. CARANTA, Inesistenza dell’atto amministrativo, MILANO.

²⁷⁸ R. GAROFOLI, Manuale di diritto amministrativo, NEL DIRITTO EDITORE

Si discute se permanga la **possibilità per il g.o. di disapplicare l'atto** al fine di condannare la pubblica Amministrazione al **risarcimento dei danni derivanti dall'illegittimo esercizio del potere**.

Le SS.UU. della Cassazione nella notissima sentenza n. 500 del 1999, affermano la disapplicazione in via principale dell'atto utile ai fini della pronuncia risarcitoria nelle ipotesi di responsabilità della P.A. per lesione derivante da illegittima attività provvedimentale. In tali casi, non sarebbe necessario adire la P.A. per ottenere l'annullamento ma basterebbe rivolgersi al G.O. che accertata la sussistenza della responsabilità in capo alla P.A. disapplica il provvedimento illegittimo ritenuto lesivo. Si afferma così la generale risarcibilità degli interessi legittimi dinanzi al g.o.. L'*ingiustizia* del danno di cui all'articolo 2043 c.c. sussiste anche in ipotesi di lesione dell'interesse legittimo. Dall'illecito extracontrattuale sorge l'obbligo risarcitorio, oggetto della pretesa di diritto soggettivo vantata dal danneggiato nei confronti della P.A. danneggiante.

Il G.O. sarebbe dunque competente a conoscere delle relative liti in materia risarcitoria, potendo disapplicare l'atto in via principale, quale fonte diretta della lesione al bene tutelato.

Ma l'ambito di applicazione della disapplicazione in via principale scema definitivamente con l'introduzione della legge n. 205 del 2000 e, successivamente, del codice del processo amministrativo (d. lgs. N. 104 del 2010 all'articolo 30).

Le suesposte novelle normative hanno rimesso al G.A. le controversie risarcitorie dei danni provocati dall'esercizio del pubblico potere.

Come è stato ribadito dalla Corte costituzionale, l'azione risarcitoria è uno strumento di tutela indispensabile al fine di garantire in modo pieno ed effettivo la soddisfazione dell'interesse legittimo, quanto meno attraverso il ristoro per equivalente. L'azione è esperibile anche in via autonoma rispetto alla domanda di annullamento ed è soggetta al termine decadenziale di 120 giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. (art. 30 c.p.a.).

Per ragioni di concentrazione delle tutele le relative liti vanno ascritte al G.A. e, precisamente, alla giurisdizione generale di legittimità²⁷⁹. La giurisprudenza è così ferma nell'affermare l'esperibilità dinanzi al G.A. dei rimedi risarcitori di cui al c.p.a. in ogni ipotesi di danni derivanti dal cattivo esercizio del potere²⁸⁰.

Peraltro, si esclude la proponibilità dell'azione risarcitoria dei danni da illegittimo provvedimento dinanzi al giudice ordinario in quanto ammettendo la disapplicazione in via principale da parte del G.O. si aggirerebbe surrettiziamente il termine decadenziale e dell'azione risarcitoria, con un ingiustificato vulnus al principio di certezza dell'attività amministrativa ad esso sotteso²⁸¹. L'azione aquiliana di diritto comune è soggetta al diverso termine quinquennale (art. 2947 c.c.).

Ancora, la disapplicazione in via principale dell'atto a fini risarcitori dinanzi al g.o. violerebbe il termine decadenziale per l'annullamento del provvedimento (art. 20 c.p.a.).

²⁷⁹ Secondo la lettura fornita dalla Corte costituzionale (sent. n. 204 del 2004), l'azione risarcitoria rappresenta uno strumento (ulteriore all'azione demolitoria) a disposizione del privato per avere piena soddisfazione delle proprie ragioni dinanzi all'esercizio del pubblico potere (art. 24 Cost.).

²⁸⁰ Da ultimo Cons. di St. Ad. Pl. n. 6 del 2015

²⁸¹ Per una ricostruzione della tutela risarcitoria per lesione di interessi legittimi dopo la sentenza n.500/1999 delle Sezioni unite si veda CAIANIELLO, op.cit., A.M. SANDULLI, Manuale di diritto amministrativo, 1990, S. MENCHINI, op.cit., In sintesi, la tesi sostenuta dalla sentenza suddetta della Cass. ribalta l'orientamento fino allora prevalente, di seguito brevemente descritto. SI parte dal presupposto che dinanzi al provvedimento (anche se invalido ma efficace) il diritto degradi ad interesse legittimo. Pertanto, alla luce del criterio di riparto fondato sulla causa petendi, ossia sulla natura della situazione giuridica dedotta in giudizio, nei confronti del potere non dovrebbe sussistere il sindacato del G.O., se non nei limiti di cui ai suesposti articoli 4 e 5 LAC e fatte salve le ipotesi di giurisdizione piena. Di qui, di regola, spirati i termini di decadenza per l'impugnazione del provvedimento amministrativo non sarebbe più ammessa la tutela risarcitoria dinanzi al G.O., essendo costui impossibilitato a provvedere alla disapplicazione in via diretta dell'atto stesso. Diversamente argomentando, si sarebbero aggirati i termini di decadenza dell'azione impugnatoria. IN altre parole, secondo la nota tesi della pregiudizialità amministrativa, il cittadino che si assume leso da un provvedimento illegittimo della Pa. deve prima adire il G.A. per ottenerne l'annullamento e poi azionare il rimedio risarcitorio dinanzi al G.O. Di qui, non vi era spazio per la disapplicazione diretta. Peraltro, il G.O. è vincolato dalla scelta del G.A. con effetti di giudicato circa la legittimità o meno del provvedimento. Tali assunti sono stati ribaltati dalla sentenza predetta delle SS.UU. della Cass., secondo cui l'azione risarcitoria è autonomamente esperibile dinanzi al G.O. che conoscerà dell'illegittimità dell'atto in via diretta, disapplicandolo, essendo esso parte della fattispecie dell'illecito aquiliano. Sussisteva poi una competenza per ragioni di connessione ex art. 7 della legge TAR qualora il privato avesse proposto dinanzi a tale autorità contestualmente domanda di annullamento e domanda di risarcimento del danno. Sussisteva quindi un'importante ipotesi di disapplicazione in via principale, venuta tuttavia meno con la legge n.205 del 2000 ed il successivo codice del processo amministrativo che hanno rimesso alla giurisdizione generale di legittimità del G.A. tali controversie risarcitorie in ossequio al principio di concentrazione ed effettività delle tutele.

La disapplicazione in via principale è infatti coperta dal giudicato. L'articolo 4 comma 2 L.A.C. prevede che le autorità amministrative abbiano l'obbligo di conformarsi al giudicato dei Tribunali per quanto riguarda il caso deciso ed il privato che abbia ottenuto una pronuncia favorevole può rivolgersi all'amministrazione al fine di ottenere la rimozione dell'atto²⁸². E per ottenere l'esecuzione di tale obbligo, la parte interessata può adire il giudice dell'ottemperanza.

Da qui discenderebbe la sostanziale violazione del termine decadenziale a cui è soggetta l'azione di annullamento.

In generale, nella denegata ipotesi in cui si ammettesse la disapplicazione in via principale, si porrebbe l'ulteriore questione di un possibile conflitto pratico di giudicati edunque, un caso di sospensione necessaria del processo dipendente rispetto al giudizio principale (art. 295 c.p.c.)²⁸³.

In conclusione, si dovrebbe valorizzare la circostanza che qualora si faccia questione della lesione diretta di una situazione giuridica soggettiva a fronte di atti manifestazione del potere sussiste sempre la giurisdizione amministrativa (salvo le ipotesi *ex lege* di giurisdizione del g.o. nelle controversie di diritto pubblico, dove però non sussistono i limiti della L.A.C.).

Nell'odierno assetto ordinamentale, le ipotesi di disapplicazione in via principale del provvedimento dinanzi al giudice ordinario sarebbero così ridotte a zero e conseguentemente si eviterebbe di incorrere in surrettizie violazioni dei termini decadenziali per l'azione di annullamento.

²⁸² In virtù dei divieti di cui al I co. dell'art. 4, solo la P.A. può eliminare l'atto con effetti erga omnes. Non a caso, la legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato ha introdotto nel 1889 il rimedio dell'ottemperanza con l'originario fine di dare piena esecuzione alle pronunce del G.O. nei confronti dell'Amministrazione.

²⁸³ Cfr. S. MENCHINI, Il nuovo assetto delle tutele giurisdizionali avverso gli atti amministrativi illegittimi, Diritto Pubblico, vol. I, pp. 81-131, tot. pag. 51, 2000. La giurisprudenza osserva come in tema di sospensione necessaria del processo civile, benché nel testo dell'art. 295 cod. proc. civ., modificato dalla L. 26 novembre 1990, n. 353, art. 35, manchi il riferimento ad una pregiudiziale controversia amministrativa (presente, invece, nella precedente formulazione), non possa escludersi, in via di principio, la configurabilità di una sospensione necessaria del giudizio civile in pendenza di un giudizio amministrativo, che deve ritenersi ammissibile qualora sia imposta dall'esigenza di evitare un conflitto di giudicati Cass. ss. uu. Ord., 24/05/2013, n. 12901.

4. La disapplicazione incidentale

Maggior rilievo assume la c.d. “*disapplicazione incidentale*”²⁸⁴, laddove il provvedimento amministrativo integra un presupposto esterno della fattispecie costitutiva della situazione giuridica azionata in giudizio, condizionandone l'esistenza e/o il contenuto²⁸⁵.

L'art. 5 LAC si riferirebbe alla disapplicazione in “*ogni altro caso*” diverso dalle ipotesi di cui all'articolo 4. Si tratta di ipotesi in cui non si controverte “*sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa*”, ovvero nelle ipotesi in cui non si discute degli effetti diretti dell'atto²⁸⁶.

Si pensi ai crediti vantati dal privato nei confronti dello Stato, che trovano fondamento in un provvedimento (il caso delle sovvenzioni). Qui il fatto lesivo del diritto di credito è l'inadempimento dell'obbligazione. La validità o meno dell'atto amministrativo è questione pregiudiziale rispetto alla decisione principale. In altre parole, l'articolo 5 L.A.C. in conformità con quanto disposto dall'articolo 34 del codice di procedura civile, consente al G.O. di conoscere senza efficacia di giudicato tutte le questioni che vengono sottoposte alla sua attenzione quali antecedenti della decisioni sul merito, per la cui risoluzione non può prescindere.

Nelle ipotesi di disapplicazione in via incidentale, non varrebbero i limiti dell'inoppugnabilità dell'atto amministrativo per decorso del termine di decadenza. La pronuncia *incidenter tantum* non ha efficacia di giudicato. Si esclude un onere di

²⁸⁴ Sulla disapplicazione “diretta” o “in via incidentale” si veda F. Satta, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1985, p.567 ss.; S. Cassarino, *Problemi della disapplicazione degli atti amministrativi nel giudizio civile*, ivi, 1985, p. 864 ss.; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 198 ss.; secondo questa autorevole dottrina nei casi in cui il provvedimento è direttamente lesivo della situazione giuridica azionata in giudizio, il G.O. non disapplica in via diretta in quanto per la nota teoria della degradazione la giurisdizione spetta al solo G.A.. Pertanto, l'applicazione della disciplina di cui agli art. 4 e 5 LAC permarrebbe nelle sole ipotesi di disapplicazione in via incidentale, ossia qualora il G.O. conosce dell'esercizio del potere in merito ad una questione pregiudiziale senza efficacia di giudicato, non attenendo la medesima alla fattispecie oggetto di giudizio.

²⁸⁵ Si veda sul punto, G. VERDE, *Rimozione degli atti amministrativi*, cit. p. 55.

²⁸⁶ Cfr. S. MENCHINI, op.cit., R. GAROFOLI, op.cit.

impugnativa gravante sul privato che agisca dinanzi al G.O. per la disapplicazione incidentale²⁸⁷.

Ancora, nei casi di disapplicazione incidentale sembrerebbe ammissibile la pendenza contestuale del giudizio sulla legittimità dell'atto in sede civile ed in sede amministrativa, ovviamente nel rispetto dei termini di decadenza e prescrizione prestabiliti dalla legge per le rispettive azioni. Per esemplificare, dinanzi al G.O. si discute su di una fattispecie costitutiva di un diritto, il cui presupposto riposa in un atto amministrativo; viceversa, dinanzi al G.A. si impugna lo stesso atto, tra le stesse parti, ma in quanto direttamente lesivo e quindi integrante un elemento della fattispecie costitutiva della situazione giuridica dedotta in giudizio. Nondimeno, non dovrebbe sussistere un'ipotesi di sospensione necessaria del giudizio civile in attesa della pronuncia del G.A.. Si tratterebbe infatti di pregiudiziale (cd. tecnico-giuridica) da decidere *incidenter tantum* e non con efficacia di giudicato (cd. pregiudiziale logica), in applicazione dell'articolo 34 cpc.

5. La disapplicazione ed il rischio di doppia tutela nel contenzioso sulle patologie contrattuali derivanti dall'invalidità degli atti prodromici al negozio in materia di appalti pubblici di lavori servizi e forniture.

Nel contenzioso sui contratti pubblici la giurisdizione ordinaria subisce una forte limitazione (lasciando ampi spazi alla giurisdizione amministrativa), restando ad essa affidate le controversie relative all'esecuzione del contratto ma non quelle relative alla sua formazione²⁸⁸.

²⁸⁷ Più delicata l'ipotesi in cui il soggetto abbia comunque deciso di adire il G.A. per l'annullamento dell'atto contemporaneamente all'instaurazione del giudizio civile: si vd, infra) Si vd. M.NIGRO, Giustizia cit., G.VERDE, Rimozione degli atti cit., E. CANNADA BARTOLI, L'inapplicabilità cit., P. STELLA RICHTER, L'inoppugnabilità, cit.

²⁸⁸ A. TRAVI, *La giurisdizione sul contratto*. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit. R. VILLATA, *Lunga marcia della Cassazione verso la giurisdizione unica (dimenticando l'articolo 103 della Costituzione?)* in *Scritti di Giustizia amministrativa*, R. VILLATA, 2016, R. Di Pace, *La giurisdizione sulle patologie contrattuali in Il libro dell'anno di rito*, TRECCANI Greco, G., *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in www.giustamm.it; Lipari, M., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in www.giustamm.it. Per l'analisi della norme del codice si veda Cintioli, F., *In difesa del processo di parti*, in www.giustamm.it, 3, 2010; Lipari, M., *Il recepimento della direttiva ricorsi: il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile del contratto"*, in www.giustamm.it, 4, 2010; La giurisdizione del giudice amministrativo poco prima del recepimento della direttiva era stata affermata anche dalle Sezioni

In questa materia si registrano dunque alcune problematicità connesse ai limiti che il g.o. incontra in virtù del divieto di annullamento dell'atto amministrativo.

Preliminarmente, si rileva come la scelta dell'Amministrazione di addivenire ad un negozio, che la impegna finanziariamente verso terzi, si esplica attraverso l'esercizio di poteri pubblicistici nelle forme di un iter procedimentale volto all'emanazione del provvedimento di aggiudicazione. Ciò è dovuto in generala alla circostanza che la pubblica amministrazione non è libera nel fine, ma vincolata alla cura dell'interesse pubblico per cui è ex lege preposta. Il fine pubblicistico che guida la decisione dell'Amministrazione deve emergere dal procedimento non a caso detto dell'evidenza pubblica (legge di contabilità dello Stato, R.D. n. 2440 del 2013). A tale esigenza, oggi, si affianca la cura dell'interesse pubblico all'affermazione di un mercato pienamente concorrenziale, così come stabilito a livello comunitario e recepito dal nostro diritto interno (D. lgs. n. 50/2016 - Il nuovo Codice degli appalti pubblici e concessioni di Lavori, Servizi e Forniture).

Il procedimento amministrativo di gara assicura che la scelta del contraente privato da parte della Pubblica Amministrazione avvenga in modo trasparente e secondo regole competitive.

Ciò detto, la legittimità degli atti amministrativi che precedono la stipula dei contratti ad evidenza pubblica può riflettersi in vizi del contratto a monte. L'illegittimità dell'aggiudicazione inficia la validità del negozio.

In passato, la giurisprudenza affermava il venir meno della legittimazione a contrarre in capo all'Amministrazione (con effetti che retroagivano al momento della

Unite della Cassazione con l'ordinanza 10.2.2010, n. 2906, in *Urb. app.*, 2010, 421 con note di Lamberti, C., *Il punto di vista amministrativistico* e di Calvo, R., *Il punto di vista civilistico*. Le Sezioni Unite hanno operato tale *revirement* prendendo in considerazione l'immediata vigenza nel nostro ordinamento della direttiva n. 66/2007; Altro problema risolto è quello della definizione della sorte del contratto a seguito dell'annullamento della aggiudicazione. Il legislatore nazionale ha optato per l'inefficacia del negozio giuridico da dichiararsi da parte del giudice amministrativo il quale, in alcuni casi, può operare un bilanciamento degli interessi in gioco e decidere di non privare degli effetti il contratto stipulato, comminando sanzioni alternative. Ma sul punto si osserva che il legislatore non ha chiarito in che cosa consista l'inefficacia, se si debba considerare una patologia a sé stante ovvero rientri nella nullità o nella annullabilità; Per una ricostruzione e analisi critica delle varie posizioni in merito al problema delle patologie che affliggono il contratto a seguito dell'aggiudicazione si veda Scoca, S.S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008 e la bibliografia ivi citata.

stipula del negozio) in caso di annullamento amministrativo o giurisdizionale dell'atto prodromico.

Di qui, l'annullamento di un atto della fase di formazione comportava l'annullabilità ai sensi dell'art. 1425 (*“una delle parti era legalmente incapace di contrattare”*) del negozio.

Tuttavia, l'annullabilità ai sensi dell'art. 1425, poteva essere dedotta davanti al giudice ordinario soltanto dalla parte interessata (art. 1441), e dunque, dall'Amministrazione contraente²⁸⁹.

Gli inconvenienti pratici scaturenti dall'affermazione della tesi dell'annullabilità portavano la giurisprudenza a elaborare la diversa teorica della nullità contrattuale ex art. 1418, 1° co., cod. civ.²⁹⁰. A questa si affiancava l'orientamento della caducazione automatica del contratto, senza necessità di pronunce costitutive²⁹¹.

Ad ogni modo, la cognizione dell'invalidità del contratto, qualsiasi forma essa assumesse (annullabilità, nullità. Inefficacia) era rimessa al giudice ordinario per giurisprudenza prevalente, trattandosi di controversia vertente sull'esecuzione del rapporto di natura privatistica avente titolo nel contratto impugnato e, pertanto, avente ad oggetto diritti soggettivi.

Di qui, il soggetto interessato avrebbe dovuto adire prima il giudice amministrativo per ottenere l'annullamento dell'atto prodromico e poi il giudice ordinario per lo scioglimento del rapporto di diritto privato. In sede di giurisdizione ordinaria lo stesso avrebbe potuto ottenere la sola disapplicazione dell'atto con effetti interni al giudizio.

Tale soluzione è foriera di inconvenienti alla luce del principio di concentrazione delle tutele

Non a caso, la cognizione delle controversie relative all'aggiudicazione di appalti e concessioni di Lavori, Servizi e Forniture è rimessa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che ha altresì il potere di dichiarare l'inefficacia del negozio.

²⁸⁹ Cfr. Cass. 11.3.1976 n. 855; 29.9.1976 n. 3188; 10.4.1978 n. 1668; 21.4.1983 n. 2741

²⁹⁰ Si vd. Cons. St., V, 13.11.2002 n. 6281; TAR Campania 29.5.2002 n. 3177

²⁹¹ Cfr. Cons. St., V, 5.3.2003 n. 1218; VI, 14.3.2003 n. 1518

Le ragioni di tale cambiamento sono frutto del recepimento della normativa comunitaria (dir. 66/2007 CE e lg. n. 88 del 2009-lg. comunitaria), ispirata a ragioni di concentrazione delle tutele e massima effettività dei meccanismi protettivi di interessi di rilevanza europea, come quelli sottesi alla garanzia di un mercato unico concorrenziale nella materia degli appalti pubblici.

Il codice del processo amministrativo, dunque, all'art. 133, co I, lett. e) n.1) del d.lgs. n. 104 del 2010, stabilisce *la giurisdizione esclusiva del G.A. nelle controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative.*

L'art. 121 del d.Lgs. n. 104/2010 tipizza le fattispecie in cui è obbligatoria la declaratoria d'inefficacia del contratto (salva l'applicazione delle sanzioni alternative ex art. 123 CPA) mentre l'art. 122 CPA indica i criteri che devono orientare, in tutte le altre ipotesi facoltative, la riconosciuta discrezionalità del Giudice in ordine alla (eventuale) declaratoria d'inefficacia.

La maggior parte degli interpreti ritengono il giudice investito di un potere di merito molto simile a quello esercitato dalla Pubblica Amministrazione nell'esercizio delle sue scelte discrezionali²⁹². C'è chi parla di una ulteriore ipotesi di giurisdizione amministrativa estesa al merito, in aggiunta a quelle espresse all'art. 134 c.p.a..

Ad ogni modo, l'accoglimento della domanda del ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionata alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato²⁹³.

²⁹² R. VILLATA, *op. cit*; FOLLIERI, *op. cit*.

²⁹³ Pertanto, si è osservato come il suesposto meccanismo di tutele introduca una sorte di nuova *pregiudiziale di annullamento* necessaria a consentire l'ottenimento della tutela in forma specifica passante per la declaratoria di inefficacia del contratto.

Riassumendo, dinanzi al giudice amministrativo si concentrano tutte le tutele del concorrente leso dall'illegittimo svolgimento di una gara di appalto.

Tuttavia, si discute se la previsione della giurisdizione esclusiva in subiecta materia escluda a priori al possibilità di adire il giudice ordinario per ottenere lo scioglimento del rapporto contrattuale, in virtù dell'illegittimità della procedura ad evidenza pubblica.

Si fa l'ipotesi in cui le parti interessate non impugnino l'aggiudicazione nel termine di decadenza, non ravvisando in quel momento motivi di illegittimità o che una volta divenuto inoppugnabile l'atto di aggiudicazione vi siano terzi interessati alla caducazione del rapporto fondato sull'atto illegittimo. Peraltro, l'inefficacia implica conseguenze giuridiche diverse dall'annullamento, ha effetti interinali e non è opponibile ai terzi che non hanno partecipato al giudizio²⁹⁴.

Pertanto, in tali ipotesi potrebbe rilevarsi utile il ricorso alla giurisdizione ordinaria.

In tal senso si è espressa una corrente giurisprudenziale secondo la quale apparterrebbero al giudice ordinario *le controversie concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, nonché quelle rivolte ad accertarne le condizioni di validità e di efficacia e ad ottenerne la declaratoria di nullità o inefficacia, ovvero l'annullamento, posto che hanno ad oggetto non già i provvedimenti riguardanti la scelta dell'altro contraente, ma il rapporto privatistico discendente dal negozio; e gli eventuali vizi di questo devono essere esaminati esclusivamente dal giudice ordinario competente a conoscerne l'intera disciplina. Nell'ambito delle patologie ed inefficacie negoziali conoscibili dal g.o., rientrerebbero non soltanto quelle inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stessa sopravvenute, ma anche quelle derivanti da irregolarità-illegittimità della procedura amministrativa a monte, perciò comprendenti anche le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica (o di vizi che ne affliggono singoli atti)*²⁹⁵.

²⁹⁴ R. DI PACE, *op. cit.*

²⁹⁵ Cass. civ. Sez. Unite Ordinanza, 05-04-2012, n. 5446

L'illegittimità della gara sarebbe perciò accertabile incidentalmente da parte di detto giudice, al quale le parti possono rivolgersi senza necessità del previo annullamento "in parte qua" ad opera del giudice.

Tale orientamento non è stato scevro da critiche.

Per alcuni, la previsione della giurisdizione esclusiva dovrebbe escludere in radice il potere di disapplicare l'atto prodromico in capo al g.o.²⁹⁶.

Per altri affermare genericamente il potere del g.o. di disporre l'invalidità di contratti viziati per effetto dell'illegittimità della gara, comporterebbe la surrettizia reintroduzione di meccanismi di doppia tutela, ispirati al superato criterio del *petitum* formale: G.A. competente per l'annullamento, G.O. competente per la disapplicazione del provvedimento.

Con ciò, si evidenzia altresì il pericolo di pronunce contrastanti, seppur in via teorica e non pratica, ma comunque tali da ledere il principio di certezza del diritto. Infine, il difetto più evidente della suesposta giurisprudenza è quello di consentire un ingiustificato raggiro dei termini decadenziali per l'annullamento degli atti amministrativi, così vulnerando le ragioni di interesse generale ad essi sottese²⁹⁷.

Le medesime problematicità si ritrovano nei casi in cui all'atto di costituire società cd. miste per lo svolgimento di servizi o lavori soggetti alla disciplina dell'evidenza pubblica, l'Amministrazione procedente scelga il socio privato (e operativo) senza l'espletamento di una gara in contrasto con le regole in materia di partenariato pubblico privato.

In questi casi, si registrano ipotesi di doppia tutela.

Per la giurisprudenza prevalente, spettano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto l'attività unilaterale prodromica alla vicenda societaria, considerata dal legislatore di natura pubblicistica, con cui un ente pubblico delibera di costituire una società (provvedendo anche alla scelta del socio) o di parteciparvi o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima o di interferire, nei casi previsti dalla legge, nella vita della stessa.

²⁹⁶ R. DI PACE, *op. cit.*

²⁹⁷ R. VILLATA, *op. cit.* A. TRAVI, *op. cit.*

Sono invece attribuite alla giurisdizione ordinaria le controversie aventi ad oggetto gli atti societari a valle della scelta di fondo di utilizzo del modello societario, le quali restano interamente soggette alle regole del diritto commerciale proprie del modello recepito, dal contratto di costituzione della società, alla successiva attività della compagine societaria partecipata con cui l'ente esercita, dal punto di vista soggettivo e oggettivo, le facoltà proprie del socio (azionista), fino al suo scioglimento.

E nell'ambito di quest'ultima categoria rientrano le controversie volte ad accertare l'intero spettro delle patologie e inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto sociale, siano estranee e/o alla stessa sopravvenute e derivanti da irregolarità-illegittimità della procedura amministrativa a monte, perciò comprendenti le fattispecie sia di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica (o di vizi che ne affliggono singoli atti), sia di successiva mancanza legale provocata dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, ivi compresi i profili di illegittimità degli atti consequenziali compiuti dalla società già istituita, i quali costituiscono espressione non di potestà amministrativa, bensì del sistema delle invalidità-inefficacia del contratto sociale che postula una verifica, da parte del giudice ordinario, di conformità alla normativa positiva delle regole in base alle quali l'atto negoziale è sorto ovvero è destinato a produrre i suoi effetti tipici²⁹⁸.

Il suesposto orientamento è stato da alcuni ritenuto contrario al principio di concentrazione della tutela.

Peraltro, si rischia un contrasto (seppur solo teorico) tra la pronuncia del giudice amministrativo (che potrebbe ritenere legittima la procedura di scelta del socia) e la decisione del giudice ordinario (che potrebbe invece disapplicare gli atti di gara ritenendoli invalidi in via incidentale).

Di qui, sarebbe opportuno far rientrare le suesposte controversie nell'alveo della giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133 c.p.a. in materia di contratti di appalti o concessione di servizi, lavori o forniture²⁹⁹.

²⁹⁸ Cass. civ. Sez. Unite, 30-12-2011, n. 30167

²⁹⁹ Come si avrà modo di vedere *infra*, per dirimere potenziali dissidi (teorici e non pratici), l'ordinamento non prevede un'ipotesi di sospensione necessaria.

Ancora, notevoli problematicità in punto di giurisdizione si evidenziano con riferimento ai rapporti tra annullamento d'ufficio e revoca degli atti prodromici³⁰⁰ alla stipula del contratto, laddove la giurisdizione esclusiva sulla declaratoria di inefficacia del contratto è prevista per il sol caso di annullamento giurisdizionale della gara d'appalto.

Innanzitutto, si ammette la revoca degli atti di gara sulla base di quanto disposto dal comma 1 bis dello stesso articolo 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, il quale fa riferimento ad atti tanto ad efficacia durevole che istantanea.

Sorge quindi il problema dei rapporti tra revoca in autotutela della gara e recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 109 del d.lgs. n. 50 del 2016.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è espressa sul punto in maniera un po' perplessa stabilendo che nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche Amministrazioni se, in seguito alla stipula del contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità per la prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione - previsto dall'art. 21-*quinquies* della L. n. 241/1990 - ma devono esercitare il diritto potestativo di recesso regolato dal codice dei contratti pubblici³⁰¹.

La motivazione della pronuncia si fonda sul presupposto che tanto la revoca pubblicistica quanto il recesso privatistico si fondano sui medesimi presupposti. Di qui, si rileva come sia necessario vincolare l'Amministrazione ad agire attraverso il meccanismo del recesso di cui al codice dei contratti, il quale rispetto alla revoca prevede conseguenze più gravose per la Stazione Appaltante (poiché quest'ultima nella revoca dovrebbe solo indennizzare l'appaltatore del danno emergente, mentre nel recesso dovrebbe tenere indenne lo stesso tanto del danno emergente quanto del lucro cessante). In altre parole, se così non fosse, l'Amministrazione utilizzerebbe sempre il

³⁰⁰ Cons. Stato (Ad. Plen.), 05-05-2014, n. 13 Innanzitutto, la giurisprudenza evidenzia come un atto amministrativo non sia qualificabile come atto prodromico qualora abbia unicamente consentito l'attivazione di trattative e l'eventuale stipula di un contratto, nel caso in cui esso fosse risultato conveniente. Si vd. il controverso caso della stipula dei contratti finanziari di swap da parte di enti pubblici territoriali e del loro successivo scioglimento per atto unilaterale dell'Amministrazione.

³⁰¹ Cons. Stato (Ad. Plen.), 20-06-2014, n. 14

più conveniente mezzo della revoca. Pertanto, per il consiglio di Stato la revoca pubblicistica è ammissibile solo prima della stipula del contratto.

Tale pronuncia è stata oggetto di critiche.

Da un lato si è evidenziato come la revoca pubblicistica si fonda su presupposti diversi dal recesso. Quest'ultimo è rimesso alla libera scelta del committente sulla base di ragioni di opportunità identiche a quelle che ispirano gli istituti del recesso nei contratti di *locatio operis*. Pertanto, in questi casi chi recede deve rifondere all'appaltatore non solo il danno emergente ma anche parte del lucro cessante. In altre parole, il recesso in esame comporta conseguenze in parte simili all'inadempimento per l'ordinamento.

Viceversa, la revoca pubblicistica si fonda su presupposti specifici (sopravvenuti motivi di pubblico interesse, mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento) ed è espressione di scelte discrezionali attraverso cui l'Amministrazione contempera gli interessi privati con quelli pubblici coinvolti.

Ancora, si ritiene che la revoca pubblicistica non possa avere ad oggetto l'aggiudicazione in quanto atto ad efficacia istantanea e non durevole: il comma 1 bis dell'art. 21 *quinquies* andrebbe riferito esclusivamente ai contratti cd. ad oggetto pubblico (o di diritto pubblico) come la concessione – contratto e non ai provvedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici.

Se si esclude la revoca dell'aggiudicazione una volta intervenuta la stipula del contratto, non si hanno più problemi in punto di giurisdizione. Lo scioglimento unilaterale dell'accordo è atto privatistico pacificamente rimesso alla giurisdizione ordinaria. Non si corrono rischi di doppia tutela.

Viceversa, la giurisprudenza è pacifica nel ritenere possibile l'annullamento d'ufficio (art. 21 *novies* lg. n. 241 del 1990) degli atti di gara sia dopo che prima la stipula del contratto.

Resta allora da verificare quali siano le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione nei confronti del contratto a valle stipulato e quale sia il giudice competente delle relative controversie.

Secondo una giurisprudenza minoritaria e un po' perplessa, la patologia che colpisce il contratto a seguito dell'annullamento in via di autotutela dell'aggiudicazione costituisce una speciale ipotesi di nullità sopravvenuta per difetto di causa.

La domanda volta ad ottenere la declaratoria di nullità del contratto può essere dunque rivolta al giudice ordinario nell'ambito di un giudizio diverso da quello amministrativo avente ad oggetto la legittimità degli atti di gara o di annullamento degli stessi in autotutela³⁰².

Tale tesi è stata ampiamente criticata.

Si rileva come in caso di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, il negozio a valle dovrebbe considerarsi automaticamente caducato senza necessità di pronunce del giudice ordinario e senza, si badi, neanche l'intervento del giudice amministrativo per la declaratoria di inefficacia ai sensi dell'articolo 121 e 122 c.p.a. L'annullamento d'ufficio è un provvedimento discrezionale che valuta le ragioni di interesse pubblico sottese tanto alla caducazione della gara quanto allo scioglimento del rapporto negoziale medio tempore sorto.

Per la giurisprudenza, dovrebbe allora affermarsi la giurisdizione esclusiva amministrativa ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), D.Lgs. n. 104/2010 (CPA), sia sulla validità dell'atto di annullamento d'ufficio sia sull'efficacia del negozio onde conseguire una concentrazione delle tutele in ossequio alla Direttiva n. 2007/66/CE³⁰³.

L'evoluzione della giurisprudenza sembra dunque indicare ancor una volta la tendenza dell'ordinamento ad identificare il giudice amministrativo quale giudice specializzato nelle controversie di diritto pubblico, con cognizione piena al fine di assicurare una elevata concentrazione delle tutele.

Non stupisce come negli altri sistemi dualistici europei di Giustizia amministrativa, le controversie in materia di appalti pubblici, sia che si faccia questione della legittimità della procedura di gara che della validità o dell'esecuzione del negozio a valle stipulato, siano rimesse ad un unico giudice (quello amministrativo in Francia, in virtù del *bloc de compétences* relativo ai *contrats administratifs*; quello ordinario in Germania, ai sensi del *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* che regola la materia degli *öffentliche Aufträge*).

³⁰² T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 24-11-2014, n. 1906

³⁰³ Cons. Stato Sez. V, 07-09-2011, n. 5032; VILLATA, *op. cit.*

6. La disapplicazione del provvedimento amministrativo in sede penale.

Molto dibattuta in dottrina e giurisprudenza è la questione dell'ambito e dei limiti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi. Di seguito per completezza ed in breve, alcune considerazioni a riguardo³⁰⁴.

Si tratta delle ipotesi in cui il provvedimento della P.A. assume rilevanza interna nella fattispecie penale quale presupposto (es. il reato di inosservanza di un provvedimento legalmente dato dall'Autorità ex art. 650 c.p. o il reato di costruzione in assenza di titolo edilizio di cui all'art. 44 del D.P.R. n. 301 del 2010) o elemento costitutivo (si pensi all'abuso di ufficio ex art. 323 c.p.).

Storicamente, la giurisprudenza ammetteva la disapplicazione del provvedimento amministrativo (ai sensi della predetta disciplina di cui all'art. 5 della legge n. 2248 del 1865, all. E), abbreviata L.A.C.) con particolare riferimento alle ipotesi previste nel reato contravvenzionale di cui all'art. 650 c.p.. Tale articolo sanziona, infatti, la mancata attuazione di ordini “*legalmente*” dati dalla P.A.. Di qui, si riconosceva il potere del G.O. di sindacare incidentalmente la legittimità del provvedimento al fine di giudicare sulla sussistenza o meno del reato³⁰⁵.

Delicate problematiche sorgevano, tuttavia, in seguito all'estensione del potere del giudice penale di disapplicare i provvedimenti amministrativi (come in caso di autorizzazioni, licenze e sovvenzioni) anche nelle ipotesi di reato che sanzionano condotte poste in essere in loro assenza (si pensi ai reati edilizi di costruzione in difetto di permesso di costruire). In particolare, la giurisprudenza equiparava l'assenza del provvedimento alla sua illegittimità. In tal modo, la disapplicazione dello stesso anziché escludere l'integrazione della fattispecie criminosa ne ampliava l'ambito operativo.

Parte della dottrina criticava tale orientamento per due ordini di motivi. Da un lato, la predetta parificazione tra illegittimità ed assenza dell'atto violerebbe il principio di tassatività e legalità del reato (artt. 25, II co., Cost e 1 c.p.), che preclude

³⁰⁴ R. VILLATA *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, 1980, PETRONE *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, 1994, idem *Attività amministrativa e controllo penale*, 2000,

³⁰⁵ *ex multis*, Cass. pen. sez. I, n.4536 del 1995.

al giudice di creare nuove forme di incriminazione in assenza di espressa previsione di legge. Dall'altro, si contravverrebbe al principio di irretroattività del reato (artt. 25, II co., Cost e 1 e 2 c.p.), qualificando come illecita una condotta originariamente posta in essere in conformità al titolo (e solo successivamente valutata illegittima in sede di disapplicazione giurisdizionale)³⁰⁶.

Di qui, la tesi (ora prevalente) disattende i suesposti orientamenti escludendo l'operatività della disapplicazione in riferimento al sindacato penale sulla illegittimità degli atti amministrativi, almeno in materia di reati edilizi. Secondo la giurisprudenza³⁰⁷ (al giudice penale *“non è affidato alcun sindacato sull'atto amministrativo, essendo lo stesso tenuto nell'esercizio della potestà penale ad accertare la conformità tra ipotesi di fatto e fattispecie penale, in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela, nella quale gli elementi di natura extrapenale convengono organicamente, assumendo un significato descrittivo”*). Il potere di accertamento penale del giudice non rientra nella previsione di cui all'art. 5 della L.A.C. *“in quanto tale potere non è volto ad incidere sulla sfera dei poteri riservati alla P.A. e quindi ad esercitare un'indebita ingerenza, ma trova fondamento e giustificazione in una esplicita previsione normativa, la quale postula la potestà del giudice di procedere ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata”*. Secondo tale impostazione, il sindacato giudiziale sulla legittimità dell'atto amministrativo, presupposto della fattispecie di reato edilizio, è preordinato alla tutela dell'interesse sostanziale della *tutela del territorio e non a quello di sottoporre semplicemente l'attività edilizia al previo controllo della P.A.*. Nell'ipotesi di immobile edificato in assenza di permesso di costruire, il giudice procede, dunque, alla *“verifica della compatibilità tra opera realizzata e tutti i parametri di legalità fissati dalla legge, dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal titolo abilitativo”* potendo così di quest'ultimo sindacare in via incidentale la legittimità³⁰⁸. In materia di reato di lottizzazione abusiva (di cui agli artt. 30 e 44, lett. c) del D.P.R. n. 380 del 2001), si afferma parimenti come *“la condotta prevista come illecita non è soltanto*

³⁰⁶ R. VILLATA *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, 1980, PETRONE *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, 1994, idem *Attività amministrativa e controllo penale*, 2000,

³⁰⁷ da Cass. pen. SS.UU. n.11635 del 1993, BORGIA

³⁰⁸ Cass. pen. n.14504 del 2009.

*quella effettuata in assenza di autorizzazione, ma è anzitutto e principalmente quella contrastante con le prescrizioni degli strumenti urbanistici”*³⁰⁹. E la giurisprudenza sostiene i suesposti principi in altre ipotesi di reato che presuppongono o richiedono quale elemento costitutivo (o causa estintiva) un atto della P.A.³¹⁰.

Dal punto di vista dell'estensione del sindacato del giudice penale, l'orientamento prevalente delle Corti ritiene che questo debba *“verificare la legittimità del provvedimento amministrativo presupposto del reato con riferimento a tutti e tre i vizi tipici che possono determinare l'illegittimità degli atti amministrativi e cioè violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere”*³¹¹.

Sul fronte, altresì, dei rapporti tra il giudicato amministrativo sulla illegittimità dell'atto della P.A. ed il sindacato del giudice penale, la tesi giurisprudenziale più seguita ritiene *“preclusa la valutazione della validità dei provvedimenti amministrativi che costituiscono il presupposto dell'illecito penale qualora sul tema sia intervenuta una sentenza irrevocabile del giudice amministrativo, ma tale preclusione tuttavia non si estende ai profili di illegittimità, fatti valere in sede penale, che non siano stati dedotti ed effettivamente decisi in quella amministrativa”* (Cass. pen. Sez. III, n. 24602 del 2015). L'autorità giudiziaria ordinaria non *“ha il potere di valutare la conformità a legge di un "arret" di un'altra giurisdizione - nella specie, una sentenza del giudice amministrativo coperta da giudicato-, ciò in quanto il cittadino, pena la vanificazione dei suoi diritti civili, non può essere privato della facoltà di fare affidamento sugli strumenti della tutela giurisdizionale posti a sua disposizione dall'ordinamento”*³¹².

Viceversa, i rapporti tra giudicato penale e sindacato del G.A. sulla legittimità dell'atto amministrativo sono disciplinati dall'art. 654 c.p.p.. Nei giudizi amministrativi ove si controverte non delle restituzioni o del risarcimento del danno

³⁰⁹ Cass. pen. SS.UU. n. 5115 del 2002.

³¹⁰ Si vedano, i casi di estinzione del reato edilizio conseguente al rilascio del provvedimento abilitativo in sanatoria in Cass. pen. n.26144 del 2008; nei reati di immigrazione clandestina per mancata ottemperanza all'ordine di allontanamento dell'Autorità ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n 286 del 1998 e ss.mm. in Cass. pen. n. 17925 del 2010; nel reato di distruzione e deturpamento di bellezze naturali mediante costruzioni autorizzate dall'Amministrazione competente, in Cass. pen. n. 15299 del 2004.

³¹¹ Si vd. Cass. pen. sez. I n. 9157 del 2012.

³¹² Ex multis, Cass. pen. Sez. 3, n. 54 del 1996.

(ipotesi disciplinate dagli artt. 652 e 653 c.p.p.) ma *“intorno a un diritto o a un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale”*, la decisione del G.O. ha un'efficacia limitata nei seguenti termini. Per valere in sede di giudizio amministrativo come giudicato nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile (che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo penale), deve trattarsi di sentenza irrevocabile di condanna o di assoluzione pronunciata in seguito a *“dibattimento”* (di qui, resterebbero escluse le pronunce emesse in seguito ai procedimenti speciali che non lo prevedono). Occorre, altresì, che *“i fatti accertati siano ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale”*. Infine, l'efficacia del giudicato penale dinanzi al G.A. è ammesso solo qualora la legge *“non ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa”*. Si pensi all'art. 63 del d.lgs. n. 104 del 2010 che ammette nel processo amministrativo la sola testimonianza in forma scritta.

7. L'annullamento del provvedimento.

Dottrina e giurisprudenza maggioritarie escludono l'ammissibilità nei confronti della Pubblica Amministrazione che agisce in veste di Autorità delle azioni tese all'annullamento, alla revoca o alla riforma di un atto amministrativo. Parimenti, si esclude l'azione volta ad ottenere una sentenza costitutiva dell'atto amministrativo richiesto dal privato e negato dall'Autorità³¹³.

L'improponibilità di azioni di annullamento dinanzi al G.O. è sancita specificatamente dall'articolo 4 della L.A.C. Il suo secondo comma prevede infatti che *“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”*.

La tutela contro atti illegittimi della P.A. si ottiene proponendo domanda caducatoria dinanzi al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 104 del 2010. Come si è visto, al giudice ordinario è consentito di conoscere dell'illegittimità

³¹³ V. CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016, P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, ZANOBINI, *Corso*. Da Cass. SS. UU. n. 1027 del 1965 la giurisprudenza è ferma nel negare l'ammissibilità delle azioni costitutive nelle controversie di diritto pubblico.

del provvedimento che si assume lesivo del diritto soggettivo attraverso la disapplicazione di cui all'art. 5 della L.A.C. (vd. *supra*).

Il divieto per il giudice ordinario di annullare provvedimenti non trova applicazione nelle specifiche ipotesi tassativamente indicate dalla legge di giurisdizione ordinaria nelle controversie di diritto pubblico (vd. *Supra*).

Si parla della cd. giurisdizione *piena* del giudice ordinario (di cui ci siamo ampiamente occupati nel capitolo II)³¹⁴.

La Costituzione non prevede una riserva in capo alla giurisdizione amministrativa del potere di annullare l'atto. L'articolo 113 al suo ultimo comma prevede che *la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa*.

Nondimeno, l'articolo 2908 c.c. nel disporre che *“Nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa”* prevede la regola della tassatività delle pronunce costitutive (tra i quali si annovera anche la pronuncia di annullamento) esperibili dinanzi al G.O..

Il G.O. vanta quindi il potere di caducare l'atto amministrativo nei casi espressamente individuati dalla legge. In tali ipotesi non sussistendo i limiti di cui alla legge abolitiva del contenzioso, non sorgono particolari questioni essendo pacificamente ammessa l'esperibilità dinanzi al G.O. dell'azione di annullamento³¹⁵.

³¹⁴ P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, SATTA F. «Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo», in Riv. trim. dir. e proc. civ., XIX, 567-636.; PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie tra privati e Pubblica Amministrazione*; S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. V. Milano 2003 V.

³¹⁵ Si discute tuttavia su i limiti entro cui il Legislatore possa fornire al G.O. il potere di annullare atti amministrativi. In particolare, l'orientamento prevalente evidenzia la necessità di leggere l'articolo 113 ult. comma Cost. alla luce delle altre disposizioni di rango costituzionale sul riparto di giurisdizione. In altre parole, il Legislatore non deve arrivare a prevedere casi in cui il G.O. conosca di soli interessi legittimi. L'ipotetica previsione che consentisse al G.O. di esercitare poteri caducatori nei confronti di atti amministrativi in ipotesi coinvolgenti solo interessi legittimi non si sottrarrebbe alla censura di legittimità costituzionale per violazione del disposto di cui agli artt. 24, 103 e 111 Cost.. In altre parole, il Legislatore nel conferire il potere di annullare l'atto al G.O. deve rispettare i criteri di riparto di giurisdizione GALLI R. *Nuovo corso di diritto amministrativo* 2016, CARINGELLA, *Trattato di giustizia amministrativa* 2012.

Si riconosce l'opportunità della giurisdizione piena del G.O. nei casi in cui essa sia propedeutica ad assicurare una più completa ed effettiva tutela e protezione ai *diritti che si assumono lesi in giudizio dal provvedimento*³¹⁶. Come evidenziato nella premessa al presente capitolo, gli articoli 24, 103, 111, 113 Cost. e 13 della CEDU richiedono che a fronte dell'esercizio del potere ogni situazione giuridica soggettiva, qualsiasi sia la sua natura, debba trovare piena tutela giurisdizionale.

E' stato osservato come in tali casi il giudice ordinario avrebbe sempre la possibilità (anche d'ufficio) di disapplicare *in via principale* gli atti amministrativi direttamente lesivi di diritti ai sensi dell'articolo 5 della L.A.C.. La minor tutela potrebbe allora derivare non tanto dalla mancanza del potere di annullamento quanto dalla posticipazione della tutela effettiva nella fase dell'ottemperanza: laddove l'Autorità amministrativa deve adeguarsi a quanto statuito dal G.O. in sede di disapplicazione³¹⁷. In ipotesi di inerzia o inadempimento dovrebbe attendersi l'esito del ricorso in ottemperanza. A ciò potrebbe ovviarsi accordando una tutela cautelare d'urgenza e consentendo al giudice di condannare ad un *facere* l'Amministrazione al fine di dare piena soddisfazione del diritto fondamentale (vd. *infra*).

Ad ogni modo, se la caducazione dell'atto è indispensabile in via immediata al fine di assicurare una tutela piena ed effettiva del diritto, il Legislatore è pienamente giustificato nel prevedere ipotesi di giurisdizione piena del G.O.

In tal senso la Corte costituzionale nelle note sentenze n. 140 e 165 del 2001 nonché 525 del 2002, ha rilevato che *rientra nella discrezionalità del legislatore l'attribuzione ad un giudice (sia amministrativo, sia ordinario) in sede di decisione di ricorso giurisdizionale, del potere di annullare (nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa: art. 113, terzo comma, Costituzione) un atto amministrativo*. Tale scelta non appare manifestamente irragionevole, quando lo stesso legislatore ritenga che *detti strumenti processuali rispondano alla esigenza di rafforzare la effettività, la tempestività e l'ampiezza della tutela giurisdizionale, specie se questa tutela coinvolga diritti fondamentali della persona*.

³¹⁶ M. NIGRO, op cit., E. CAPACCIOLI, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa in Diritto e processo*, L. MONTESANO, *Principi costituzionali e sindacato del giudice civile sull'atto amministrativo* in Riv. Dir. proc. 1981; E. CANNADA BARTOLI, op. cit., A: ROMANO, op.cit.

³¹⁷ M. NIGRO, op cit.,

Di qui, nelle controversie di diritto pubblico attribuite dalla legge alla giurisdizione del giudice ordinario, quest'ultimo può annullare, revocare e modificare il provvedimento in questione³¹⁸.

Con precipuo riferimento al giudizio di opposizione ai provvedimenti del **Garante in materia di dati personali**, l'art. 152 del D.l.vo n. 196/2003 (ora art. 10 comma VI del d.lgs. n. 150 del 2011), prevede che *"con la sentenza il giudice, anche in deroga al divieto di cui all'articolo 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E), quando è necessario anche in relazione all'eventuale atto del soggetto pubblico titolare o responsabile, accoglie o rigetta la domanda, in tutto o in parte, prescrive le misure necessarie, dispone sul risarcimento del danno, ove richiesto, e pone a carico della parte soccombente le spese del procedimento"*.³¹⁹ Al riguardo la giurisprudenza della Suprema Corte ha avuto modo di confermare che, in forza di tale previsione, il giudice ordinario in materia di privacy provvede nel modo che ritiene più opportuno³²⁰. Il giudice ordinario annulla provvedimenti aventi natura discrezionale. Si pensi, come visto al II cap., al caso dell'illegittimità di provvedimenti amministrativi adottati dal titolare del trattamento (ente pubblico) di dati sensibili, frutto di valutazioni di tipo discrezionale, di contemperamento di interessi pubblici e privati, cui si correlano posizioni pacificamente riconducibili all'interesse legittimo (art. 11 Codice privacy).

Nel contenzioso sulle **sanzioni amministrative pecuniarie** (art. 22 e ss., l. n. 689/1981), ai sensi dell'articolo 6, co. 12, del d.lgs. n. 150 del 2011³²¹, il giudice ordinario, conosce dell'opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione, potendo *annullare, sospendere e revocare il provvedimento amministrativo e finanche determinare l'entità della sanzione*. E nel caso delle sanzioni della BCI o della

³¹⁸ Tra queste sono comprese le controversie in materia di trattamenti sanitari obbligatori (art. 35, l. n. 833/1978 e art. 5 l. n. 180/1978); di provvedimenti di espulsione dello straniero (art. 13, d.lgs. 286/1998 e ss. mm.), la tutela dello straniero contro le discriminazioni (art. 44 del d.lgs. n. 286/1998 e ss.mm.) dei pubblici registri a carattere costitutivo (d.p.r. 396/2000, art. 95). Ancora,

³¹⁹ La Suprema Corte ha confermato come in siffatte ipotesi il g.o. provvede nel modo che ritiene più opportuno, *"anche in deroga all'art. 4 della 20 marzo 1865 n.2248"*, si vd. Cass. 1.4.2009 n.7958

³²⁰ Cfr. Cass. 1.4.2009 n. 7958.

³²¹ Ai sensi della norma in esame: *"Con la sentenza che accoglie l'opposizione il giudice puo' annullare in tutto o in parte l'ordinanza o modificarla anche limitatamente all'entita' della sanzione dovuta, che e' determinata in una misura in ogni caso non inferiore al minimo editale. Nel giudizio di opposizione davanti al giudice di pace non si applica l'articolo 113, secondo comma, del codice di procedura civile"*.

CONSOB, adottate a seguito dell'esercizio di poteri di vigilanza, il giudice ordinario interviene caducando atti evidentemente riconducibili all'esercizio del potere (art. 145 D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 - testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia- TUBC- art. 195 del Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 -testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia-TUIF).

Parimenti, azioni costitutive oltre i limiti di cui all'articolo 4 della L.A.C. sono ex lege esperibili dinanzi al g.o. **nella materia elettorale**. L'art. 22 del d.lgs. n. 150 del 2011 nel disciplinare le azioni popolari e le controversie in materia di eleggibilità, decadenza ed incompatibilità nelle elezioni comunali, provinciali e regionali (di cui all'articolo 82, primo e secondo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 16 maggio 1960, n. 570 e quelle previste dall'articolo 7, secondo comma, della legge 23 dicembre 1966, n. 1147 e quelle previste dall'articolo 19 della legge 17 febbraio 1968, n. 108, e quelle previste dall'articolo 70 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267) , prevede al comma 12 che il giudice, quando accoglie il ricorso, corregge il risultato delle elezioni e sostituisce ai candidati illegittimamente proclamati coloro che hanno diritto di esserlo. Si tratta di una giurisdizione estesa al merito della controversia, con possibilità del giudice ordinario di sostituirsi all'Amministrazione annullandone gli atti. Come visto, in materia di incandidabilità ai sensi del d.lgs. n. 235 del 2012, i provvedimenti dell'Autorità sono adottati contemperando il diritto del candidato a godere dell'elettorato passivo con gli interessi generali al buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) ed al diritto della generalità dei consociati a che il voto vada esente da *contaminazioni*³²².

Di qui, il giudice ordinario conosce di controversie di diritto pubblico senza i limiti della L.A.C., potendo annullare atti frutto di scelte discrezionali dell'Amministrazione.

E' rispetto ad esse che si evidenzia la scelta del Legislatore a favore della giurisdizione ordinaria che implica, dunque, l'abbandono del tradizionale criterio di riparto di giurisdizione con l'adozione di un criterio *ratione materiae*³²³ che superi il

³²² Ruggiero Di Pace, *op. cit.*

³²³ Sassani, B., La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in Riv. dir. proc., 1999

nodo gordiano della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi³²⁴ e rimetta ad un unico plesso giurisdizionale tutti i poteri idonei a dare effettiva protezione alla situazione giuridica dedotta in giudizio.

8. Le altre azioni costitutive diverse dall'annullamento.

Dinanzi al giudice ordinario è pacificamente ammessa l'azione costitutiva volta ad ottenere attraverso la sentenza la costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale o di una situazione giuridica soggettiva (art. 2908 c.c.) nei confronti dell'Amministrazione. Si pensi alla sentenza di annullamento di un contratto (art. 1427 c.c.) o di una delibera assembleare (art. 2377 c.c.) o di scioglimento di una comunione (art. 1111 c.c.)³²⁵. In tutti questi casi, non si tratta di controversie di diritto pubblico, ma di controversie aventi ad oggetto rapporti interprivatistici.

Dopo alcune oscillazioni, la giurisprudenza è giunta ad ammettere la proponibilità nei confronti della Pubblica Amministrazione dell'azione costitutiva di cui all'articolo 2932 c.c., idonea a produrre gli stessi effetti che avrebbe prodotto la stipula di un contratto non avvenuta in violazione di un negozio preliminare (1351 c.c.)³²⁶.

Secondo la tesi negativa, l'inammissibilità dell'azione ex art. 2932 c.c. nei confronti della P.A. riposava nel divieto di per il giudice di sostituirsi all'Amministrazione nelle sue scelte discrezionali, emanando una sentenza che ai sensi dell'art. 2932 c.c. producesse gli effetti del contratto che la stessa non ha voluto concludere³²⁷.

Tuttavia, la tesi positiva, ora prevalente in giurisprudenza, ammette l'azione di cui all'articolo 2932 c.c. nei confronti della P.A. rilevando condivisibilmente come la

³²⁴ SASSANI B., La giurisdizione esclusiva, in Trattato di Diritto amministrativo a cura di CASSESE S.

³²⁵ C.CONSOLO, *la tutela di merito, cautelare ed esecutiva ed il rapporto giuridico processuale* 2014; P. LUISO, *Istituzioni di diritto processuale*. 2014; VIRGA, *La tutela giurisdizionale op. cit.* CHIOVENDA *istituzioni di diritto processuale civile*

³²⁶ V.CERULLI IRELLI, *op. cit.* P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, 1966; M. MONTESANO, *Obblighi di fare e azioni civili contro la Pubblica Amministrazione*, 1961

³²⁷ Cass. SS.UU. n. 2950 del 1960 in *foro it.*

tutela dei diritti soggettivi deve essere piena in virtù dei precetti costituzionali (artt. 24, 103 e 113 Cost.). La stessa deve essere completa e non soffrire eccezioni salvo il limite esterno per il g.o. di interferire con l'attività strettamente pubblicistica³²⁸.

Mediante l'azione costitutiva dell'obbligo di contrarre il giudice non impone alcunchè alla p.a. limitandosi ad attuare la legge attraverso una pronuncia che non è preclusa dall'articolo 4 LAC poiché *ope iudicis* si crea un nuovo rapporto di tipo privatistico.

Ogni eventuale valutazione relativa all'interesse pubblico è già stata compiuta con l'autorizzazione iniziale a contrarre e a stipulare un negozio preliminare. DI qui, il giudice interviene a dare tutela a diritti nascenti da rapporti paritetici, dominati dalla *lex contractus* e dove vige il principio *pacta sunt servanda* (art. 1372 c.c.).

L'ente pubblico stipulando il contratto preliminare ha affidato definitivamente la disciplina del rapporto al regime di diritto privato e non sussistono più margini per l'esercizio del pubblico potere. Dal preliminare sorge l'obbligo di stipulare il definitivo.

La pronuncia adottata dal giudice costituisce un rapporto giuridico di natura privatistica soddisfacendo la pretesa dell'attore insoddisfatto per la mancata stipula del definitivo. Non sussiste alcuna illegittima interferenza del giudice ordinario nella sfera del pubblico potere³²⁹.

9. L'azione dichiarativa

L'azione dichiarativa mira all'accertamento della esistenza o inesistenza di un rapporto giuridico controverso o incerto tra le parti. L'attore vuole acquisire una certezza giuridica intorno ad una situazione giuridica soggettiva che viene messa in discussione dalla pretesa o dalla contestazione del convenuto. Legittimato ad agire è chi si assume titolare del diritto su cui sorgono dubbi circa la reale sussistenza³³⁰.

³²⁸ Da Cass. SS.UU. 2369 del 1983 la giurisprudenza è stata fino ad oggi concorde nell'ammettere l'azione ex art. 2932c.c. dinanzi al G.O.

³²⁹ G.GRECO, *I contratti dell'Amministrazione*, cit.

³³⁰ Per un'analisi completa dell'istituto si rinvia ai lavori di illustri processualciviliisti C.CONSOLO, *la tutela di merito, cautelare ed esecutiva ed il rapporto giuridico processuale* 2014; P. LUISO, *Istituzioni di diritto processuale*. 2014L'interesse ad agire è pacificamente individuato dalla giurisprudenza nella mera opportunità di chiarire la sussistenza o meno di un diritto. La lesione si

L'azione di accertamento è ammessa all'unanimità nelle controversie di diritto pubblico dinanzi al giudice ordinario non comportando alcun superamento dei limiti esterni alla giurisdizione.

Essa può risultare utile all'attore al fine di dichiarare l'inesistenza di obblighi di fare, non fare o dare nei confronti della P.A., eliminando lo stato di incertezza circa un rapporto giuridico anche nascente da provvedimenti amministrativi. In tali casi, come si vedrà, il giudice ordinario conosce solo incidentalmente dell'illegittimità del provvedimento presupposto in caso disapplicandolo.

Ulteriore campo di applicazione si registra nelle ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo per mancanza degli elementi essenziali, per difetto assoluto di attribuzione (a cui si aggiunge l'incompetenza assoluta), nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge (art. 21 septies legge n. 241 del 1990)³³¹.

In tutti questi casi è pacifico come non sussista alcun limite per l'autorità giudiziaria ordinaria di dichiarare l'invalidità dell'atto amministrativo. Il provvedimento viene dichiarato *tamquam non esset*. La cognizione del giudice non ha ad oggetto una manifestazione di esercizio del pubblico potere e pertanto non sono superati i limiti esterni della giurisdizione.

Resta inammissibile l'esperibilità dinanzi al giudice ordinario dell'azione di nullità del provvedimento adottato in elusione e violazione del giudicato (art. 21 septies legge n. 241 del 1990) la cui cognizione è rimessa al giudice dell'ottemperanza in sede di giurisdizione amministrativa estesa al merito (art. 112, 134 c.p.a.). Qui il limite non è dettato dal principio di separazione dei poteri ma da difetto di giurisdizione in capo al giudice ordinario.

D'altro canto, non è ammessa l'azione di nullità per atti emessi dalla P.A. in *carezza di potere in concreto*. La giurisprudenza è pacifica nel ritenere come l'art. 21

individua nel mero vanto del convenuto rispetto a diritti di cui l'attore si ritiene titolare. Esempio di tale azione è l'actio negatoria (art. 949 c.p.c.) con cui il proprietario chiede al giudice una pronuncia che accerti che la sua proprietà sia libera dai pesi e dalla servitù che il convenuto pretende di esercitare; VIRGA, *La tutela giurisdizionale op. cit.* CHIOVENDA *Istituzioni di diritto processuale civile*;

³³¹ P. VIRGA, *op.cit.*, A. CARBONE, *La nullità*, in *Il processo amministrativo nella giurisprudenza : commento sistematico ai principali istituti : testo aggiornato al Decreto correttivo al Codice del processo amministrativo (D. lsg. 15 novembre 2011, n. 195)*, 2012; A. ROMANO, *La nullità del provvedimento amministrativo in L'azione amministrativa* a cura di A. ROMANO, 2016

septies della Legge n. 241 del 1990, nell'introdurre in via generale la categoria normativa della nullità del provvedimento amministrativo, ha ricondotto a tale radicale patologia il solo difetto assoluto di attribuzione, che evoca la c.d. carenza in astratto del potere, cioè l'assenza in astratto di qualsivoglia norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento amministrativo, con ciò facendo implicitamente rientrare nell'area dell'annullabilità i casi della c.d. carenza di potere in concreto, ossia del potere, pur astrattamente sussistente, esercitato senza i presupposti di legge (tra cui si faceva rientrare il decreto di esproprio adottato oltre il termine della dichiarazione di pubblica utilità non può considerarsi nullo per carenza di potere, ma illegittimo, e quindi annullabile). In tali ipotesi vigerebbe dunque la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo³³².

10. L'azione di condanna.

Con l'azione di condanna, l'attore tende ad ottenere una pronuncia che costringa il convenuto a dare, fare o non fare: oggetto della pretesa è un diritto di credito che si assume inadempito. La condanna aggiunge un elemento alla tutela di accertamento: consente infatti all'attore di ottenere un titolo esecutivo per ottenere l'esecuzione forzata (474 c.p.c.)³³³.

Pacificamente si ammette la condanna della Pubblica amministrazione al rilascio di un bene immobile attraverso le forme del procedimento di convalida di sfratto (Cass., 17.5.1995 n. 1737).

Parimenti, la condanna al pagamento di somme di denaro nei confronti della P.A. è ammessa, anche nelle forme del procedimento di ingiunzione ex artt. 633 ss. cod. civ.³³⁴, salvo alcune deroghe alla comune disciplina dell'esecuzione forzata (*infra*).

³³² Cfr. T.A.R. Umbria Perugia Sez. I, 21-04-2015, n. 189.

³³³ Per un approfondimento di matrice processualcivilistica si rinvia; C.CONSOLO, *la tutela di merito, cautelare ed esecutiva ed il rapporto giuridico processuale* 2014; P.LUISSO *Istituzioni di diritto processuale*. 2014; VIRGA, *La tutela giurisdizionale op. cit.* CHIOVENDA *istituzioni di diritto processuale civile*; Legittimato ad agire e a contraddire sono rispettivamente il titolare del diritto e colui che lo ha violato o non lo ha soddisfatto; l'interesse ad agire è dato dalla lesione effettiva del diritto nascente dal mancato adempimento dell'obbligo

³³⁴ Cfr. Cass., 14.5.1990 n. 4143.

E' chiaro come in tali casi il giudice non si ingerisca in alcun modo nel merito delle scelte amministrative³³⁵.

SI è a lungo discusso in passato sull'esperibilità dinanzi al giudice ordinario dell'**azione risarcitoria dei danni derivanti dall'illegittimo esercizio del potere**.

In principio, si escludeva la proponibilità dell'azione risarcitoria dei danni provocati alle situazioni giuridiche dall'illegittimo provvedimento, qualora quest'ultimo non fosse stato annullato. Secondo la nota tesi della pregiudizialità amministrativa, la tutela risarcitoria non era più ammessa spirati i termini per ottenere la caducazione del provvedimento. Ammettendo la disapplicazione da parte del G.O. si sarebbe surrettiziamente aggirato il termine decadenziale dell'azione di annullamento, con un ingiustificato vulnus al principio di certezza dell'attività amministrativa ad esso sotteso.

Tuttavia, le suesposte considerazioni venivano superate dalle SS.UU. della Cassazione nella sentenza n. 500 del 1999, secondo cui era sempre possibile la disapplicazione in via principale dell'atto utile ai fini della pronuncia risarcitoria nelle ipotesi di responsabilità della P.A. per lesione derivante da illegittima attività provvedimentale. In tali casi, non era necessario adire la P.A. per ottenere l'annullamento ma bastava rivolgersi al G.O. che avrebbe accertato la sussistenza della responsabilità in capo alla P.A. disapplicando il provvedimento illegittimo ritenuto lesivo. Si afferma così la generale risarcibilità degli interessi legittimi. L'*ingiustizia* del danno di cui all'articolo 2043 c.c. sussiste anche in ipotesi di lesione dell'interesse legittimo. Dall'illecito extracontrattuale sorge l'obbligo risarcitorio, oggetto della pretesa di diritto soggettivo vantata dal danneggiato nei confronti della P.A. danneggiante³³⁶.

³³⁵ V.CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016 P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, 1966; ex multis, Cass. SS.UU. n. 3291 del 1981; n. 5813 del 1985

³³⁶ In sintesi, la tesi sostenuta dalla sentenza n.500/1999 della Cass. ribalta l'orientamento fino allora prevalente, di seguito brevemente descritto. SI parte dal presupposto che dinanzi al provvedimento (anche se invalido ma efficace) il diritto degradi ad interesse legittimo. Pertanto, alla luce del criterio di riparto fondato sulla causa petendi, ossia sulla natura della situazione giuridica dedotta in giudizio, nei confronti del potere non dovrebbe sussistere il sindacato del G.O., se non nei limiti di cui ai suesposti articoli 4 e 5 LAC e fatte salve le ipotesi di giurisdizione piena. Di qui, di regola, spirati i termini di decadenza per l'impugnazione del provvedimento amministrativo non sarebbe più ammessa la tutela risarcitoria dinanzi al G.O., essendo costui impossibilitato a provvedere

Il G.O. era dunque competente a conoscere delle relative liti in materia risarcitoria, potendo disapplicare l'atto in via principale, quale fonte diretta della lesione al bene tutelato.

Ma l'ambito di applicazione della disapplicazione in via principale scema definitivamente con l'introduzione della legge n. 205 del 2000 e, successivamente, del codice del processo amministrativo (d. lgs. N. 104 del 2010 all'articolo 30).

Le suesposte novelle normative hanno rimesso al G.A. le controversie risarcitorie dei danni provocati dall'esercizio del pubblico potere. Come è stato ribadito dalla Corte costituzionale, l'azione risarcitoria è uno strumento di tutela indispensabile al fine di garantire in modo pieno ed effettivo la soddisfazione dell'interesse legittimo, quanto meno attraverso il ristoro per equivalente. L'azione è esperibile anche in via autonoma rispetto alla domanda di annullamento ed oltre i termini decadenziali a cui quest'ultima è sottoposta (art. 30 c.p.a.). Per ragioni di concentrazione delle tutele le relative liti vanno ascritte al G.A. e, precisamente, alla giurisdizione generale di legittimità³³⁷.

La giurisprudenza è così ferma nell'affermare l'esperibilità dinanzi al G.A. dei rimedi risarcitori di cui al c.p.a. in ogni ipotesi di danni derivanti dal cattivo esercizio del potere³³⁸.

alla disapplicazione in via diretta dell'atto stesso. Diversamente argomentando, si sarebbero aggirati i termini di decadenza dell'azione impugnatoria. IN altre parole, secondo la nota tesi della pregiudizialità amministrativa, il cittadino che si assume leso da un provvedimento illegittimo della Pa. deve prima adire il G.A. per ottenerne l'annullamento e poi azionare il rimedio risarcitorio dinanzi al G.O. Di qui, non vi era spazio per la disapplicazione diretta. Peraltro, il G.O. è vincolato dalla scelta del G.A. con effetti di giudicato circa la legittimità o meno del provvedimento. Tali assunti sono stati ribaltati dalla sentenza predetta delle SS.UU. della Cass., secondo cui l'azione risarcitoria è autonomamente esperibile dinanzi al G.O. che conoscerà dell'illegittimità dell'atto in via diretta, disapplicandolo, essendo esso parte della fattispecie dell'illecito aquiliano. Sussisteva poi una competenza per ragioni di connessione ex art. 7 della legge TAR qualora il privato avesse proposto dinanzi a tale autorità contestualmente domanda di annullamento e domanda di risarcimento del danno. Sussisteva quindi un'importante ipotesi di disapplicazione in via principale, venuta tuttavia meno con la legge n.205 del 2000 ed il successivo codice del processo amministrativo che hanno rimesso alla giurisdizione generale di legittimità del G.A. tali controversie risarcitorie in ossequio al principio di concentrazione ed effettività delle tutele.

³³⁷ Secondo la lettura fornita dalla Corte costituzionale (sent. n. 204 del 2004), l'azione risarcitoria rappresenta uno strumento (ulteriore all'azione demolitoria) a disposizione del privato per avere piena soddisfazione delle proprie ragioni dinanzi all'esercizio del pubblico potere (art. 24 Cost.).

³³⁸ Da ultimo Cons. di St. Ad. Pl. n. 6 del 2015

Per alcuni, il g.o dovrebbe comunque essere tutt'ora in grado di disapplicare in via principale l'atto amministrativo al fine di condannare l'Amministrazione al risarcimento del danno, qualora diversamente argomentando, si avrebbe un vulnus di tutela delle situazioni illegittimamente lese dai pubblici poteri in particolari ipotesi.

Innanzitutto, l'azione risarcitoria esperibile dinanzi al g.a. viene sottoposta al regime dettato dal codice del processo amministrativo che differisce in parte da quello di diritto comune. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo (art. 30 III co. I alinea, c.p.a.). L'azione aquiliana si prescrive invece nel termine quinquennale di cui all'art 2947 c.c..

Ancora, nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti (art. 30, III co. II alinea). Per alcuni, tale norma reintrodurrebbe la questione della pregiudizialità amministrativa che sembrava superata.

Ed in tal modo limita la quantificazione del danno risarcibile entro confini più stringenti rispetto a quelli previsti dal diritto comune.

Sul punto, si è anche paventata la violazione degli artt. 3, 24, 103 e 113 della Costituzione da parte dell'art. 30, comma 5, c.p.a., nella parte in cui prevede il suddetto termine di decadenza ³³⁹.

La suindicata disciplina sarebbe irragionevole ed eccessivamente comprimente il diritto di difesa, in quanto: A) alla base dei termini di decadenza, previsti in materia di annullamento di atti giuridici emanati da poteri pubblici e da soggetti privati, vi è l'esigenza di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici, (connessa al rilievo che l'atto pone un assetto di interessi rilevante sul piano superindividuale), quindi non è ragionevole prevedere un termine a pena di decadenza, anziché un congruo termine prescrizione – anche diverso da quello stabilito dal diritto comune (ove sussista una

³³⁹Si vd. la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tar Sicilia, sede di Palermo (con ordinanza del 7.9.2011) e poi del Tar Liguria (con ordinanza del 22.1.2014).

ragionevole giustificazione per la differenziazione) – per l’esercizio dell’azione risarcitoria, poiché l’esposizione del debitore alla domanda di risarcimento non incide sui rapporti giuridici di cui lo stesso soggetto è titolare, né sulla certezza delle situazioni e posizioni giuridiche correlate, rilevando solo sul piano della reintegrazione patrimoniale conseguente all’illecito; B) mentre nell’ipotesi di azione risarcitoria proposta autonomamente, ai sensi dell’art. 30, comma 1, c.p.a., l’accertamento – meramente incidentale e, pertanto, senza effetti sostanziali sul rapporto – della illegittimità del provvedimento lesivo potrebbe giustificare la previsione di tale termine, la definitiva certezza giuridica prodotta, sul rapporto, dal passaggio in giudicato della sentenza che annulla il provvedimento priva di giustificazione razionale la previsione di un brevissimo termine decadenziale per la proposizione dell’azione risarcitoria, incidente unicamente sul profilo della regolazione patrimoniale delle conseguenze dell’illecito.

Insomma, l’introduzione del termine decadenziale, in deroga al diritto comune, comprime significativamente le condizioni di accesso alla tutela risarcitoria e contraddice la finalità stessa della previsione dello strumento risarcitorio accanto a quello caducatorio nel sistema della tutela delle situazioni giuridiche soggettive dinanzi al pubblico potere, non realizzando l’esigenza di pienezza e di effettività della tutela stessa, principi, peraltro, affermati dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 204 del 2004 e 191 del 2006, in presenza di una disciplina dell’accesso al rimedio risarcitorio nei confronti della pubblica amministrazione regolata dal diritto comune.

Tali conclusioni non sembrerebbero condivisibili a fortiori in relazione a quelle controversie aventi ad oggetto il ristoro di interesse “oppositivi” pregiudicati dal cattivo uso di poteri pubblici che potrebbero pacificamente sussumersi nella categoria dei diritti. Si pensi ai casi d’illegittima espropriazione o, ancora più grave, di illecita occupazione avvenuta attraverso comportamenti, mediamente riconducibili al potere (come per le occupazioni d’urgenza protratte oltre il termine di efficacia della dichiarazione di p.u. o adottate in forza di una dichiarazione di pubblica utilità – *supra*).

Qui il diritto proprietario dovrebbe godere della tutela risarcitoria di diritto comune, assoggettata a termini di prescrizioni più lunghi e libera da ogni forma di pregiudizialità amministrativa.

Secondo una condivisibile tesi, qualora i comportamenti espropriativi siano comunque mediatamente riconducibili all'esercizio del potere dovrebbe affermarsi la giurisdizione esclusiva (tra i quali rientra la materia espropriativa: art. 133, I co. lett.g) c.p.a.- *supra*-) all'interno della quale deve esperirsi l'azione di condanna al risarcimento del danno per lesione di diritti soggettivi ai sensi dell'art. 30, co. 6 c.p.a..

La stessa domanda resterebbe poi soggetta al termine di prescrizione quinquennale previsto dall'art. 2947 c.c. per il diritto al risarcimento del danno derivante da illecito aquiliano (2043 c.c.). Il termine di cui all'articolo 30 co. III deve applicarsi solo nei casi di risarcimento per lesione di interessi legittimi.

Di qui si superebbero le disfunzioni segnalate e la tutela risarcitoria dei danni subiti dalla proprietà dall'illegittimo esercizio del potere non subirebbe limitazioni dinanzi al g.a..

D'altro canto, si ammette dinanzi al giudice ordinario la condanna al risarcimento di danni, anche in forma specifica (art. 2043 c.c.), subiti da diritti soggettivi in conseguenza di meri comportamenti dell'Amministrazione, neanche mediatamente riconducibili all'esercizio del potere. Si fa riferimento alle del cd. vie di fatto (*supra*).

Per la giurisprudenza più recente, l'occupazione e la manipolazione del bene immobile di un privato da parte della P.A. integrano infatti un illecito di natura permanente che dà luogo ad una pretesa risarcitoria. In caso di azione risarcitoria connessa ad una domanda petitoria, al proprietario sono dovuti i danni per il periodo durante il quale il privato ha subito la perdita delle utilità ricavabili dal bene sino al momento della restituzione; in caso di domanda solo risarcitoria per equivalente il danno va commisurato al valore venale del bene perso. Sempre la giurisprudenza precisa come la prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento dei danni decorra dalle singole annualità, quanto al danno per la perdita del godimento del bene, e dalla data della domanda, quanto alla reintegrazione per equivalente; poiché per tutto il

periodo dell'occupazione l'Amministrazione ha posto in essere un illecito di natura permanente³⁴⁰.

La giurisprudenza tuttavia oppone alle pretese volte ad ottenere il risarcimento in forma specifica dei danni occorsi in seguito all'illecito spossessamento i limiti di cui agli articolo 2058. La condanna al ripristino dello status quo ante l'illecito deve essere in tutto ed in parte possibile e non eccessivamente oneroso (art. 2058 c.c.). D'altro canto, la distruzione dell'opera pubblica, eventualmente compiuta nel periodo di occupazione sine titolo, soggiace altresì ai limiti dell'esecuzione forzata degli obblighi di non fare, che non può aversi qualora da ciò possa derivare un pregiudizio all'economia nazionale (art. 2933 II co. c.c.). Valutazione quest'ultima rimessa all'apprezzamento discrezionale del giudice ordinario e normalmente positiva dinanzi ad opere pubbliche ormai compiute anche in seguito ad illecite occupazione³⁴¹.

Qualche perplessità altresì sorge con riferimento alla condanna dell'Amministrazione ad adempiere gli obblighi nascenti dalla cd. ***negotiorum gestio*** di cui all'articolo 2028 c.c. o dalla fattispecie **dell'arricchimento senza causa** di cui all'articolo 2041 c.c..

Com'è noto, il fatto della gestione di affari altrui iniziata scientemente (e cioè nella convinzione che si tratti di affari non propri) e utilmente (con riferimento alla sfera patrimoniale dell'interessato) da qualcuno senza esservi obbligato. Detto fatto produce in capo all'interessato l'obbligo di adempiere alle obbligazioni assunte dal gestore nel suo interesse e di rimborsargli le spese "necessarie o utili" alla gestione, oltre ad accessori ed interessi (artt. 2028)³⁴².

L'art. 2041 contempla invece l'azione generale di arricchimento: chi si è arricchito senza causa a danno di un'altra persona, è tenuto a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale ovvero a restituire la cosa

³⁴⁰ Cass. SS. UU. n. 22096 del 2015 e 735 del 2015.

³⁴¹ Cass. sez. I. n. 2341 del 1982; Cass. SS.UU. n. 4741 del 1981

³⁴² Va comunque rilevato come l'applicazione dell'istituto della gestione d'affari sia recentemente quasi del tutto scomparsa nei rapporti tra privato e P.A.. Nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi o forniture, ovvero di progettazione per la realizzazione di un'opera pubblica, si nega che sussista la possibilità di una *negotiorum gestio* in favore dell'Amministrazione interessata (TAR Lazio, I, 31.7.2007 n. 7283 afferma che dal cod. contr. pubbl. "...emerge una vera e propria *prohibitio legis* a che sia un soggetto diverso dall'amministrazione interessata ad avviare e gestire il procedimento volto all'affidamento di un incarico di progettazione di un'opera pubblica).

oggetto dell'arricchimento, se ancora sussistente. L'obbligazione è limitata nel quantum all'entità dell'arricchimento effettivamente prodottosi in capo al beneficiario.

Si rileva come tanto il fatto della negotiorum gestio quanto il fatto dell'indebito arricchimento senza causa siano produttive di obbligazioni in capo ad organizzazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 1173 c.c. (fonti dell'obbligazioni sono anche tutti i fatti o atti idonei a produrle per l'ordinamento). Si è infatti parlato di *quasi contratti*³⁴³.

La giurisprudenza ordinaria ammette tali azioni di condanna anche nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Tuttavia si richiede che l'Autorità pubblica abbia approvato (esplicitamente, con apposito atto di riconoscimento, ovvero mediante il fatto dell'utilizzazione) l'operato del gestore³⁴⁴. Sul punto si evidenzia come il riconoscimento dell'*utiliter coeptum*, necessario perché la gestione produca obblighi in capo all'interessato, se è pacificamente affidato al giudice nei rapporti di diritto comune, in quelli di diritto pubblico (e nelle relative controversie) resta riservato all'Amministrazione. Di qui, esemplificando, nel caso di progettazione di un'opera pubblica, qualora l'apporto del professionista-progettista sia intervenuto senza previo conferimento di un incarico e sia stato comunque utilizzato per chiedere il finanziamento dell'opera, *"l'ente pubblico è tenuto a compensare il professionista nei limiti del vantaggio conseguito attraverso l'utilizzazione concretamente fatta dell'elaborato"*³⁴⁵.

Ciò dipende dal generale divieto di ingerenza del giudice ordinario nelle scelte discrezionali dell'Amministrazione.

Tuttavia, una recentissima pronuncia ha escluso che il riconoscimento dell'utilità costituisca requisito dell'azione di indebito arricchimento; di qui, *"il privato attore ex art. 2041 nei confronti della Pubblica Amministrazione deve provare, ed il giudice accertare, il solo fatto oggettivo dell'arricchimento, senza che*

³⁴³ P. RESCIGNO., *Manuale di diritto privato italiano*, 1994

³⁴⁴ (Cass. civ. Sez. III, 06-08-2010, n. 18378). Non è ritenuta necessaria l'approvazione nel caso in cui la prestazione sia consistita nel pagamento di una spesa obbligatoria (Cass. 23.2.1950 n. 416; 24.7.1953 n. 2500; 14.8.1953 n. 2747). La giurisprudenza richiede quindi che il soggetto pubblico riconosca, con esplicito atto ovvero implicitamente attraverso la concreta utilizzazione dell'opera, della fornitura, etc., prestata dal terzo, l'utilità della stessa (tra le tante, Cass. 26.11.1986 n. 6981; 18.2.1987 n. 1753; S.U. 18.3.1988 n. 2479; 28.10.1995 n. 11303; 12.7.2007 n. 15625; 8.10.2008 n. 24772).

³⁴⁵ SI vd. Cass. n. 698/1986 cit..

l'Amministrazione possa opporre il mancato riconoscimento dello stesso, potendo essa, piuttosto, eccepire e dimostrare che l'arricchimento non fu voluto e non fu consapevole”³⁴⁶

Tale scelta sembra ampiamente condivisibile, poiché la controversia in esame non attiene evidentemente a momenti di esercizio del potere ma semmai ha ad oggetto l'esistenza o meno dei presupposti legali per la nascita dell'obbligazione di cui agli articoli 2028 e 2031 c.c.. In caso di inadempimento, le relative azioni di condanna nei confronti della P.A. non sopportano alcun limite “esterno” della giurisdizione ordinaria.

11. La condanna dell'Amministrazione *ad un facere*.

La condanna dell'Amministrazione *ad un facere* è invece tradizionalmente esclusa, laddove interferisca con un'attività provvedimentale riservata alla P.A. Diversamente argomentando si violerebbe il generale divieto del giudice ordinario di superare i limiti esterni della giurisdizione, straripando nel merito delle scelte amministrative.³⁴⁷

D'altro canto, è pacificamente ammessa la possibilità del g.o. di condannare l'Amministrazione ad adottare uno specifico comportamento qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge nelle cd. ipotesi di giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico (vd. *Supra* II cap.). Ossia in tutti quei casi dove il Legislatore ha scelto in favore della giurisdizione ordinaria abbandonando il tradizionale criterio di riparto di giurisdizione con l'adozione di un criterio *ratione materiae*³⁴⁸ che superi il nodo gordiano della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi³⁴⁹.

³⁴⁶ Si vd. Cass. SS.UU., n.10798/2015.

³⁴⁷ Già la dottrina classica rilevava come il giudice non potesse usurpare l'esercizio di una potestà pubblicistica riservata all'esecutivo. Di qui, si interpretava estensivamente il divieto di cui all'articolo 4 della legge L.A.C. che impedisce al giudice ord. non solo di *revocare* o *modificare* l'atto amministrativo, ma di ingerirsi in alcun modo nella sfera delle scelte dell'Amministrazione; CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla Giustizia amministrativa*, Milano

³⁴⁸ Sassani, B., La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in Riv. dir. proc., 1999

³⁴⁹ SASSANI B., La giurisdizione esclusiva, in Trattato di Diritto amministrativo a cura di CASSESE S

Diversamente argomentando, si escluderebbe una tutela effettiva alla situazione giuridica dedotta in giudizio in quanto lesa dal pubblico potere³⁵⁰. In questi i casi, il Legislatore ritiene che lo strumento processuale della condanna ad un facere specifico risponda alla esigenza di rafforzare la effettività, la tempestività e l'ampiezza della tutela giurisdizionale, specie se questa tutela coinvolga diritti soggettivi³⁵¹.

Si è parlato di giurisdizione *piena* del giudice ordinario, ossia oltre i limiti della L.A.C..

L'ordinamento consente al giudice ordinario di condannare ad un facere la pubblica amministrazione nelle controversie in materia di discriminazione di cui all'articolo 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Azione civile contro la discriminazione dell'immigrato straniero), quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215 (Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.), quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216 (Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.), quelle di cui all'articolo 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67 (Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni), e quelle di cui all'articolo 55-quinquies del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246.).

In tutte le suddette ipotesi, l'articolo 28 del d.lgs. n. 150 del 2011, al V comma, dispone che con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice ordinario possa condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, *anche nei confronti della pubblica amministrazione*, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti. Al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, il giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

³⁵⁰ Su tutti si rinvia a FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della Pubblica Amministrazione*, Torino 2002 MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. V. Milano 2003 V

³⁵¹ C. cost. n. 235 del 2005.

E la giurisprudenza è pacifica nel riconoscere la giurisdizione ordinaria in ogni caso in cui in comportamento leda il diritto a non essere discriminato, anche qualora lo stesso sia riconducibile all'esercizio di un potere da parte della P.A.

E' chiaro come in tali casi la condanna ad un *facere* nei confronti della P.A. è ammessa per assicurare protezione ad interessi meritevoli di tutela se lesi dal pubblico.

Ancora, con precipuo riferimento alla materia dell'espropriazioni per pubblica utilità, si è a lungo discusso della possibilità di ottenere dal giudice ordinario una condanna alla restituzione del bene illegittimamente occupato, attraverso l'azione di rivendica di cui all'articolo 948 c.c. Parimenti, si discuteva sull'eseribilità di condanne risarcitorie ai sensi dell'articolo 2043 c.c. volte alla reintegrazione in forma specifica di beni lesi da comportamenti illeciti della P.A.³⁵²

Ad oggi, la tesi prevalente afferma l'ammissibilità delle suesposte azioni in tutti i casi in cui l'Amministrazione abbia agito attraverso atti in alcun modo ricollegabili all'esercizio del potere e lesivi della proprietà privata. Si tratta delle ipotesi di nullità del provvedimento per i casi, già visti, di cui all'articolo 21 *septies* della legge n. 241 del 1990 e delle *vie di fatto*³⁵³. Nel primo caso, l'atto è adottato dall'Amministrazione in difetto assoluto di attribuzione (carenza di potere in astratto). Nel secondo caso, il comportamento è posto in essere in via di fatto, *sin titulo* e senza potersi ricondurre all'esercizio del potere ablatorio, difettando la dichiarazione di pubblica utilità.

La Cassazione oggi accoglie tale orientamento rilevando come tutte le azioni a tutela della proprietà siano eseribili davanti al giudice ordinario nei confronti della P.A. quando *“il comportamento perseguito non si ricollegi ad un formale*

³⁵² In passato, la giurisprudenza (Cass. n.2341/1982; n. 4747/1981) aveva stabilito che *l'Amministrazione non potesse essere condannata alla restituzione del bene acquisito per mezzo di un atto di esproprio affetto da carenza di potere, sulla base del divieto di revoca dell'atto amministrativo della legge del 1865*. Inoltre, nel caso in cui *il decreto di esproprio fosse intervenuto nelle more del giudizio risarcitorio, la domanda ex art. 2043 si sarebbe convertita in quella di opposizione alla stima dell'indennità espropriativa* (Cass., S.U n. 4741/1981).

³⁵³ Si vd. tra i classici M.S. GIANNINI *Diritto amministrativo*; tra i recenti contributi, E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo* Giappichelli 2012; V. CERULLI-IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011; V.CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016 In g.za dal principio, Cass., S.U., 16.2.1983 n. 1464 e poi Cass. S.U., 17.4.2003 n. 6189; 1.7.2002 n. 9557; 16.6.2000 n. 443; 22.12.1999 n. 924. Resta invece esclusa dalla giurisdizione ordinaria la carenza di potere in concreto rimessa alla giurisdizione di legittimità in quanto vizio di illegittimità dell'atto ai sensi dell'articolo 21 *octies* della legge n. 241 del 1990 nei termini ampiamente indicati al capitolo II.

provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti, ma si concreti e si risolva in una mera attività materiale lesiva di diritti soggettivi o quando il provvedimento risulti adottato in stato d'evidente carenza d'attribuzione di funzioni, di modo che l'atto ha l'apparenza ma non la sostanza del provvedimento amministrativo idoneo a produrre l'effetto di degradazione del diritto soggettivo"³⁵⁴.

Nel contenzioso espropri devoluto alla giurisdizione ordinaria, maggior rilievo assumono proprio le controversie sorte in seguito a comportamenti adottati dalla P.A. in via di fatto e lesivi della proprietà³⁵⁵.

In questi casi, la tutela proprietaria deve godere di una tutela piena ed effettiva a fronte di comportamenti illeciti della P.A., non riconducibili in alcun modo alle forme di esercizio del potere espropriativo come disciplinato dal d.P.R. n. 329 del 2001, in ossequio ai presupposti ed alla riserva di legge disposta dall'articolo 42 Cost. e

³⁵⁴ Cfr. Cass. civ. Sez. Unite Sent., 08-06-2007, n. 13397, nel caso in cui un Comune aveva ordinato ed eseguito coattivamente lo "sgombero immediato" dei legittimi occupanti di un immobile, al di fuori dello schema procedimentale delle requisizioni e dell'occupazione d'urgenza, e dato luogo ad un'occupazione usurpativa, inidonea, pur a seguito di realizzazione di alcune opere, a realizzare gli effetti dell'accessione invertita. Ancora, *le azioni possessorie sono esperibili davanti al giudice ordinario nei confronti della P.A. quando il comportamento della medesima non si ricolleggi ad un formale provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti, ed avente contenuto, in senso lato, ablativo, ma si concreti e si risolva in una mera attività materiale lesiva di beni, dei quali il privato vanta il possesso; ove risulti, invece, sulla base del criterio del "petitum" sostanziale, che oggetto della tutela invocata non è una situazione possessoria, ma il controllo di legittimità dell'esercizio del potere, va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, competente essendo il giudice amministrativo. Ne consegue che va affermato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, ove il ricorrente, assumendo di essere stato molestato nel possesso di un terreno e di un'adiacente strada di sua proprietà, richieda la sospensione o l'eliminazione del provvedimento con cui l'amministrazione comunale abbia disposto la rimozione della recinzione e lo sgombero dell'area, al fine di ripristinare il libero transito dei mezzi agricoli usati da altri cittadini per raggiungere i propri fondi, non potendosi ravvisare nell'attività del Comune un disturbo di fatto del possesso del bene vantato dal privato, quanto l'esercizio di una potestà pubblicistica rientrante nelle competenze municipali in materia di urbanistica e di circolazione.* Si vd. Cass. civ. Sez. Unite, 21-06-2012, n. 10285stradale. Cass. civ. Sez. Unite, 21-06-2012, n. 10285; ancora, in assenza di un provvedimento amministrativo volto all'occupazione dell'area di proprietà privata, l'attività posta in essere dall'impresa incaricata dei lavori di urbanizzazione, nell'ambito del piano di lottizzazione - nella specie concretatasi nell'apertura di un passaggio prima inesistente - costituisce mera attività materiale, con la conseguenza che la giurisdizione sull'azione possessoria proposta dal privato interessato spetta al giudice ordinario. Si vd. Cass. civ. Sez. Unite Ordinanza, 19-10-2011, n. 21579 Cass. civ. Sez. Unite Sent., 02-07-2009, n. 15469

³⁵⁵ Le occupazioni precedute dalla dichiarazione di pubblica utilità, come ampiamente analizzato, rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quanto comportamenti mediamente riconducibili all'esercizio del potere.

dall'articolo 1 del I protocollo add. alla CEDU³⁵⁶. L'espropriazione può avvenire solo nelle forme di legge e per motivi di interesse generale. E l'occupazione di fatto di un suolo altrui da parte della P.A. è un comportamento dal quale non è possibile in alcun modo desumere una volontà provvedimentale ricollegabile all'esercizio del potere ablatorio.³⁵⁷

Tra le controversie in materia espropriativa di competenza del giudice ordinario, le problematiche più spinose sorgono nei casi in cui l'Amministrazione abbia irreversibilmente trasformato il terreno nel protrarsi dell'illecita occupazione in *vai di fatto*³⁵⁸.

Come osserva la giurisprudenza, la necessità di interpretare il diritto interno in conformità con il principio enunciato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui l'espropriazione deve sempre avvenire in "buona e debita forma", comporta che l'illecito spossessamento del privato da parte della P.A. e l'irreversibile trasformazione del suo terreno per la costruzione di un'opera pubblica non danno luogo, quando non vi sia stata dichiarazione di pubblica utilità, all'acquisto dell'area da parte dell'Amministrazione, sicché il privato ha diritto a chiederne la restituzione, salvo che non decida di abdicare al suo diritto e chiedere il risarcimento del danno per equivalente³⁵⁹.

Il proprietario può esperire l'azione di rivendica di cui all'articolo 948 c.c. chiedendo la restituzione del bene dall'Amministrazione che la possiede illecitamente. Tuttavia, tale azione richiede un rilevante onere probatorio in capo a chi agisce, sempre tenuto a dimostrare il titolo originario dell'acquisto della proprietà del bene, attraverso una prova che è stata definita *diabolica*, salva l'applicabilità della regola

³⁵⁶ L'art. 1 del I prot. CEDU recita che *ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale*. Sul punto, si vd. Corte EDU 30 maggio 2000, Soc. alberghiera Belvedere c. Italia; Carbonare e Ventura c. Italia; 29 marzo 2006, Scordino c. Italia

³⁵⁷ E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo* Giappichelli 2012

³⁵⁸ FOLLIERI, *La disciplina amministrativa dell'occupazione del suolo senza seguire le regole ordinarie dell'espropriazione, con particolare riferimento all'art. 42 bis T.U. espr.* In *Riv. Giur.* 2013

³⁵⁹ Cass. SS. UU. n. 22096 del 2015 e 735 del 2015. In dottrina, F. BILANCIA *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002.

della successione ed accessione del possesso valida per l'usucapione di beni immobili (artt. 1158 e ss. c.c.).

Ancora, la giurisprudenza afferma che l'Amministrazione, citata in giudizio dal proprietario dinanzi al giudice ordinario per ottenere la restituzione del bene illecitamente occupato, possa introdurre in via riconvenzionale una domanda volta all'accertamento dell'intervenuta usucapione (artt. 1168 c.c.). Ciò tuttavia solo a condizione che sia effettivamente configurabile il carattere non violento della condotta e si possa individuare il momento esatto della *interversio possessionis*³⁶⁰.

Non mancano critiche a tale orientamento. Sul punto si rileva come secondo il pensiero costante della giurisprudenza civile, si avrebbe violenza nel possesso quando questo è contrario alla volontà anche solo presunta del possessore spogliato. Di qui, vi sarebbe una presunzione di volontà contraria del possessore ogni volta che manchi la prova di una manifestazione univoca di consenso. Ed in ogni caso, è stato osservato come l'agere della P.A. in casi di occupazione illecita è caratterizzato da evidenti componenti di illegalità tali da individuare gli estremi di un aggressione all'altrui bene³⁶¹.

Nella realtà, il privato a fronte della irreversibile trasformazione dei terreni evita la via della tutela petitoria reipersecutoria, al fine di non essere coinvolto in attività spesso defatiganti.

Di qui, si ammette sempre l'esperibilità dinanzi al giudice ordinario dell'azione risarcitoria di cui all'articolo 2043 c.c., con i limiti di cui agli artt. 2058 e 2933 II co. c.c. ampiamente evidenziati nel precedente paragrafo (*supra*).

Pertanto, la Cassazione sostiene che se il proprietario in alternativa alla restituzione scelga l'opzione per una tutela risarcitoria, ciò implichi un'implicita rinuncia al diritto dominicale sul fondo irreversibilmente trasformato; ma tale rinuncia ha carattere abdicativo e non traslativo e da essa, perciò, non consegue, quale effetto automatico, l'acquisto della proprietà del fondo da parte dell'Amministrazione³⁶².

³⁶⁰ Cons. Stato (Ad. Plen.), 09-02-2016, n. 2

³⁶¹ E. BENETAZZO, *Occupazione "espropriativa", acquisizione "amministrativa" ed usucapione come rimedio "alternativo" all'applicazione dell'art. 42-bis del d.P.R. n. 327/2001 in Federalismi*

³⁶² Cass. SS. UU. n. 22096 del 2015 e 735 del 2015.

L'acquisto da parte della Pubblica Amministrazione del bene irreversibilmente modificato può semmai aversi ex art. 42-bis del D.P.R. n. 327/2001. Come osserva la giurisprudenza, l'articolo in questione introduce una norma di natura eccezionale e configura un procedimento ablatorio sui generis, caratterizzato da una precisa base legale, semplificato nella struttura, complesso negli effetti (che si producono sempre e comunque ex nunc), il cui scopo non è quello di sanatoria di un precedente illecito perpetrato dall'Amministrazione (perché altrimenti integrerebbe una espropriazione indiretta vietata), bensì quello consistente nella soddisfazione di imperiose esigenze pubbliche, redimibili esclusivamente attraverso il mantenimento e la gestione di qualsiasi opera dell'infrastruttura realizzata sine titulo. Tale obiettivo deve essere assicurato tramite un percorso motivazionale - rafforzato, stringente e assistito da garanzie partecipativo rigorose - basato sull'emersione di ragioni attuali ed eccezionali che dimostrino che l'apprensione coattiva si pone come extrema ratio (perché non sono ragionevolmente praticabili soluzioni alternative e che tale assenza di alternative non può mai consistere nella generica "eccessiva difficoltà ed onerosità dell'alternativa a disposizione dell'amministrazione")³⁶³.

La norma in esame attribuisce al privato proprietario il diritto ad ottenere il ristoro del danno patrimoniale nella misura pari al valore venale del bene, così come accade per l'espropriazione condotta nelle forme ordinarie, oltre ad una somma a titolo di danno non patrimoniale, quantificata in misura pari al 10 % del valore venale del bene (con riferimento al momento del trasferimento della proprietà, così che non vengono in considerazione somme che necessitano di una rivalutazione). Per quanto concerne, l'indennità dovuta per il periodo di occupazione illegittima antecedente al provvedimento di acquisizione, pur essendo determinata in base ad un parametro riduttivo rispetto a quello cui è commisurato l'analogo indennizzo per la (legittima) occupazione temporanea dell'immobile, è fatta salva la possibilità di provare una diversa entità del danno ai sensi del terzo comma della norma de qua.

Sul punto, la Corte costituzionale ha escluso che tale meccanismo contrasti con il diritto CEDU, che consente limitazioni alla proprietà solo in ipotesi espressamente previste dalla legge e per motivi di interesse generale, nonché con l'articolo 42 Cost.,

³⁶³ Cons. Stato (Ad. Plen.), 09-02-2016, n. 2

che richiede i medesimi presupposti per la espropriazioni per p.u.. Si è in particolare evidenziato come il provvedimento acquisitivo sia compatibile con la giurisprudenza della Corte EDU in materia di espropriazioni cosiddette indirette si fonda su di una precisa disposizione di legge e su di una necessaria rinnovazione della valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione e su uno stringente obbligo di motivazione. In particolare, l'obbligo motivazionale deve essere interpretato nel senso che l'adozione dell'atto è consentita solo quando non sia ragionevolmente possibile la restituzione, totale o parziale, del bene, previa riduzione in pristino, al privato illecitamente inciso nel suo diritto di proprietà³⁶⁴.

Unico limite che incontra il meccanismo di cui all'articolo 42 bis è l'intervento di un giudicato restitutorio da parte del giudice.

Nel caso in cui il proprietario abbia invece chiesto la sola tutela risarcitoria (con effetto abdicativo ma non traslativo della proprietà del bene in capo alla P.A.), gli è fatta salva la possibilità di presentare istanza a che l'Amministrazione proceda ai sensi dell'articolo 42 bis. In caso di inerzia, la giurisprudenza afferma che il commissario ad acta possa emanare il provvedimento di acquisizione coattiva previsto dall'articolo 42-bis D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 se nominato dal giudice amministrativo a mente dell'art. 117, comma 3, c.p.a., qualora l'amministrazione non abbia provveduto sull'istanza dell'interessato che abbia sollecitato l'esercizio del potere di cui al menzionato articolo³⁶⁵.

Per le suesposte considerazioni, in caso di irreversibile trasformazione di un bene illecitamente occupato, per il privato residuano angusti spazi entro cui esperire dinanzi al giudice ordinario una condanna ad un facere restitutorio, con possibili frizioni in relazione a quanto richiesto dalla CEDU in termini di tutela proprietaria.

12. Le azioni esperibili dinanzi al giudice del lavoro nelle controversie in materia di pubblico impiego privatizzato. Il ruolo della disapplicazione.

La rilevanza del contenzioso in materia di pubblico impiego privatizzato richiede una trattazione separata delle azioni esperibili dinanzi all'Autorità giurisdizionale ordinaria in funzione di giudice del lavoro.

³⁶⁴ Corte cost., 30-04-2015, n. 71

³⁶⁵ Cons. Stato (Ad. Plen.), 09-02-2016, n. 2

L'articolo 63, II co. del d.lgs. n. 165 del 2001 prevede che il giudice del lavoro possa adottare, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti *i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati*.

Tale assetto, come già evidenziato, deriva dalla sostanziale trasformazione del rapporto di pubblico impiego dal regime di diritto pubblico a quello di diritto comune. La P.A. adotta atti con i poteri privatistici propri del datore di lavoro. Non si pone in radice il problema dei limiti della legge abolitiva del contenzioso. La giurisprudenza, conseguentemente, ha ritenuto che la legittimità di questi atti debba essere apprezzata alla stregua delle regole di diritto comune, restando esclusa la disciplina dell'invalidità del provvedimento amministrativo³⁶⁶.

Gli **atti di gestione** del rapporto di lavoro sono governati dal principio dell'autonomia privata, non essendo in alcun modo soggetti al vincolo del fine pubblico che invece astringe le scelte dell'Amministrazione³⁶⁷.

Nel processo civile in materia di pubblico impiego privatizzato il ricorrente può dunque proporre **tutte le azioni dichiarative, costitutive e di condanna** idonee a dare un'effettiva soddisfazione alle sue pretese.

In merito alle azioni di accertamento e di condanna si possono considerare oltre alla condanna al pagamento di somme di denaro, la condanna in tema di repressione della condotta antisindacale, la condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro e la condanna di adibire il dipendente alle mansioni rispondenti alla qualifica rivestita. Nelle controversie relative al c.d. pubblico impiego privatizzato, il giudice ordinario non è sottoposto ad alcun limite per quanto concerne i poteri esercitabili nei confronti della pubblica Amministrazione, potendo adottare tutte le pronunce che ritiene opportune in ragione della natura dei diritti tutelati, anche quelle di condanna alla

³⁶⁶ Cfr. Cass., sez. lav., 28.7.2003 n. 11589.

³⁶⁷ Si applica altresì la regola della normale irrilevanza dei motivi, salvo il caso della loro illiceità, ex artt. 1418 e 1345 cod. civ. Cfr. Cass., sez. lav., 20.3.2004 n. 5659. Si osserva come *l'incisività del sindacato del giudice amministrativo, in particolare di quello esercitato attraverso l'analisi del vizio di eccesso di potere, sia invero parzialmente recuperata attraverso l'applicazione dei principi di correttezza e buona fede, utilizzati per conformare la potestà del datore di lavoro a canoni di ragionevolezza*. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011, F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della Pubblica Amministrazione*, Torino 2002; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'Amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004.

reintegrazione del dipendente nel posto di lavoro (anche se sul punto restano rilevanti problematiche in relazione all'esecuzione di tali condanne vd. *infra*)³⁶⁸.

In relazione alle domande risarcitorie, la devoluzione alla giurisdizione ordinaria delle controversie in materia di lavoro alle dipendenze della P.A. ha avuto l'effetto di concentrare in capo ad un unico giudice le questioni relative tanto alla condanna della P.A. al pagamento delle somme da lei dovute per il ristoro dei danni subiti dal dipendente (rimesse un tempo alla giurisdizione esclusiva del G.A.), quanto ai cd. diritti patrimoniali consequenziali (interessi moratori, danno da rivalutazione ecc.), da sempre di competenza del G.O.

Un'altra importante semplificazione, derivante da questo sistema di riparto, si registra in materia di **danno alla vita ed all'integrità fisica del dipendente pubblico**, determinatosi nell'ambito dell'esercizio dell'attività lavorativa. In tali ipotesi, prima della riforma, se il dipendente faceva valere azione risarcitoria per violazione del generico divieto del *neminem laedere* ai sensi dell'articolo 2043 c.c. la causa era devoluta al G.O., mentre se il dipendente faceva valere la violazione degli obblighi derivanti dal contratto o dalla legge circa la protezione delle condizioni del lavoratore (art 2087 c.c.) la causa era di competenza del G.A. in sede di giurisdizione esclusiva. Ora, con l'entrata in vigore del nuovo T.U. del pubblico impiego, entrambe le controversie spettano al G.O. con l'effetto di consentire al dipendente anche la proposizione contestuale di entrambe le azioni risarcitorie per danno contrattuale ed extracontrattuale.

Ancora, sul fronte delle pronunce costitutive, si è evidenziato come l'articolo 63 sembrerebbe avere natura ricognitiva di quanto generalmente disposto dall'articolo 2908 c.c. per le controversie di diritto comune. Di qui, il g.o. adotterebbe pronunce costitutive nei confronti di atti di natura privatistica della P.A. e nei limiti del principio di tassatività delle azioni volte a costituire modificare o estinguere una situazione giuridica soggettiva.

Tuttavia, si rileva come vada valorizzato il disposto dell'articolo 63, laddove il Legislatore ammette tutte le azioni, anche costitutive, *idonee* a dare piena tutela al diritto del pubblico dipendente. In punto di effettività della tutela giurisdizionale, tale

³⁶⁸ Cfr. Cass., S.U., 1.12.2009 n. 25254; sez. lav., 20.2.2007 n. 3929, S.U., ord. 11.1.2005 n. 319.

norma ha infatti rafforzato i poteri del giudice ordinario compensando le carenze del sistema processualcivilistico in relazione all'esecuzione forzata, ed in particolare della tutela in forma specifica, nei confronti della P.A. Secondo molti, ciò è servito a sdrammatizzare la perdita di effettività che si è verificata nel passaggio dal giudizio dell'ottemperanza all'esecuzione degli obblighi di fare infungibili di cui all'articolo 612 e ss. c.p.c.³⁶⁹.

Infatti, il profilo dell'ammissibilità di azioni costitutive nei giudizi ordinari in materia di pubblico impiego assume particolare rilevanza in relazione ai profili di **tutela, anche in forma specifica, del diritto all'assunzione per i candidati vincitori utilmente posizionati in graduatoria.**

Sul punto, l'articolo 63 co. II del T.U. sul pubb. Imp. in relazione al diritto di essere assunti nel pubblico impiego. Tale norma prevede che *le sentenze con le quali si riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione sia avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro.*

La norma ha in principio destato alcuni dubbi interpretativi.

Secondo alcuni, il riferimento all'assunzione avvenuta potrebbe far pensare a giudizi promossi dall'Amministrazione per liberarsi dal vincolo contrattuale con il pubblico dipendente assunto in violazione delle regole del concorso (art. 97 Cost.). Ma tale orientamento non sembra persuadere per il fatto che il contratto di lavoro stipulato in violazione delle norme imperative sul concorso pubblico sarebbe di per sé nullo e non richiederebbe l'intervento di una pronuncia costitutiva del giudice ma semmai dichiarativa.

La norma in esame fa dunque riferimento ai giudizi intentati da soggetti che pretendono di essere assunti dalla P.A. in seguito al favorevole posizionamento nella graduatoria dei vincitori del concorso; sul punto, non bisogna dimenticare che la pretesa all'assunzione investe esclusivamente la fase successiva alla conclusione dell'eventuale procedura di selezione, contestandosi non la graduatoria (rispetto alla

³⁶⁹ SASSANI, *Il passaggio alla giurisdizione ordinaria del contenzioso sul p.i.*

quale il ricorrente vanta un interesse legittimo) ma solo la copertura dei posti in violazione della graduatoria medesima.³⁷⁰

In caso di esito favorevole della procedura concorsuale, il lavoratore vanta un diritto soggettivo ad essere assunto dalla P.A., il quale può trovare soddisfazione anche in forma specifica attraverso l'emanazione di una sentenza costitutiva del rapporto di lavoro ai sensi dell'articolo 63 I co..

Sul punto, è opportuno evidenziare come la giurisprudenza sia ormai salda nell'affermare che in seguito all'emanazione della graduatoria e chiusa la procedura concorsuale il candidato vanta un diritto soggettivo a cui fa da contraltare l'obbligo della P.A. di assumere. Più specificatamente, la giurisprudenza ha rilevato come il bando di concorso per l'assunzione di lavoratori, essendo preordinato alla stipulazione di contratti di lavoro che esigono il consenso delle controparti, costituisce, ove contenga gli elementi del contratto alla cui conclusione è diretto, un'offerta al pubblico, ai sensi dell'art. 1336 c.c., la quale è revocabile solo finché non sia intervenuta l'accettazione da parte degli interessati³⁷¹.

³⁷⁰ BATTINI S. op. cit. osserva come in tal caso derivi un *frazionamento della tutela*, qualora il candidato debba contestare con ricorso all'autorità giudiziaria amministrativa la legittimità delle operazioni concorsuali e, dopo averne ottenuto l'annullamento, debba poi adire l'autorità giudiziaria ordinaria per contestare la validità e l'efficacia del contratto di lavoro stipulato in forza di una graduatoria viziata. Per evitare tali inconvenienti sembrerebbe utile rifarsi alle tesi che qualificano la giurisdizione del G.O. in termini di pienezza della tutela, accordandogli la possibilità di annullare gli atti amministrativi superando i limiti di cui all'articolo 4 della L.A.C. in virtù dell'articolo 63 II co. che consente di *adottare tutte le pronunce che ritiene opportune in ragione della natura dei diritti tutelati, siano esse di accertamento, costitutive o di condanna*. La norma sarebbe espressione di quanto disposto dall'articolo 103, ult. co., Cost., che affida alla scelta del legislatore ordinario il conferimento ad un giudice, sia ordinario, sia amministrativo, del potere di conoscere ed eventualmente annullare atti amministrativi. Tuttavia, a tali conclusioni osta la *ratio* della riforma del pubblico impiego, la quale come anzidetto ha comportato la tendenziale totale privatizzazione del rapporto tra P.A. e dipendente e la conseguente interpretazione dell'articolo 63 II co. nel senso di riconoscere, in via puramente ricognitiva, al G.O. tutti i comuni poteri decisorii idonei a dare piena tutela dei diritti del dipendente dinanzi ad atti paritetici adottati dalla P.A. in veste di datore di lavoro. Gli atti amministrativi attraverso cui si svolge la procedura concorsuale restano fuori da tale rapporto privatistico, rappresentandone il presupposto e restando così ascritti alla cognizione diretta del G.A.

³⁷¹ Tale offerta può essere di un contratto di lavoro definitivo, che si perfeziona con l'accettazione del candidato che sia utilmente inserito nella graduatoria degli idonei, o di un contratto preliminare, che si perfeziona con la richiesta del candidato di partecipare al concorso

L'offerta ha per oggetto l'obbligo per entrambe le parti della stipulazione del contratto definitivo con chi risulti vincitore³⁷². Dopo la privatizzazione avviata con il D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 questo principio è ritenuto pacificamente applicabile nei concorsi per il pubblico impiego, tanto per l'ipotesi del reclutamento di nuovo personale³⁷³ che per la copertura di posti di una determinata qualifica dell'organico attraverso il sistema del concorso interno³⁷⁴. In particolare, per l'assunzione di nuovo personale, si è precisato che il bando indica il contratto di lavoro che l'Amministrazione intende concludere, nonché il tipo e le modalità della procedura concorsuale, partecipando agli interessati l'intento di giungere alle assunzioni. Al bando, dunque, va riconosciuta duplice natura giuridica: quella di provvedimento amministrativo, nella parte in cui concreta un atto del procedimento di evidenza pubblica di cui regola il successivo svolgimento, e quella di atto negoziale per gli aspetti sostanziali, in ragione della proposta di assunzione condizionata negli effetti all'espletamento della procedura concorsuale ed all'approvazione della graduatoria³⁷⁵.

Può dunque ritenersi acquisita la conclusione che, sul piano generale, anche per il pubblico impiego privatizzato, l'espletamento della procedura concorsuale, con la compilazione della graduatoria finale e la sua approvazione, fa nascere nel candidato utilmente collocato il diritto soggettivo all'assunzione secondo le modalità fissate dal bando di concorso e salvo i casi di *jus superveniens*³⁷⁶.

³⁷² vd. per tutte, le sentenze 6.06.07 n. 13273 e 8.03.07 n. 5295, entrambe della Sezione Lavoro.

³⁷³ Cfr. S.u. 4.11.09 n. 23327.

³⁷⁴ (v. per tutte le sentenze della Sezione lavoro 21.12.11 n. 28067, 28.11.11 n. 25045 e 19.06.09 n. 14478). Si è, infatti, rilevato che la P.A. nell'ambito del pubblico impiego privatizzato non esercita più poteri di supremazia speciale ed opera, anzi, con la capacità del datore di lavoro privato, nell'ambito di un rapporto di lavoro paritario.

³⁷⁵ Si vd. la già citata sentenza n. 23327 del 2009, in motivazione, nonché Sez. Lav. 20.01.09 n. 1399.

³⁷⁶ Nella giurisprudenza, si è posto un ulteriore problema specifico, e cioè quale siano le conseguenze sulla posizione del candidato vincitore, ove successivamente all'emanazione del bando e prima della conclusione delle operazioni concorsuali, sia cambiato il quadro normativo nel cui ambito il bando stesso era intervenuto. Più specificamente, la presente controversia pone il problema di cosa debba accadere nel caso che la posizione funzionale, in cui il vincitore avrebbe dovuto essere collocato, sia stata soppressa per l'introduzione di una nuova disciplina del rapporto di lavoro interessato. Questo delicato passaggio è stato affrontato dalla giurisprudenza della Sezione Lavoro sotto la prospettiva generale che la legittimità del comportamento dell'Amministrazione è sindacabile dal giudice ordinario sia sotto il profilo delle norme regolamentari e delle disposizioni collettive, sia sotto il profilo dell'osservanza del principio generale di correttezza di cui all'art. 1175 c.c. (sentenza

Di qui, se il vincitore utilmente posizionato in graduatoria vede assegnarsi ad altro soggetto il posto di lavoro a lui spettante, può adire il g.o. al fine di ottenere una pronuncia costitutiva in un duplice significato: instaurare il rapporto di lavoro con chi ha diritto all'assunzione e di estinguere quello posto in essere con chi non ne aveva diritto. In particolare, in tal caso il giudice può accertare che le assunzioni di soggetti diversi dal ricorrente, eventualmente non rientranti nella graduatoria dei vincitori né considerabili idonei, non siano avvenute in conformità alle regole di diritto pubblico. Di qui, quest'ultimi sono considerati dalla giurisprudenza prevalente litisconsorti necessari nel giudizio in esame. Sul punto, si è rilevato come ci si trovi in ipotesi di *lite tra pretendenti*, essendo il posto da ricoprire uno solo e gli aventi diritto (o sedicenti tali) due o più, questi sono contraddittori necessari e se non sono citati in

25.11.99 n. 13138). I casi cui è stato riferito questo principio sono essenzialmente quelli in cui il datore di lavoro pubblico sia tenuto ad un diverso inquadramento nascente dalla contrattazione collettiva nel frattempo intervenuta (sentenza 4.07.07 n. 15039), in particolare legittimandosi il diverso inquadramento nel caso che, a seguito di riorganizzazione interna e prima del formale provvedimento di nomina, venga soppressa la qualifica funzionale per cui il vincitore ha partecipato al concorso (sentenze 7.04.06 n. 8192 e 7.04.05 n. 7219). La sentenza 21.04.06 n. 9384 afferma esplicitamente che il diritto all'inquadramento nel livello previsto dal bando di concorso è subordinato al mantenimento dell'organizzazione interna, in quanto l'intervenuta soppressione dell'area di attività per cui i ricorrenti hanno partecipato al concorso esime l'ente pubblico dal rispetto degli obblighi che scaturivano dal bando di concorso. In questi casi l'adempimento dell'obbligo di assunzione nei limiti fissati dal nuovo assetto organizzativo non impone la valutazione alla luce dei principi di buona fede e di correttezza, i quali non operano come fonti autonome ed ulteriori di diritti se non nei limiti della previsione contrattuale (v. la sentenza n. 15039 del 2007, sopra citata).

La Sezione di lavoro con le sentenze 1.10.10 n. 20544 e 4.10.10 nn. 20568 e 20569, pronunziate in fattispecie analoghe a quella ora in considerazione, ha rilevato che il mancato inquadramento nella fascia funzionale prevista è conseguenza dello *ius superveniens*, che aveva procurato in sede di contrattazione collettiva la soppressione della vecchia qualifica funzionale. Tale conclusione è conforme al principio desumibile dall'art. 97 Cost., per il quale la Pubblica Amministrazione nell'organizzare i suoi uffici è tenuta a conformare la propria azione ai principi di imparzialità, efficienza e legalità (Corte cost. 8.03.00 n. 75, la quale afferma, anzi, che da detto art. 97 deriva direttamente l'esistenza di un potere-dovere della P.A. di annullare i provvedimenti che abbiano disposto gli inquadramenti illegittimi).

Tale obbligo, nel caso di *ius superveniens*, impone all'Amministrazione - ove non abbia ritenuto di ricorrere alla revoca o all'annullamento della procedura concorsuale intervenuto prima della nomina dei vincitori (consentita dalla giurisprudenza amministrativa, v. TAR Lazio, Sez. 2, 14.11.96 n. 2051) - di adottare il provvedimento di inquadramento del vincitore del concorso sulla base della norma (di natura legislativa o collettiva) vigente al momento dell'adozione dell'atto. Può, dunque ritenersi che il diritto del candidato vincitore ad assumere l'inquadramento previsto dal bando di concorso, espletato dalla P.A. in regime di pubblico impiego privatizzato per il reclutamento dei propri dipendenti, è subordinato alla permanenza, al momento dell'adozione del provvedimento di nomina, dell'assetto organizzativo degli uffici in forza del quale il bando era stato emesso.

giudizio il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'articolo 102 comma II c.p.c.. L'accertamento giudiziale ha ad oggetto un diritto unico (quello all'assunzione) con più parti che aspirano ad esserne titolari ma ha anche l'effetto costitutivo e quello estintivo riferiti rispettivamente al diritto all'assunzione ed alla caducazione dell'assunzione illegittima, collegati ex lege in modo inscindibili e destinati ad essere deliberati nella medesima sentenza.³⁷⁷

All'esito del giudizio il g.o. può emettere una sentenza costitutiva del rapporto di lavoro in favore del ricorrente utilmente collocato in graduatoria³⁷⁸. L'articolo 63 I co. sarebbe un'ipotesi particolare di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ai sensi dell'articolo 2932 c.c.. In tal modo, si dà concreta soddisfazione all'interesse sotteso al diritto all'assunzione vantato dal candidato vincitore del concorso. L'obbligo di cui si dà esecuzione in forma specifica nasce dal bando, tanto che lo si qualifichi come offerta al pubblico (art. 1336 c.c.) quanto quale negozio preliminare (art. 1351 c.c.).

Ancora, la giurisprudenza è ferma nell'affermare l'esperibilità dinanzi al g.o. del rimedio **dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre** anche qualora la P.A. sia rimasta inerte nell'assumere il candidato vincitore, senza preferire a lui altri candidati³⁷⁹.

In punto di effettività della tutela giurisdizionale, quindi, l'articolo 63 ha potenziato le capacità del g.o. al fine di dare piena soddisfazione al diritto del candidato, utilmente collocato nella graduatoria concorsuale, ad essere assunto.

Ulteriore approfondimento merita il potere del giudice ordinario di disapplicare gli atti amministrativi nel contenzioso sul pubblico impiego privatizzato.

³⁷⁷ Ma la Cassazione esclude il litisconsorzio qualora la domanda sia volta ad ottenere il solo risarcimento e l'illegittimità degli atti di assunzione al concorso è conosciuta solo incidentalmente, senza che abbia effetti nei confronti degli altri concorrenti. Cass., n. 1343 del 1988 e n. 7565 del 1987).

³⁷⁸ Come rilevato in precedenza, oggi può dirsi consolidato l'orientamento secondo cui, qualora sulla P.A. gravi un obbligo di contrarre, qualsiasi ne sia la fonte, e successivamente opponga un ingiustificato rifiuto alla stipulazione del contratto definitivo, deve riconoscersi alla controparte la facoltà di adire il giudice ordinario per ottenere una sentenza che tenga luogo del contratto non concluso, senza che ciò implichi alcuna violazione del divieto di annullare, revocare o sostituire l'atto amministrativo, posto dall'art. 4, L. 20.3.1965, n. 2248, all. E, Cfr. tra le più recenti, Cass. S.U. n. 4683 del 2015; n. 5689 del 2015; n. 9990 del 2014; *contra* Cass. n. 11660 del 1991, n. 2295 del 1998.

³⁷⁹ Cass. ss. uu. n. 8951 del 2007 e 14529 del 2003.

Ai sensi dell'articolo 63 I co., qualora *vengano in questione atti amministrativi presupposti*, in quanto rilevanti ai fini della decisione, *il giudice li **disapplica**, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo.*

Come è stato osservato³⁸⁰, il sistema così delineato si pone in una linea di continuità con quanto disposto dall'art. 5 della L.A.C.. Il dipendente pubblico agisce in giudizio per ottenere tutela del proprio diritto che assume lesa da un atto di natura privatistica adottato dalla P.A. in veste di datore di lavoro (atti cd. di microrganizzazione). Gli atti amministrativi di natura organizzativa e generale (**cd. di macrororganizzazione**) non hanno alcuna efficacia diretta nella gestione del rapporto giuslavoristico. In quanto atti ad esso presupposti, il giudice è chiamato a conoscerli solo incidentalmente disapplicandoli d'ufficio e senza efficacia di giudicato. E' stato osservato come in questi casi ci si trovi *di fronte senza dubbio ad atti amministrativi veri e propri*, e il giudice deve limitarsi alla loro disapplicazione, secondo l'assetto delineato dalla legge abolitica del contenzioso del 1865³⁸¹.

Il g.o. nel disapplicare l'atto esercita un sindacato che ha ad oggetto i vizi di legittimità amministrativa, ossia l'incompetenza, la violazione di legge e l'eccesso di potere di cui all'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990³⁸².

In questi casi, di regola, il pubblico dipendente non è legittimato a impugnare il provvedimento amministrativo di macroorganizzazione in quanto esso non è direttamente lesivo della sua sfera giuridica. In altre parole, come già ampiamente evidenziato, la lesione del diritto è conseguenza dell'atto paritetico a monte.

Come è stato osservato, il Legislatore si muove verso una sempre più netta separazione tra i meccanismi di tutela civilistici del *dipendente parte debole del rapporto di lavoro* e gli strumenti diretti invece ad ottenere tutela dinanzi all'esercizio scorretto del pubblico potere per evitare ingiustificate lesioni al principio di buon andamento ed imparzialità dell'Amministrazione. Sempre lo stesso autore rileva come continuare ad ammettere la legittimazione dell'impiegato ad impugnare dinanzi al

³⁸⁰ Travi, *La giurisdizione civile nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni* in *Dir. proc. amm.* 2000, S. BATTINI op cit.

³⁸¹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit.; in giurisprudenza si veda Cass., S.U., 24.11.2010 n. 23781; Cass., S.U., 8.11.2005 n. 21592)

³⁸² Cfr. Cass., I, 11.6.2004 n. 11103; Cass., sez. lav., 14.1.2002 n. 332.

G.A. le scelte organizzative della P.A. a prescindere dagli effetti concreti che esse possono aver avuto su di esso, significherebbe far coincidere in modo inopportuno l'interesse del dipendente stesso con quello collettivo, *accordando al primo una tutela che è il riflesso della tutela del secondo*³⁸³.

I soggetti legittimati ad impugnare atti amministrativi dinanzi al G.A. sono solo quelli non legati da alcun rapporto di lavoro con la P.A.. Solo quest'ultimi possono aver subito un pregiudizio diretto dall'atto lesivo e per ottenere un'utilità piena devono adire il G.A. dotato dei poteri di annullamento.

Tuttavia, come si è evidenziato al cap.II, **sussistono delle ipotesi particolari in cui l'atto amministrativo di macroorganizzazione sembrerebbe ledere direttamente la posizione giuridica del dipendente**: si pensi agli accorpamenti o alle soppressioni di uffici o alle modifiche delle dotazioni organiche che determinino trasferimenti o alla modifica del regime sul reinserimento nelle graduatorie ad esaurimento – ex permanenti- per l'accesso al pubblico insegnamento. Le Sezioni unite della Cassazione hanno ormai enucleato numerose fattispecie nelle quali l'atto di macroorganizzazione produce direttamente effetti pregiudizievoli sulla posizione del pubblico dipendente, che assume consistenza di interesse legittimo. Si tratta di ipotesi nelle quali non è chiaro se il ricorrente chieda tutela di un proprio diritto o interesse legittimo.

Si è allora discusso sul se in tali ipotesi sorgesse un sistema di “*doppia tutela*”, secondo cui il dipendente pubblico può rivolgersi prima al G.A. per ottenere l'annullamento e poi al G.O. per far valere il proprio diritto nei rapporti con il datore di lavoro P.A..

La tesi prevalente sembra sostenere la giurisdizione amministrativa, ritenendo la controversia vertere sulla cognizione sugli atti propriamente organizzativi di valenza generale, riservati a fonti pubblicistiche ed emanati nell'esercizio di potestà di diritto pubblico, cioè su quegli atti che si atteggiavano quale diretta espressione dei principi, di cui all'art. 97 Cost. , relativi al corretto, razionale ed ordinato andamento degli uffici e degli apparati amministrativi in base alla Legge (vd. cap. II)³⁸⁴.

³⁸³ S BATTINI op cit.

³⁸⁴ Per approfondimento e note si rinvia al cap. II. sul riparto di giurisdizione nelle controversie di pubblico impiego.

Di qui, tale orientamento sostiene come il comma II dell'articolo 63, che ammette l'esperibilità di tutte le azioni, di accertamento, condanna e costitutive idonee a dare tutela al diritto azionato dinanzi al g.o. vada interpretato in senso ricognitivo di quelli che sono i comuni poteri di decisione della giurisdizione di diritto comune. L'atto amministrativo generale per essere annullato deve essere impugnato dinanzi al competente giudice amministrativo. Non a caso, l'articolo 63 I co. ultimo alinea prevede che *l'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo*.

Ma si avrebbero ipotesi di doppia tutela in contrasto con il principio di effettività e concentrazione delle tutele.

Secondo un altro e preferibile orientamento, allora, gli accorpamenti, la soppressione di uffici e le modifiche delle dotazioni organiche reintrebberebbero ad ogni modo nell'attività di gestione ordinaria del rapporto di lavoro di diritto privato, da parte del datore di lavoro pubblico, anche quando seppur connotata dal carattere organizzativo dei provvedimenti che incidono sullo status dei dipendenti pubblici, attiene ad ogni modo alla c.d. "microrganizzazione" delle strutture dell'Amministrazione, non cessando di qualificarsi come attività privatistica in senso proprio e, perciò, non funzionalizzata, e non toglie che la tutela giurisdizionale dei dipendenti interessati debba continuare ad esplicarsi dinanzi al giudice ordinario (vd. cap. II)³⁸⁵.

Pertanto, in questi casi dovrebbe affermarsi una giurisdizione piena ex lege del giudice del lavoro, a cui sarebbe consentito annullare direttamente l'atto amministrativo oltre i limiti di cui all'articolo 4 della L.A.C.

Si valorizza il disposto dell'articolo 63 co. II che consente al giudice di adottare, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati.

Significativo, a riguardo, una giurisprudenza che ha negato la "tutela concorrente" tra g.o. e g.a.. Chiamata a verificare la legittimità della revoca di un incarico dirigenziale a seguito di riduzione della dotazione organica, la Corte regolatrice ha escluso che il dipendente pubblico che subisce gli effetti dell'atto

³⁸⁵Per approfondimento e note si rinvia al cap. II. sul riparto di giurisdizione nelle controversie di pubblico impiego.

amministrativo, possa scegliere, per la tutela del diritto soggettivo, se rivolgersi al giudice amministrativo per l'annullamento dell'atto, ovvero al giudice ordinario per la tutela del rapporto previa disapplicazione dell'atto presupposto; quando vengano in rilievo provvedimenti amministrativi presupposto di singoli atti di gestione, la tutela delle posizioni di diritto soggettivo inerenti al rapporto di lavoro è assicurata esclusivamente dal giudice ordinario, mediante gli ampi poteri di disapplicazione che gli sono riconosciuti³⁸⁶.

Rilevanti sono pure le conseguenze che le Sezioni unite traggono da tale *revirement*.

In esito alla disapplicazione, il provvedimento di macro-organizzazione rimane operativo in via generale ma, essendo privo di effetti nei confronti del dipendente interessato, non vale a sorreggere l'atto di gestione conseguenziale, comportando il pieno ripristino della situazione precedente. Pertanto, se il giudice ordinario priva di effetti la modifica della dotazione organica che prevede la soppressione delle posizioni dirigenziali, diviene inefficace anche la revoca dell'incarico e il dirigente ha diritto alla riassegnazione delle funzioni svolte in precedenza, per il tempo residuo di durata, detratto il periodo di illegittima cessazione.

In tal modo, tuttavia, è stato osservato come il condivisibile intento di semplificazione e concentrazione del contenzioso, evitando quei complicati intrecci che potrebbero verificarsi ammettendo la doppia azione, specialmente quando i soggetti lesi dall'atto siano più d'uno³⁸⁷, viene perseguito attraverso una sostanziale equiparazione di effetti tra disapplicazione ed annullamento, ad onta di principi ben fermi nel nostro sistema, e che può essere foriera di importanti sviluppi, non ancora esattamente percepibili, anche in settori dell'azione amministrativa diversi dalla gestione del personale. È difficile comprendere come il dipendente pubblico possa

³⁸⁶ In tal senso, Cass, sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3677, in Giust. civ., 2010, 722; conformi, Cass., sez. un., ord. 13 marzo 2009, n. 6058, in motivazione e Cass., ord. 24 novembre 2010, n. 23781. In verità, come ricorda Tenore (a cura di), *Manuale del pubblico impiego*, cit., 747, nel senso che al dipendente pubblico che agisca per tutela del rapporto di lavoro è consentita esclusivamente l'instaurazione del giudizio ordinario, anche ove vengano in considerazione atti amministrativi presupposti, erano già Cass., sez. un., 5 giugno 2006, n. 13169, ivi 2006, I, 2951; Cass., sez. un., ord. 8 novembre 2005, n. 21592, ivi, 2952.

³⁸⁷ Così, Vallebona, *Revoca dell'incarico dirigenziale e illegittimità dell'atto amministrativo presupposto*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 316.

effettivamente riprendere le pregresse funzioni di direzione del reparto soppresso, pur rimanendo pienamente operativa la modifica organizzativa per tutti i profili che attengono all'articolazione della struttura del presidio; in altri termini, come possa essere ripristinata la situazione precedente senza l'esercizio del potere pubblico in senso favorevole al dipendente, conformandosi l'amministrazione alla pronuncia del giudice del lavoro³⁸⁸.

Resta dunque aperta nei suesposti casi la questione della doppia tutela, in contrasto con i principi di effettività e concentrazione delle tutele.

Ulteriori problematiche si riscontrano nei **rapporti tra pubblico concorso e contratto di lavoro successivamente stipulato**. Secondo l'articolo 63 III co. del T.U. sul pubbl. imp. *restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*.

L'articolo in esame esclude espressamente in questi casi il ricorso alla disapplicazione. D'altronde, la ratio della norma è condivisibile e riposa sul fatto che la disapplicazione avrebbe efficacia solo incidenter tantum mentre perché il ricorrente ottenga soddisfazione piena del suo interesse ad ottenere il posto di lavoro alle dipendenze della P.A. è necessaria una pronuncia che annulli erga omnes gli atti della procedura concorsuale se illegittimi.

Di qui, si osserva come in tal caso derivi un *frazionamento della tutela*, qualora il candidato debba contestare con ricorso all'autorità giudiziaria amministrativa la legittimità delle operazioni concorsuali e, dopo averne ottenuto l'annullamento, debba poi adire l'autorità giudiziaria ordinaria per contestare la validità e l'efficacia del contratto di lavoro stipulato in forza di una graduatoria viziata³⁸⁹.

³⁸⁸ APICELLA E., *I nuovi orientamenti nella giurisdizione sulle controversie di lavoro pubblico* in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 12, 1363

³⁸⁹ Si sono susseguite sul punto svariate tesi che, in merito al contratto di lavoro stipulato, ne hanno sostenuto l'annullabilità, la nullità, l'inesistenza, la caducazione automatica. Per un approfondita disamina di rinvia a *L'annullamento del concorso in via di autotutela e la sorte del contratto di lavoro* di Giampaolo Furlan e Jessica Battaia in *Lavoro nella Giur.*, 2016, 3, 280. Secondo gli Autori, l'orientamento più risalente, che ha elaborato la c.d. tesi dell'annullabilità, è stato proprio quello che ha utilizzato nelle proprie argomentazioni l'assimilazione del contratto di lavoro concluso a seguito di invalidamento della graduatoria ai contratti pubblici. In particolare, secondo tale orientamento, l'effetto dell'irregolarità della procedura concorsuale sarebbe l'annullamento del contratto di lavoro. Come noto, l'annullabilità del contratto deriva dai vizi del consenso: violenza, dolo o errore. Con

particolare riferimento alla materia in esame, si tratterebbe nella maggior parte dei casi di errore sulla persona o sulla posizione del contraente. Errore che, come ha evidenziato la dottrina, risulta "sempre rilevante a prescindere dal requisito della riconoscibilità perché bilaterale, sebbene non comune ad entrambi i contraenti in quanto determinante del consenso della sola pubblica amministrazione" E.M. Mastinu, *Annullamento della graduatoria concorsuale e assunzione alle dipendenze della pubblica amministrazione*. Ancora sul lato oscuro di un rapporto controverso, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2013, 3-4, 544. Tra i vizi ricorre anche il dolo, ad esempio quando il concorrente, poi risultato vincitore, abbia posto in essere condotte volte a frodare l'amministrazione per aggiudicarsi un posto utile in graduatoria. Ma di annullamento si parla anche quando vi siano vizi sul procedimento in generale, ossia in presenza di un errore di diritto ex art. 1429, n. 4, c.c., o, ancora, in caso di difetto di capacità di agire della P.A. Tutte le ipotesi di annullamento appena prospettate hanno in comune il fatto che, trattandosi di annullamento ex art. 1441 c.c. (Art. 1441, comma 1, c.c.: "l'annullamento del contratto può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge"), solo le parti contraenti possono fare valere il vizio che genera l'annullabilità, e quindi la sola amministrazione contraente (Cass. 28 novembre 2008, n. 28456, Cass. 24 marzo 2004, n. 5941, Cass. 8 maggio 1996, n. 4269; Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, Cons. Stato 5 maggio 2003, n. 2332), con buona pace di eventuali interessati (Come evidenziato da Fragale, "residuirebbe a vantaggio del candidato pretermesso soltanto una tutela di natura risarcitoria, quante volte la p.a. non intenda intraprendere il giudizio di annullamento o ponga addirittura in essere atti di convalida, anche tacita, del contratto pur dopo l'annullamento giudiziale del provvedimento terminativo della procedura", in E.N. Fragale, *Concorsi pubblici, (in)validità del contratto e concentrazione delle tutele*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2014, 1, 158.). La possibile mancanza di tutela del soggetto controinteressato costituisce la principale critica mossa a tale orientamento, critica che ha condotto all'elaborazione di una diversa e più recente interpretazione giurisprudenziale, che ravvisa nella nullità del contratto di lavoro, l'istituto più idoneo a tutelare tutti i soggetti interessati, a fronte della caducazione della procedura concorsuale. La nullità viene infatti individuata quale diretta conseguenza alle irregolarità degli atti amministrativi prodromici all'assunzione in una serie di ipotesi: mancanza originaria del consenso (c.d. nullità strutturale) (Cass. 9 gennaio 2002, n. 193.), incompetenza assoluta dell'organo stipulante (Cass. n. 1668/1978.), mancanza di causa, carenza di potere (Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281.), difetto di titolo a contrarre o violazione della prelazione legale spettante al legittimo vincitore del bando (c.d. nullità relativa), violazione di norme imperative ex art. 1418, comma 1, c.c. (c.d. nullità virtuale) (Cass. 22 marzo 2010, n. 6851, Cass. 7 maggio 2008, n. 11161.). Qui però, a differenza che nella tesi dell'annullabilità, qualunque soggetto interessato può far valere il vizio che ha reso il contratto nullo, attribuendo in tal modo maggiore tutela al lavoratore che si veda estromesso a seguito dell'annullamento del concorso ad opera dell'ente pubblico presso cui è assunto. A tale osservazione si è tuttavia obiettato che l'imprescrittibilità dell'azione di nullità e la rilevanza del vizio da parte di chiunque vi abbia interesse (anche d'ufficio) potrebbero pregiudicare la certezza dei rapporti giuridici (Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666). Altra tesi ha invece affermato la caducazione automatica del contratto di lavoro stipulato, sul presupposto dell'esistenza di un nesso causale fra la fase pubblicistica del concorso e quella privatistica successiva. Secondo tale ricostruzione, gli atti di natura amministrativa e quelli di fonte privatistica sarebbero quindi legati dal principio simul stabunt simul cadent (Cons. Stato, Sez. V, 25 maggio 1998, n. 677.). Tale tesi si è affermata in particolar modo nella giurisprudenza amministrativa, secondo cui la diretta inefficacia del contratto di lavoro deriverebbe "dalla carenza del presupposto legale di efficacia del contratto costituito dalla fase di evidenza pubblica" (Ex plurimis, Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666 e Cons. Stato 5 maggio 2003, n. 2332. Sul punto si veda anche T.A.R. Latina, Sez. I, 8 febbraio 2011, n. 106.). Vi sono poi ulteriori posizioni in dottrina e giurisprudenza che hanno sostenuto l'inefficacia del contratto di lavoro stipulato, l'inesistenza dello stesso contratto (Cass. 24 marzo 2004, n. 5941, Cass. 1° aprile 2004, n.

E la giurisprudenza prevalente afferma infatti come il momento che segna il termine della fase provvedimentale (amministrativa) e l'avvio di quella gestionale-esecutiva (privatistica) nella compilazione e approvazione della graduatoria finale del concorso (*supra*)³⁹⁰. Di conseguenza, tutti gli atti della serie negoziale successivi a tale momento, compresi quelli volti a disporre l'annullamento unilaterale o la caducazione automatica, risultano regolamentati dalle norme di diritto privato e sono sottoposti alla giurisdizione del giudice ordinario. Di qui, si evidenzia come l'inefficacia e/o la nullità del contratto di lavoro dovrà essere ricercata e fondata su presupposti privatistici e non come diretta conseguenza di un provvedimento di annullamento, sia esso emanato in via di autotutela, sia esso proveniente dall'autorità giudiziaria amministrativa.

Per quanto riguarda il contratto di lavoro stipulato, non si applica la disciplina in tema di appalti ex artt. 120 ss. c.p.a., sulla dichiarazione di inefficacia dei contratti di appalto in caso di gravi violazioni di legge da parte dell'autorità giudiziaria³⁹¹.

Di qui, la parte interessata sarebbe sempre costretta ad adire due plessi giurisdizionali, con evidente pregiudizio del principio di effettività e concentrazione delle tutele.

Per evitare tali inconvenienti sembrerebbe utile rifarsi alle tesi che qualificano la giurisdizione del G.O. in termini di pienezza della tutela, accordandogli la possibilità di annullare gli atti amministrativi superando i limiti di cui all'articolo 4 della L.A.C. in virtù dell'articolo 63 II co. che consente di *adottare tutte le pronunce che ritiene opportune in ragione della natura dei diritti tutelati, siano esse di*

6450.) e la sua impossibilità di esecuzione (Cass. 5 agosto 2000, n. 10322.) . Una volta individuata la conseguenza sul piano civilistico dell'annullamento della procedura concorsuale, un'ulteriore tema che si pone è quello di coordinare lo scenario di diritto comune che ne deriva con la specialità del diritto del lavoro (In proposito, per un maggior approfondimento sul tema si segnala A. Piovesana, *I vizi della volontà nel rapporto di lavoro*, Milano, 2005, 56) .

³⁹⁰ Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2013, n. 4059, Cass., SS.UU., 23 settembre 2013, n. 21671.

³⁹¹ Cfr. Cass. civ. Sez. lavoro Sentenza, 01 ottobre 2015, n. 19626; la stessa evidenzia altresì che *nel lavoro pubblico privatizzato gli atti di gestione del rapporto di lavoro sono adottati con i poteri e le capacità del datore di lavoro privato e devono essere valutati secondo gli stessi parametri, sicché l'atto con cui la P.A. revoca un'assunzione con contratto a tempo indeterminato sul presupposto dell'annullamento della procedura concorsuale, equivale alla condotta del contraente che non osservi il contratto stipulato ritenendolo inefficace perché affetto da nullità, trattandosi di un comportamento con cui si fa valere l'assenza di un vincolo contrattuale, e non potendo darsi esercizio del potere di autotutela in capo all'Amministrazione datrice di lavoro.*

accertamento, costitutive o di condanna. La norma sarebbe espressione di quanto disposto dall'articolo 103 , ult. co., Cost., che affida alla scelta del legislatore ordinario il conferimento ad un giudice, sia ordinario, sia amministrativo, del potere di conoscere ed eventualmente annullare atti amministrativi. Tuttavia, a tali conclusioni osta la *ratio* della riforma del pubblico impiego, la quale come anzidetto ha comportato la tendenziale totale privatizzazione del rapporto tra P.A. e dipendente e la conseguente interpretazione dell'articolo 63 II co. nel senso di riconoscere, in via puramente ricognitiva, al G.O. tutti i comuni poteri decisorii idonei a dare piena tutela dei diritti del dipendente dinanzi ad atti paritetici adottati dalla P.A. in veste di datore di lavoro. Gli atti amministrativi attraverso cui si svolge la procedura concorsuale restano fuori da tale rapporto privatistico, rappresentandone il presupposto e restando così ascritti alla cognizione diretta del G.A.

13. La tutela possessoria nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Brevemente e rinviando alle opere di diritto civile per un approfondimento del tema ³⁹², la tutela possessoria è prevista dall'ordinamento giuridico nelle forme dell'azione di reintegrazione (o spoglio) e di manutenzione di cui agli artt. 1168 e 1170 del codice civile. L'azione di spoglio risponde all'esigenza di garantire a chi possiede un bene una sollecita tutela giudiziaria, indipendentemente dalla prova che sullo stesso gli spetti un diritto domenicale. Essa è volta a reintegrare nel possesso di un bene chi sia rimasto vittima di uno spoglio violento o clandestino (ossia perpetrato contro la volontà espressa o presunta del possessore). Per la giurisprudenza prevalente ³⁹³, legittimato attivo è qualsiasi possessore, sia esso legittimo o illegittimo, di buona o di mala fede, fintanto chi possiede in forza di azione violenta o clandestina (art. 1168 I co. c.c.). L'azione è accordata altresì a chi è semplice detentore, purché qualificato da un titolo, ossia non detenga per ragioni di servizio o di ospitalità (1168 II co. c.c.). L'azione di manutenzione è invece volta alternativamente a reintegrare nel possesso del bene chi sia stato vittima di uno spoglio non violento né clandestino (art.

³⁹² BIGLIAZZI GERI-BRECCIA –BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, Torino; R. NICOLÒ', *Diritto privato*, MILANO; P. RESCIGNO., *Manuale di diritto privato italiano*, 1994; TORRENTE SCHLESINGER *Manuale di diritto privato*; G. ALPA, *Manuale di diritto privato*.

³⁹³ Ex multis, Cass. n.10588 del 2012, n. 2833 del 2005, n. 2842 del 1999.

1170 III co. c.c.) ovvero a far cessare le molestie o le turbative di cui sia stato vittima il possessore (art. 1170, I co. c.c.).

Si tratta di una tutela sommaria che si attua nelle forme processuali di cui agli articoli 703 e ss. del c.p.c. Sull'attore in possessoria grava un onere della prova assai temperato trattandosi della mera allegazione e dimostrazione di una situazione di fatto (il possesso). Le azioni possessorie assicurano per definizione una tutela di carattere provvisorio, poiché chi soccombe può successivamente esperire vittoriosamente il giudizio petitorio (ma sarà gravato dal pesante onere di provare il titolo originario da cui deriva la proprietà del bene da lui vantata).

Così delineati i suoi aspetti salienti, per quel che quivi interessa, si discute sul se tale azione possa esperirsi dinanzi al giudice ordinario nei confronti della Pubblica Amministrazione. E la questione ha assunto notevole rilevanza con riferimento alla materia dell'espropriazioni per pubblica utilità³⁹⁴.

Tradizionalmente, l'azione possessoria nei confronti della P.A. era ritenuta inammissibile e vietata in virtù di un'interpretazione rigorosa dell'articolo 4 della legge abolitiva del contenzioso³⁹⁵.

Ad oggi, tuttavia, tale impostazione è da ritenere del tutto superata. Si deve ricordare, riprendendo quanto già evidenziato in precedenza, come ai sensi dell'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso, non sussista in via generale alcun divieto espresso di ordinare all'Amministrazione un *facere* specifico (compreso l'adozione di

³⁹⁴ SI vd. sul punto, , PECCHIOLI, *Le azioni possessorie al cospetto del giudice amministrativo: prime note*, in *foro amm. C.d.St.*; MADDALENA, *Azioni possessorie nei confronti della P.A. e giurisdizione* in *Corr. Mer.* 2009. V.CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016 P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, 1966; M. MONTESANO, *Obblighi di fare e azioni civili contro la Pubblica Amministrazione*, 1961. L. BREGANTE, *Le azioni a tutela della proprietà e del possesso* GIAPPICHELLI 2012; BENVENUTI, *Azioni possessorie: contro l'Amministrazione o contro gli amministratori?* In *Riv. Trim. dir. proc. civ.* 1980

³⁹⁵ F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, BENVENUTI, *Azioni possessorie: contro l'Amministrazione o contro gli amministratori?* In *Riv. Trim. dir. proc. civ.* 1980

provvedimenti possessori) ma solo di annullare o revocare atti amministrativi al di fuori dei casi in cui sia espressamente previsto³⁹⁶.

Alla luce dei principi di effettività e pienezza della tutela contenuti in Costituzione e nelle leggi sovranazionali (CEDU e TFUE), alla situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio devono assicurarsi tutti gli strumenti di difesa.

D'altro canto, dalla stessa Costituzione discende il solo divieto per il giudice ordinario di interferire nelle scelte discrezionali dell'Amministrazione (limite esterno).

Di qui, l'impossibilità di esperire la tutela possessoria dinanzi al giudice ordinario nei confronti della P.A. può affermarsi solo qualora si dimostri che la stessa incida sul merito delle sue scelte discrezionali, comportando un'ingerenza indebita nell'alveo dei pubblici poteri da parte del giudice ordinario.

La Corte costituzionale ha più volte ribadito tali principi, a *garanzia della divisione tra i poteri dello Stato* e per *proteggere l'esercizio di quelle attività tipiche rimesse esclusivamente alla Pubblica Autorità*

La giurisprudenza della Cassazione, aderendo a tale orientamento, procedeva tuttavia ad ampliare notevolmente gli ambiti entro cui ammettere la presenza di un'attività in senso lato pubblicistica. Si sosteneva che l'esercizio del pubblico potere fosse rinvenibile non solo in relazione a manifestazioni formali (*rectius* provvedimenti) di volontà diretta allo spossessamento per fini pubblicistici ma *anche in caso di comportamenti comunque idonei a determinare gli effetti propri dell'atto e così in grado di soddisfare i fini di pubblico e generale interesse e gli scopi istituzionali dell'ente*³⁹⁷. In base a tale impostazione, la Cassazione riduceva notevolmente gli spazi di ammissibilità della tutela possessoria³⁹⁸.

³⁹⁶ PECCHIOLI, *Le azioni possessorie al cospetto del giudice amministrativo: prime note*, in *foro amm. C.d.St.*; MADDALENA, *Azioni possessorie nei confronti della P.A. e giurisdizione* in *Corr. Mer.* 2009.

³⁹⁷ cfr. MADDALENA, *Azioni possessorie nei confronti della P.A. e giurisdizione* in *Corr. Mer.* 2009.

³⁹⁸ Da subito alcuni autorevoli Autori (BENVENUTI) tentarono di superare l'interpretazione restrittiva della giurisprudenza ipotizzando in ogni caso l'ammissibilità dell'azione possessoria dinanzi al giudice ordinario, affermando la carenza di capacità giuridica della P.A. a porre in essere una lesione possessoria che sarebbe invece sempre imputabile al singolo funzionario, e la cui responsabilità si estenderebbe solo in seconda battuta alla P.A. in base all'art. 28 Cost.. Tale tesi non trovò tuttavia seguito in giurisprudenza.

D'altro canto, l'evoluzione dell'ordinamento ha portato ad una più rigida ridefinizione dei criteri attraverso cui delineare l'esistenza o meno di manifestazioni, anche mediate, di un potere pubblico³⁹⁹.

Qualora, infatti, l'agire della P.A. sia del tutto estraneo alla sfera di esercizio del potere, si configura un mero illecito lesivo della sfera giuridica del privato. Di qui, si ammette la tutela possessoria.

La giurisprudenza, la dottrina ed il Legislatore hanno enucleato alcuni criteri attraverso cui individuare o meno atti o comportamenti riconducibili ad un pubblico potere. Si tratta, riprendendo sinteticamente quanto evidenziato nel II capitolo, delle ipotesi di nullità del provvedimento e delle *vie di fatto*⁴⁰⁰.

Con riferimento alla nullità, l'articolo 21 *septies* della legge n. 241 del 1990 prevede il difetto assoluto di attribuzione quale caso di invalidità dell'atto. La giurisprudenza è pacifica nel ritenere tale ipotesi di nullità sussistente qualora manchi la norma attributiva dello stesso (c.d. carenza di potere in astratto). Come è stato osservato, ad essa si aggiunge l'ipotesi di incompetenza assoluta, ossia qualora il potere sia previsto da una norma ma sia attribuita ad un Amministrazione diversa da quella che ha regolarmente agito.

Qualora, invece, il comportamento non sia in alcun modo riconducibile all'esercizio del potere, ossia sia adottato *sine titulo*, l'Amministrazione agisce attraverso mere *vie di fatto*.

In tali casi questa pone in essere un comportamento materiale, nullo o in via di fatto, lesivo del diritto soggettivo proprietario o della situazione possessoria di un terzo. Quest'ultimo ha quindi pieno titolo per esercitare l'azione possessoria nei confronti dell'Amministrazione dinanzi al giudice ordinario. Il comportamento così adottato dalla P.A. *non è capace di esprimere il compiuto apprezzamento dell'interesse pubblico all'esproprio*⁴⁰¹. Il giudice ordinario può dunque adottare tutti i

³⁹⁹ Cfr. Cass., S.U. n. 2481/1957.

⁴⁰⁰ Si vd. tra i classici M.S. GIANNINI *Diritto amministrativo*; tra i recenti contributi, E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo* Giappichelli 2012; V.CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016 (Cass. S.U., 17.4.2003 n. 6189; 1.7.2002 n. 9557; 16.6.2000 n. 443; 22.12.1999 n. 924

⁴⁰¹ E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo* Giappichelli 2012

provvedimenti idonei a dare tutela alla lesione del possesso intervenuta in seguito all'adozione di meri atti materiali da parte della P.A.⁴⁰².

D'altro canto, la giurisprudenza recente esclude l'esperibilità della tutela possessoria dinanzi alla giurisdizione ordinaria nelle ipotesi di carenza di potere in concreto e di comportamenti cd. *amministrativi* adottati in materia espropriativa, in quanto le relative controversie sono rimesse alla giurisdizione amministrativa.

Secondo detto indirizzo giurisprudenziale apparterebbero alla categoria della carenza di potere in concreto gli atti di esproprio emanati nel caso in cui la dichiarazione di p.u. sia stata annullata o sia divenuta inefficace per inutile decorso del termine di esecuzione dell'opera, ovvero laddove detta dichiarazione manchi del tutto.

⁴⁰² Cfr. Cass. civ. Sez. Unite Sent., 08-06-2007, n. 13397, che accoglie tale orientamento rilevando come le azioni possessorie sinao esperibili davanti al giudice ordinario nei confronti della P.A. quando *“il comportamento perseguito non si ricolleggi ad un formale provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti, ma si concreti e si risolva in una mera attività materiale lesiva di diritti soggettivi o quando il provvedimento risulti adottato in stato d'evidente carenza d'attribuzione di funzioni, di modo che l'atto ha l'apparenza ma non la sostanza del provvedimento amministrativo idoneo a produrre l'effetto di degradazione del diritto soggettivo.* Nel caso di specie un Comune aveva ordinato ed eseguito coattivamente lo "sgombero immediato" dei legittimi occupanti di un immobile, al di fuori dello schema procedimentale delle requisizioni e dell'occupazione d'urgenza, e dato luogo ad un'occupazione usurpativa, inidonea, pur a seguito di realizzazione di alcune opere, a realizzare gli effetti dell'accessione invertita. Ancora, *le azioni possessorie sono esperibili davanti al giudice ordinario nei confronti della P.A. quando il comportamento della medesima non si ricolleggi ad un formale provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti, ed avente contenuto, in senso lato, ablativo, ma si concreti e si risolva in una mera attività materiale lesiva di beni, dei quali il privato vanta il possesso; ove risulti, invece, sulla base del criterio del "petitum" sostanziale, che oggetto della tutela invocata non è una situazione possessoria, ma il controllo di legittimità dell'esercizio del potere, va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, competente essendo il giudice amministrativo. Ne consegue che va affermato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, ove il ricorrente, assumendo di essere stato molestato nel possesso di un terreno e di un'adiacente strada di sua proprietà, richieda la sospensione o l'eliminazione del provvedimento con cui l'amministrazione comunale abbia disposto la rimozione della recinzione e lo sgombero dell'area, al fine di ripristinare il libero transito dei mezzi agricoli usati da altri cittadini per raggiungere i propri fondi, non potendosi ravvisare nell'attività del Comune un disturbo di fatto del possesso del bene vantato dal privato, quanto l'esercizio di una potestà pubblicistica rientrante nelle competenze municipali in materia di urbanistica e di circolazione.* Si vd. Cass. civ. Sez. Unite, 21-06-2012, n. 10285; Stradale. Cass. civ. Sez. Unite, 21-06-2012, n. 10285; ancora, in assenza di un provvedimento amministrativo volto all'occupazione dell'area di proprietà privata, l'attività posta in essere dall'impresa incaricata dei lavori di urbanizzazione, nell'ambito del piano di lottizzazione - nella specie concretatasi nell'apertura di un passaggio prima inesistente - costituisce mera attività materiale, con la conseguenza che la giurisdizione sull'azione possessoria proposta dal privato interessato spetta al giudice ordinario. Si vd. Cass. civ. Sez. Unite Ordinanza, 19-10-2011, n. 21579; Cass. civ. Sez. Unite Sent., 02-07-2009, n. 15469.

In tali ipotesi, superando l'impostazione precedente, la giurisprudenza ritiene l'atto affetto da vizio di annullabilità di cui all'articolo 21 *octies* della legge n. 241 del 1990. La riforma del 2005 ha contemplato quale vizio di nullità di cui all'articolo 21 *septies* della legge n. 241 del 1990 il solo difetto di attribuzione (la cd. carenza di potere in astratto) ⁴⁰³. Di qui, le controversie su atti viziati da carenza di potere in concreto restano ascritte alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo ⁴⁰⁴.

Ancora, le ipotesi di occupazioni d'urgenza (art. 22 bis T.U. espropri) adottate sulla base di dichiarazione di p.u. dichiarate poi invalide o protrattasi oltre il termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità e senza che sia intervenuto un regolare decreto di esproprio, si riconducono al *genus* dei comportamenti amministrativi e si fanno rientrare nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia espropriativa, in quanto *comunque riconducibili all'esercizio del potere* ai sensi dell'art. 133 I co. lett. g.) c.p.a..

La Cassazione è ormai pacifica sul punto rilevando come quando il comportamento dell'Amministrazione si ricollegi ad un formale provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e nell'esercizio dei poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti e non si risolva in una mera attività materiale, non sorretta da atti o provvedimenti amministrativi formali, ne consegue, sulla base del criterio del "*petitum*" sostanziale, che oggetto della tutela invocata non sia una situazione possessoria, ma il controllo di legittimità sull'esercizio del potere da parte della p.a., la cui cognizione resta riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo in sede esclusiva (art. 133 I co. lett. G) c.p.a. *supra*).

Nelle suesposte ipotesi il divieto di esperire la tutela possessoria dinanzi al G.O., dunque, non discende dall'applicazione dei limiti interni di cui all'articolo 4 della L.A.C. ma dal difetto della giurisdizione ordinaria.

Tuttavia, un orientamento del Consiglio di Stato ammette al tutela possessoria proprio rilevando come la materia degli espropri rientri nella giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, I co. lett. g.) del c.p.a.. Di qui, la tutela possessoria è azionabile anche davanti al giudice amministrativo, il quale accorda tutela sommaria e cautelare in tutti

⁴⁰³ Si vd. Cons. St. A.p. n.24/1964; n.2.1975; n. 4/2003

⁴⁰⁴ In giurisprudenza, si vd. T.A.R. Lazio 4.1.2009 n. 162. In dottrina, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, 2013 GIAPPICHELLI pagg.475 e ss.,

i casi in cui l'esecuzione del provvedimento amministrativo determini una oggettiva lesione della situazione possessoria. Per tale orientamento, la rilevanza sostanziale, oltre che processuale, della situazione possessoria impone di accordare tutela sommaria e cautelare in tutti i casi in cui, accertato il requisito del "*fumus boni iuris*", l'esecuzione del provvedimento amministrativo determini una oggettiva lesione del possesso, senza necessità di accertare altresì l'esistenza di uno specifico "periculum in mora", secondo i principi espressi dall'art. 1168 c.c.⁴⁰⁵.

A tali tesi sono seguite alcune osservazioni.

Ad oggi, secondo la giurisprudenza prevalente, l'azione possessoria non sarebbe ammessa dinanzi al giudice amministrativo neppure in ipotesi di giurisdizione esclusiva, stante il difetto di una previsione legislativa espressa che consenta di estendere l'applicabilità di detta azione al processo amministrativo⁴⁰⁶.

Nondimeno, in punto di giurisdizione sorgerebbero dei notevoli problemi se si ammettesse la possibilità di introdurre dinanzi al giudice amministrativo e nel corso del giudizio possessorio, una domanda riconvenzionale volta ad accertare la proprietà in capo all'Amministrazione convenuta nel giudizio possessorio.

Il divieto del cumulo del giudizio petitorio con quello possessorio di cui all'articolo 705 I co. c.p.c. è infatti derogabile, secondo una interpretazione della norma fornita dalla Corte costituzionale⁴⁰⁷, tutte le volte in cui vi sia il rischio che dalla sua applicazione possa derivare per il convenuto un pregiudizio irreparabile.

Ebbene, sulla domanda così sollevata dal convenuto non vi sarebbe spazio per la giurisdizione amministrativa, neanche esclusiva, trattandosi dell'accertamento di un diritto soggettivo a prescindere da ogni collegamento con l'esercizio del potere⁴⁰⁸.

Ad ogni modo, in sede di giurisdizione esclusiva chi ha subito lo spossessamento può ottenere la restituzione del bene attraverso ulteriori rimedi.

⁴⁰⁵ Cfr. Cons. Stato Sez. V, 06-03-2001, n. 1456 Cons. Stato Sez. IV, 28-07-2005, n. 4018

⁴⁰⁶ TAR Sicilia, Catania, sez. II, 11.10.2010 n. 4383; Cons. Stato, IV, 28.7.2005 n. 4018;

⁴⁰⁷ Corte costituzionale n. 25 del 1992

⁴⁰⁸ PECCHIOLI, *Le azioni possessorie al cospetto del giudice amministrativo: prime note*, in *foro amm. C.d.St.*; MADDALENA, *Azioni possessorie nei confronti della P.A. e giurisdizione* in *Corr. Mer.* 2009; A riguardo, A. DI BIASE, *Usucapione pubblica e vicende dei beni occupati*, ESI 2012.

La giurisprudenza maggioritaria afferma come dall'annullamento degli atti della procedura espropriativa derivi oltre all'effetto caducatorio e conformativo anche quello restitutorio dello status quo ante, di cui il ricorrente può chiedere l'adempimento attraverso il rimedio dell'ottemperanza⁴⁰⁹.

In alternativa, si ammette che il privato possa agire con un'azione di condanna risarcitoria in forma specifica, nei confronti dell'Amministrazione per ottenere la restituzione del bene previa riduzione in pristino, secondo quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 30, co. 1, e 34, co. 1, lett. c) ed e), c.p.a.⁴¹⁰

In sede interinale, altresì, si rileva la possibilità di adottare provvedimenti cautelari atipici di cui all'articolo 55 c.p.a., che risultino i più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul ricorso qualora il ricorrente allegghi di subire un pregiudizio grave e irreparabile alla situazione giuridica dedotta in giudizio, durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso⁴¹¹.

Si evidenzia tuttavia come, a differenza della tutela possessoria che richiede il solo periculum in mora ai sensi dell'articolo 1168 c.c., la domanda cautelare debba fondarsi anche sul *fumus boni iuris*. Di qui, l'azione cautelare sarebbe strumento più complicato rispetto all'azione possessoria per dare espressa tutela alla situazione controversa.

L'autorità giudiziaria ordinaria sembrerebbe dunque meglio attrezzata a dare tutela a situazioni possessorie eventualmente lese da pubblici poteri, approntando un rimedio più snello e immediato. Ma ciò sarebbe possibile solo qualora si chiede la tutela del possesso molestato da comportamenti in alcun modo riconducibili all'esercizio del potere (vie di fatto).

14. La tutela esecutiva nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Come noto e brevemente, sotto il profilo funzionale, mentre il giudizio di cognizione attraverso la pronuncia di accertamento consegue la formulazione concreta

⁴⁰⁹ Cfr. Cons. St., A.P., 29.4.2005 n. 2.

⁴¹⁰ Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., 09/02/2016, n. 2, Cons. St., sez. IV, 7.7.2015 n. 3363; sez. IV, 28.11.2012 n. 6012;

⁴¹¹ L. BREGANTE, *Le azioni a tutela della proprietà e del possesso* GIAPPICHELLI 2012; PECCHIOLI, *Le azioni possessorie al cospetto del giudice amministrativo: prime note*, in *foro amm. C.d.St.*

della regola di diritto (che si assume violata), il giudizio esecutivo ottiene l'attuazione pratica, materiale di quella regola, in via coattiva e forzata. In tal modo, la soddisfazione del soggetto leso viene assicurata attraverso l'esperimento di un processo esecutivo, nelle forme dell'esecuzione forzata in forma specifica o per espropriazione forzata⁴¹².

Il procedimento di esecuzione forzata, quale sia la sua forma ed il suo contenuto, può aversi solo sulla base di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile (art. 474 c.p.c.).

La norma dell'art. 474 c.p.c., individua le varie categorie di titoli esecutivi, pacificamente azionabili anche nei confronti della P.A. nelle seguenti alternative: 1) titoli esecutivi di formazione extragiudiziale, quali previsti dall'art. 474 c.p.c., n. 2 («cambiali, nonché altri titoli di credito e atti ai quali la legge attribuisce espressamente la stessa efficacia») e n. 3 («atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli, relativamente alle obbligazioni di denaro in essi contenute »); 2) titoli esecutivi di formazione giudiziale ai sensi dell'art. 474, n. 1), c.p.c.: a) la sentenza di condanna emessa dal giudice ordinario, dotata di esecutività (cfr. artt. 282, 337, 351, 373 c.p.c.) e i decreti ingiuntivi dichiarati esecutivi (cfr. artt. 642, 647, 648 c.p.c.); 3) la sentenza di condanna al pagamento di somme di denaro o al pagamento delle spese di lite emesse dal giudice amministrativo (cfr., art. 30 c.p.a.); 4) la sentenza straniera dichiarata efficace nel territorio nazionale ex art. 796 c.p.c., con sentenza della Corte d'appello; 5) il lodo arbitrale dichiarato esecutivo con decreto del pretore. L'esecuzione forzata è possibile sia nella forma dell'espropriazione (cfr. art. 2910 c.c., e seg., e art. 483 c.p.c., e seg.), sia in forma specifica, regolate dagli art. 2930 c.c., e seg.; art. 605 c.c., e seg. e art. 605 c.p.c., e seg., per quanto concerne l'esecuzione forzata per consegna di beni mobili o per rilascio di beni immobili, dagli art. 2931 c.c., e seg. e art. 612 c.p.c., e seg., per quanto concerne l'esecuzione forzata degli obblighi di fare, dagli art. 2933 c.c., e art. 612 c.p.c., e seg., per quanto concerne

⁴¹² Per un approfondita disamina del tema si rinvia agli Autori della dottrina processualcivile. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 2014; C. CONSOLO, *la tutela di merito, cautelare ed esecutiva ed il rapporto giuridico processuale* 2014; P. LUIO, *Istituzioni di diritto processuale*. 2014

l'esecuzione forzata degli obblighi di non fare, e dall'art. 2932 c.c., per quanto concerne l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto.

I procedimenti esecutivi previsti dal codice di procedura civili sono brevemente i seguenti.

L'esecuzione forzata in forma specifica è ammessa nei confronti di obblighi di dare una cosa determinata (art. 2930 c.c. e art. 605 c.p.c.), di fare fungibile (art. 612 c.p.c.) o non fare (art. 2933 c.c. e 612 c.p.c.). Si parla di esecuzione “in senso proprio” o “sostitutiva”, in quanto l'attività doverosa del privato viene posta in essere direttamente dall'autorità giudiziaria. L'esecuzione forzata è invece indiretta qualora l'attività surrogatoria dell'organo giurisdizionale non è funzionale alla soddisfazione dell'interesse creditorio. Per il creditore non è indifferente che la prestazione sia adempiuta da soggetti diversi dal debitore. Sono le ipotesi di obbligazioni di fare infungibile o di non fare. Qui, in virtù dell'antico brocardo *nemo ad factum precise cogi potest*, se il debitore rimane inerte nell'adempiere l'obbligazione o prosegue nel porre in essere comportamenti contrari al divieto di astensione, l'ordinamento fornisce rimedi indiretti, cd. coercitivi, del tipo delle *astreintes* francesi. Si pensi al meccanismo dell'articolo 614 bis per che condanna l'inadempiente al pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza successiva dell'obbligo. Una deroga all'infungibilità degli obblighi di fare è prevista dall'articolo 2932 c.c., che dispone l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto. Qui la sentenza del giudice si sostituisce alle parti costituendo essa stessa gli effetti del contratto definitivo non adempiuto in virtù del preliminare. Infine, l'esecuzione forzata può avere le forme dell'espropriazione forzata, qualora si tratti di dare esecuzioni a obblighi aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro (artt. 483 e ss. c.p.c.). In forza dell'articolo 2740 c.c., il debitore risponde delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Di qui, attraverso l'espropriazione forzata l'organo giurisdizionale incide sul patrimonio del debitore, ne liquida gli elementi attivi e ne ricava una somma di denaro al fine di soddisfare le pretese creditorie.

L'esecuzione forzata nei confronti della P.A. è generalmente ammessa nelle suestipite forme, salvo alcuni limiti e peculiarità di disciplina di seguito enucleati⁴¹³.

15. L'esecuzione in forma specifica nei confronti della Pubblica Amministrazione.

L'esecuzione forzata in forma specifica è ammissibile nei confronti della Pubblica Amministrazione purché non interferisca con l'attività provvedimentale a quest'ultima esclusivamente ascritta dalla legge. Si applicano gli stessi limiti incontrati in sede di cognizione con riferimento alle azioni di condanna⁴¹⁴ e il divieto del giudice di non sostituirsi alle scelte discrezionali dell'Amministrazione.

Con riferimento all'esecuzione per consegna o rilascio (cfr., art. 605 c.p.c., e seg.) di beni mobili e immobili, non sussistono preclusioni laddove la restituzione involga un'attività di natura meramente privatistica. D'altro canto, qualora il procedimento esecutivo si ingerisca nell'attività amministrativa volta al perseguimento di interessi pubblici, parte della dottrina ha evidenziato come il giudice ordinario, in qualità di organo giurisdizionale di direzione del processo di esecuzione, possa sempre emanare ai sensi dell'articolo 610 c.p.c. i «*provvedimenti temporanei occorrenti*» (anche su richiesta della stessa pubblica amministrazione eseguita) al fine di scongiurare indebite intromissioni nella sfera del merito delle scelte pubbliche. Le stesse considerazioni valgono per l'esecuzione forzata di obblighi di fare fungibili nei confronti della P.A. (artt. 612 e ss. c.p.c.).

Con riferimento all'esecuzione forzata dell'obbligo di non fare l'ordinamento prevede una specifica disposizione volta a tutelare profili di interesse marcatamente

⁴¹³ Sull'esecuzione forzata nei confronti della P.A. si rinvia tra i più recenti, V.CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016; per il passato, si evidenziano SANDULLI, La posizione dei creditori pecuniari dello Stato, RTDP, 1952, 541; CANNADA BARTOLI, La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione, Milano, 1964, 192; NIGRO, L'esecuzione delle sentenze di condanna della p. A., FI, 1965, V, 57; MONTESANO, Condanna pecuniaria ed esecuzione forzata contro la pubblica amministrazione, RDPr, 1968, 646; GRECO, L'esecuzione delle sentenze di condanna al pagamento di una somma di denaro nel quadro della gestione finanziaria dello Stato, RDF, 1976, I, 216; NIGRO, Giustizia amministrativa, 1983, 247; SATTA, Giustizia amministrativa, 1986, 80; SANDULLI, Manuale di diritto amministrativo, 1989, 1295.

⁴¹⁴ C.CONSOLO, *la tutela di merito, cautelare ed esecutiva ed il rapporto giuridico processuale* 2014

pubblicistici. L'art. 2933 c.c. dispone infatti che *se non è adempiuto un obbligo di non fare, l'avente diritto può ottenere che sia distrutto, a spese dell'obbligato, ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo (I co.); Non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale (II co.)*⁴¹⁵.

In particolare, al ricorrere di questa ipotesi, l'interesse privato dell'avente diritto all'esecuzione specifica viene sacrificato a favore dell'interesse pubblico degradandosi la tutela specifica in un mero risarcimento pecuniario quantificato in relazione al danno subito.

L'accertamento del pregiudizio all'economia nazionale - che costituisce valutazione di fatto, legata al contingente momento storico e socio-economico, e, come tale, ampiamente discrezionale - è riservato all'autorità giudiziaria, la quale deve

⁴¹⁵ Per parte della dottrina, tale norma rappresenterebbe una deroga di legge al principio di non interferenza negli affari dell'amministrazione da parte del giudice ordinario.

Tuttavia, l'orientamento prevalente evidenzia come il giudice ordinario dell'esecuzione, nella direzione del processo di esecuzione in forma specifica contro la pubblica amministrazione, incontrerà gli stessi limiti che il giudice ordinario della cognizione incontra nell'esame e nella valutazione dell'atto amministrativo al fine di garantire l'autonomia dell'amministrazione. Anche nel processo di esecuzione forzata in forma specifica è precluso al giudice di sostituirsi all'amministrazione nella valutazione degli interessi pubblici coinvolti nel processo di esecuzione o incisi dalla concreta eseguibilità dei provvedimenti giurisdizionali (2) .

Il potere attribuito al giudice dell'esecuzione dalle norme degli artt. 610 e 612 c.p.c., di dettare il concreto regolamento giurisdizionale sarà pertanto un potere condizionato dalla compresenza di interessi amministrativi, di cui la pubblica amministrazione eseguita sarà portatrice, in contraddittorio con il diritto all'adempimento richiesto dal creditore esecutante. Di qui, si è evidenziato come la tutela degli interessi dell'amministrazione muta il dell'esecutato, in quanto la pubblica amministrazione, soggetto formalmente e proceduralmente passivo dell'azione esecutiva, diviene sostanzialmente soggetto attivo, portatore di interessi specifici, parzialmente valutabili dal giudice dell'esecuzione, e quindi funzionalmente sovraordinato al creditore esecutante. Il giudice dell'esecuzione non potrà condannare la pubblica amministrazione all'esecuzione concreta e specifica per consegna, per rilascio, agli obblighi di fare infungibile e di non fare, con contestuale soddisfazione materiale del diritto del creditore esecutante, nella misura in cui gli interessi pubblici contrari e attivi alla cui cura è preposta l'amministrazione contrasteranno con quelli dello stesso creditore esecutante. Diversamente argomentando si ammetterebbe la sostituzione dell'autorità giurisdizionale a quella esecutiva. Sotto tale angolazione, è pertanto possibile che la pubblica amministrazione dia esecuzione parziale all'ordine del giudice, ritenendo una parte dell'esecuzione contrastante con gli interessi attivi e incompressibili dell'amministrazione, determinando una soddisfazione parziale del diritto del creditore oppure che ritardi l'adempimento specifico, procrastinando l'emanazione di atti o il compimento di necessarie attività materiali, in attesa del mutamento di situazioni di fatto: esecuzione parziale e ritardo nell'esecuzione integrale dimostrano una capacità di resistenza attiva al processo di esecuzione in forme specifiche, tale da qualificare una funzione attiva in capo alla pubblica amministrazione eseguita, benché sia soggetto formalmente passivo del processo di esecuzione.

orientarsi in base ai criteri costituzionali e alle programmazioni pubbliche di settore⁴¹⁶. In numerose pronunce del giudice di legittimità è affermata la necessità di un'interpretazione restrittiva dell'art. 2933, 2° co., nel senso che la stessa è applicabile soltanto nell'ipotesi in cui la distruzione della cosa arrechi pregiudizio al sistema produttivo dell'intero Paese e non anche quando il pregiudizio riguardi unicamente interessi individuali e locali⁴¹⁷.

Più specificatamente, nella materia dell'espropriazioni, in ipotesi di occupazione usurpativa (ossa avvenuta attraverso un mero comportamento di fatto non riconducibile ad alcuna manifestazione di potere-manca la dichiarazione di pubblica utilità: cd. vie di fatto- *supra*) in virtù dell'indicato limite del "*pregiudizio all'economia nazionale*", la giurisprudenza ha affermato che all'obbligo di restituzione del terreno al privato proprietario può sostituirsi il risarcimento per equivalente, tenuto conto del pregiudizio che ricadrebbe sulla collettività in seguito alla distruzione del manufatto abusivo⁴¹⁸.

Tutto ciò sempreché l'Amministrazione non decida di acquistare l'immobile irreversibilmente modificato in forza dell'art. 42 bis T.U. espropri (*supra*), ossia ponendo in essere un nuovo procedimento espropriativo, dal quale emergano le ragioni di pubblico interesse riconnesse all'opera pubblica, nel rispetto dei parametri di cui all'art. 42 Cost. e della CEDU (vd. *supra*).

16. Esecuzione forzata di obblighi di fare infungibile nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Le tesi classiche escludono l'esperibilità da parte del g.o. di condanne nei confronti della P.A. ad un fare infungibile, di natura provvedimentale, in virtù del limite di cui all'articolo 4 L.A.C. ed il principio di separazione dei poteri.

⁴¹⁶ SI vd. Busnelli, 382; Mazzamuto, 293; Mandrioli, Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare, in Digesto civ., VII, Torino, 1991, 553, ove la precisazione che tale accertamento deve avvenire in sede di cognizione della domanda di condanna.

⁴¹⁷ Cfr. C. 1272/1999; C. 562/1985; C. 5783/1979; nello stesso senso, tra i giudici amministrativi, C. St. 28.1.2002, n. 450.

⁴¹⁸ C. St. 18.3.2002, n. 1562; C. St. 28.1.2002, n. 450, secondo cui, peraltro, la deroga prevista all'art. 2933, 2° co., non può trovare applicazione qualora il bene non verrebbe demolito e la restituzione inciderebbe comunque su interessi circoscritti alla realtà locale; C. St. 3.5.2005, n. 2095; C. St. 14.6.2001, n. 3169. Nello stesso senso, tra i giudici amministrativi di primo grado, cfr.: T.A.R. Campania 16.12.2003, n. 15369; T.A.R. Emilia Romagna 27.10.2003, n. 2160.

Orientamenti più recenti evidenziano peraltro come l'impossibilità per il giudice ordinario di condannare la pubblica Amministrazione a tenere un comportamento preciso derivi dal generico divieto di portare ad esecuzione condanne a prestazioni infungibili, secondo l'antico brocardo *nemo ad factum precise cogi potest*. E tali divieti quindi si estendono tanto alla condanna ad emanare provvedimenti quanto a tenere comportamenti che presentino connotazioni marcatamente pubblicistiche⁴¹⁹. L'esercizio del potere è espressione di un *facere infungibile*⁴²⁰. Si evidenzia come neppure nell'attività di diritto privato, infatti, il giudice può sovrapporsi alle parti: sussiste il limite dell'autonomia privata che non può essere sostituita da scelte discrezionali del giudice⁴²¹. La soddisfazione dell'interesse non può essere raggiunta da un'attività sostitutiva del giudice.

Per ovviare a tale problema, sul fronte processuale l'ordinamento offre il rimedio di cui all'articolo 614 bis del c.p.c., introdotto dopo la riforma del 2009, il quale prevede che per assicurare l'attuazione di obblighi di fare infungibile e di non fare il giudice possa condannare l'inadempiente al pagamento di una somma di denaro, purchè non iniqua, per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione della prestazione. Si tratta, come osservato, di un meccanismo simile alle *astreintes* francesi, ossia sanzioni pecuniarie per il ritardo nell'esecuzione di un provvedimento giurisdizionale con funzione punitiva e deterrente⁴²².

La questione acquisisce rilevanza nei casi di giurisdizione piena del g.o., in relazione a controversie dove l'organo giudicante è per legge abilitato a conoscere del potere, potendo annullare ed adottare qualsiasi tipo di pronuncia (anche di condanna ad un *facere*), utile a dare piena soddisfazione al diritto leso.

Nelle controversie rimesse alla giurisdizione piena del g.o. non sussistono infatti i limiti della L.A.C. (*supra*). Si pensi all'articolo 28 del d.lgs. n. 150 del 2011,

⁴¹⁹ A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa e limiti alla giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975; A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983,

⁴²⁰ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*

⁴²¹ G.PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, 1966

⁴²² C.CONSOLO, *la tutela di merito, cautelare ed esecutiva ed il rapporto giuridico processuale* 2014; A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa e limiti alla giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975; A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983,

al V comma, il quale in materia di contrasto alla discriminazione dispone che con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, *anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti*. Al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, il giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

Per dare piena tutela in fase di esecuzione a interessi così prevalenti, si è evidenziato come possa essere assai utile usufruire del rimedio del giudizio di ottemperanza in sede amministrativa. In questi casi, il giudice amministrativo agisce nell'esercizio di una giurisdizione estesa anche al merito (art. 134 c.p.a.) con poteri sostitutivi idonei a dare piena tutela all'interesse della parte della lesa.

Il giudice di ottemperanza nasce storicamente per le sentenze del g.o. L'art. 4, comma 2, seconda parte, l. cont. amm., costituisce il nucleo originario del giudizio di ottemperanza. L'estensione del giudizio di ottemperanza alle decisioni del giudice amministrativo è il prodotto dell'elaborazione giurisprudenziale, in quanto normativamente, almeno fino all'emanazione dell'art. 37, l. TAR, il giudizio di ottemperanza previsto dall'art. 27, n. 4 t.u., C. St., era applicabile solamente nei confronti del giudicato del giudice ordinario, che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile e politico⁴²³.

Si è poi superato l'orientamento risalente e restrittivo che negava il giudizio di ottemperanza nel caso in cui l'esecuzione non implicasse l'esercizio di un pubblico potere⁴²⁴.

Oggi si ammette la piena alternatività tra l'ottemperanza e l'esecuzione civilistica⁴²⁵.

⁴²³ In dottrina sul giudizio di ottemperanza nei confronti del giudicato ordinario cfr. Guicciardi, *L'obbligo dell'autorità amministrativa*, cit., 250; Cannada-Bartoli, *Osservazioni sull'obbligo della pubblica amministrazione*, cit., 126; Nigro, *Sulla natura giuridica del processo*, cit., 262; Sandulli, *Consistenza ed estensione*, cit., 55; Giannini, *Contenuto e limiti*, cit., 148. Oggi, V.CERULLI IRELLI, *op. cit.*, Roma 2016, F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa* cit.

⁴²⁴ Cfr. Cass., S.U., 13.7.1979 n. 4071

Le sentenze del giudice ordinario, infatti, secondo l'art. 112, co. 2, lett. c), c. p. a., possono essere infatti oggetto, purché passate in giudicato, anche del giudizio di ottemperanza davanti al giudice amministrativo.

Il giudizio di ottemperanza consente di ottenere una tutela maggiormente effettiva della situazione giuridica dedotta in giudizio: il giudice può infatti sostituirsi alla Pubblica Autorità inadempiente anche nominando un commissario ad acta (art. 114 lett. a) e d) c.p.a.). Appare evidente, dunque, come il giudizio amministrativo di ottemperanza offra margini di tutela superiori rispetto all'esecuzione in sede civile.

Resta tuttavia la questione sul se il giudice dell'ottemperanza possa pronunciarsi su sentenze non passate in giudicato del giudice civile, stante l'espresso divieto di cui all'art. 112, I co. lett. c). c.p.a..

La giurisprudenza sembra orientata tutta nel senso di un'interpretazione letterale della norma in esame, con la conseguente ottemperabilità delle sole sentenze passate in giudicato.

Sul punto, nella vigenza dell'allora legge TAR (L. n. 1034/1971, sostituita ad oggi dal c.p.a.), già era intervenuta la Corte costituzionale. In particolare, il giudice delle leggi ha rilevato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 37 della , in riferimento agli artt. 3, 24, 97, 111 e 113 Cost., nella parte in cui non consente l'utilizzazione del giudizio di ottemperanza con riguardo alle sentenze del giudice ordinario esecutive, ancorché non passate in giudicato.

Attesa la diversità esistente tra l'istituto del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo di primo grado non sospese dal giudice di appello – che comporta l'esercizio di una giurisdizione estesa al merito e l'esecuzione secondo le norme di procedura civile delle sentenze di primo grado del giudice ordinario – che non richiede l'esame di merito – non può configurarsi, in relazione all'esecuzione delle sentenze del giudice ordinario, né disparità di trattamento né pregiudizio per la tutela dei diritti del creditore e per la ragionevole

⁴²⁵Si vd. Cons. St., IV, 21.2.2011 n. 1084; Cass., S.U., 8.10.2004 n. 20023; ma già Cons. St., A.p. 9.3.1973 n. 1.

durata del processo, la quale è peraltro garantita dai tempi processuali disposti dal c.p.c..

Quanto, infine, all'asserita violazione del principio del buon andamento, esso si riferisce agli organi dell'amministrazione della giustizia unicamente per profili concernenti l'ordinamento degli uffici giudiziari ed il loro funzionamento sotto l'aspetto amministrativo, ma non riguarda l'esercizio della funzione giurisdizionale nel suo complesso e i provvedimenti che ne costituiscono espressione⁴²⁶.

Concludendo, in caso di inerzia dell'Amministrazione, l'attore vincente nel merito dovrebbe attendere il passaggio in giudicato della sentenza del g.o. per poi adire il giudice dell'ottemperanza; così rischiando nelle more di subire ingiustificati ed ulteriori pregiudizi con vulnus al principio di effettività della tutela.

17. L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto

L'art. 2932 c.c. prevede che *«se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso»*.

Un orientamento giurisprudenziale risalente⁴²⁷ escludeva l'eserpicibilità della sentenza ex art. 2932 c.c. nei confronti della P.A. in quanto il giudice ordinario non avrebbe potuto condannare la pubblica amministrazione ad un facere, rappresentato dalla prestazione del consenso per la conclusione del contratto definitivo, salvo ammettere un'indebita violazione dell'art. 4, legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, nonché del principio di separazione dei poteri. La dottrina rilevava come tale sentenza avrebbe comportato la sostituzione del giudice nell'attività discrezionale deliberativa della P.A. che precede la stipula dei contratti e nella quale emerge la volontà di concludere il negozio nel pubblico interesse.

Diversamente, la giurisprudenza più recente⁴²⁸, ammette che il giudice ordinario possa emanare nei confronti della pubblica amministrazione la sentenza di cui all'art. 2932 c.c., in quanto essa rappresenta l'esecuzione diretta dell'obbligo del

⁴²⁶ Corte cost. (Ord.), 25-03-2005, n. 122

⁴²⁷ cfr., Cass., 26-5-1969, n. 1858; Id., 5-4-1966, n. 872; Id., 9-12-1960, n. 3214

⁴²⁸ cfr., Cass., S.U., 7.10.1983 n. 5838; 1.10.2002 n. 14079, Cass. civ. Sez. Unite, 25-02-2014, n. 4431

debitore di concludere un contratto, derivante da un precedente contratto preliminare. L'attività discrezionale della pubblica amministrazione si è già esaurita in sede di formazione del contratto preliminare. Da quest'ultimo sorge l'obbligo di concludere un contratto, attività del tutto vincolata e priva di margini di discrezionalità in quanto ascrivibile ai rapporti di diritto privato. Ancora, la norma dell'art. 2932 c.c. è ammissibile nei confronti della pubblica amministrazione, anche quando la fonte dell'obbligo di contrarre non sia un contratto, ma la legge o un atto amministrativo. L'art. 63 della legge 25 giugno 1865, n. 2359, contenente la disciplina delle espropriazioni forzate per causa di pubblica utilità prevede l'obbligo dell'amministrazione di retrocedere all'espropriato i beni non utilizzati e ammette la possibilità di emettere da parte del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione sentenza costitutiva di decadenza della dichiarazione di pubblica utilità e di condanna alla restituzione dei beni espropriati, con effetti costitutivi circa il passaggio di proprietà in termini analoghi a quanto dispone l'art. 2932 c.c.. La ratio della norma è sempre la medesima: consentire l'esecuzione in forma specifica di un obbligo giuridico di natura privatistica avente fonte legale; così l'Amministrazione nell'adempiere non esercita alcun attività discrezionale.

18. L'esecuzione forzata in forma di espropriazione.

La soddisfazione in via esecutiva del creditore in caso di inadempimento di obblighi aventi ad oggetti somme di denaro avviene nelle forme dell'espropriazione forzata. A norma dell'art. 2910 c.c.: *Il creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, può far espropriare i beni del debitore, secondo le regole stabilite dal codice di procedura civile [474 c.p.c. ss.]*. Ciò in virtù della regola della garanzia patrimoniale del creditore. Ai sensi dell'articolo 2740 c.c., *“Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri”*.

Come vedremo, tuttavia, l'esecuzione di condanne al pagamento di somme di denaro nei confronti della P.A. presenta alcune peculiarità rispetto alla disciplina comune.

Prima deroga al regime generale è disposto dall'art. 14 del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, per cui le amministrazioni dello Stato e degli enti pubblici non

economici *«completano le procedure per l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali aventi efficacia esecutiva e comportanti l'obbligo di pagamento di somme di danaro entro il termine di centoventi giorni dalla notificazione del titolo esecutivo. Prima di tale termine il creditore non può procedere ad esecuzione forzata né alla notifica di atto di precetto».*

Ulteriore problematica attiene alla determinazione dei beni della pubblica amministrazione espropriabili, cioè assoggettabili ad aggressione esecutiva. Secondo le disposizioni degli art. 2912 c.c., e seg., e art. 491 c.p.c., e ss., il pignoramento è l'atto in forza del quale ha inizio il processo di espropriazione forzata nei confronti del debitore esecutato. Ai sensi dell'art. 2913 c.c., non hanno efficacia (inefficacia relativa) in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione, gli atti di alienazione dei beni sottoposti a pignoramento. E sul bene pignorato il giudice dell'esecuzione può procedere alla vendita forzata al fine di soddisfare i creditori esecutanti sulla somma così ricavata.

La legge ha tuttavia enucleato una serie di beni della P.A. esclusi dalla regola della garanzia patrimoniale.

In particolare e brevemente, risultano impignorabili i beni demaniali, di qualunque tipo e categoria essi siano (artt. 822 e 823 c.c.). Non sono altresì pignorabili i beni patrimoniali indisponibili, in quanto destinati all'esercizio di una pubblica funzione o di un pubblico servizio (artt. 826 e 828 c.c.)⁴²⁹. Ancora, non sono pignorabili i crediti di natura tributaria, in quanto essi sono riscossi dall'amministrazione in forza di un potere pubblicistico e sono destinati per le esigenze della collettività; sono invece da considerare pignorabili i crediti di carattere privatistico dovuti all'amministrazione, come ad esempio i canoni di locazione.

Per quanto concerne il denaro, l'evoluzione giurisprudenziale e dottrina è giunta in ultima analisi ad ammetterla.

La risalente tesi sulla impignorabilità del denaro muoveva dalla considerazione che il denaro esistente nelle tesorerie dello Stato e degli enti pubblici dovesse considerarsi vincolato a fronteggiare le spese previste nell'atto di approvazione dei

⁴²⁹ Beni patrimoniali indisponibili sono, fra l'altro, gli edifici destinati a sede di uffici pubblici, nonché i loro arredi (cfr., art. 826 c.c.) e quindi non è ammissibile il pignoramento dei mobili e delle suppellettili che arredano l'ufficio ovvero degli autoveicoli necessari al trasporto dei funzionari.

relativi bilanci per fini di pubblico interesse (R.d. n. 2440 del 1923; lg. N. 196 del 2009). Di qui, si sosteneva l'impossibilità per il giudice dell'esecuzione di pignorare tali somme, salvo ammettere un'indebita intromissione nel merito delle scelte amministrative (cfr., da ultimo, Virga).

Pertanto, la giurisprudenza riteneva che l'esecuzione forzata non potesse aver luogo sul denaro dell'amministrazione, se non entro i limiti di capienza dei capitoli di bilancio destinati al pagamento di spese per liti giudiziarie (cfr., Cass., S.U., 13-7-1979, n. 4071, FI, 1979, I, 1979). Peraltro, era assai frequente l'assenza nei bilanci degli enti pubblici di appositi capitoli destinati al pagamento di spese per liti giudiziarie, sicché l'esecuzione forzata sul denaro esistente nelle casse delle tesorerie degli enti pubblici era impedita fino al momento in cui la stessa amministrazione, in procinto di essere assoggettata ad esecuzione, cioè in posizione di soggetto precettato, non avesse unilateralmente deciso di stornare o di creare apposito fondo nel bilancio destinato al pagamento delle obbligazioni pecuniarie derivanti da un provvedimento giurisdizionale di condanna.

Successivamente, la tesi della generica pignorabilità del denaro dello Stato divenne prevalente e ad oggi è pacifica in dottrina e giurisprudenza. In particolare, si ritiene che la previsione generale del bilancio sulle entrate e sulle spese (le cd. unità previsionali di base) non possa essere considerata come fonte di vincolo di destinazione in senso tecnico di determinate somme⁴³⁰.

L'impignorabilità deriva invece dalla specifica destinazione a pubbliche finalità⁴³¹. Più specificatamente, la giurisprudenza afferma che tanto le somme di denaro quanto i crediti dello Stato sono pignorabili, ad eccezione delle somme di denaro che abbiano già ricevuto, per effetto di una disposizione di legge o di un provvedimento amministrativo, una precisa e concreta destinazione ad un pubblico servizio, ossia all'esercizio di una determinata attività rivolta, direttamente o strumentalmente, all'attuazione di una funzione istituzionale della pubblica amministrazione, con l'erogazione della spesa per le strutture necessarie all'esercizio di quell'attività(attraverso il cd. procedimento di spesa: art 34 lg. Contabilità del 2009 e art. 183 del T.U.E.L.). Solo in questo caso, infatti, le somme di denaro ed i crediti

⁴³⁰ Si vd. M. Nigro. *Op. cit.*

⁴³¹ Cfr. C. Cost., 21-7-1981, n. 138.

della pubblica amministrazione diventano indisponibili e non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano e, quindi, sono impignorabili per il soddisfacimento dei crediti di terzi verso l'amministrazione pubblica⁴³².

Il creditore privato esecutante può peraltro ricorrere agli strumenti di tutela previsti dalla giurisdizione amministrativa, proponendo ricorso per l'ottemperanza avverso il diniego dell'amministrazione di adempiere alla condanna al pagamento di somme di denaro⁴³³. In tal senso si espresse, dal principio, la giurisprudenza amministrativa⁴³⁴, la quale riconobbe l'esperibilità del ricorso per l'ottemperanza al giudicato anche nei confronti delle sentenze del giudice ordinario di condanna dell'amministrazione al pagamento di una somma di denaro. Di qui, si determinava un rapporto di concorrenza alternativa tra giudizio amministrativo di ottemperanza e giudizio civile di esecuzione. Peraltro, si ammetteva che il giudice amministrativo in sede di ottemperanza, nella sua giurisdizione estesa al merito, potesse adottare in sostituzione dell'amministrazione tanto provvedimenti discrezionali quanto meri atti vincolati e doverosi, quali atti di adempimento. Il giudizio d'ottemperanza divenne lo strumento più efficace per il creditore al fine di trovare soddisfazione dei suoi crediti vantati verso lo Stato⁴³⁵.

I profili sopra affrontati devono ora essere integrati con le novità in tema di giudizio di ottemperanza introdotte dal codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010). Come anzidetto, ad oggi il giudizio di ottemperanza può essere infatti esperito per ottenere l'attuazione tanto delle sentenze degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo quanto delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario (art. 112, comma 2, lett. b) e c), c.p.a.). Di conseguenza, l'esecuzione forzata di obblighi pecuniari può essere conseguita mediante i concorrenti strumenti dell'esecuzione forzata ordinaria, nelle forme del codice di procedura civile, e del giudizio di ottemperanza davanti al giudice

⁴³² Cfr. Cass., 12-2-2008, n. 3287; Id., 26-7-2005, n. 15601; Id., 16-11-2000, n. 14847;

⁴³³ Ai sensi dell'allora art. 27, n. 4, t.u. C. St., e dell'art. 37, legge istitutiva dei T.A.R. (v., l. 6 dicembre 1971, n. 1034).

⁴³⁴ Con l'importante decisione di C. St. ad.pl. 9-3-1973, n. 1 C. St. sez. IV, 26-9-1980, n. 958

⁴³⁵ Ex multis, Cass. S.U., n. 4071/1979 Cass., S.U., 9-3-1981, n. 1299 Cass. S.U., 3-2-1988, n. 1074 cit

amministrativo⁴³⁶. Per completezza, si rileva come l'alternatività piena tra ottemperanza e processo esecutivo civile è stata poi estesa dal c.p.a. anche ai provvedimenti emessi dal giudice amministrativo che dispongono il pagamento di somme di denaro, i quali, ai sensi dell'art. 115, comma 2, c.p.a., «costituiscono titolo anche per l'esecuzione nelle forme disciplinate dal Libro III del codice di procedura civile e per l'iscrizione di ipoteca».

19. L'esecuzione forzata nelle controversie in materia di pubblico impiego privatizzato.

Una questione molto dibattuta in dottrina e giurisprudenza concerne l'esecuzione forzata di sentenze di condanna ad un facere infungibile in materia di pubblico impiego privatizzato. Si pensi al caso di un dipendente pubblico illegittimamente licenziato o di un dirigente revocato *contra legem*.

Per espressa previsione di legge, il meccanismo di coercizione indiretta di cui all'articolo 614 bis c.p.c. non è applicabile nelle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409 c.p.c.. Di qui, è escluso per il pubblico dipendente l'utilizzo delle astreintes in caso di inadempimento dell'Amministrazione nell'adempiere alla condanna di reintegra nel posto di lavoro.

D'altro canto, per alcuni in questi casi si escluderebbe anche il rimedio dell'ottemperanza. La P.A. agisce con i poteri del privato datore di lavoro e le relative controversie devono decidersi in sede ordinaria attraverso l'adozione delle tutele proprie del diritto comune. L'esecuzione forzata dovrebbe seguire le regole dettate dal codice civile dal codice di procedura civile, restando esclusa l'applicabilità del giudizio di ottemperanza previsto dal codice del processo amministrativo.

Tuttavia, tale orientamento è stato criticato sotto molteplici punti di vista.

L'impossibilità di utilizzare lo strumento del giudizio d'ottemperanza e della nomina del commissario ad acta (artt. 112 e ss. c.p.a.) comporterebbe un depotenziamento dell'effettività della tutela giurisdizionale posto che a fronte del rifiuto della P.A. di riassumere il dipendente illegittimamente licenziato, si

⁴³⁶ Cfr. Cass. S.U., 8-10- 2004, n. 20023.

riscontrerebbe il divieto per il giudice ordinario di sostituirsi nell'adempimento di obblighi di fare infungibili. Di qui, il pubblico dipendente dovrebbe accontentarsi della tutela risarcitoria di carattere patrimoniale, a ristoro del danno patito.

Ancora, si evidenzia come negare l'ottemperanza delle sentenze del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro alle dipendenze della P.A. sarebbe in contrasto con la genesi dello stesso istituto. Come noto, infatti, il giudizio di ottemperanza nasce storicamente per le sentenze del G.O. DI qui, non vi sarebbero problemi di sorta ad ammettere la tutela dell'ottemperanza ai sensi dell'articolo 112 I co. lett. c), c.p.a. , per le sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato. Con la ulteriore possibilità di nominare un commissario *ad acta* che sostituisca all'Amministrazione nel riassumere il dipendente. Si tratta di giurisdizione estesa anche al merito ed il giudice dell'ottemperanza può provvedere in vece dell'Amministrazione inadempiente senza i limiti del principio di separazione dei poteri (art. 134 c.p.a.).

Su quest'ultimo punto, alcuni obiettano che gli atti del commissario ad acta sarebbero così impugnabili in sede amministrativa ai sensi dell'articolo 114 VI co. c.p.a.. Di qui, si consentirebbe al G.A. di avere giurisdizione, per lo meno in *executivis*, su questioni di pubblico impiego privatizzato che nella logica della riforma dovevano essere ad esso escluse.

Tuttavia, tale ultima considerazione non sembra poter superare le lacune che, in punto di effettività della tutela del pubblico impiegato, comporterebbe l'esclusione dell'ottemperabilità delle sentenze del g.o..

Peraltro, correttamente si evidenzia come il rischio di ingerenze del G.A. nella giurisdizione di merito civile è tendenzialmente esclusa dalla prevalente giurisprudenza. Posto infatti che l'oggetto del giudizio di ottemperanza consiste nella verifica dell'effettivo adempimento da parte dell'amministrazione pubblica dell'obbligo di conformarsi al comando impartito dal giudice della cognizione, il giudice dell'esecuzione è chiamato non solo ad enucleare e precisare il contenuto degli obblighi nascenti dalla sentenza passata in giudicato, chiarendone il significato reale,

ma anche - quando emergano problemi interpretativi la cui soluzione costituisca l'indispensabile presupposto della verifica dell'esattezza dell'esecuzione - ad adottare una statuizione analoga a quella che egli potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione. Detto potere integrativo incontra tuttavia il limite esterno della giurisdizione propria del giudice amministrativo, con la conseguenza che, quante volte la cognizione della questione controversa, la cui soluzione sia necessaria ai fini della verifica dell'esatto adempimento dell'amministrazione obbligata, risulti devoluta ad altro giudice, soltanto questi può provvedere al riguardo⁴³⁷.

Resta infine la questione sul se il giudice dell'ottemperanza possa pronunciarsi su sentenze non passate in giudicato del giudice civile, stante l'espresso divieto di cui all'art. 112, I co. lett. c). c.p.a..

La giurisprudenza sembra orientata tutta nel senso di un'interpretazione letterale della norma in esame, con la conseguente ottemperabilità delle sole sentenze passate in giudicato.

Sul punto, nella vigenza dell'allora legge TAR (L. n. 1034/1971, sostituita ad oggi dal c.p.a.), già era intervenuta la Corte costituzionale. In particolare, il giudice delle leggi ha rilevato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 37 della , in riferimento agli artt. 3, 24, 97, 111 e 113 Cost., nella parte in cui non consente l'utilizzazione del giudizio di ottemperanza con riguardo alle sentenze del giudice ordinario esecutive, ancorché non passate in giudicato. Attesa la diversità esistente tra l'istituto del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo di primo grado non sospese dal giudice di appello – che comporta l'esercizio di una giurisdizione estesa al merito e l'esecuzione secondo le norme di procedura civile delle sentenze di primo grado del giudice ordinario – che non richiede l'esame di merito – non può configurarsi, in relazione all'esecuzione delle sentenze del giudice ordinario, né disparità di trattamento né pregiudizio per la tutela dei diritti del creditore e per la ragionevole durata del processo, la quale è peraltro garantita dai tempi processuali disposti dal c.p.c.. Quanto, infine, all'asserita violazione del principio del buon andamento, esso si riferisce agli organi dell'amministrazione della giustizia unicamente per profili

⁴³⁷ Cass. civ. Sez. Unite, 20-11-2003, n. 17633

concernenti l'ordinamento degli uffici giudiziari ed il loro funzionamento sotto l'aspetto amministrativo, ma non riguarda l'esercizio della funzione giurisdizionale nel suo complesso e i provvedimenti che ne costituiscono espressione⁴³⁸.

D'altro canto, come si è evidenziato, si registra in una parte della dottrina⁴³⁹ la soluzione che ammette l'esecuzione in forma specifica degli obblighi di riassunzione o conferimento dell'incarico dirigenziale gravanti sulla P.A. in seguito a sentenza di condanna da parte del g.o. Tali doveri non avrebbero natura infungibile in quanto la Pubblica Amministrazione sarebbe sempre costretta a porli in essere. In altre parole, per il privato datore di lavoro sussistono limitazioni alla possibilità di subire coattivamente un obbligo di fare che derivano da una serie di diritti (si pensi alla libertà di impresa), che non sono sacrificabili a mezzo della effettiva tutela esecutiva. Ciò non è vero per la P.A., la cui posizione è ontologicamente differente perché a differenza del datore di lavoro privato che è libero di scegliere tra l'eseguire l'ordine del giudice o subire l'opzione risarcitoria, deve soggiacere ai principi di legalità e imparzialità di cui all'art. 97 Cost. Da ciò deriverebbe la piena applicabilità degli artt. 612 e ss. c.p.c. e 2931 e 2932 c.c. in materia di esecuzione forzata di obblighi di fare e di concludere un contratto, con la possibilità per il giudice ordinario di avvalersi di un commissario ai sensi dell'articolo 68 c.p.c. che svolga la propria attività in modo non dissimile al commissario ad acta.

La norma succitata prevede che *“quando ne sorge la necessità il giudice può farsi assistere da persona idonea al compimento di quegli atti che egli non è in grado di compiere da solo”*.

In tal modo, si consentirebbe di dare immediata e soddisfacente esecuzione a pronunce del g.o. esecutive ma non ancora passate in giudicato, utilizzando gli strumenti offerti dal codice di procedura civile. Diversamente argomentando, in caso di inerzia dell'Amministrazione, l'attore vincente nel merito dovrebbe attendere il

⁴³⁸ Corte cost. (Ord.), 25-03-2005, n. 122

⁴³⁹ B. SASSANI, *Sul commissario dell'ottemperanza qual organo dell'esecuzione forzata* in Riv. Dir. proc. civ. ; A. POLICE, *Inottemperanza della P.A. ai provvedimenti del giudice ordinario in materia di pubbl. Imp. ed esecuzione in forma specifica* in Dir. proc. amm. 2003; Cfr Trib. di Catania Sez. Lavoro, Ordinanza 18 aprile 2001

passaggio in giudicato della sentenza del g.o. per poi adire il giudice dell'ottemperanza; così rischiando nelle more di subire ingiustificati ed ulteriori pregiudizi con vulnus al principio di effettività della tutela.

20. La tutela cautelare dinanzi al giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico.

Le misure cautelari ed il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Come noto e assai brevemente, la tutela cautelare ha la funzione di evitare che nelle more del giudizio di merito la situazione giuridica dell'attore subisca un pregiudizio grave ed irreparabile, così impedendogli di ottenere una soddisfazione piena ed effettiva delle proprie pretese⁴⁴⁰.

Come si osserva, “*la durata del processo non deve danneggiare la parte che ha ragione*”⁴⁴¹. La tutela cautelare dinanzi al G.O. è concessa qualora sussistano i presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Il primo consiste nell'apparenza che l'attore vanti una pretesa fondata e, conseguentemente, nella possibilità o probabilità dell'esistenza del diritto ad essa ricollegato; il secondo presupposto attiene al rischio che nelle more del processo il bene della vita a cui l'attore anela, subisca un pregiudizio grave ed irreparabile. Tali condizioni vengono valutate dal giudice attraverso una cognizione sommaria della vicenda contenziosa, al fine di giungere velocemente all'emanazione della misura. Il provvedimento cautelare è infatti provvisorio, destinato a perdere efficacia con la sentenza di merito, salvo alcune eccezioni. Diversamente, la tutela cautelare esorbiterebbe dalla sua funzione, sostituendosi alla tutela di piena cognizione⁴⁴².

La funzione cautelare trova copertura costituzionale. La Consulta ha infatti evidenziato come la potestà cautelare costituisca una componente essenziale della

440 Si citano solo alcuni dei contributi in materia: CONSOLO *Spiegazioni di diritto processuale civile*, op cit. ; C.CONSOLO, *la tutela di merito, cautelare ed esecutiva ed il rapporto giuridico processuale* 2014; P.LUIO, *Istituzioni di diritto processuale*. 2014; VIRGA, *La tutela giurisdizionale op. cit*; CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*; CHIOVENDA *istituzioni di diritto processuale civile*; BIANCHI D'ESPINOSA, *I provvedimenti cautelari*, NIGRO, *Giustizia*, op cit; VIRGA, *op. cit*.

441 CHIOVENDA *op. cit*.

442 CONSOLO *Spiegazioni di diritto processuale civile*, op cit. ; C.CONSOLO, *la tutela di merito, cautelare ed esecutiva ed il rapporto giuridico processuale* 2014;

tutela giurisdizionale ex articoli 24 e 113 Cost.⁴⁴³ Parimenti, l'ordinamento comunitario e quello CEDU ribadiscono la centralità del principio di effettività della tutela delle situazioni protette e la strumentalità della tutela cautelare (*vd. supra*)⁴⁴⁴.

Di qui, le misure cautelari deve trovare affermazione anche nelle controversie di diritto pubblico rimesse al G.O.. Il diritto soggettivo deve godere di una tutela piena anche nei confronti del pubblico potere.

L'ordinamento giuridico prevede plurime figure di provvedimenti cautelari adottabili dal giudice ordinario anche nei confronti della Pubblica Amministrazione in veste di Autorità.

21. La sospensione dell'efficacia del provvedimento

Dal principio, si evidenziano le ipotesi di legge che prevedono il potere del G.O. di sospendere l'efficacia del provvedimento nei casi di giurisdizione piena ed in deroga ai limiti della legge abolitiva del contenzioso⁴⁴⁵. Come noto, l'articolo 113 ult. comma della Costituzione rimette al Legislatore ordinario la determinazione di quali

443 Con precipuo riferimento alla tutela dei diritti nei confronti della Pubblica Amministrazione, nella fondamentale sentenza n. 190 del 1985, la Corte cost. dichiarava l'illegittimità per contrasto con l'art. 113 cost. dell'art. 21, ultimo comma, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, in quanto non prevedeva il potere del giudice amministrativo di adottare, nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, le quante volte il ricorrente abbia fondato motivo di temere che durante il tempo necessario alla prolazione della pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile. Da tale storica pronuncia, dottrina e giurisprudenza hanno definitivamente riconosciuto la rilevanza costituzionale della tutela cautelare.

444 Cfr. Corte giust., 18 marzo 2010, C-317/08, C-320/08; 14 febbraio 2008, C-450/2006; Corte EDU, 6 aprile 2010, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 842; 31 marzo 2009, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 1111

445 M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della Pubblica Amministrazione*, MILANO 1991, NIGRO, *op. cit.*; TRAVI, *La tutela cautelare*; MONTESANO, *Sul regolamento di giurisdizione contro la sospensione di un atto amministrativo disposta dal giudice civile con provvedimento d'urgenza*; E. CANNADA BARTOLI, *Sospensione dell'efficacia*, cit. G.TREVES, *La sospensione di diritto dell'esecutorietà degli atti amministrativi in pendenza di giudizio dinanzi ai tribunali ordinarari* in *Riv. Dir. pubbl.*; G. AZZARITI, *La sospensione dell'atto amministrativo lesivo di diritti in pendenza di giudizio* in *Foro it.* F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della Pubblica Amministrazione*, Torino 2002 S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. V. Milano 2003

organi di giurisdizione possano annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.

Conseguentemente, in tutti i casi di giurisdizione piena, il Legislatore ha previsto altresì il potere del giudice ordinario di sospendere l'efficacia del provvedimento amministrativo oggetto del giudizio.

In tal modo, si assicura una tutela piena ed effettiva, anche in fase cautelare, della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio nei confronti del pubblico potere.

Per quel che qui più interessa, l'articolo 5 del d.lgs. n. 150 del 2011⁴⁴⁶ facoltizza il g.o. a sospendere l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato nelle controversie aventi ad oggetto le opposizioni all'ordinanza ingiunzione in materia sanzionatoria (di cui all'articolo 24 della legge n. 689 del 1981), sulle opposizioni ai verbali di accertamento di violazioni del codice della strada (di cui all'articolo 204 bis del d.lgs. n. 285 del 1992), sull'opposizione ai provvedimenti del garante della privacy (art. 152 d.lgs. n. 196 del 2003), in materia di riconoscimento della protezione internazionale (dall'articolo 35 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25) e quelle in materia di opposizione ai provvedimenti di riscossione delle entrate patrimoniali

⁴⁴⁶ In particolare, il decreto legislativo n. 150 del 2011 ha razionalizzato in un Testo Unico i vari procedimenti speciali che contemplavano ipotesi di giurisdizione piena del giudice ordinario. L'intento del Legislatore era quello di semplificare le relative procedure speciali facendole confluire in uno dei tre riti di riferimento, ossia al rito del lavoro (art. 409 e ss. c.p.c.), al procedimento sommario di cognizione (artt. 702 bis e ss. c.p.c.) e rito ordinario (artt. 163 e ss. c.p.c.). Più specificatamente, al rito del lavoro (artt. 409 e ss. c.p.c.) sono ricondotte le controversie sulle opposizioni all'ordinanza ingiunzione di cui all'articolo 24 della legge n. 689 del 1981, sulle opposizioni ai verbali di accertamento di violazioni del codice della strada di cui all'articolo 204 bis del d.lgs. n. 285 del 1992, di opposizione alle sanzioni amministrative in materie di sostanze stupefacenti (articolo 75, comma 9, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309), di opposizione ai provvedimenti di recupero di aiuti di Stato (articolo 1 del decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 giugno 2008, n. 101), sull'opposizione ai provvedimenti del garante della privacy (art. 152 d.lgs. n. 196 del 2003); sono invece ascritte al procedimento sommario di cognizione (702 bis e ss. c.p.c.) le controversie in materia di immigrazione, riconoscimento della protezione internazionale, di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari e ricongiungimento familiare (di cui rispettivamente all'art. 8 del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, agli artt. 20 e 21 del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, all'art. 35 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, all'art. 30 co. 6 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286); al rito ordinario (art. 163 ss. c.p.c.) sono infine devolute le controversie in materia di opposizione ai provvedimenti di riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato e degli altri Enti pubblici.

dello Stato e degli altri Enti pubblici (di cui all'articolo 3 del testo unico delle disposizioni di legge relative alla riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato e degli altri enti pubblici approvato con regio decreto 14 aprile 1910, n. 639). E tutte le suesposte controversie rientrano infatti nei casi di giurisdizione piena del giudice ordinario ampiamente evidenziate nel secondo capitolo.

Il I comma dell'art. 5 prevede che la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato sia disposta dal giudice, se richiesto e sentite le parti, con ordinanza non impugnabile, quando ricorrono gravi e circostanziate ragioni esplicitamente indicate nella motivazione. Peraltro, la stessa norma prevede al secondo comma che in caso di pericolo imminente di un danno grave e irreparabile, la sospensione possa essere disposta con decreto pronunciato fuori udienza. La sospensione diviene inefficace se non è confermata, entro la prima udienza successiva, con l'ordinanza di cui al comma 1.

Il secondo comma prevede quindi una forma di tutela cautelare *ante causam* e priva di contraddittorio, giustificata dalla particolare gravità del *periculum in mora*. Per ovvie ragioni, quindi, il provvedimento ha un'efficacia limitata temporalmente, essendo destinato a decadere se non confermato nella prima udienza successiva alla sua emanazione⁴⁴⁷.

Una variante al modello di cui all'art. 5 è prevista dall'art. 17 per le controversie in materia di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari (all'art. 35 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25). In tali casi, la norma dispone che l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato può essere sospesa secondo quanto previsto dall'articolo 5. L'allontanamento dal territorio italiano non può avere luogo fino alla pronuncia sull'istanza di sospensione, salvo che il provvedimento sia fondato su una precedente decisione giudiziale o su motivi imperativi di pubblica sicurezza. Il giudice decide sull'istanza prima della scadenza del termine entro il quale il ricorrente deve lasciare il territorio nazionale

447 P. LUIO, *Istituzioni di diritto processuale*. 2014; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 2014 B. SASSANI, R. TISCINI, *La semplificazione dei riti*; C. CONSOLO, *Prime osservazioni introduttive sul d.lgs. n. 150 del 2011* in *Corr. Giur.* 2011.

Infine, l'art. 21 in caso di opposizione alla convalida del trattamento sanitario obbligatorio (ci cui all'articolo 5 della legge 13 maggio 1978, n. 180) prevede in deroga a quanto previsto dall'articolo 5, che il presidente del tribunale, acquisito il provvedimento che ha disposto il trattamento sanitario obbligatorio e sentito il pubblico ministero, possa sospendere il trattamento medesimo anche prima che sia tenuta l'udienza di comparizione e d'ufficio. Sulla richiesta di sospensione il presidente provvede entro dieci giorni, offrendo così una tutela ante causam giustificata dalla delicatezza dei beni oggetto di controversia (diritto fondamentale alla salute, 32 Cost.).

Rispetto a tutti i suesposti provvedimenti cautelari, l'articolo 5 esclude la reclamabilità. Tale scelta è stata criticata dalla dottrina.

In particolare, si rileva come essa introduca un regime processuale irragionevolmente differenziato rispetto agli altri provvedimenti cautelari, i quali sono sempre reclamabili ai sensi dell'articolo 669 terdecies c.p.c.. Ancora, tale previsione non si comprende alla luce del fatto che l'articolo 55 del d.lgs. n. 104 del 2010 prevede l'appellabilità al Consiglio di Stato dei provvedimenti sospensivi cautelari adottati dal TAR in primo grado nei confronti del provvedimento impugnato. Di qui, potrebbe sollevarsi questione di legittimità costituzionale alla luce dei parametri di cui agli articoli 3 e 24 della Costituzione, per violazione del principio di uguaglianza, di ragionevolezza e di difesa. Basti ricordare a riguardo come già la Corte costituzionale abbia, in un caso simile, dichiarato illegittime gli articoli 669-*quaterdecies* e 695 del codice di procedura civile, nella parte in cui non consentono di proporre il reclamo contro le ordinanze di rigetto delle domande di istruzione preventiva, in difformità a quanto previsto dall'art. 669-*terdecies* cod. proc. civ per tutte le altre misure cautelari⁴⁴⁸.

Ancora, si discute sul se il potere del g.o. di disporre la sospensione del provvedimento possa ammettersi anche al di fuori dei casi in cui è espressamente previsto dalla legge⁴⁴⁹.

448 B. SASSANI, R. TISCINI, *La semplificazione dei riti*; C. CONSOLO, *Prime osservazioni introduttive sul d.lgs. n. 150 del 2011* in *Corr. Giur.* 2011.

449 M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della Pubblica Amministrazione*, MILANO 1991, NIGRO, *op. cit.*; TRAVI, *La tutela cautelare*;

In particolare, la problematica si è palesata in relazione a quelle controversie di diritto pubblico in cui si assume lesa un diritto fondamentale (es. salute: art. 32 Cost.) della persona a fronte di una manifestazione di esercizio del potere. In questi casi, si afferma la giurisdizione ordinaria in virtù del perplesso principio giurisprudenziale per cui il potere non può degradare tali interessi costituzionalmente rilevanti (vd. *supra*). E lo stesso si afferma nelle ipotesi in cui sussista la giurisdizione ordinaria nei confronti di provvedimenti espressione di un potere vincolato, non discrezionale e stabilito dalla legge in capo all'Amministrazione al fine di garantire interessi privati, suscumbibili in diritti soggettivi perfetti.

In questi casi, i diritti oggetto di giudizio debbono trovare piena soddisfazione e l'attore dovrebbe poter godere di tutti gli strumenti di tutela, anche cautelari sospensivi, nei confronti della P.A. al fine di evitare che nelle more del giudizio possa subire un pregiudizio irreparabile.

L'orientamento prevalente esclude tuttavia che il G.O. possa sospendere il provvedimento amministrativo oltre i casi in cui ciò sia tassativamente previsto dalla legge, sulla base di plurime considerazioni⁴⁵⁰.

Da un lato, si rileva come l'articolo 4 L.A.C. precludendo al giudice ordinario di annullare il provvedimento, escluda altresì il potere di sospenderlo. Più in generale, si evidenzia come tale preclusione derivi dal principio di separazione dei poteri ed abbia lo scopo di salvaguardare l'indipendenza della funzione amministrativa; è quindi comprensibile che il giudice non disponga di tale potere che si risolve in un ordine *“all'Autorità amministrativa di non eseguire l'atto fino alla risoluzione della controversia e cioè di non fare, fino a quel momento, ciò che quell'Autorità aveva disposto di compiere”*⁴⁵¹.

MONTESANO, *Sul regolamento di giurisdizione contro la sospensione di un atto amministrativo disposta dal giudice civile con provvedimento d'urgenza*; E. CANNADA BARTOLI, *Sospensione dell'efficacia*, cit. G.TREVES, *La sospensione di diritto dell'esecutorietà degli atti amministrativi in pendenza di giudizio dinanzi ai tribunali ordinarî* in Riv. Dir. pubbl.; G. AZZARITI, *La sospensione dell'atto amministrativo lesivo di diritti in pendenza di giudizio* in Foro it.

450 E. CANNADA BARTOLI, *Sospensione dell'efficacia*, cit. G.TREVES, *La sospensione di diritto dell'esecutorietà degli atti amministrativi in pendenza di giudizio dinanzi ai tribunali ordinarî* in Riv. Dir. pubbl.; G. AZZARITI, *La sospensione dell'atto amministrativo lesivo di diritti in pendenza di giudizio* in Foro it.

451 Ex multis, Cass. SS UU. 2485 del 1965 3154 del 1959.

A tali considerazioni, una parte minoritaria della dottrina obietta tuttavia come la sospensione differisca dall'annullamento del provvedimento e pertanto non ricada nel divieto di cui alla legge abolitiva del contenzioso⁴⁵². Per questi, la sospensione incide sull'efficacia dell'atto (sulla sua esecutorietà) mentre l'annullamento travolge il provvedimento eliminandolo ab origine dal mondo giuridico. A fondamento di tale tesi si riporta quanto affermato dalla giurisprudenza, per cui "sospendere significa impedire , fermare arrestare, l'esecuzione per l'avvenire, non già annullare l'esecuzione già compiuta". Ciò secondo il brocardo *factum infectum fieri non potest*.

Di qui, l'orientamento in esame sostiene che il giudice ordinario possa sospendere il provvedimento adottando una misura cautelare atipica ai sensi dell'articolo 700 c.p.c.. La norma prevede che *chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*. Si ritiene come la sospensione dell'atto non possa dunque essere esclusa o limitata quando costituisca l'unico strumento per evitare *il periculum in mora* e garantire l'effettività della tutela giurisdizionale in ossequio ai dettami costituzionali e sovranazionali.

Sul punto si evidenzia altresì come la corte Costituzionale abbia più volte ed in generale rilevato che se da una lato non vi siano ostacoli a prevedere misure cautelare diverse per la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, tale differenziazione non può però risolversi in una riduzione di tutela per le posizioni giuridiche oggetto di giudizio⁴⁵³.

Infine, tale orientamento rileva come il Legislatore stesso stia moltiplicando le previsioni di ipotesi ex lege dove è consentito sospendere il provvedimento.

D'altro canto, tale strumento è pacificamente ammesso per la tutela dei diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva attribuite al giudice amministrativo.

Di qui, in tutte le ipotesi in cui sussista la giurisdizione ordinaria sulle controversie di diritto pubblico, il diritto soggettivo oggetto di giudizio dovrebbe

452 M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della Pubblica Amministrazione*, MILANO 1991

453 Cfr. Corte cost. n. 171 del 1971 e n. 63 del 1982.

godere di piena tutela nei confronti del potere pubblico. Si dovrebbe così consentire al giudice di sospendere l'efficacia del provvedimento ex art. 700 c.p.c., al fine di assicurare una protezione interinale, strumentale e provvisoria al bene oggetto della pretesa, per evitare che nelle more del giudizio di merito esso subisca un danno irreparabile.

Non si registra, tuttavia, giurisprudenza che abbia confermato tale tesi dottrinarica.

Ad oggi, la sospensione del provvedimento amministrativo viene disposta dal G.O. esclusivamente nei casi espressamente previsti dalla legge.

La scarsa applicazione del rimedio cautelare sospensivo si giustifica con la considerazione che ad oggi la maggior parte delle controversie di diritto pubblico in cui si faccia questioni di diritti soggettivi sono transitate ex lege nell'alveo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133 c.p.a.), il quale può adottare tutte le misure cautelari, anche atipiche, idonee a dare tutela interinale alla situazione giuridica soggettiva controversa (art. 55 c.p.a.)⁴⁵⁴.

Di qui, ancora una volta si evidenzia la necessità di valorizzare le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, approdando a criteri di riparto più rispettosi non solo del principio della certezza del diritto (*supra* cap. II) ma anche dell'effettività della tutela.

22. Misure cautelari diverse dalla sospensione del provvedimento amministrativo.

Brevemente, il codice di procedura civile conosce le misure cautelari del sequestro conservativo (art. 671 c.p.c., e seg.), del sequestro giudiziario (art. 670 c.p.c.), del procedimento di istruzione preventiva (art. 692 c.p.c., e seg.) e del procedimento cautelare d'urgenza (art. 700 c.p.c.).

In relazione all'esperibilità di tali misure nei confronti della P.A. sussistono alcune limitazioni dettate dalle peculiari caratteristiche del regime patrimoniale degli

454 V.CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016

enti pubblici nonché dai cd. limiti *esterni* della giurisdizione ordinaria nei confronti delle scelte discrezionali dell'Amministrazione.

Con riferimento al procedimento di sequestro conservativo, l'orientamento prevalente in dottrina lo ritiene tendenzialmente non esperibile nei confronti della P.A. sulla base delle seguenti argomentazioni.

L'art. 671 c.p.c. prevede che *“il giudice, su istanza del creditore che ha fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito, può autorizzare il sequestro conservativo di beni mobili immobili del debitore o delle somme e cose a lui dovute, nei limiti in cui la legge ne permette il pignoramento”*.

Per alcuni, si tratta dunque di una forma di pignoramento anticipato⁴⁵⁵.

Pertanto, oggetto del sequestro non possono essere quei beni dell'Amministrazione caratterizzati dalla natura demaniale o indisponibile, per legge non pignorabili. L'articolo 823 c.c. esclude infatti che i beni demaniali possano alienarsi, o essere oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge che li riguardano; l'articolo 828 c.c. prevede che i beni patrimoniali indisponibili non possano sottrarsi alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalla legge che li riguardano. Di qui si rileva come tali beni siano sottratti al regime della responsabilità patrimoniale del debitore di cui all'articolo 2740 c.c.⁴⁵⁶

Il sequestro conservativo sarebbe allora praticabile solo con riferimento ai beni patrimoniali disponibili della P.A.⁴⁵⁷.

Tuttavia, anche ammettendo il sequestro avente ad oggetti beni disponibili, difetterebbe il presupposto del *periculum in mora*, visto l'elevato grado di solvibilità garantito dalla Pubblica Amministrazione. In definitiva, il semplice ritardo della pubblica amministrazione nell'adempimento di una obbligazione avente ad oggetto

455 V., Sandulli, Manuale, cit., 1305; Virga, Diritto, cit., 248; Montesano, Processo, cit., 138.

456 V., Bianchi D'Espinosa, I provvedimenti cautelari, cit., 179.

457 Cfr. Cass. S.U., n. 373/1980; Cass. S.U., n. 530/1974, che ritiene ammissibile il sequestro conservativo sui beni del patrimonio disponibile della pubblica amministrazione; Cass. S.U., n. 1153/1968, n. 2485/1965 e n. 785/1948 sono nel senso dell'esperibilità del sequestro giudiziario ai fini probatori; v., T. Roma, 20-3-1987, FI, 1987, I, 2855, riguardante un interessante caso di sequestro giudiziario di

documenti.

somme di denaro non sembrerebbe giustificare il rimedio cautelare in esame. Non a caso, non si registrano precedenti in giurisprudenza sul punto⁴⁵⁸.

Ancora, l'articolo 670 c.p.c. nel disciplinare il sequestro giudiziario prevede che il giudice possa autorizzare il sequestro giudiziario:

- 1) *di beni mobili o immobili, aziende o altre universalità di beni, quando ne è controversa la proprietà o il possesso, ed è opportuno provvedere alla loro custodia o alla loro gestione temporanea;*
- 2) *di libri, registri, documenti, modelli, campioni e di ogni altra cosa da cui si pretende desumere elementi di prova, quando è controverso il diritto alla esibizione o alla comunicazione, ed è opportuno provvedere alla loro custodia temporanea.*

L'orientamento prevalente in dottrina afferma l'esperibilità del sequestro in esame nei confronti della P.A. purché ciò avvenga nei limiti esterni della giurisdizione ordinaria nei confronti delle scelte discrezionali.

In particolare, il sequestro di cui al I comma n.1) è ritenuto inammissibile nelle controversie di diritto pubblico, qualora il giudice, nel valutare l'opportunità di sequestrare un bene mobile o immobile o un'azienda o un'altra universalità di beni appartenenti alla pubblica amministrazione, nella sostanza si ingerisca nel merito amministrativo. L'ordine di mantenere lo stato di fatto e di diritto sul bene in controversia nell'attesa della decisione giurisdizionale di merito potrebbe infatti comportare la paralisi dell'efficacia di provvedimenti amministrativi.

Di qui, interverrebbe il divieto per il G.O. di ingerirsi in scelte discrezionali⁴⁵⁹.

Una risalente giurisprudenza ha affermato l'esperibilità del sequestro giudiziario in materia di espropri, *qualora l'atto amministrativo, che dichiara la pubblica utilità ed indifferibilità di un'opera, autorizzando in via d'urgenza l'occupazione del fondo del privato, sia oggetto d'impugnazione davanti al giudice amministrativo, e venga dal medesimo sospeso, a detto privato, oltre alla facoltà di chiedere a quel giudice amministrativo di impartire le disposizioni occorrenti per l'attuazione della sospensione, deve riconoscersi la facoltà di adire il giudice ordinario, con istanza di sequestro giudiziario del bene per tutelare il suo ius possidendi ed al fine di evitare che il bene stesso sia distrutto, deteriorato od*

⁴⁵⁸ Cfr. Cass. S.U., n. 1664/1986.

⁴⁵⁹ V., Bianchi D'Espinosa, I provvedimenti cautelari, cit., 179.

*irreversibilmente trasformato, considerando che tale sequestro integra una misura meramente conservativa, per la custodia e gestione del bene, e che la sua adozione nei confronti della p. a. è consentita dal fatto che essa manca, per effetto dell'indicata sospensione, di titolo a detenere l'immobile".*⁴⁶⁰

Ad oggi, con l'avvento della giurisdizione esclusiva in materia espropriativa, estesa anche ai comportamenti mediamente riconducibili all'esercizio del potere, al ricorrere delle medesime condizioni sembrerebbe potersi affermare l'esperibilità del sequestro giudiziario dinanzi al giudice amministrativo, il quale deve essere investito di tutti i poteri per dare piena tutela, anche cautelare, al diritto controverso.

Lo spazio per l'applicabilità del sequestro giudiziario nei confronti della P.A. dinanzi al g.o. resterebbe ascritto ai soli casi in cui essa abbia aggredito il bene altrui agendo sine titolo, ossia in assenza del potere o in via di fatto. Qui, il giudice ordinario nel decidere sull'opportunità del sequestro nelle more del merito non si ingerisce in alcuna attività discrezionale ascrivibile alla P.A., così rispettando i limiti dell'art. 4 L.A.C.

D'altro canto, con riferimento al procedimento di sequestro di documenti o a fini probatori, previsto dall'art. 670, I co. n. 2, c.p.c., la tesi prevalente lo ritiene esperibile negli stessi limiti in cui è ammissibile il sequestro giudiziario previsto dall'art. 670, n. 1, c.p.c.: quando cioè il sequestro non comporti alcuna interferenza con provvedimenti amministrativi imperativi incidendo sulla efficacia e/o operatività degli stessi, né determini alcuna ingerenza sulla destinazione che l'amministrazione abbia conferito a determinati beni, cose o documenti, oppure causi la sottrazione a tale destinazione, con conseguenti inammissibili intralci e ritardi nell'attività amministrativa rispetto alla quale tali cose, beni e documenti siano strumentali, in violazione del divieto posto dall'art. 4 l. cont. amm⁴⁶¹.

Ancora con riferimento ai procedimenti di istruzione preventiva (artt. 692 e ss. c.p.c.), essi sono generalmente ammessi anche nei confronti della P.A., in quanto sono

460 Cfr. Cass. civ. Sez. Unite, 03-08-1989, n. 3599

461 Cfr. Cass. S.U., n. 373/1980; Cass. S.U., n. 530/1974, che ritiene ammissibile il sequestro conservativo sui beni del patrimonio disponibile della pubblica amministrazione; Cass. S.U., n. 1153/1968, n. 2485/1965 e n. 785/1948 sono nel senso dell'esperibilità del sequestro giudiziario ai fini probatori; v., T. Roma, 20-3-1987, FI, 1987, I, 2855, riguardante un interessante caso di sequestro giudiziario di documenti.

riconnesse all'attività istruttoria e non decisoria del giudice⁴⁶². DI qui, non è configurabile alcuna interferenza tra l'attività probatoria e le scelte discrezionali dell'Amministrazione⁴⁶³.

462 G. PERICU, *Accertamenti tecnici*, op.cit.G. TARZIA, *Ammissibilità dell'istruzione preventiva*, op. cit.

463 Cfr. Cass. civ. Sez. Unite, 09-03-1979, n. 1463, secondo cui in relazione al procedimento per la localizzazione delle centrali nucleari, disciplinato dagli artt. 2, 3 e 4 della L. 2 agosto 1975, n. 393, ed integrante un'attività pubblicistica diretta al perseguimento di finalità di ordine generale con la cooperazione di enti territoriali e di vari altri enti ed organi dello stato (cnen, E.N.E.L., cipe), è configurabile, oltre alla titolarità di interessi cosiddetti diffusi, da parte di collettività unitariamente considerate, anche la titolarità di interessi individuali, da parte dei singoli coinvolti dal procedimento stesso. Tali ultimi interessi hanno natura e consistenza di veri e propri diritti soggettivi, quando riguardino la tutela del bene della salute, non disponibile e non degradabile per l'intervento dell'amministrazione, ovvero la tutela di disponibilità esclusive di determinati beni, i quali traggano dall'ambiente il loro pregio e la loro potenzialità economica, e, quindi, potrebbero venire sostanzialmente perduti per effetto delle scelte concretamente adottate per detta ubicazione. Da tanto consegue che la domanda proposta dai proprietari ed usufruttuari di tenute agricole, poste nella zona interessata da quel procedimento, la quale sia diretta a conseguire un accertamento tecnico preventivo sulle condizioni ambientali della zona medesima, al limitato fine di assicurare la prova del danno che potrà loro derivare dall'insediamento di centrale nucleare, e, pertanto, senza alcuna interferenza sullo iter procedimentale dell'attività della amministrazione, non è sottratta alla giurisdizione del giudice ordinario, salva restando ogni questione di merito sull'esistenza di un pregiudizio effettivo ed attuale degli istanti, e sulla conseguente esperibilità di un'azione risarcitoria. Ancora, una risalente giurisprudenza ammetteva il provvedimento di accertamento preventivo in materia edilizia. Secondo l'orientamento in esame, l'istruzione preventiva era esperibile dinanzi al G.O. anche a tutela di una aspettativa legittima e non di un diritto soggettivo, a fronte di atti amministrativi la cui legittimità era in discussione davanti al giudice amministrativo. In particolare, secondo la Corte, la giurisdizione del giudice ordinario, su istanza di istruzione preventiva ai sensi degli art. 692 segg. c. p. c., postula che si tratti di attività istruttoria riconducibile alla tutela, nell'instaurando giudizio di merito, di una posizione che rientri nella cognizione del giudice medesimo, cioè di un diritto soggettivo, ma non richiede che tale diritto sia già esistente, essendo sufficiente l'attuale esistenza di una situazione qualificabile come aspettativa di un diritto in fieri o suscettibile di evolvere in diritto soggettivo, alla stregua dei fatti allegati, secondo criteri di probabilità; pertanto, al proprietario di un edificio, che abbia impugnato davanti al giudice amministrativo il provvedimento di revoca della concessione edilizia per superamento della volumetria autorizzata, deve riconoscersi la possibilità di adire il giudice ordinario, per un accertamento tecnico preventivo sulle caratteristiche del fabbricato, in vista di un'azione risarcitoria contro il comune, atteso che l'eventuale esito favorevole di quell'impugnazione restituirebbe ex tunc alla sua posizione, degradata ad interesse legittimo dal provvedimento di revoca, la consistenza di diritto soggettivo, e quindi autorizzerebbe una domanda di risarcimento del danno discendente dalla lesione del diritto stesso. Cass. civ. Sez. Unite, 03-08-1989, n. 3599 La misura cautelare è dunque ammessa in ipotesi di diritti *degradati* ad interessi oppositivi dall'esercizio del potere, al fine di assicurarne la tutela risarcitoria una volta ottenuto l'annullamento dell'atto ed eliminato l'effetto degradatorio. Tale orientamento tuttavia dovrebbe ritenersi ad oggi superato. Da un lato, la tutela risarcitoria nei confronti degli interessi legittimi (anche oppositivi) è rimessa alla giurisdizione generale del G.A. ai sensi del codice del processo amministrativo (art. 30 c.p.a.). Dall'altra, nella materia edilizia sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che è quindi abilitato a conoscere anche di diritti soggettivi (art. 133, I co., lett. f) c.p.a.). Di qui, si dovrebbe

Tra i provvedimenti di istruzione preventiva il codice di procedura civile annovera l'assunzione di tesi a futura memoria (art. 692), l'accertamento tecnico e l'ispezione giudiziale (art. 696). L'Assunzione di testimoni è ammessa nei confronti di chi ha fondato motivo di temere che siano per mancare uno o più testimoni, le cui deposizioni possono essere necessarie in una causa da proporre. L'Accertamento tecnico e l'ispezione giudiziale vengono invece concessi a chi ha urgenza di far verificare, prima del giudizio, lo stato di luoghi o la qualità o la condizione di cose. Entrambe le misure cautelari tutelano il diritto della parte di avvalersi di efficaci mezzi probatori al fine di dare piena tutela al proprio diritto: di qui, si ammette l'esperibilità immediata della prova per evitare che nelle more della valutazione della loro ammissibilità e rilevanza queste diventino impossibili da compiere (si pensi alla fuga del potenziale teste). Non a caso, l'art. 698 c.p.c. prevede che l'assunzione preventiva dei mezzi di prova non pregiudica le questioni relative alla loro ammissibilità e rilevanza, né impedisce la loro rinnovazione, nel giudizio di merito. I processi verbali delle prove non possono infatti essere prodotti, né richiamati, né riprodotti in copia nel giudizio di merito, prima che i mezzi di prova siano stati dichiarati ammissibili nel giudizio stesso.

23. La tutela cautelare atipica nelle controversie di diritto pubblico (art. 700 c.p.c.).

Il codice di procedura civile all'articolo 700 c.p.c. disciplina il cd. provvedimento cautelare d'urgenza disponendo che *“fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”*.

Il carattere che contraddistingue tale rimedio è notoriamente la sua atipicità. E' stato previsto un rimedio a chiusura del sistema, volto a compensare le eventuali

affermare l'esperibilità del rimedio cautelare dinanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva al fine di assicurare una tutela piena della situazione giuridica soggettiva di diritto controversa.

lacune lasciate dalle cautele tipiche. Attraverso il procedimento cautelare d'urgenza la parte può ottenere un provvedimento il più idoneo *ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*"⁴⁶⁴.

La Consulta ha più volte ribadito come tale strumento consenta di assicurare la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale anche nei confronti della P.A.⁴⁶⁵.

Si discute tuttavia su quale sia l'ambito di applicazione dell'art. 700 c.p.c. nelle controversie di diritto pubblico.

La dottrina che più si è interrogata sul punto ha distinto tre tipologie di provvedimenti cautelari adottabili ai sensi dell'articolo 700 c.p.c., *inibitori*, *ordinatori* e *sostitutivi*, interrogandosi sui limiti entro cui questi possano farsi valere nei confronti della P.A.⁴⁶⁶.

Per quanto riguarda la *tutela cautelare inibitoria*, si rileva come essa abbia lo scopo di impedire od evitare la reiterazione dell'illecito. Tali provvedimenti sono pacificamente ammessi nei confronti della Pubblica Amministrazione qualora essa agisca attraverso moduli privatistici o attraverso poteri vincolati o nei confronti di diritti soggettivi fondamentali ed indegradabili o in ipotesi di carenza assoluta di potere o attraverso comportamenti di mero fatto. In tutti questi casi, già ampiamente elencati, l'Amministrazione non sembrano prospettabili i limiti esterni. Il provvedimento giudiziale non incide nel merito di scelte discrezionali. Il diritto vantato dal soggetto deve godere di piena tutela, anche in via cautelare⁴⁶⁷.

Significativa la vicenda in tema di protesti cambiari. Ai sensi dell'articolo 12 del d.lgs. n. 150 del 2011, le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti di rigetto delle istanze previste dall'articolo 4 della legge 12 febbraio 1955, n. 77, e quelle avverso la mancata decisione sulle medesime istanze sono di competenza del giudice di pace del luogo in cui risiede il debitore protestato. Come

464 CONSOLO *Spiegazioni di diritto processuale civile*, op cit. ; C.CONSOLO, *la tutela di merito, cautelare ed esecutiva ed il rapporto giuridico processuale* 2014; P.LUIO, *Istituzioni di diritto processuale*. 2014

465 Con precipuo riferimento alla tutela dei diritti nei confronti della Pubblica Amministrazione, si rinvia alla fondamentale sentenza n. 190 del 1985, la Corte cost..

466 M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della Pubblica Amministrazione*, MILANO 1991, NIGRO, *op. cit.*; TRAVI, *La tutela cautelare*;

467 467 M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della Pubblica Amministrazione*, op. cit.

noto, l'articolo 2 della legge 12 febbraio 1955, n. 77 assoggetta le Camere di commercio alla pubblicazione di tutti i protesti levati per mancato pagamento di cambiali, di vaglia cambiari e di assegni bancari, a prescindere dalle motivazioni di non colpevolezza del rifiuto di adempiere del debitore. Tale norma è ispirata alla ratio di proteggere e favorire l'utilizzazione dei titoli di credito, agevolando peraltro la speditezza e l'efficienza dei traffici commerciali e delle transazioni economiche. Di qui, per preservare il buon nome commerciale del debitore nella sostanza incolpevole, si discuteva sulla possibilità del g.o. di provvedere ex art. 700 c.p.c. ad inibire la pubblicazione del protesto da parte delle Camere di Commercio.

Per un primo e risalente orientamento, la misura cautelare in esame non era esperibile nei confronti dell'Amministrazione in quanto la pubblicazione del protesto veniva ricondotta nell'attività amministrativa certificativa finalizzata alla cura dell'interesse generale alla conoscibilità e certezza di fatti rilevanti per l'economia. Di qui, il g.o. incontrava i limiti della legge abolitiva del contenzioso⁴⁶⁸.

La tesi prevalente, tuttavia, ha riconosciuto il potere del giudice ordinario di impedire alla Camera di Commercio la pubblicazione del protesto ex art. 700 c.p.c.. Tale orientamento, oramai consolidato, configura i comportamenti posti in essere dalle Camere di commercio alla stregua di atti materiali adottati all'infuori di una potestà amministrativa. Per la giurisprudenza, l'Amministrazione procede ad una semplice *operazione materiale* con modalità specificatamente descritte dalla legge cui non è connesso alcun potere discrezionale, avente come unico risultato la divulgazione di notizie, senza che si attui alcuna partecipazione del protesto, atto pubblico creato allo scopo di far fede legale di determinate dichiarazioni rese a seguito di presentazione di un titolo cambiario. Conseguentemente, l'autorità giudiziaria ordinaria, oltre a ordinare l'inibizione della pubblicazione di un protesto, ben può esercitare successivamente poteri definitivi di cognizione e di condanna al risarcimento oltre i limiti della L.A.C.⁴⁶⁹.

468 BIANCHI D'ESPINOSA, *Protesto illegittimo e tutela processuale*, Roma; ANDRIOLI, *Provvedimenti d'urgenza in incertam personam*

469 Ex multis, Cass. SS.UU. n. 1612 del 1989

Ancora, la tutela inibitoria d'urgenza ai sensi dell'articolo 700 c.p.c. è stata più volte utilizzata nel campo della tutela dei diritti fondamentali ed, in particolare, della salute⁴⁷⁰.

Secondo un orientamento giurisprudenziale (vd. *supra*), si afferma l'indegradabilità dei diritti della persona costituzionalmente tutelati da parte del pubblico potere. In questi casi non si ammette compressione e, pertanto, si esclude che la Pubblica Amministrazione possa aver agito nell'esercizio della funzione. Di qui, ogni comportamento della P.A. lesivo di tali diritti trova piena tutela dinanzi al G.O., anche attraverso l'intervento di misure cautelari, che evitino che nelle more del giudizio la posizione giuridica vantata subisca un pregiudizio grave ed irreparabile⁴⁷¹.

Alcune pronunce ricollegano in particolare il diritto alla salute al diritto ad un ambiente salubre⁴⁷². Di qui, si afferma che la domanda con la quale il privato chieda l'inibitoria ex art. 700 c.p.c. di un'opera intrapresa dalla pubblica amministrazione, assumendo che questa, per effetto di esalazioni e rumori, pregiudichi la salubrità dell'ambiente in cui abita o lavora, recando così nocimento al proprio benessere biologico e psichico, si ricollega ad una posizione soggettiva inquadrabile nell'ambito del diritto alla salute, che la costituzione riconosce e tutela in via primaria, assoluta, non condizionata ad eventuali interessi di ordine collettivo o generale, e, quindi, anche nei confronti dell'amministrazione medesima. Per la Corte, dunque, sull'indicata domanda, pertanto, va affermata la giurisdizione del giudice ordinario, restando irrilevante, a tale fine, ogni questione di merito sulla concreta sussistenza della denunciata situazione di pericolo, e sull'esperibilità, a difesa di quel diritto, di un'azione di carattere inibitorio nei confronti della pubblica amministrazione. In tali casi, il provvedimento cautelare è pacificamente ammesso poiché non invade la sfera del merito amministrativo.

470 F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della Pubblica Amministrazione*, Torino 2002 S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. V. Milano 2003; V.CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016 ;M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della Pubblica Amministrazione*, MILANO 1991

471 Ex mutlis, Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 24/06/2005, n. 13548, Cass. Sez. un. 26 settembre 1997 n. 5297, 29 novembre 1999 n. 837, 10 maggio 2001 n. 194, 8 agosto 2001 nn. 10965 e 10964.

472 Cass. civ. Sez. Unite, 06-10-1979, n. 5172

Con riferimento ai *provvedimenti d'urgenza di natura ordinatoria* ex 700 c.p.c., volti alla condanna della P.A. ad un facere da tenersi per un tempo limitato sino alla deliberazione della sentenza di merito, sono generalmente ammessi al fine di garantire una tutela effettiva nel settore dei diritti della persona ed. in particolare, della salute.

Emblematico il caso della terapia di Bella e dell'esclusione dalle medicine, gratuite ed a totale carico del SSN, della somatostatina⁴⁷³. La giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione ha affermato come la situazione soggettiva dedotta in giudizio debba essere qualificata come di diritto soggettivo, e non come interesse legittimo, alla stregua della costante giurisprudenza di queste Sezioni unite, secondo cui *la discrezionalità viene meno quando il richiedente deduca una situazione di urgenza, superabile soltanto con cure tempestive e non ottenibili dal servizio pubblico, trattandosi in tal caso del fondamentale diritto alla salute*⁴⁷⁴. Appare evidente come la giurisprudenza abbia escluso che in un caso caratterizzato dall'urgenza e dal pericolo concreto ed attuale per il paziente di subire un danno grave alla sua persona potesse individuarsi in capo all'Amministrazione un potere idoneo a sacrificare l'interesse alla salute del privato in virtù di un preminente interesse pubblico. Secondo un canone di ragionevolezza, in situazioni di pericolo di un danno grave ed

473 F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni*, cit. , M. Di RAIMONDO, *Il cd. diritto alla salute e il rimborso per i medicinali non compresi nel prontuario terapeutico*, in *Nuova Rass.*

474 Cfr. Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 24/06/2005, n. 13548, la quale afferma che pertanto in tal caso, riscontrabile nella concreta fattispecie, la pretesa dev'essere fatta valere davanti al giudice ordinario ai sensi degli artt. 2 e 4 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E (Cass. Sez. un. 26 settembre 1997 n. 5297, 29 novembre 1999 n. 837, 10 maggio 2001 n. 194, 8 agosto 2001 nn. 10965 e 10964); che tale giurisprudenza trova riscontro anche in pronunce della Corte costituzionale (sentt. 17 luglio 1998 n. 267, 27 ottobre 1998 n. 992); che a questa soluzione dell'attuale questione non osta il cit. art. 33 d.lgs. n. 80 del 1998, modificato dall'art. 7, lett. a, l. 21 luglio 2000 n. 205, che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ed in particolare quelle riguardanti le prestazioni, anche patrimoniali, nell'ambito del servizio sanitario nazionale; che infatti con sentenza del 6 luglio 2004 n. 204 la Corte costituzionale ha dichiarato in parte illegittimi gli artt. 33 e 7 ora detti, con la conseguenza che sono rimaste devolute al giudice amministrativo in sede esclusiva solamente le controversie "relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento disciplinato dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore"; che l'attuale controversia non rientra in alcuna di queste previsioni di giurisdizione esclusiva nè - trattandosi, come s'è detto, di diritto soggettivo perfetto - nella giurisdizione amministrativa di legittimità (cfr. Cass. 21 dicembre 2004 n. 23645, 14 gennaio 2005 n. 598);

irreparabile la salute dell'uomo non può essere subordinata ad altri interessi pubblici. Si esclude dunque la sussistenza del potere in capo all'Amministrazione che è anzi obbligato a darne immediata soddisfazione ed il giudice può condannarla ad un *facere* specifico attraverso l'adozione di provvedimenti atipici d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c .

Numerose sono infatti le pronunce dei giudici di merito che affermano come il giudice ordinario possa, in via cautelare e urgente, ordinare all'Usl l'erogazione gratuita di un farmaco (nella specie, somatostatina) ove, seppur in base a paradigmi terapeutici diversi da quelli tradizionali, il suo uso risulti insostituibile e necessario a rallentare la diffusione della patologia morbosa e ad alleviare la sintomatologia o, più semplicemente, la sofferenza⁴⁷⁵.

D'altro canto, si rileva come gli ambiti di applicazione della tutela d'urgenza nelle controversie di diritto pubblico sia nei tempi diminuito in virtù della giurisprudenza, costituzionale e di legittimità, che ha ridimensionato il principio di indegradabilità dei diritti fondamentali, i quali possono ragionevolmente essere oggetto di provvedimenti amministrativi e pertanto assumere le forme dell'interesse legittimo, allorché ciò sia richiesto per garantire interessi pubblici ritenuti comunque preminenti (vd *supra*).

Ancora, nel provvedere d'urgenza, il giudice ordinario non può superare i limiti dettati dal principio di separazione dei poteri. Qualora, infatti, il giudice disponesse la condanna interinale della P.A. a porre in essere un comportamento non giustificato dalla situazione d'urgenza e non funzionale alla cura dell'interesse alla salute della persona, si ricadrebbe nel vizio di eccesso di potere giurisdizionale.

Significativa la giurisprudenza della Corte costituzionale sorta proprio in relazione alla citata terapia Di Bella. La Corte, in accoglimento del ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, proposto dal Presidente del Consiglio dei Ministri, con riferimento agli artt. 23, 95, 97 e 102 Cost., in relazione alle norme che disciplinano la sperimentazione dei farmaci, l'autorizzazione alla loro immissione in commercio e gli oneri a carico del Servizio sanitario nazionale, ha dichiarato che non spetta al G.O.,(nel caso di specie, l'allora Pretore della sezione distaccata di Maglie)

475 Pret. Macerata, 12-01-1998 Pret. Roma, 09-03-1998

di procedere all'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio prevista con ordinanza emessa ex art. 700 cod. proc. civ. nei confronti di pazienti, diversi dai singoli ricorrenti nel giudizio di merito, che si sono avvalsi del "trattamento Di Bella", finalizzata ad accertare in via generale la validità terapeutica del medesimo e vanno quindi annullati e la citata ordinanza istruttoria e gli atti ad essa conseguenziali. Nel caso in esame, si evidenzia che, dinanzi ad una domanda cautelare volta ad ottenere, con la fornitura dei farmaci in questione, una prestazione di "facere" della Pubblica Amministrazione, il pretore ha invece ritenuto di avviare un'operazione che trascendeva l'ambito del giudizio e delle finalità dell'istituto della consulenza tecnica nel processo civile, per porsi quale momento di verifica e controllo dell'intera sperimentazione effettuata, se non addirittura quale sperimentazione alternativa, il che esula ovviamente dalla sfera delle sue attribuzioni. DI qui, tale anomalo esercizio dei poteri istruttori dell'organo giurisdizionale ha determinato, nel caso, un'indebita interferenza nella sfera delle attribuzioni spettanti al potere esecutivo e, in particolare, nelle competenze degli organi tecnico-scientifici preposti alla sperimentazione dei farmaci⁴⁷⁶.

Ancora, è opportuno segnalare una corrente della dottrina processualciviltistica che esclude provvedimenti cautelari atipici aventi ad oggetto condanne ad un facere (tanto nei confronti della P.A. che del privato) poiché non sarebbe concepibile che una tutela interinale, avente carattere provvisorio, possa fornire una protezione superiore a quella conseguente all'emanazione della sentenza di merito (la quale potrebbe non accogliere la pretesa oggetto di giudizio)⁴⁷⁷. Ma la dottrina e giurisprudenza prevalente ammettono provvedimenti cautelari atipici con contenuto anticipatorio e di condanna ad un facere infungibile valorizzando l'applicabilità nel caso di specie del rimedio dell'*astreintes* di cui all'articolo 614 bis c.p.c., quale misura coercitiva indiretta, adottabili dal g.o. secondo la procedura di cui all'art. 669 duodecies c.p.c., che attribuisce ogni potere al giudice che ha emesso la cautela al fine di ottenerne l'esecuzione⁴⁷⁸.

476 Corte cost., 02-04-1999, n. 121

477 R. CONTE, *La tutela d'urgenza* cit.

478 CONSOLO *op. cit.*; Trib. Torino 2 luglio 2010

D'altro canto, è esclusa la possibilità di ricorrere al giudizio di ottemperanza per ottenere esecuzione della cautela in caso di inadempimento della P.A.

Ai sensi dell'articolo 112, I co. lett. c) sono ottemperabili solo le sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato. DI qui il Legislatore sembrerebbe porre un ostacolo espresso all'ottemperanza di provvedimenti d'urgenza, ed in generale cautelari, stante la loro inidoneità strutturale a passare in giudicato.

Di qui, resterebbero ammissibili le misure coercitive indirette di cui all'articolo 614 bis c.p.c., adottabili dal g.o. secondo la procedura di cui all'art. 669 duodecies c.p.c..

Di contro, appare evidente come in caso di inerzia della P.A., dall'impossibilità ex lege di adire il giudice dell'ottemperanza per l'esecuzione di provvedimenti cautelari potrebbe derivare un vulnus all'effettività delle tutela di interessi particolarmente rilevanti per l'ordinamento costituzionale (vd. la salute nel caso Di Bella), in contrasto con quanto sancito al riguardo dalla Costituzione e dalle normative comunitarie e CEDU. Nel giudizio di ottemperanza, il g.a. può soddisfare in executivis l'interesse del ricorrente attraverso o la nomina del commissario ad acta o la sostituzione diretta all'Amministrazione inadempiente, trattandosi di giurisdizione estesa al merito (artt. 112 e 134 c.p.a.).

Infine, con riferimento ai *provvedimenti d'urgenza costitutivi*, ossia produttivi di effetti rimessi esclusivamente all'attività amministrativa ed all'esercizio di pubblici poteri, alla luce del principio di separazione dei poteri si è esclusa la possibilità per il G.O. di adottarli ex art. 700 c.p.c.⁴⁷⁹. Peraltro, in giurisprudenza si registrano pochi

479 M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della Pubblica Amministrazione*, MILANO 1991; Assai nota la vicenda dell'allora Pretore di Roma che impose in via interinale ai Rettori universitari italiani di introdurre il numero chiuso nelle facoltà di medicina. La Federazione italiana degli ordini dei medici aveva adito il G.O. in sede d'urgenza rappresentando la sussistenza di un pericolo grave ed irreparabile per l'alterazione che esercitava sul mercato del lavoro l'eccedenza dei laureati in medicina rispetto alle esigenze della collettività. Tale provvedimento è stato da subito criticato dall'intera Dottrina in quanto palesemente viziato da eccesso di potere giurisdizionale. Sulla questione è intervenuto poi il Legislatore imponendo per legge il numero chiuso nelle facoltà di medicina.

precedenti. Emblematico il caso di una pronuncia attraverso cui il g.o. aveva ordinato alla P.A. (in seguito ad un diniego su istanza privata) di realizzare comunque una pista di collegamento attraverso una zona di alberi ad alto fusto protetta da vincolo idrogeologico e paesaggistico, per ovviare al denunciato pericolo per la salute e la pubblica incolumità nel caso di mancata realizzazione dell'opera. La corte costituzionale, adito per conflitto di attribuzione, ha dichiarato l'illegittimità del provvedimento in quanto invasivo dei poteri riservati alla P.A.⁴⁸⁰..

24. La tutela cautelare nelle controversie in materia di pubblico impiego privatizzato

Come ampiamente rilevato, la tutela cautelare mira a garantire che la durata del processo non pregiudichi irrimediabilmente il diritto di chi, all'esito del giudizio, risulterà vittoriosa. Essa si attua attraverso provvedimenti interinali, adottati sulla base di una cognizione sommaria ed aventi efficacia provvisoria sino alla pronuncia di merito. La funzione del cautelare è infatti quella di assicurare che la sentenza che chiuda il giudizio possa dare all'attore una tutela effettiva⁴⁸¹.

In via teorica, nell'ambito della propria giurisdizione in materia di lavoro alle dipendenze della P.A., il g.o. può emanare tutti i provvedimenti cautelari previsti dal codice di procedura civile, sia di tipo conservativo che anticipatorio delle pretese attoree; tuttavia, alcuni di essi difficilmente potranno trovare concreta applicazione nei rapporti con la P.A.; come già evidenziato (vd *supra*), ad esempio, il sequestro conservativo difficilmente troverà concreta attuazione nei confronti della P.A., in

480M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della Pubblica Amministrazione*, MILANO 1991; Cfr. Corte cost n. 283 del 1986. Peraltro, il medesimo provvedimento, impugnato in Cassazione per motivi di giurisdizione, è stato cassato per difetto di giurisdizione in capo al g.o. , trattandosi evidentemente di questione vertente su interessi legittimi: si vd. Cass. SS.UU. n. 126 del 1988.

⁴⁸¹ Si citano solo alcuni dei contributi in materia: CONSOLO *Spiegazioni di diritto processuale civile*, op cit. ; C.CONSOLO, *la tutela di merito, cautelare ed esecutiva ed il rapporto giuridico processuale* 2014; P.LUIO, *Istituzioni di diritto processuale*. 2014; VIRGA, *La tutela giurisdizionale op. cit*; CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*; CHIOVENDA *istituzioni di diritto processuale civile*; BIANCHI D'ESPINOSA, *I provvedimenti cautelari*, NIGRO, *Giustizia, op cit*; VIRGA, *op. cit*.

quanto sembra difficile da provare il pericolo della dispersione della garanzia del credito da parte dell'Erario⁴⁸².

D'altro canto, nel contenzioso sul pubblico impiego privatizzato, assai diffusi sono i provvedimenti interinali aventi contenuto anticipatorio, sussumibili nella categoria del cautelare atipico di cui all'art. 700 c.p.c.⁴⁸³.

Si discute sul se sia possibile ottenere dal g.o. un provvedimento cautelare avente ad oggetto la riassunzione del dipendente o all'assegnazione ad un preciso incarico di un dirigente illegittimamente revocato nelle more del giudizio di merito.

L'ammissibilità di tale provvedimento non incontra i limiti della legge abolitiva del contenzioso, trattandosi evidentemente di atti di gestione del rapporto di lavoro, aventi natura privatistica e non interferendo in alcun modo con le scelte discrezionali della P.A..

Per alcuni⁴⁸⁴, tuttavia, avendosi una condanna ad un facere infungibile ed incoercibile in sede esecutiva, non sarebbe concepibile che la tutela cautelare, di carattere provvisorio, possa fornire una protezione superiore a quella conseguente all'emanazione della sentenza di merito.

E tale tesi⁴⁸⁵ trova conforto nel dato normativo di cui all'art. 614 bis. I co. c.p.c. che esclude l'applicabilità delle misure coercitive indirette (*astreintes*) alle

⁴⁸² M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della Pubblica Amministrazione*, MILANO 1991, NIGRO, *op. cit.*; TRAVI, *La tutela cautelare*; MONTESANO, *Sul regolamento di giurisdizione contro la sospensione di un atto amministrativo disposta dal giudice civile con provvedimento d'urgenza*; E. CANNADA BARTOLI, *Sospensione dell'efficacia*, cit. G.TREVES, *La sospensione di diritto dell'esecutorietà degli atti amministrativi in pendenza di giudizio dinanzi ai tribunali ordinari* in Riv. Dir. pubbl.; G. AZZARITI, *La sospensione dell'atto amministrativo lesivo di diritti in pendenza di giudizio* in Foro it. F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della Pubblica Amministrazione*, Torino 2002 S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. V. Milano 2003

⁴⁸³ Per un'ampia disamina sul punto, *I provvedimenti d'urgenza nel processo del lavoro* / Piero Leanza, Enrico Paratore

⁴⁸⁴ Ex multis, R. CONTE, *La tutela d'urgenza*, *op.cit.*

⁴⁸⁵ L'organo giudicante, innanzitutto, deve accertare che non tratti di controversie di lavoro subordinato pubblico e privato, nonché di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409, per i quali la disposizione non trova applicazione per espressa esclusione da parte del legislatore e ciò, è appena il caso di rilevare, per evidenti ragioni di opportunità stante la specialità della materia giuslavoristica e della natura personalissima delle obbligazioni che la stessa, necessariamente, involge (Ricci, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, 91, nt. 6, precisa che l'esclusione è motivata anche dalla previsione, in qualche modo analoga, già contemplata dall'art. 18

controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409. Ciò stante la natura personalissima di tali prestazioni nel campo giuslavoristico.

D'altro canto, altri rilevano come le condanne ad un facere infungibile potrebbero comunque trovare tutela esecutiva nelle forme del giudizio di ottemperanza delle sentenze del giudice civile (art. 112 d.lgs.n.104 del 2010 *supra*). Tale orientamento sembrerebbe maggiormente condivisibile alla luce del fatto che il giudice amministrativo, nelle materie rimesse alla sua giurisdizione esclusiva, può tutelare in via cautelare i diritti oggetti di giudizio anche attraverso provvedimenti atipici di cui all'articolo 55 c.p.a. , i quali possono poi essere portati ad esecuzione attraverso il giudizio di ottemperanza.

Tuttavia, tale tesi risulta superata dall'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, il cui articolo 112, I co. lett. c), prevede che siano ottemperabili solo le sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato. DI qui il Legislatore sembrerebbe porre un ostacolo espresso all'ottemperanza di provvedimenti d'urgenza, ed in generale cautelari, stante la loro inidoneità strutturale a passare in giudicato.

D'altro canto, si registra in una parte della dottrina un'originale soluzione seguita da alcuni tribunali ordinari di merito⁴⁸⁶.

st. lav.). Non sono, peraltro, mancate le prese di posizione in senso critico circa questa esclusione, la quale è stata sospettata di illegittimità costituzionale (Bove, par. 15; Mandrioli, Carratta, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 101 ss. cfr anche Pagni, 1319). A prescindere da tale dato, peraltro, essendo dinnanzi alla previsione di un'eccezione rispetto alla regola generale espressa dall'art. 614 *bis*, occorre attenersi ad una lettura restrittiva, in ossequio anche a quanto emerge da una lettura costituzionalmente orientata della disposizione, in virtù della quale la limitazione deve essere circoscritta alle controversie aventi ad oggetto esclusivamente prestazioni di lavoro subordinato, pubblico e privato, e prestazioni di lavoro parasubordinate (Mandrioli, Carratta, 102).

⁴⁸⁶ B. SASSANI, *Sul commissario dell'ottemperanza qual organo dell'esecuzione forzata in Riv. Dir. proc. civ.* ; A. POLICE, *Inottemperanza della P.A. ai provvedimenti del giudice ordinario in materia di pubb. Imp. ed esecuzione in forma specifica in Dir. proc. amm.* 2003; Cfr. TRIBUNALE DI CATANIA, SEZ. LAVORO Ordinanza 18 aprile 2001

Si nega nella materia in esame l'utilità dell'ottemperanza visto che l'esecuzione delle pronunce cautelari che obbligano l'Amministrazione ad un facere sarebbe possibile attraverso gli ordinari strumenti dettati dal codice di procedura civile.

Per tale tesi, non sono infatti configurabili obblighi di facere infungibili nei confronti della P.A.. Infatti, essendo l'attività della P.A. retta dai principi di imparzialità, buon andamento ed economicità, dovrebbe sempre sostenersi la fungibilità piena delle prestazioni della P.A.. Al pubblico dipendente a differenza del lavoratore del settore privato, viene concessa dall'Ordinamento una tutela sostanziale e processuale peculiare, frutto della soggezione del datore di lavoro pubblico ai principi di cui all'art. 97 della Costituzione, e cioè ai principi della legalità, della buona amministrazione e della imparzialità. Ciò comporta che di fronte ad un provvedimento giurisdizionale (a differenza del privato che è libero di scegliere anche l'opzione risarcitoria, prescindendosi, quindi, dal problema della infungibilità o della concreta eseguibilità in forma specifica dell'ordine del giudice, così come in tema di licenziamento), la pubblica amministrazione deve applicare la legge (sia il precetto normativa generale che quello specifico dettato dal giudice), rispettando così sia i principi di buona amministrazione (come individuati nel provvedimento giurisdizionale) che i canoni della imparzialità (in relazione anche ai dipendenti). Il responsabile della gestione di un ufficio pubblico, pertanto, non può non ottemperare ad un ordine impartito in sede giurisdizionale (incorrendo, in caso inverso, in ipotesi sanzionabili sia in sede penale che disciplinare e contabile). Il pubblico dipendente può, dunque, pretendere l'adozione da parte del datore di lavoro pubblico quei comportamenti e di quella attività, imposti dal giudice anche di natura (tradizionalmente) infungibile (con riferimento al settore privato), servendosi all'uopo (in sede esecutiva) sia del giudizio di ottemperanza davanti al giudice amministrativo (qualora fossero necessarie manifestazioni di volontà ed adozioni di atti amministrativi di organizzazione generale al di fuori dell'ambito proprio del rapporto di lavoro), sia del procedimento esecutivo dinanzi al giudice ordinario⁴⁸⁷.

DI qui, dovrebbe ammettersi la tutela cautelare atipica al fine di condannare la pubblica Amministrazione alla riassunzione del pubblico dipendente licenziato contra

⁴⁸⁷ TRIBUNALE DI CATANIA, SEZ. LAVORO Ordinanza 18 aprile 2001

legem o all'assegnazione ad un preciso incarico di un dirigente illegittimamente revocato.

Da ciò deriverebbe la piena applicabilità degli art. 669 duodecies c.p.c. il quale prevede che l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di fare o non fare avvenga sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con ordinanza i provvedimenti opportuni.

Pertanto, si evidenzia la possibilità per il giudice ordinario di avvalersi di un commissario ai sensi dell'articolo 68 c.p.c. che svolga la propria attività in modo non dissimile al commissario ad acta. La norma succitata prevede che *“quando ne sorge la necessità il giudice può farsi assistere da persona idonea al compimento di quegli atti che egli non è in grado di compiere da solo”*⁴⁸⁸.

Qualora non si volesse aderire alla suesposta tesi, continuando (forse condivisibilmente) a considerare infungibile la prestazione dedotta nell'ordinanza cautelare che ordina all'Amministrazione la riassunzione del dipendente, appare evidente come dall'impossibilità ex lege di adire il giudice dell'ottemperanza per l'esecuzione di provvedimenti cautelari nonché di utilizzare il meccanismo delle *astreintes* di cui all'articolo 614 bis c.p.c, potrebbe comportare un vulnus all'effettività delle tutela offerte al dipendente pubblico, in contrasto con quanto sancito al riguardo dalla Costituzione e dalle normative comunitarie e CEDU (*supra*).

⁴⁸⁸ B. SASSANI, *Sul commissario dell'ottemperanza qual organo dell'esecuzione forzata* in Riv. Dir. proc. civ. ; A. POLICE, *Inottemperanza della P.A. ai provvedimenti del giudice ordinario in materia di pubb. Imp. ed esecuzione in forma specifica* in Dir. proc. amm. 2003

CAPITOLO IV

LA TUTELA GIURISDIZIONALE NEI CONFRONTI DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA NELL'ESPERIENZA FRANCESE. *Criteri di riparto e tutele effettive.*

1. Le origini del “modello francese” di giustizia amministrativa. In sintesi.

Tradizionalmente, si individuano tre elementi caratterizzanti il sistema “à droit administratif” o “à régime administratif” francese (Secondo l’insegnamento tradizionale, l’ordinamento francese costituisce il modello “puro” del diritto amministrativo⁴⁸⁹: a) la posizione autonoma e distinta della pubblica amministrazione rispetto agli altri due poteri dello Stato, quello legislativo e quello giurisdizionale; b) i rapporti con la Pubblica Amministrazione sono disciplinati dal diritto amministrativo, costituito da regole “derogatorie” ed “esorbitanti” rispetto al diritto comune, che le attribuiscono prerogative speciali, poteri autoritativi e unilaterali, che discendono dalla sua partecipazione alla sovranità dello Stato ed in funzione della cura di un interesse generale⁴⁹⁰; c) infine, la sottoposizione della sua attività al controllo di legittimità da parte di un sistema di giustizia amministrativa, diverso da quello ordinario.

La giurisdizione francese è strutturata su di un sistema dualistico. Le controversie di diritto privato sono rimesse ai *Tribunaux judiciaires*; la giurisdizione sulle liti di diritto pubblico spettano al giudice amministrativo.

La giustizia amministrativa francese sulle controversie di diritto pubblico nasce e si sviluppa come giurisdizione di diritto obiettivo, volta a sindacare l’operato della Pubblica Amministrazione alla luce dei canoni di legittimità. Solo successivamente, la funzione svolta dai tribunali amministrativi muta, acquisendo anche un carattere

⁴⁸⁹ G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi del diritto amministrativo* ; L. MANNORI - B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, ed. Laterza, Roma-Bari 2001 Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., première partie, ch. III Vd. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1-2, Montchrestien Aubry, Drago, *Traité de Contentieux Administratif*, Tome 1; N. LONGHI Verso una giurisdizione specializzata. I convergenti percorsi dei sistemi europei di giustizia amministrativa 2014

⁴⁹⁰ P. LEGENDRE, *Histoire de l’administration de 1750 a nos jours*, Paris, Puf, 1968,

subiettivo finalizzato alla tutela ed alla soddisfazione di situazioni giuridiche soggettive lese dall'esercizio del pubblico potere.

Giova brevemente ripercorrere tale evoluzione.

Le origini della Giustizia amministrativa si hanno con la Rivoluzione francese. La tutela contro atti emanati dai pubblici poteri era rimessa ad organi della stessa Amministrazione, secondo la rigida affermazione del principio di separazione dei poteri sancito dalla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789 e posto in essere dalle successive *Leggi Rivoluzionarie*. Quest'ultime sottraevano ai tribunali ordinari tutto il contenzioso amministrativo, attribuendolo ad organi interni alla stessa amministrazione pubblica. I Tribunali ordinari erano privi del potere di annullare gli atti amministrativi.

In rapida rassegna, la legge rivoluzionaria del 22 dicembre 1789, sanciva che: *"les administrateurs de département et de district ne pourront être troublés dans l'exercice de leurs fonctions par aucun acte du pouvoir judiciaire"* ; la successiva legge del 16 - 24 août 1790, evidenziava come *"les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs"*. Ancora, la legge del 7-14 octobre 1790 si occupava del divieto dei giudici di annullare atti amministrativi: *"les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux"*. Il successivo décret du 16 fructidor an III (3 sept. 1795) stabiliva infine che le: *"défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque nature qu'ils soient, aux peines de droit"*.

Dunque, la giurisdizione amministrativa si reggeva su di un sistema cd. a "contenzioso amministrativo", gestito dalla stessa autorità amministrativa, ed attraverso specifici organi interni, rappresentati dagli "uffici legali", i cui dipendenti appartenevano al *Conseil d'État* secondo il modello a contenzioso amministrativo della cd. "justice retenue". La pubblica amministrazione era «giudice in causa propria»⁴⁹¹.

⁴⁹¹ MANNORI – SORDI, *Storia del diritto amministrativo*

Di qui, le questioni sul se la controversia fosse di competenza del contenzioso amministrativo o della giurisdizione ordinaria dava vita a conflitti di “attribuzione”, la cui risoluzione veniva rimessa allo stesso Conseil d’État⁴⁹².

Solo nel 1872, la Giustizia amministrativa acquisiva natura giurisdizionale, con l’affermazione della *justice déléguée* del Conseil d’État. La giurisdizione nelle controversie di diritto pubblico veniva infatti “delegata” al Conseil d’État affinché «*statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives*» (art. 9 della legge 24 maggio 1872). Ma il riconoscimento formale ed espresso della natura di organo giurisdizionale del Conseil d’État avviene con la legge costituzionale n. 724 del 23 luglio 2008 che ha introdotto la possibilità per quest’ultimo di sollevare in via incidentale la *question de constitutionnalité* dinanzi la Conseil constitutionnel (aggiungendo l’art. 61-1 alla Cost. francese).

2. L’organizzazione della giurisdizione amministrativa. Brevi cenni.

Assai brevemente, la giurisdizione amministrativa divide nella «juridictions à compétence générale», e nelle singole «juridictions spécialisées»⁴⁹³. Quest’ultime decidono su singole materie ad esse rimesse per legge secondo un criterio di competenza funzionale⁴⁹⁴.

La giurisdizione amministrativa “generale” (de droit commune) si articola in tre gradi di giudizio: in primo grado si hanno i *Tribunaux administratifs*, in secondo grado le Cours administratives d’appel ed in ultima istanza il Conseil d’État. In Italia, come noto, la giurisdizione amministrativa si muove invece su due gradi di giudizio.

Le decisioni emanate dagli organi di «giurisdizione amministrativa» francese, sia generali che speciali, sono quindi impugnabili in ultima istanza con *recours en*

⁴⁹² Art. 11 del regolamento interno del 5 nevosio anno VIII (26 dicembre 1799).

⁴⁹³ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris 2008

⁴⁹⁴ Si pensi alla Cour nationale du droit d’asile, alla Cour des comptes ed alle giurisdizioni finanziarie, alle giurisdizioni sociali, in materia di assistenza sociale e sanitaria, pensioni, pensioni militari d’invalidità, trattamento dei lavoratori handicappati; le giurisdizioni disciplinari relative a taluni ordini professionali e ad alcuni servizi pubblici di grande considerazione sociale, come l’istruzione; la Corte dei Conti.

*cassation devant le Conseil d'État*⁴⁹⁵, che svolge un giudizio di sola legittimità con funzione nomofilattica al fine di assicurare uniformità ed unitarietà di orientamenti. Dunque, differentemente dall'Italia, il Consiglio di Stato francese non è giudice d'appello, non svolge un giudizio devolutivo a cognizione piena, ma è giudice di Cassazione, a cui sono rimessi i soli profili di legittimità del provvedimento giurisdizionale impugnato, rimanendo precluse le valutazioni di fatto⁴⁹⁶. Viceversa, le Corti amministrative d'appello svolgono un *arbitrage complet de fait et de droit* secondo l'effetto devolutivo tipico dell'appello.

Lo status dei giudici amministrativi francesi è disciplinato da fonti diverse da quelle che delineano l'organizzazione dei membri dei “*Tribunaux judiciaires*”, i quali sono soggetti alla legge organica della Magistratura ordinaria e la cui indipendenza è garantita direttamente dal Presidente della Repubblica (art. 64 Cost.) e dal Consiglio Superiore della Magistratura (art. 65 Cost.).

Ad ogni modo, i magistrati amministrativi godono comunque di guarentigie di indipendenza dal Governo e dal Parlamento, in ossequio al principio di separazione dei poteri sovrani dello Stato per i seguenti motivi.

Secondo il Conseil constitutionnel, «l'indépendance de la juridiction administrative» (decisione n. 80-119 DC del 22 luglio 1980) è uno «des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République»

I giudici dei *Tribunaux administratifs* e delle *Cours administratives d'appel* vantano uno status giuridico regolato dal *code de justice administrative* (CJA) e dallo statuto della funzione pubblica dello Stato. Per legge, i giudici amministrativi godono della garanzia di inamovibilità (Art. 231-3 CJA). Gli stessi hanno un organo di autogoverno simile al nostro Consiglio di Presidenza della Magistratura amministrativa, che gestisce le carriere dei magistrati e giudica nei procedimenti disciplinari (il *Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*).

⁴⁹⁵ CHAPUS, *op. ult. cit.*

⁴⁹⁶ Ad eccezione delle ipotesi tassative di legge in cui esso è giudice d'appello o giudice di prima ed unica istanza.

Discorso in parte diverso va svolto per i Conseillers d'État, i quali sono formalmente alti funzionari dello Stato.

Tuttavia, l'indipendenza dei Conseillers d'État dal Governo riposa in una serie di prassi consolidate (cd. *pretiques*). Un bureau interno al Conseil d'État (composto dal Vice-Presidente, dai Presidenti delle sette sezioni e dal Segretario Generale), seppur formalmente organo consultivo, svolge sostanzialmente funzioni di "autogoverno". L'inaMOVibilità dei Conseillers, seppur non espressa in alcuna norma di rango primario, è pacificamente desunta quale corollario dell'indipendenza delle magistrature amministrative, annoverabili tra i principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. In ultimo, i membri del Conseil d'État sviluppano la carriera per anzianità, in quanto la regola per cui ciò dovrebbe accadere sulla base di giudizi di merito è sostanzialmente disapplicata al fine di evitare ingerenze da parte dell'Esecutivo. Ancora, il decreto n. 2008-225 del 6 marzo 2008 e il decreto n. 2010-164 del 22 febbraio 2010 hanno contribuito all'affermazione di una netta separazione tra le funzioni amministrativo-consultive e le funzioni giurisdizionali svolte dal Conseil d'État, stabilendo che «*les membres du Conseil d'État ne peuvent participer au jugement des recours dirigés contre les actes pris après avis du Conseil d'État, s'ils ont pris part à la délibération de cet avis*» (art. R.122-21-1 CJA).

Alla luce delle suesposte argomentazioni, è possibile evidenziare come la giurisdizione amministrativa abbia acquisito sempre maggiore indipendenza dal Governo ed in questo, si sia notevolmente avvicinata all'ordre judiciaire. L'omologazione dei due plessi giurisdizionali è ancora più evidente alla luce dell'assetto strutturale basato, per entrambi, su tre gradi di giudizio.

Di qui, in Francia sembrerebbe potersi argomentare nel senso che dal concetto di "specialità" del giudice amministrativo (in termini di "colleganza" o "collateralità" con la pubblica amministrazione) si sia passati a quello di "specializzazione": per essa intendendosi l'elevato grado di professionalità tecnica ed expertise che l'ordine dei giudici amministrativi, distinto da quello dei magistrati ordinari, mette a disposizione della collettività al fine di garantire una migliore e più effettiva tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico. E ad essa si affianca la ragione politica, ossia la necessità di completare lo statuto speciale di diritto amministrativo, che caratterizza i

pubblici poteri differenziandoli dal diritto comune, attraverso la creazione di un giudice proprio per le controversie di diritto pubblico.

In altre parole, la separazione del giudice amministrativo da quello ordinario è dovuto a ragioni tecniche e politiche, in termini non dissimili dall'esperienza italiana.

La specializzazione dei giudici amministrativi, funzionalizzata a garantire una tutela effettiva alle situazioni giuridiche soggettive nei confronti del pubblico potere, si riflette nel criterio di riparto e nello spettro di azioni esperibili nelle controversie di diritto pubblico in Francia.

3. La giurisdizione amministrativa nelle controversie di diritto pubblico in Francia. Il criterio dei *blocs de compétences*: in particolare, la materia espropriativa, la salute, l'immigrazione ed il diritto d'asilo.

Preliminarmente, è opportuno evidenziare come, in Francia, le questioni di giurisdizione siano decise in ultima istanza da un organo giurisdizionale, il ***Tribunal des conflits***, i cui membri provengono in numero uguale tanto dalla magistratura amministrativa quanto da quella ordinaria (in particolare, da Consiglieri di Stato e da Consiglieri della Corte di Cassazione)⁴⁹⁷. Differentemente, in Italia, ai sensi dell'art. 111 co. VIII Cost., l'organo preposto a decidere in ultimo grado le questioni di giurisdizione è la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, i cui membri provengono tutti dalla giurisdizione ordinaria.

La struttura paritaria del *Tribunal des conflits* è sintomatica del carattere pariordinato della giurisdizione ordinaria e della giurisdizione amministrativa in Francia.

Ma la composizione mista dell'organo chiamato a dirimere i conflitti di giurisdizione non è l'unico elemento che distingue la Francia dall'Italia.

A differenza dell'ordinamento giuridico italiano, infatti, quello francese non conosce la distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo quale criterio di riparto delle giurisdizioni.

⁴⁹⁷ La legge costituzionale n. 2008-724 del 23 luglio 2008, ha così previsto modificando l'articolo 61 della Costituzione.

Il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario si fondava originariamente sulla **qualità dei soggetti coinvolti**. Se uno di questi era una pubblica amministrazione, espressione in quanto tale, direttamente o indirettamente, di potere pubblico, le relative controversie spettavano al giudice amministrativo. Vigeva infatti la regola generale per cui l'annullamento o la riforma delle decisioni adottate dalle autorità amministrative «*dans l'exercice des prérogatives de puissance publique*» spettava esclusivamente al giudice amministrativo, in continuità con quanto affermato dalle Leggi Rivoluzionarie ed al precedente contenzioso amministrativo, fedeli al principio di separazione dei poteri⁴⁹⁸.

Successivamente, il pensiero di Léon Aucoc e di Edouard Laferrière contribuiva a meglio enucleare la categoria degli atti espressione di potestà pubblica. Si introduceva un criterio di riparto⁴⁹⁹, basato sulla distinzione tra ***actes de puissance publique e actes de gestion***, essendo affidate le controversie sui primi, che sono espressione del potere autoritativo e unilaterale dell'amministrazione, al giudice amministrativo, e le controversie sui secondi, che l'amministrazione pone in essere senza eccedere le facoltà spettanti al comune cittadino in base al diritto privato, al giudice ordinario.

In questo quadro, il *juge judiciaire* non aveva cognizione sulle controversie di diritto pubblico, salvo non si trattasse di liti concernenti la proprietà ed altri diritti assoluti come le libertà personali, secondo l'antica riserva di origine Napoleonica. La borghesia francese, invero, non vedeva di buon occhio il fatto che la libertà individuale e la proprietà privata, quali diritti fondamentali, potessero essere tutelate esclusivamente dinanzi ad organi interni dell'Amministrazione, qualora tali diritti fossero stati lesi dall'Autorità pubblica. Una conclusione del genere veniva infatti vista come simbolo della rinascita di spinte autoritarie. Accogliendo le istanze borghesi, allora, Napoleone varava legge dell'8 marzo 1810 che riservava all'autorità giudiziaria

⁴⁹⁸ P. SARGOS, *Point communs et divergences des deux ordre de juridiction*, in *Actualité Juridique – Droit administratif*, 1990, 585 ss.; F. TERRÉ, *Perspectives et avenir du dualisme juridictionnel*, ivi, 595 ss.

⁴⁹⁹ M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*; G. BRAIBANT - B. STIRN, *Le droit administratif français*, V ed., Paris, Sciences Po-Dalloz, 1999; S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, cit., 54.

la competenza esclusiva per la tutela dei diritti fondamentali, delle libertà individuali e della proprietà.

La competenza esclusiva dei *Tribunaux judiciaires* su queste due materie, concepita come garanzia del cittadino, si radicava nella coscienza civile e nella cultura giuridica francese, giungendo fino ai nostri giorni.

L'art. 66 della Costituzione francese solennizza che «*l'autorité judiciaire*» è «*gardienne de la liberté individuelle*».

Veniva così posto un argine all'ambito di cognizione degli organi del contenzioso amministrativo, i quali non potevano in alcun caso conoscere delle liti scaturenti dalla lesione di diritti fondamentali, anche se si discuteva degli effetti di atti manifestazione di poteri pubblici.

All'inizio del XX secolo, peraltro, si affermava una nuova concezione del diritto amministrativo, dal quale emergeva un diverso ed ulteriore criterio di riparto, basato sulla nozione del ***service public***. Erano anni in cui crescevano le funzioni svolte dall'Amministrazione. Gli uffici pubblici non soltanto dovevano garantire la sicurezza e l'ordine pubblico, ma dovevano anche provvedere ad assicurare il trasporto pubblico, la costruzione e la manutenzione delle infrastrutture, l'illuminazione elettrica, la cura dell'igiene degli abitati e della salute dei cittadini, l'istruzione scolastica, la previdenza contro la vecchiaia, l'invalidità e gli infortuni sul lavoro⁵⁰⁰.

Nasceva la *École du service public* di *Léon Duguit* e *Gaston Jèze*, da cui sorgeva una nuova concezione di Stato e di sistema amministrativo. L'amministrazione pubblica garantiva la cura dell'*intérêt général*, attraverso l'erogazione dei *services publics*; le sue prerogative di *puissance publique*, che continuavano a costituire il nocciolo duro del *droit administratif*, servivano ad assicurare e regolare il funzionamento dei servizi pubblici in una prospettiva solidaristica. In altre parole, la natura autoritativa e unilaterale del potere veniva affidata dalla legge all'Amministrazione al fine di curare l'interesse generale anche attraverso l'erogazione di servizi e prestazioni. La teoria del servizio pubblico consentiva, dunque, di trovare una giustificazione più solidaristica della compressione delle libertà private e dei diritti individuali attuata dal provvedimento amministrativo.

⁵⁰⁰ M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit.,

Come osservato, «*Il service public diviene in breve tempo baricentro del sistema amministrativo*», «*pierre angulaire du droit administratif français*»⁵⁰¹.

Il *service public* diveniva così ulteriore criterio per risolvere i conflitti di giurisdizione: dove poteva riscontrarsi un *service public*, si rinveniva la competenza giurisdizionale del *Conseil d'État* e si applicavano i principi del *droit administratif*.

Pietra angolare per la costruzione del criterio del *service public* fu l'*Arret blanco* del 1°8 febbraio 1873, storica sentenza del Tribunale dei conflitti che sintetizzò e consacrò l'evoluzione del pensiero dottrinario di *La Ferriere, Duguit e Jeze*, affermando il principio della specialità amministrativa, ossia della sottoposizione dell'attività della Pubblica Amministrazione a “*règles propres*”, derogatorie rispetto al diritto comune, al fine di assicurare il raggiungimento dell'interesse generale sotteso all'erogazione di pubblici servizi.

Come è stato notato⁵⁰², la costruzione della figura del *service public* e della specialità del diritto amministrativo ha influito molto sulla scelta della dottrina francese di non elaborare una situazione giuridica soggettiva che si contrapponesse al pubblico potere, a differenza di quanto accade in Italia con la configurazione della figura dell'interesse legittimo.

Successivamente, la nozione di *service public* attraversò un periodo di crisi.

Con lo scoppio della prima guerra mondiale iniziava un periodo, prolungatosi fin dopo la seconda guerra mondiale, nel quale la crisi economica prodotta dalle due guerre e, nel mezzo, dalla “*grande depressione*”, costringeva lo Stato ad accrescere il suo intervento nell'economia. Si assisteva alla nazionalizzazione di rilevanti attività industriali e commerciali, specialmente nel settore del credito e della manifatture. E lo Stato gestiva tali imprese in regime di diritto privato. Allo stesso tempo, con sempre maggiore frequenza, la gestione dei *services publics* veniva dallo Stato e dalle collettività territoriali affidata a soggetti privati con *contrats de délégation de service public* o con *marchés publics*. Peraltro, alcuni servizi di interesse generale venivano espletati anche da soggetti privati associativi al di fuori di legami contrattuali con l'amministrazione, come per le casse mutualistiche in materia di previdenza sociale e

⁵⁰¹ G. BRAIBANT - B. STIRN, *Le droit administratif français*, V ed., Paris, Sciences Po-Dalloz, 1999, 136

⁵⁰² M.C. Romano, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrative nazionali*, Napoli 2013,

di assistenza sanitaria, per le associazioni corporative per la regolamentazione e la disciplina delle libere professioni o per le “camere” nel settore del commercio.

A partire dagli anni Venti del Novecento si faceva dunque strada progressivamente la distinzione⁵⁰³, tra *services publics administratifs* e *services publics industriels et commerciaux*, che diventava il nuovo criterio di riparto giurisdizionale⁵⁰⁴. Le controversie riguardanti i primi, che sono i servizi pubblici gestiti in *régime administratif* dallo Stato, da una collettività territoriale o da un *établissement public*, venivano attribuite al giudice amministrativo. Le controversie sui secondi, che sono i servizi pubblici gestiti in regime di diritto comune applicabile in ragione della finalità, dell’origine delle risorse e delle modalità di funzionamento, erano affidate al giudice ordinario, fatte salve le questioni sui *contrats administratifs* di affidamento della gestione, di esclusiva pertinenza del giudice amministrativo.

I suesposti criteri davano tuttavia vita a notevoli perplessità. Si evidenziava come potesse accadere (e comunemente accade) che la gestione di un *service public administratif* si servisse dello strumento del contratto di diritto privato, non contenente nessuna *clause exorbitant* rispetto al diritto comune. In questo caso, non v’è dubbio che l’eventuale controversia sia devoluta alla cognizione del *juge judiciaire*.

Di qui, si affermava negli anni successivi (e precisamente gli anni Ottanta dello scorso secolo) una linea di pensiero critica nei confronti dell’affidabilità del criterio di riparto fondato sulla nozione di *service public* o sulla distinzione tra *services publics administratifs* e *services publics industriels et commerciaux*

Secondo Jean Rivero⁵⁰⁵, la nozione di *service public administratifs* avrebbe il significato di una mera “*presunzione relativa di competenza*”, del giudice amministrativo.

Questa corrente affermava in particolare un criterio di riparto fondato sul «***droit applicable***». Se alla controversia si applica il *droit privé*, la cognizione spetta al giudice ordinario. Se alla controversia si applica il *droit administratif*, la cognizione spetta al giudice amministrativo. E ciò a prescindere se si tratti di *services publics administratifs* o *services publics industriels et commerciaux*. E’ stato osservato come

⁵⁰³ Conseil d’État, 20 aprile 1956

⁵⁰⁴ M. D’ALBERTI, *op. cit.*

⁵⁰⁵ J. RIVERO, *Droit administratif*, ed. Dalloz, Paris 1983,

questa corrente di pensiero abbia ripreso in parte quanto già affermato con l'*Arret Blanco*. Il *droit administratif* deroga al diritto comune in quanto teso alla soddisfazione di interessi generali e non particolari; il provvedimento amministrativo in quanto manifestazione di *puissance publique* ricade così nella giurisdizione amministrativa poiché risponde ad uno specifico statuto di diritto amministrativo.

Il criterio del diritto applicabile è oggi il più utilizzato in Francia. Di qui, si rilevano notevoli somiglianze con il sistema tedesco, che come noto distingue le controversie di diritto pubblico da quelle di diritto comune, rimettendo le prime al giudice amministrativo e le seconde al giudice ordinario, secondo la clausola generale di cui all'articolo 40 del VwGO.

Quest'ultimo criterio comporta, d'altro canto, l'ulteriore problema legato all'individuazione di quali fossero le controversie in cui si applicava il *droit administratif*.

Si evidenziano, infatti, le particolari difficoltà che emergevano nel distinguere tra fattispecie disciplinate dal diritto privato e fattispecie regolate dal diritto amministrativo. Si pensi, tra le tante, alle controversie sul pubblico impiego, in materia di *contrat administratif* (i nostri contratti pubblici), sulla responsabilità della Pubblica Amministrazione per esercizio scorretto del potere, sulle sanzioni amministrative, le quali tutte singolarmente involgono profili tanto privatistici, quanto di *fonction publique*, di *puissance publique* e di *service public*.

Per risolvere queste notevoli perplessità, si è introdotto il criterio dei cd. ***blocs de compétences***. Se una controversia di diritto pubblico spetti alla cognizione del giudice amministrativo o del giudice ordinario viene stabilito espressamente dal Legislatore o, in mancanza, da un orientamento giurisprudenziale che si definisce “*concordatario o paritario*”, del *Tribunal des Conflits*.

La finalità perseguita nell'individuazione dei *blocs de compétences* è assicurare la pienezza e l'effettività della tutela del soggetto, come impone la centralità dei diritti soggettivi dell'individuo nei moderni ordinamenti democratici e come richiedono l'ordinamento comunitario (art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (artt. 6 e 13).

Sul punto, il *Conseil constitutionnel* con la notissima decisione n. 86-224 del 23 gennaio 1987 rilevava come il Legislatore possa *legittimamente concentrare il contenzioso relativo ad una specifica materia dinanzi ad un unico plesso giurisdizionale al fine di evitare conflitti di giurisdizione, purché lo stesso garantisca al ricorrente il diritto di difendere e proteggere i propri diritti in maniera piena ed effettiva*. La *ratio* sottesa ai *blocs de competence* è quella di individuare il giudice maggiormente adatto ad assicurare tutela giurisdizionale nelle singole controversie di diritto pubblico.

Secondo il *Conseil constitutionnel*, per tali ragioni può anche derogarsi al principio generale per cui l'annullamento o la riforma delle decisioni adottate dalle autorità amministrative «*dans l'exercice des prérogatives de puissance publique*» spetti esclusivamente al giudice amministrativo.

In sintesi, il criterio di riparto per *blocs de compétences* è sottoposto alla condizione che il giudice competente nelle controversie di diritto pubblico, che sia ordinario o amministrativo, abbia un grado di specializzazione ed un apparato di strumenti idonei ad assicurare piena tutela alle pretese del ricorrente. Non interessa se oggetto della controversia sia un potere pubblico o privato dall'Amministrazione, ma è fondamentale che il giudice a cui spetta *ex lege* la cognizione della lite abbia tutti i poteri per assicurare piena tutela ai diritti del ricorrente.

Paradigmatica è la legge del dicembre 1986 che trasferiva dal Consiglio di Stato alla Corte d'appello di Parigi e alla Corte di Cassazione la giurisdizione sui ricorsi avverso le decisioni dell'*Autorité de la concurrence*, da considerarsi senz'altro atti di natura amministrativa, come amministrativa è senz'altro l'Autorità indipendente che li adotta. La pienezza e l'effettività della protezione dei diritti del soggetto nei confronti dell'antitrust francese richiedeva di concentrare le diverse tutele davanti al giudice ordinario, che è quello maggiormente competente in materia di tutela della concorrenza, come si evince dal *code de commerce*⁵⁰⁶. Pertanto, veniva attribuito alla *juridiction judiciaire* il potere di annullare e sospendere gli atti amministrativi, per esigenze di «*bonne administration de la justice*».

⁵⁰⁶ La legge n. 2008-776 del 4 agosto 2008 di “modernizzazione dell'economia” ha introdotto nel gennaio 2009, “*Autorité de la concurrence*”.

Nel nostro ordinamento, un caso simile si registra nel contenzioso avverso i provvedimenti della Consob e della Banca d'Italia. Qui, come recentemente ribadito dalla Corte costituzionale, il giudice ordinario è competente a conoscere delle opposizioni avverso le sanzioni Consob e BCI ed è titolare del potere di sospensione, modifica e annullamento degli atti impugnati. Si tratta di un'ipotesi di giurisdizione piena del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico (come si vedrà).

Ma il criterio dei *blocs de compétences* ha contribuito ad ampliare in larga misura l'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo, sottraendo un notevole numero di controversie alla cognizione del *juge judiciaire*.

Le controversie sulla responsabilità della Pubblica Amministrazione per danni derivanti dallo scorretto esercizio del potere (***responsabilité de l'administration publique***) o sui ***contrats administratif*** (i nostri contratti pubblici) sono state devolute alla giurisdizione amministrativa, anche se la lite coinvolge questioni sia pubblicistiche che privatistiche⁵⁰⁷.

Ancora, il recente sistema dei *blocs de compétences* ha devoluto al giudice amministrativo la cognizione di una serie di controversie coinvolgenti la proprietà e la delicatissima materia dei diritti fondamentali e delle libertà individuali della persona, allorquando questi ultimi siano incisi da atti amministrativi, espressione del pubblico potere.

E proprio la *ratio* sottesa ai *blocs de competence*, ossia concentrare davanti ad un unico giudice la tutela (piena ed effettiva) del ricorrente, ha consentito di superare le antiche resistenze di origine Napoleonica per cui queste materie erano tradizionalmente riservate ai *tribunaux judiciaires*, definiti guardiani della proprietà e della libertà personale.

Nella materia dell'espropriazione, come evidenziato, dalla legge napoleonica dell'8 marzo 1810, il giudice ordinario ha in Francia la competenza esclusiva a conoscere delle azioni a tutela della proprietà, considerata diritto assoluto; per l'art. 66 della Costituzione francese «*l'autorité judiciaire*» è «*gardienne de la liberté individuelle*».

⁵⁰⁷ Chapus, Droit du contentieux administratif, cit., première partie, ch. III Vd. R. CHAPUS, Droit administratif général, Tome 1-2, Montchrestien

Secondo il codice dell'espropriazione per causa di pubblica utilità del 1977, la procedura espropriativa è scissa in due fasi: una, preliminare, affidata al giudice amministrativo, che include l'istruttoria, la dichiarazione di pubblica utilità, l'individuazione dell'indennizzo ai fini di pervenire ad una cessione spontanea; l'altra, affidata al "*giudice dell'espropriazione*" (un magistrato ordinario speciale), da una parte, la facoltà di pronunciare tramite ordinanza (suscettibile solo di ricorso in cassazione) il trasferimento di proprietà a favore della collettività espropriante, dopo la verifica dell'espletamento delle formalità prescritte e, d'altra parte, di determinare (suscettibile d'appello) le indennità da accordare ai diversi titolari del diritto sull'immobile espropriato.

Le liti circa il corretto esercizio del potere espropriativo da parte della P.A. sono affidate al giudice ordinario o amministrativo secondo i seguenti criteri ispirati alla regola dei *blocs de competence*.

La giurisprudenza del *Tribunal des conflits*⁵⁰⁸ distingue tra ***emprise régulière*** e ***emprise irrégulière***.

La prima è l'espropriazione forzata accompagnata da un regolare titolo legittimante e tutte le relative controversie spettano al giudice amministrativo.

La seconda è l'espropriazione forzata priva di un regolare titolo legittimante, che si concretizza nell'occupazione o nello spossessamento⁵⁰⁹ di beni immobili oggetto del diritto reale di proprietà e che può dar luogo, nella sua forma più invalidante, alla c.d. *voie de fait*: le relative controversie sono conosciute e decise dal giudice ordinario.

In particolare, le ipotesi di occupazioni illegittime la cui cognizione è rimessa al G.O. possono presentarsi in due forme, da un lato quella *dell'emprise irrégulière*⁵¹⁰,

⁵⁰⁸ Tribunal des conflits, 23 aprile 2007, Arrêt ONF

⁵⁰⁹ A ciò si deve aggiungere l'ulteriore requisito della lesione grave di una libertà fondamentale o del diritto di proprietà. Più specificatamente, dottrina e giurisprudenza prevalenti richiedono lo spossessamento e non una semplice turbativa del diritto affinché si possa integrare il suddetto requisito.

⁵¹⁰ Tribunal des conflits, 30 giugno 1949, Nogier, in Rec. Lebon, p. 604. Ci si interroga tuttavia sulla sorte dell'ordinanza di esproprio in caso di annullamento, da parte del giudice amministrativo, della dichiarazione di pubblica utilità (è il caso della nostra occupazione usurpativa). Si veda diffusamente, sui dubbi in materia, J.-F. Struillou, *Protection de la propriété privée immobilière et prérogatives de puissance publique*, L'Harmattan, 1996, pp. 300 ss. e spec. 305.

dall'altro quella di un'attività neanche mediatamente riconducibile all'esercizio di un pubblico potere, rientrando nella fattispecie delle cd. *voie de fait*.

Nei casi **dell'*emprise irrégulière***, la procedura espropriativa si è svolta in contrasto con le previsioni di legge. L'art. 1-11 del *Code de l'expropriation* richiede infatti che l'espropriazione di immobili o di diritti reali immobiliari non possa pronunciarsi fintanto che non si sia proceduto ad una dichiarazione di pubblica utilità. L'eventuale occupazione (anche d'urgenza) del fondo in assenza della dichiarazione di pubblica utilità o il vizio di quest'ultima produce l'irregolarità dell'esproprio. In particolare, nel caso dell'*emprise*, l'illegittimità può derivare dalla invalidità del provvedimento su cui è fondata l'attività della P.A. o dalla discrepanza tra quest'ultima e quanto previsto nel titolo, come nel caso in cui l'Amministrazione sia intervenuta successivamente alla scadenza del termine. Infine, l'irregolarità dell'*emprise* può seguire dal fatto che manchi del tutto il provvedimento amministrativo che dia titolo alla P.A. di procedere.

In questi casi, le azioni esercitate contro la P.A. al fine di ottenerne la condanna alla riparazione dei pregiudizi causati dall'illegittimità della sua azione sono di giurisdizione ordinaria.

E la tutela offerta dal giudice ordinario è esclusivamente risarcitoria, per il principio di separazione dei poteri suesposto, che esclude di regola la possibilità per il *juge judiciaire* di annullare il provvedimento. Qualora allora sorgano questioni sulla regolarità delle decisioni che sono all'origine dell'esproprio, il G.O. dovrà sospendere il procedimento e rinviare le parti dinanzi al giudice amministrativo.

D'altro canto, si possono avere i casi delle cd. ***voie de fait*** (ossia, brevemente, "*attività non collegate all'esercizio del potere*"⁵¹¹), i cui elementi costitutivi possono di seguito così enuclearsi, secondo l'analisi svolta dalla dottrina e dalle Corti francesi⁵¹².

La *voie de fait* indica un comportamento la cui illegittimità manifesta (*irrégularité manifeste*), arreca grave pregiudizio al diritto di proprietà o altro diritto

⁵¹¹ Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., première partie, ch. III Vd. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1-2, Montchrestien

⁵¹² Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., première partie, ch. III Vd. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1-2, Montchrestien

reale gravante su beni mobili o immobili⁵¹³.⁵¹⁴ Il vizio è talmente grave da non consentire la riconducibilità dell'atto all'esercizio di una potestà pubblica. In tali casi la P.A. ha proceduto *all'esecuzione forzata* di una sua decisione, quando *non aveva manifestamente il potere* di procedere.

Di qui, la necessità di affermare la giurisdizione ordinaria in virtù della regola tradizionale per cui i diritti fondamentali rientrano nella sfera di cognizione del G.O.⁵¹⁵ Guardando all'elaborazione dottrinale sul punto, per *voie de fait* si intende la *manque de droit*, ossia l'assenza di una norma attributiva del potere. Sulla stessa falsariga, il

⁵¹³ E' tuttavia opportuno evidenziare come in un recente arresto la giurisprudenza (giugno 2013) del *Tribunal des conflits*, ha aggravato l'ambito dei presupposti della fattispecie delle "*vie di fatto*" richiedendo che il comportamento dell'Amministrazione abbia causato l'estinzione del diritto di proprietà. E ciò si realizza quando, a seguito di una modificazione irreversibile del bene immobile privato per la costruzione di un'opera pubblica, la proprietà ne è trasferita all'amministrazione: in ossequio al principio dell'intangibilità dell'opera pubblica. Per i primi commentatori, tale pronuncia è mossa dalla volontà di restringere l'ambito di operatività dell'istituto. Come è stato rilevato, tale criterio sposta l'attenzione dall'assenza del potere alla gravità del vulnus arrecato dalla situazione giuridica vantata dal privato. Ma ciò comporta un ulteriore elemento di confusione nell'analisi dei criteri di riparto in subietta materia. Situazione che sembrerebbe contrastare peraltro con l'assetto di tutele apprestato al diritto proprietario dalla CEDU, che non ammetterebbe ipotesi di espropriazioni sostanziali o larvate. In base al principio di intangibilità dell'opera pubblica, non ne poteva in nessun caso essere ordinata la distruzione né dal giudice ordinario né da quello amministrativo. CE, 7 luglio 1853, *Robin de Grimaudière*, S. 1854, 2, p. 213.

⁵¹⁴ Di qui, una recente sentenza del Tribunale dei Conflitti (11 marzo 2015 (n.13-24.133, JurisData n. 2015-004701) ha ribadito il principio per cui si ha *voie de fait* solo qualora il comportamento della PA sia *manifestamente non suscettibile di essere ricollegato ad un potere appartenente all'autorità amministrativa*. Tale criterio sembrerebbe il più adatto a fondare una giurisdizione ordinaria di piena cognizione. Trib. Confl., 17 giugno 2013, M. Bergoend c/ Société ERDF Annecy Léman, C3911, pub. au rec. Lebon. Così M. A. Ménéménis, Président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État, al convegno tenutosi il 24 ottobre 2013, presso l'Université Paris II Panthéon-Assas, «La voie de fait, nouvelle formule?», testo non pubblicato. CE, 18 novembre 1949, *Carlier*, cit. Vd. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1-2, Montchrestien

⁵¹⁵ La teoria della *voie de fait* è stata definitivamente consacrata in giurisprudenza, dopo alcune esitazioni iniziali, con l'arrêt *Action Française*, Tribunal des conflits, 8 aprile 1935, *L'Action française c/ Bonnefoy-Sibour*, Lebon 1226, e poi via via meglio precisata, fino all'approdo da ritenersi oggi assumibile come definitorio della nozione, su cui si tornerà, dato dal Conseil d'État, 18 novembre 1949, *Carlier*, RDP, 1950, 172, concl. Gazier, note Waline. In dottrina Vd. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1-2, Montchrestien

Conseil d'État ha recentemente parlato di atto “*manifestement insusceptible d'être rattaché à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration*”⁵¹⁶.

In sintesi, la giurisdizione ordinaria si giustifica in virtù del fatto che l'Amministrazione pone in essere comportamenti meri, non riconducibili all'esercizio di un potere, gravemente lesivi del diritto di proprietà.

Nelle controversie relative alle *voies de fait*, non essendo in discussione l'esercizio di un potere pubblico, non operano i limiti derivanti dal principio di separazione dei poteri ed il giudice ordinario esercita una tutela piena ed incondizionata, senza incontrare i limiti della sola tutela risarcitoria. Non sussistendo alcuna manifestazione di potere pubblico, il giudice è slegato dai limiti sul sindacato degli atti amministrativi. In tali casi, i tribunali sono investiti di una *plénitude* di giurisdizione. I tribunali ordinari possono ingiungere all'amministrazione la cessazione dei comportamenti illeciti, richiedendo di evacuare i locali occupati, di rimuovere le baracche installate sul terreno, di restituire gli oggetti mobili e immobili sequestrati, di liberare le persone fermate o detenute. Peraltro, il giudice può adottare tali misure anche in via preventiva.

In ogni caso, le ingiunzioni possono essere accompagnate da sanzioni⁵¹⁷.

Il G.O. può, dunque, come in qualsiasi controversia tra privati, conoscere pienamente della fattispecie ed esercitare tutti i poteri idonei a soddisfare la pretesa –se fondata– azionata in giudizio.

In estrema sintesi, nella materia espropriativa possono delinearsi le seguenti ipotesi di contenzioso: a) le liti inerenti *all'emprise régulière* sono di competenza del giudice amministrativo, facendosi questione del corretto (o mancato esercizio) del potere pubblico (ad esempio in caso di illegittimità della dichiarazione di pubblica utilità); b) le controversie relative *all'emprise irrégulière* ossia del procedimento

⁵¹⁶ Evidente soprattutto laddove è emersa nella casistica la sovrapponibilità dei due criteri del *manque de droit* e del *manque de procédure*. È il caso, emblematicamente, della vicenda che diede luogo all'arrêt *Action Française*, cit., vero e proprio *leading case* in materia di *voies de fait*. CE, 18 novembre 1949, *Carlier*, cit. Qualora si verifichi invece la *manque de procédure*, ossia la violazione di un presupposto procedimentale ex lege richiesto affinché si realizzi validamente la fattispecie (tribunale dei conflitti, sent. del 15 ottobre 2014 (n. 13-27.484, P+B: JurisData n. 2014-024010) , la giurisdizione sulla lite spetta al G.A..

⁵¹⁷ Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., première partie, ch. III Vd. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1-2, Montchrestien

espropriativo caratterizzato da occupazioni d'urgenza e gravemente viziato dalla mancanza o sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità; c) le dispute sulle *voies de fait*, per esse intendendosi i comportamenti di mero fatto dell'Amministrazione, neanche mediatamente riconducibili all'esercizio del pubblico potere.

I casi sub a) sono di competenza del giudice amministrativo, che può procedere ad annullare il provvedimento viziato: i casi sub b) e c) sono di competenza del giudice ordinario.

Così brevemente enucleate le due categorie dell'*emprise irrégulière* e delle *voies de fait* rientranti nella giurisdizione del G.O., possono svolgersi alcune osservazioni, alla luce di quanto espresso dalla dottrina⁵¹⁸ e giurisprudenza, in relazione al grado di effettività della tutela offerta⁵¹⁹.

Si osserva come in tutti casi di *emprise irrégulière* il giudice ordinario abbia il potere di esprimersi sulle sole domande di risarcimento dei danni subiti dal proprietario, non potendo in alcun modo interferire con l'attività pubblicistica (attraverso pronunce che condannino ad un *facere* specifico la PA) in virtù del principio di separazione dei poteri.

Questa soluzione non sembrerebbe ragionevole nei casi in cui la controversia abbia ad oggetto occupazioni d'urgenza emessi in totale assenza della dichiarazione di pubblica utilità. Qui la gravità del vizio che inficia la procedura dovrebbe consentire al giudice di pronunciarsi con pienezza di poteri.

Peraltro, anche nel caso di sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità, confinare la tutela risarcitoria dei danni seguenti all'illegittima attività della P.A. nell'alveo della giurisdizione ordinaria non sembrerebbe del tutto condivisibile alla luce del principio di concentrazione delle tutele, che troverebbe piena garanzia rimettendo le controversie *de quibus* dinanzi al giudice amministrativo, con cognizione piena estesa anche al risarcimento del danno⁵²⁰. In altre parole, in

⁵¹⁸ Chapus, Droit du contentieux administratif, cit., première partie, ch. III Vd. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1-2, Montchrestien

⁵¹⁹ Si vd. S. OTTONI, *La tutela della proprietà privata contro i comportamenti illegittimi dell'amministrazione in Francia: alcune novità in materia di voies de fait*, in *apertacontrada*

⁵²⁰ Tali differenze si affievoliscono in seguito delle modifiche normative apportate all'art. L. 12-5 del *Code de l'expropriation*, secondo cui in ipotesi di annullamento della dichiarazione di

Francia si crea un sistema a doppia tutela simile a quello avutosi in Italia prima dell'avvento del codice del processo amministrativo, che ora consente di esercitare (anche in via autonoma) l'azione risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo per ottenere il ristoro dei danni subiti in conseguenza dell'illegittimo esercizio del potere (art. 30 c.p.a.).

In Italia, non si registrano queste problematiche. Come noto, ai sensi dell'articolo 133 I co. lett g) del d.lgs. n. 104 del 2010 sono rimesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per quelle riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa.

Secondo la nota sentenza 204 del 2004 della Corte Costituzionale, i confini della giurisdizione amministrativa esclusiva si arrestano davanti ai meri comportamenti adottati dall'Amministrazione in via di fatto. Di qui, la giurisprudenza prevalente⁵²¹ riconduce alla giurisdizione del giudice amministrativo tutte le controversie di diritto pubblico, ossia quelle liti che nascono dall'illegittimo esercizio del potere espropriativo (anche se in via mediata).

pubblica utilità si ha un'automatica caducazione ora per allora dell'ordinanza di esproprio. Pertanto, a quest'ultimo spetterebbero tutti gli strumenti a tutela della proprietà ed il giudice ordinario potrà esercitare una cognizione piena (come avviene nelle *voies de fait*). Tuttavia, tale ipotesi normativa non si applica ai casi in cui l'atto amministrativo legittimante manchi del tutto; con la Loi du 2 février 1995. Tale soluzione era auspicata dalla giurisprudenza, per compensare l'eccessiva severità conseguente alla conclusione della Cassazione (Cass. Civ., III, 2 mars 1988, D. 1989, p. 182) nel senso dell'impossibilità di intervenire sull'ordinanza passata in giudicato ai fini del trasferimento di proprietà. Per tutte si veda TC, 26 giugno 1989, *Mme Plouin*, in *Rec. Lebon*, p. 294. Riguardo alla modifica normativa del 1995 si è notato che in essa si limita a prevedere le conseguenze sull'ordinanza di esproprio dell'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità, lasciando irrisolta la questione degli effetti dell'annullamento degli altri atti amministrativi presupposti. Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, LGDJ, Paris, 2011, 451.

⁵²¹ Si vd. Cass. civ. Sez. Unite, 17/02/2014, n. 3661 Cass. civ. Sez. I, 24/03/2016, n. 5916, Cass. civ. Sez. I, 12/02/2015, n. 2819 Cons. Stato Sez. VI, 29/01/2015, n. 402, C.di St. n. 2 del 2016

Esemplificando, nei casi di occupazione d'urgenza sulla base di dichiarazioni di pubblica utilità illegittime o inefficaci, le relative controversie sono rimesse al G.A. che conosce anche del risarcimento del danno.

Viceversa, nelle occupazioni cd. usurpative, ossia svolte dall'Amministrazione in assenza della dichiarazione di pubblica utilità, la competenza è del giudice ordinario, che può conoscere della controversia senza i limiti di cui alla legge abolitiva del contenzioso, adottando anche provvedimenti possessori o petitori, di condanna dell'Amministrazione ad un *facere*.

Secondo la giurisprudenza, infatti, *in mancanza di dichiarazione di p.u., l'attività manipolatrice di un immobile che ne comporta l'inserimento in un nuovo inscindibile contesto, mediante occupazione e trasformazione del fondo privato per la costruzione di un'opera pubblica, costituisce illecito comune* (si veda *ex multis*, Cass. civ. Sez. I, 12-02-2015, n. 2819).

Di qui, in Italia, nella materia degli espropri, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo consente di assicurare una tutela maggiormente effettiva rispetto a quella francese, concentrando gli strumenti caducatori e risarcitori dinanzi ad un unico plesso giurisdizionale ed evitando che il soggetto leso debba adire prima il G.A. per l'annullamento del provvedimento e poi il G.O. per ottenere il risarcimento del danno.

In controtendenza rispetto a quanto avvenuto nelle materia dell'espropriazione per pubblica utilità, nelle **controversie sul diritto alla salute, immigrazione ed asilo** il giudice amministrativo in Francia svolge un ruolo determinante rispetto al giudice ordinario.

Come detto, tradizionalmente i *tribunaux judiciaires* hanno giurisdizione nelle controversie vertenti su diritti e libertà fondamentali, anche nei casi d'intervento imperativo dell'autorità amministrativa (articolo 66 della Costituzione francese, secondo cui «*l'autorité judiciaire*» è «*gardienne de la liberté individuelle*»).

Si segnala tuttavia una generalizzata estensione delle competenze del giudice amministrativo nel campo della tutela delle libertà a fronte di episodi di esercizio del potere.

Nella materia del diritto alla salute, *rectius* del diritto all'integrità psico-fisica, espressione, a sua volta, del diritto fondamentale all'inviolabilità della persona, massimamente tutelato nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, il *juge administratif* giudica delle azioni per responsabilità sanitaria da colpa medica, da mancato consenso informato, da danni derivanti da emotrasfusioni, da ritardo nelle cure, ogni qualvolta sia coinvolta una struttura pubblica⁵²².

La Sanità (come l'Istruzione) in Francia rientra nella nozione di *service public* utile al fine di individuare gli spazi di giurisdizione amministrativa. Tutte le controversie che nascono in virtù di atti e comportamenti adottati dal personale sanitario nell'esercizio del servizio pubblico, anche se incidono sul diritto alla salute sono di competenza del giudice amministrativo.

Le liti in materia di immigrazione e asilo sono invece rimesse alla giurisdizione amministrativa attraverso il meccanismo del "*blocs de compétences*". Le decisioni assunte dalle autorità amministrative sugli ingressi degli stranieri, sui permessi di soggiorno per ragioni umanitarie, sui ricongiungimenti familiari, sulla permanenza nei centri di accoglienza, sui respingimenti e sulle espulsioni è, *ex lege*, di competenza dei *tribunaux administratifs*; mentre le controversie afferenti la materia dell'asilo politico sono state devolute dal legislatore ad un'apposita giurisdizione amministrativa speciale, la *Cour nationale du droit d'asile*, presieduta da un Consigliere di Stato nominato dal Vice-Presidente del *Conseil d'État* e le cui decisioni possono essere impugnate per cassazione davanti al Consiglio di Stato.

Da una analisi storico politica, si nota che l'affidamento legislativo di queste controversie al giudice amministrativo (generale o speciale) sia originata dalla reale esigenza di tutelare maggiormente l'interesse dello Stato a che gli ingressi degli stranieri nel territorio della Repubblica fossero controllati e regolati, e l'interesse dell'immigrato aveva dunque carattere recessivo.

Allo stesso modo, nella prassi, il giudice amministrativo si è mostrato sempre più sensibile all'esigenza di garantire il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo all'incolumità personale, alla libertà, alla dignità, alla salute e all'unità familiare;

⁵²² N. LONGHI, *op. cit.*; CHAPUS *op. cit.*

tendenza desumibile dal *code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, e dai poteri assegnati al G.A. al fine di garantire i diritti dell'individuo rifugiato.

L'ordinamento giuridico francese sembra dunque reputare la giurisdizione amministrativa non più come una giurisdizione “*minore*” nel campo dei diritti e delle libertà fondamentali rispetto a quella dell'*ordre judiciaire*, ma come la giurisdizione più idonea a limitare gli abusi che possono essere perpetrati all'individuo dall'esercizio scorretto del pubblico potere. La giurisdizione amministrativa è infatti dotata di quella *expertise* e degli strumenti processuali con i quali esplorare il complesso mondo del rapporto tra interesse pubblico e diritto individuale, per verificare il rispetto del giusto equilibrio tra autorità e libertà.

In definitiva, con l'attribuzione del contenzioso per la tutela dei diritti della salute dell'immigrazione e dell'asilo, la giurisdizione amministrativa emerge ancor più come una giurisdizione “*piena*”, in un certo senso come una giurisdizione “*ordinaria*”, per la tutela di tutte le situazioni giuridiche di fronte all'esercizio del potere.

Questa linea di tendenza non potrebbe aversi se non attraverso il rafforzamento degli strumenti di tutela offerti dal giudice amministrativo.

Di seguito, sul punto, si analizza assai brevemente l'evoluzione del giudizio amministrativo francese, da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, da contenzioso di natura oggettiva a giurisdizione di tipo subiettivo.

4. Le tutele offerte dalla giurisdizione amministrativa francese nelle controversie di diritto pubblico.

Le **tutele di cognizione**⁵²³ tradizionalmente offerte dal giudice amministrativo francese nelle controversie di diritto pubblico rientrano nella categoria del cd. **contentieux objectif** o *contentieux de la légalité*, caratterizzato da giudizi introdotti con il *recours pour excès de pouvoir*, laddove il ricorrente chiede al giudice di verificare se un atto amministrativo sia conforme alle *reglès de droit* ed il processo ha carattere meramente caducatorio: di qui, la legittimazione ad agire è amplissima, non dovendosi allegare la lesione di una situazione giuridica soggettiva ma la sola dissonanza tra il tipo legale e l'atto amministrativo.

⁵²³ CHAPUS *op. cit.*; P. DEVOLVE, *op. cit.*

Si possono poi avere i seguenti giudizi: de l'interprétation e de la répression.

Brevemente, nel *contentieux de l'interprétation et de l'appréciation de la légalité*, ha natura meramente dichiarativa e viene utilizzato nei giudizi sollevati in via incidentale dai giudici ordinari per risolvere questioni pregiudiziali. Nel *contentieux de la répression*, il giudice amministrativo irroga sanzioni nel contraddittorio tra le parti⁵²⁴.

Di qui, storicamente il giudizio amministrativo ha in Francia natura prevalentemente obbiettiva.

Tuttavia, il processo amministrativo Francese ha subito negli anni una lenta evoluzione verso un *contentieux subjectif*, anche detto *contentieux de droits*.

Il *contentieux subjectif* è infatti caratterizzato da processi introdotti con *recours de pleine juridiction* laddove il ricorrente non chiede al giudice la sola verifica della validità dell'atto amministrativo, ma anche il ristoro della lesione di una situazione giuridica soggettiva pregiudicata da un atto o da un comportamento dell'amministrazione.

Si è dunque parlato del *contentieux objectif de pleine juridiction*, in cui il giudice amministrativo giudica con pienezza di poteri al fine di fornire una tutela effettiva all'interesse leso dall'illegittimo esercizio del pubblico potere⁵²⁵.

Nel *contentieux de pleine juridiction*, il giudice amministrativo può annullare e riformare l'atto, sostituendosi all'Amministrazione o può condannare la stessa ad adempiere ad un obbligo specifico.

Con il passare del tempo, tale tipologia di contenzioso ha così guadagnato spazi in ambiti tradizionalmente di spettanza del *contentieux objectif*. In particolare, il *recours de pleine juridiction* prende piede nelle evidenziate materie rimesse alla giurisdizione amministrativa secondo il criterio dei **blocs de compétences**. E' proprio in tali casi in cui si sente maggiormente l'esigenza di offrire una tutela piena al ricorrente, il quale agisce in giudizio per reagire alla lesione di un proprio diritto perpetrato dai pubblici poteri.

⁵²⁴ Si vd.no le *contraventions de grande voirie* in materia demaniale, i procedimenti disciplinari per alcuni ordini professionali o per talune categorie di dipendenti pubblici.

⁵²⁵ CHAPUS, *op. cit.*

Sul punto, si evidenziano i *contrats administratifs* (dove il giudice può dichiararne la nullità o loro risoluzione), la *responsabilité de l'administration publique* (dove il giudice condanna al pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento delle lesioni causate dal cattivo esercizio del pubblico potere), la materia fiscale (dove il giudice può annullare e modificare la sanzione sostituendosi all'Amministrazione), il *contentieux électoral* (dove l'autorità giudiziaria può modificare i risultati elettorali e la designazione degli eletti), il contenzioso previdenziale, il *contentieux des installations classées* in materia ambientale (dove il giudice può modificare le autorizzazioni ambientali), il *contentieux de la tarification sanitaire et sociale*, il contenzioso sul riconoscimento della qualità di handicappato e il contenzioso sull'attribuzione dello status di rifugiato (dove la qualità e lo status sono accertati dallo stesso giudice amministrativo)⁵²⁶.

Ancora, nel *contentieux de pleine juridiction* rientrano i ricorsi avverso sanzioni amministrative pecuniarie, interdittive o disciplinari (dove il giudice amministrativo può revocare o modificare nella sua entità la sanzione).

Queste materie dimostrano un intreccio tra diritti e poteri pubblici e giustificano quindi la remissione delle relative controversie al giudice amministrativo in quanto giudice specializzato.

Differentemente, in Italia, le stesse materie anziché essere devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva, sono a volte rimesse al giudice ordinario con giurisdizione piena, ossia con poteri esorbitanti i limiti della legge abolitiva del contenzioso, attraverso cui è possibile annullare, revocare e modificare i provvedimenti amministrativi oggetto del giudizio (si vedano supra i casi di giurisdizione piena del giudice ordinario).

Ad ogni modo, i due fenomeni analizzati attraverso la lente dell'effettività della tutela dimostrano come la giurisdizione assolva tanto in Francia quanto in Italia la funzione di tutelare situazioni giuridiche soggettive nei confronti del pubblico potere. E tale ruolo deve essere svolto con pienezza di poteri, sia dall'autorità giurisdizionale amministrativa che da quella ordinaria. In ciò si palesa l'unità della funzione giurisdizionale.

⁵²⁶ CHAPUS, *op. cit.* ; SORDI MANNORI, *op. cit.*; M. D'ALBERTI, *op. cit.*

Tuttavia, l'effettività della tutela non sembrerebbe trovare pieno riscontro per quanto attiene alla **tutela esecutiva**, di cui, assai brevemente, si rileva quanto segue.

La connotazione tradizionalmente obiettiva del recours pour excès de pouvoir, unita alla preminenza dell'interesse pubblico sugli interessi individuali ed al principio della separazione tra i poteri dello Stato comportano che né al giudice amministrativo né a quello ordinario sia concesso di obbligare l'amministrazione all'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali passati in giudicato ed aventi ad oggetto episodi di esercizio del potere.

Tuttavia, tale assetto se è sufficiente nel contentieux de la légalité, volto all'esclusiva garanzia dell'interesse pubblico, non lo è nel *contentieux objectif de pleine juridiction*, avente natura soggettiva.

Di qui, la legge n. 80-539 del 16 luglio 1980 introduce l'istituto dell'*exécution sous astreinte*, secondo cui il giudice amministrativo può condannare l'Amministrazione inadempiente al pagamento di una penalità di mora, per l'inottemperanza al giudicato amministrativo. In Italia, similmente, l'articolo 114, IV co. lett. e) del d.lgs. n. 104 del 2010 e l'art. 714 bis del c.p.c. prevedono meccanismi sanzionatori e di coercizione indiretta in caso di inadempimento al giudicato di condanna ad un obbligo di fare infungibile.

Nondimeno, la legge n. 95-125 dell'8 febbraio 1995 conferisce al giudice amministrativo francese il potere di deliberare una **injonction** nei confronti dell'amministrazione, attraverso cui si specificano gli obblighi nascenti da un giudicato di condanna, così introducendo un effetto conformativo oltre che caducatorio della sentenza⁵²⁷. Esemplificando, qualora una sentenza comporti un'attività esecutiva o istruttoria dell'amministrazione, il giudice può prescrivere le misure necessarie ad ottemperarvi e prevedere un termine entro il quale tali misure devono essere eseguite.

Analogamente, in Italia, ai sensi del comma 5 dell'articolo 112 e del comma 7 dell'art. 114 del c.p.a., il giudice dell'ottemperanza fornisce *chiarimenti in ordine alle modalità dell'esecuzione*.

Pertanto, nel caso in cui in capo alla P.A. non sussista alcun ulteriore margine di discrezionalità, essendo l'attività vincolata o l'istruttoria terminata, (nei casi cd. di

⁵²⁷ D. CHABANOL, *Un printemps procédural pour la juridiction administrative?*, in A.J.D.A., 1995, 393.

compétence liée), con l'injonction il giudice amministrativo può individuare il contenuto del provvedimento da adottare o il comportamento materiale dovuto dall'amministrazione⁵²⁸.

In maniera non dissimile, ai sensi dell'articolo 114 IV co. lett. a), c.p.a., il giudice dell'ottemperanza ordina l'esecuzione prescrivendo il contenuto del provvedimento emanando. Per l'esattezza, al verificarsi di tali presupposti (insomma, qualora l'attività discrezionale si intenda esaurita) l'ordinamento italiano consente un grado di effettività di tutele superiore accordando ai sensi del combinato disposto degli artt. 31 co. 3 e 34 I co. lett. c) del c.p.a., in caso di azione avverso il silenzio, il potere del giudice di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza emanando una condanna di adempimento pubblicistico.

Ad ogni modo, parte della dottrina evidenzia come con le astreintes e le injonctions, il contentieux de légalité abbia lentamente acquisito caratteri subiettivi, garantendo una tutela piena dei diritti che si assumono lesi dal pubblico potere.

Il *contentieux de l'annulation* è passato «*de l'injonction au service de l'excès de pouvoir à l'excès de pouvoir au service de l'injonction*».

Il giudizio ha ad oggetto non più il «*contrôle d'un acte*», ma «*l'analyse d'une situation juridique litigieuse*»⁵²⁹.

La soggettivazione della tutela esecutiva avvicina la giurisdizione amministrativa a quella ordinaria, alla luce dell'unità della funzione giurisdizionale.

Tuttavia, a differenza dell'Italia, in Francia non sussiste un meccanismo analogo a quello previsto dall'articolo 114, I co. lett. a) e d), c.p.a., secondo cui il giudice amministrativo può sostituirsi all'Amministrazione nell'adozione del provvedimento in ottemperanza al giudicato, direttamente o indirettamente, nominando un commissario ad acta. In Francia, in caso di inottemperanza alla

⁵²⁸ S.R. MASERA, *Contenuto della sentenza amministrativa e sua esecuzione in Spagna, Francia e Germania*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, ed. CEDAM, Padova 2010, 218.

⁵²⁹ F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, M. GUYOMAR - B. SEILLER, *Contentieux administratif*, ed. Dalloz, Hypercours, 2010; N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept et droit administratif français du XIX au XX siècle*, ed. Dalloz, Paris 2003, 633 ss.

sentenza amministrativa, la parte vittoriosa ha a disposizione l'unico strumento delle *astreintes*.

Nel complesso, il codice del processo amministrativo italiano sembrerebbe offrire un grado di tutele esecutive superiore rispetto all'ordinamento francese.

Per quanto attiene infine le **tutele cautelari**, la soggettivizzazione del giudizio francese si evince chiaramente dalla recente disciplina delle procedure cautelari dei *référé*⁵³⁰.

Con la legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000 si introduce un pacchetto di strumenti cautelari volti a dare una tutela sommaria e immediata alle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nel giudizio, al fine di evitare che la durata del giudizio possa rendere inutile per il ricorrente la decisione finale del giudice.

Brevemente e soffermandosi sugli strumenti cautelari maggiormente significativi si evidenzia quanto segue.

Con il *référé-suspension* il giudice dispone con ordinanza sommaria la sospensione dell'esecuzione dell'acte administratif, con effetti interinali fino al momento in cui è pronunciata la sentenza che definisce il recours principale.

Il *référé-liberté*, invece, è un procedimento d'urgenza a cognizione sommaria a tutela delle libertà fondamentali e del diritto di proprietà, con contenuti anche anticipatori della sentenza di merito.

Ovviamente, tale strumento presuppone che il periculum di una lesione grave ed irreparabile ai suddetti diritti sia conseguenza di un atto esercizio di una pubblica potestà e non di una voie de fait, ossia di un comportamento neanche mediatamente riconducibile all'esercizio del potere. In questo caso, la controversia è, come si vedrà, pacificamente devoluta al juge judiciaire⁵³¹.

In maniera non dissimile, in Italia il titolo II del libro II del codice del processo amministrativo consente al ricorrente di ottenere provvedimenti cautelari sospensivi, anticipatori e finanche atipici, al fine di offrire una tutela effettiva e piena alle situazioni giuridiche dedotte in giudizio.

⁵³⁰ W. GASPARRI, *Tutele differenziate e riti speciali nel contentieux administratif*, 140, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze University Press 2009.

⁵³¹ *Tribunal des conflits*, 19 novembre 2001, *Mlle Mohamed*.

Riassumendo, dalla panoramica delle tutele di cognizione, esecutive e cautelari offerte dal giudice amministrativo francese emerge chiaramente come il giudizio si sia in parte spostato dall'atto al rapporto, dall'osservanza del diritto oggettivo, all'utilità concreta del ricorrente.

La soggettivizzazione della giurisdizione amministrativa francese la avvicina ai tribunali ordinari, in un ottica di unitarietà funzionale della tutela giurisdizionale.

Anche il giudice amministrativo, come quello civile, è idoneo a fornire una protezione piena degli interessi dedotti in giudizio. Seppur unica sia dunque la funzione, il dualismo giurisdizionale continua a giustificarsi in un ottica di maggiore specializzazione del giudice amministrativo nel dirimere le controversie aventi ad oggetto episodi di esercizio del pubblico potere.

5. Conclusioni in chiave comparatistica sul riparto di giurisdizione e l'effettività della tutela nelle controversie di diritto pubblico in Francia.

Come in Italia, anche in Francia il dualismo tra giurisdizione ordinaria e amministrativa si fonda innanzitutto su di una ragione politica⁵³². La specialità della giurisdizione amministrativa si giustifica alla luce della specialità dello statuto di diritto amministrativo attraverso cui l'Amministrazione agisce in veste di Autorità, esercitando poteri esorbitanti rispetto alle regole di diritto comune al fine di perseguire l'interesse generale. I pubblici poteri sono regolati da un diritto proprio e soggetti ad una giurisdizione propria.

In Italia, la giurisdizione amministrativa esplica la funzione di tutela degli interessi soggettivi lesi dai pubblici poteri. Di qui, i giudici ordinari ed amministrativi perseguono lo stesso obiettivo unitario, quello di dare protezione ad interessi meritevoli di tutela qualora subiscano una ingiustificata lesione. In Francia, il criterio di riparto della giurisdizione fondato sui *blocs de compétences*, stabiliti dal legislatore o individuati dalla giurisprudenza, sembrerebbe evidenziare questa tendenziale soggettivizzazione della giurisdizione amministrativa francese. Il giudice amministrativo nel conoscere le controversie su i *contrat administratif*, sul diritto al risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo, sul pregiudizio al diritto alla

⁵³² NIGRO, *op. cit.*

salute, all'immigrazione ed all'asilo da parte dei pubblici poteri, pare avvicinarsi al giudice ordinario⁵³³.

La giurisdizione amministrativa potrebbe, in altre parole, definirsi giurisdizione “ordinaria” e “specializzata” nella valutazione dell'esercizio della *puissance publique*. Sembra superarsi il dogma della regola per cui il giudice ordinario sia il giudice naturale dei diritti fondamentali, alla luce della necessità di affidare le controversie in cui si faccia questione anche del pubblico potere ad un giudice maggiormente esperto nel fornire tutela agli interessi lesi. Di qui, la giurisdizione amministrativa esiste per una ragione tecnica oltre che politica: in quanto organo maggiormente specializzato, rispetto al giudice ordinario, nella protezione di diritti lesi dall'illegittimo esercizio dei pubblici poteri.

Le ipotesi di *contentieux objectif de pleine juridiction*, la tutela cautelare offerta dalla disciplina dei *référés*, sono tutti sintomi di una subiettivizzazione della giurisdizione amministrativa francese: nelle materie rimesse alla giurisdizione amministrativa in ragione del criterio dei blocs de compétences, il giudice agisce con pienezza di poteri al fine di dare adeguata protezione (interinale o di merito) alle situazioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio se pregiudicate dai pubblici poteri.

Differentemente dalla Francia, in Italia, il riparto della giurisdizione nelle controversie di diritto pubblico si fonda sulla natura della situazione giuridica controversa: se di interesse legittimo o di diritto. Ma, analogamente alla Francia, in Italia la tutela delle situazioni giuridiche soggettive lese dai pubblici poteri risulta ad ogni modo piena, effettiva: i contratti di appalto e di concessione di lavori, servizi e forniture rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, I co. lett. e) c.p.a.); il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo è devoluto alla giurisdizione amministrativa generale di legittimità (art. 30 c.p.a.); la tutela del diritto all'asilo, all'immigrazione, alla salute è rimessa al giudice ordinario, con possibilità di adottare ogni provvedimento utile alla tutela del diritto leso dal pubblico potere, anche oltre i limiti della L.A.C. (o per espressa previsione di legge, vd. d.lgs. n. 150 del 2011 per la protezione dello straniero o in base a consolidati orientamenti giurisprudenziali in materia di tutela della salute (anche se, come visto,

⁵³³ CHAPUS, *op. cit.*

alquanto perplessi in assenza di una espressa previsione di legge che consenta di superare i limiti della L.A.C.).

Insomma, l'esperienza giuridica italiana e quella francese, seppur percorrendo strade diverse, sembrerebbero convergere verso una nozione unitaria e subiettiva della giurisdizione, tanto ordinaria che amministrativa dal punto di vista della pienezza della tutela.

L'ordinamento giuridico italiano dovrebbe allora guardare con interesse ad alcune peculiarità ordinamentali francesi, utili a definire con maggior nettezza il l'unitarietà funzionale della giurisdizione nel suo complesso.

La giustizia amministrativa francese vanta tre gradi di giudizio (due gradi di merito ed un terzo di legittimità) sia per le controversie di diritto pubblico che per quelle di diritto comune. Il Conseil d'État decide in ultimo grado valutando la sola legittimità dei provvedimenti giurisdizionali impugnati, con funzione nomofilattica, nel medesimo modo in cui giudica la Cassazione civile. In Italia, il Consiglio di Stato è invece giudice di appello (artt. 91 e ss. c.p.a.). Il ricorso in Cassazione avverso i provvedimenti del giudice amministrativo è ammesso per i soli motivi di giurisdizione (art. 111 co. 8 Cost.).

In Francia, le questioni di giurisdizione sono invece risolte in ultimo grado dal *Tribunal des conflits*, composto da membri appartenenti in egual numero al *Conseil d'État* ed alla Cassazione civile. In Italia, invece, il Supremo Consesso delle magistrature ordinarie, la Cassazione a Sezione Unite, è il giudice ultimo sul riparto di giurisdizione nelle controversie di diritto pubblico.

D'altro canto, dalla disamina effettuata è altresì emerso come la giurisdizione amministrativa francese, a differenza dell'Italia, denoti ancora alcuni caratteri marcatamente oggettivi.

Il *recours pour excès de pouvoir* introduce dinanzi al G.A. il cd. *contentieux objectif* a protezione del solo interesse generale. La legittimazione ad agire per ottenere l'annullamento del provvedimento amministrativo è infatti amplissima e slegata dalla prova della lesione di una situazione giuridica soggettiva. Il giudizio amministrativo francese conosce la figura del *Rapporteur public* con funzioni simili a

quelle del Pubblico Ministero nel nostro giudizio di cassazione agendo nell'esclusivo interesse obiettivo dell'ordinamento⁵³⁴.

Insomma, il carattere di diritto obiettivo della giurisdizione amministrativa francese risulta ancora spiccato e risente della forza del dogma della separazione dei poteri dello Stato che proprio in quel Paese è nato.

L'Italia sembra aver quindi seguito un cammino più deciso nel delineare una giurisdizione amministrativa di natura subiettiva.

La legittimazione ad agire dinanzi al giudice amministrativo italiano è legata alla titolarità di una situazione giuridica soggettiva che si assume esser stata lesa da un episodio di esercizio del potere. Il controllo diffuso della legalità degli atti amministrativi non è contemplata dall'ordinamento italiano se non in ipotesi eccezionali di legittimazione *ex lege* (si pensi all'azione popolare ex art. 70 del d.lgs. n. 267 del 2000 in caso di incandidabilità del Sindaco o alla recente legittimazione ad agire dell'Antitrust avverso provvedimenti amministrativi adottati da altre Amministrazioni e lesivi della concorrenza ai sensi dell'articolo 21 bis della lg. n. 287 del 1990)⁵³⁵.

Rispetto alla Francia, l'ordinamento italiano offre strumenti di tutela (di cognizione ed esecutiva) idonei a dare una tutela maggiore alle situazioni giuridiche soggettive lese dal pubblico potere.

Nel caso del cd. esaurimento della discrezionalità in capo alla P.A. (attività vincolata o istruttoria completata) ai sensi del combinato disposto degli artt. 31 co. 3 e 34 I co. lett. c) del c.p.a., con l'azione avverso il silenzio, il ricorrente può ottenere dal giudice una pronuncia sulla fondatezza dell'istanza e la condanna di adempimento pubblicistico. Differentemente, in Francia ciò è possibile solo in sede di esecuzione del giudicato, qualora la sentenza ottemperanda abbia annullato un provvedimento rispetto al quale l'Amministrazione non abbia più margini di discrezionalità (cd. di *compétence liée*), e con l'*injonction* il giudice amministrativo può individuare il

⁵³⁴ CHAPUS, *op. cit.*

⁵³⁵ V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*

contenuto del provvedimento da adottare o il comportamento materiale dovuto dall'amministrazione⁵³⁶.

Sempre in relazione al giudizio di ottemperanza, l'esperienza italiana si dimostra superiore a quella francese nel garantire una tutela subiettiva alla lesione dell'interesse dedotto in giudizio dal ricorrente e pregiudicato dai pubblici poteri.

In Francia non sussiste infatti un meccanismo analogo a quello previsto dall'articolo 114, I co. lett. a) e d), c.p.a., secondo cui il giudice amministrativo può sostituirsi all'Amministrazione nell'adozione del provvedimento in ottemperanza al giudicato, direttamente o indirettamente, nominando un commissario ad acta. 303. In caso di inottemperanza alla sentenza amministrativa, la parte vittoriosa ha a disposizione l'unico strumento delle *astreintes*.

E il sistema giurisdizionale amministrativo francese solleva perplessità nei casi in cui esclude la configurabilità di meccanismi che consentirebbero di offrire una maggiore concentrazione ed effettività delle tutele.

Seguendo le regole del riparto di giurisdizione nella materia delle espropriazioni ed, in particolare, nelle ipotesi di *emprise irrégulière*, (es. occupazione d'urgenza in caso di assenza della dichiarazione di pubblica utilità o di sua inefficacia), mentre il giudice amministrativo conosce dell'invalidità della procedura espropriativa, il giudice ordinario ha il potere di esprimersi sulle sole domande di risarcimento dei danni subiti dal proprietario, non potendo in alcun modo interferire con l'attività pubblicistica (attraverso pronunce che condannino ad un *facere* specifico la P.A.) in virtù del principio di separazione dei poteri.

Differentemente, in Italia, nella materia degli espropri, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (articolo 133 I co. lett. g) del d.lgs. n. 104 del 2010) concentra gli strumenti caducatori e risarcitori dinanzi ad un unico plesso giurisdizionale ed evita che il soggetto leso debba adire prima il G.A. per l'annullamento del provvedimento e poi il G.O. per ottenere il risarcimento del danno. La giurisdizione amministrativa esclusiva non si configura solo qualora non si faccia questione del corretto esercizio del potere, ossia laddove il bene privato sia stato

⁵³⁶ S.R. MASERA, *Contenuto della sentenza amministrativa e sua esecuzione in Spagna, Francia e Germania*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, ed. CEDAM, Padova 2010, 218.

occupato dall'Amministrazione in conseguenza di comportamenti lesivi del diritto di proprietà, neanche mediatamente riconducibili all'esercizio di una pubblica potestà (C. cost. n. 204 del 2004 ha così stabilito secondo principi analoghi a quelli che sorreggono la tesi delle *voie de fait*).

In conclusione, pur in presenza di alcune convergenze, l'ordinamento giuridico italiano sembra aver raggiunto un grado di maturità superiore rispetto a quello francese verso una giurisdizione amministrativa "specializzata" e "piena" nella tutela delle situazioni giuridiche soggettive nei confronti dei pubblici poteri.

Superando la tradizione, si potrebbe dire che l'Italia ad oggi assomigli più alla Germania che alla Francia, nei termini che si evidenzieranno di seguito.

CAPITOLO V

EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA E RIPARTO DI GIURISDIZIONE NELLE CONTROVERSIE DI DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA. RIFLESSIONI IN CHIAVE COMPARATISTICA.

1. Brevissime premesse storiche sulla formazione della Giustizia amministrativa in Germania.

Nel 1871 nasceva l'Impero tedesco, che racchiudeva in se ben ventisei Paesi federati (Lander). Ognuno di essi ha una storia peculiare in relazione al sistema di tutela giurisdizionale. Cercare di fornire un quadro esaustivo dell'evoluzione della giurisdizione amministrativa in Germania è dunque un'attività ardua e, d'altro canto, non necessaria alla nostra disamina. Si possono tuttavia dare delle brevi indicazioni di massima a riguardo⁵³⁷.

Fino alla metà del XIX secolo, la gran parte dei Lander devolveva le controversie di diritto pubblico ad un sistema a contenzioso amministrativo, gestito da organi interni alla stessa Amministrazione (c.d. *Administrativjustiz*). Con l'avvento della costituzione di Francoforte (*Paulskircheverfassung*) nel 1849, la tutela dei diritti nei confronti del pubblico potere transitava nella giurisdizione ordinaria dell'Impero tedesco, sospinta dai moti liberali.

In particolare, l'approvazione della Carta costituzionale comportava il fiorire di notevoli sudi liberali⁵³⁸, secondo cui la tutela dei diritti nei confronti dell'Amministrazione che agisce in veste di Autorità andava rimessa nelle mani di organi indipendenti dall'esecutivo, in grado di svolgere compiutamente una funzione di giurisdizione subiettiva, volta alla soddisfazione degli interessi meritevoli di tutela

⁵³⁷ Sulla storia della Germania si segnalano: Heinrich August Winkler, Grande storia della Germania: un lungo cammino verso Occidente, Vol. I, Dalla fine del sacro Romano Impero al crollo della Repubblica di Weimar; traduzione di Valentina Daniele. Roma: Donzelli, 2004, William Carr, A history of Germany, 1815-1990, IV edizione, London etc. : E. Arnold, 1991

⁵³⁸ SI vd.no in particolare, O. BÄHR, Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze, Kassel 1864, rist. Aalen, 1961, trad. it. a cura di O. Olivieri, in Biblioteca di scienze politiche, diretta da A. Bruniati, vol. VII, Torino 1891; O. VON SARWEY, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880.

vantati in giudizio dall'attore. L'orientamento soggettivo della tutela giurisdizionale attecchì nei Lander del sud (cd. *süddeutsche Typus*).

D'altro canto, in Prussia e nei Lander del nord, si affermava il diverso pensiero di Rudolf Von Gneist⁵³⁹, giurista tedesco secondo cui le norme di diritto pubblico, nel disciplinare l'attività della Pubblica Amministrazione non pongono diritti in capo all'amministrato ma vincolano i pubblici poteri affinché vengano esercitati in modo imparziale e equo al fine di garantire l'interesse generale (*preußische Typus* o anche di *norddeutsche Typus*). Di qui, attecchiva una concezione obiettiva della giurisdizione amministrativa, che si estrinsecava nel mero controllo dell'attività dell'Amministrazione. Il cittadino, non avrebbe diritti soggettivi nei confronti della pubblica autorità; l'azione giurisdizionale ha il solo scopo di ripristinare la legalità amministrativa violata.

La tesi del Gneist si affermava in gran parte dell'Impero tedesco sino alla prima guerra mondiale. Con essa, la fine dell'Impero e la nascita della Repubblica di Weimar segnavano l'affermazione della configurabilità di rapporti soggettivi tanto interpretativistici quanto tra privato e P.A. Si affermava la natura soggettiva della giurisdizione. La Costituzione di Weimar del 1919 prevedeva (e prevede ancora, come si vedrà) la creazione di Tribunali amministrativi per ogni Lander, indipendenti dall'Amministrazione⁵⁴⁰.

Con l'affermazione del nazional-socialismo, tuttavia, la giustizia amministrativa di stampo Weimariano venne meno e fu trasferita alle autorità amministrative controllate dal partito unico.

Finita la seconda guerra mondiale, la giurisdizione amministrativa riprendeva vigore, soprattutto nella Germania dell'Ovest, grazie al lavoro svolto da illuminati giuristi (come lo Jellinek⁵⁴¹), sino a giungere al modello adottato nei giorni nostri che riprende e migliora i principi della Costituzione di Weimar (la cui efficacia – si badi – non fu sospesa neanche nel periodo Nazista) nei termini di seguito indicati.

⁵³⁹ R. VON GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 2^a ed, Berlin 1879, trad. it. a cura di I. Artom, *Lo stato secondo il diritto ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, Bologna 1884.

⁵⁴⁰ F. PIERANDREI, *I diritti subiettivi pubblici nella evoluzione della dottrina germanica*, Torino 1940,

⁵⁴¹ JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1919

2. L'organizzazione della giurisdizione tedesca. Estrema sintesi

La giurisdizione tedesca presenta un carattere unitario nel suo complesso. L'articolo 92 della legge fondamentale della Repubblica federale (*grundgesetz*, da ora: GG) articola la giurisdizione in cinque rami (*zweig*), perfettamente equiparati tra loro (*gleichwertigkeit*), a ciascuno dei quali corrisponde un autonomo canale di tutela (*rechtsweg*): ordinario, amministrativo, finanziario del lavoro e sociale. Anche la Germania adotta un sistema dualistico, che affida la giurisdizione sulle controversie civile e penali ad un giudice ordinario mentre attribuisce le controversie di diritto pubblico ad un giudice diverso, amministrativo. Tuttavia, il dualismo giurisdizionale si cala in una cornice organizzativa marcatamente unitaria⁵⁴².

L'articolo 95 GG prevede a capo dell'intera giurisdizione un organo (il *gemeinsamer senat*) a composizione mista, i cui membri provengono da tutti e cinque i rami, avente funzione nomofilattica al fine di garantire un'interpretazione omogenea e

⁵⁴² Sulla giurisdizione tedesca si rinvia a: per l'Italia, G.F. FERRARI, *Giustizia amministrativa in diritto comparato*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VII, 1991, 577. D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione europea*, Trento 2000, 29. D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali nei diritti amministrativi europei*, cit., 27; P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, in *Dir. amm.*, n. 2/1996, 301 ss.; M.C. Romano, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrative nazionali*, Napoli 2013, p. 182. R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella Repubblica Federale di Germania*, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXV, ed. Cedam, Padova 1996. CARRÀ, *Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco*, cit., 44 ss., la cui puntuale ricostruzione del processo amministrativo tedesco si terrà spesso presente nella sintetica descrizione che segue; mentre per una lettura agevole e diretta della fonte normativa anche per chi non conosce il tedesco, si segnala G. FALCON - C. FRAENKEL (a cura di), *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO) – Versione italiana con testo a fronte*, Trento 2000.; sul versante tedesco, F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, München 2005. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2006; R. ZÖLLER, *Zivilprozessordnung*, 2009. K. REDEKER – H. J. VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Kohlhammer 1988. J. ROZEK, *Grundfälle zur verwaltungsgerichtlichen Fortsetzungsfeststellungsklage*, in *JUS*, 1995, 598. T. WÜRTENBERGER, *Verwaltungsprozeßrecht*, 1998. K. REDEKER – H. J. VON OERTZEN, *VwGO Kommentar*, 13 Aufl, Stuttgart-Berlin-Köln 2000. E. SCHMIDT-AßMANN – T. GROß, *Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrollrechte nach der Privat-grundschul-Entscheidung des BVerfG*, in *NVwZ*, 1983, 622 ss.; S. OETER, *Die Kontrollrechte hinsichtlich unbestimmter Begriffe und des Ermessen*, in J. A. FROWEIN (a cura di), *Die Kontrollrechte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, Berlin-Heidelberg 1993; recentemente, F. Schoch, *Gerichtliche Verwaltungskontrollen*, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, a cura di W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle, München, 2° ed., 2013, vol. III.

certa del diritto nonché competente a dirimere in ultima istanza i conflitti di giurisdizione⁵⁴³.

L'articolo 97 GG garantisce l'indipendenza di tutti i giudici appartenenti ai cinque rami della giurisdizione, disponendo che essi siano soggetti solo alla legge. La norma si riferisce anche ai giudici amministrativi. La forma di reclutamento e lo status giuridico è il medesimo per tutti componenti dei rami della magistratura tedesca ai sensi della legge federale sulla Magistratura (*deutsches richtergesetz*, da ora: DRIG). La giurisdizione tedesca rappresenta così uno dei tre poteri dello Stato, espressione della sovranità popolare, del tutto autonomo dall'esecutivo e dal legislativo.

Come corollario dei principi espressi dalla *grundgesetz*, l'articolo 1 della legge sul processo amministrativo (*verwaltungsgerichtordnung*, da ora: VWGO) prevede espressamente che la giurisdizione amministrativa sia esercitata dai Tribunali composti da giudici indipendenti dalla Pubblica Amministrazione.

La giurisdizione amministrativa tedesca si differenzia così da quella francese ed italiana: in questi ultimi, come noto, il supremo organo della giurisdizione amministrativa (il Consiglio di Stato per l'Italia ed il Conseil d'État per la Francia) è composto in parte da membri provenienti dal potere esecutivo e di nomina politica.

Ai sensi dell'art. 43 VWGO, la giurisdizione amministrativa tedesca si articola in tre gradi: il primo grado di giudizio è svolto dai Tribunali amministrativi (*verwaltungsgerichte*, da ora: VG) istituiti con legge dei Lander; in secondo grado decidono i tribunali amministrativi superiori (*oberverwaltungsgerichte*, da ora: OVG o, in alcuni Lander, i *verwaltungsgerichtshafe*, da ora: VGH), istituiti anch'essi con legge dei Lander; in ultima istanza il tribunale amministrativo federale (*bundesverwaltungsgerichte*, da ora: *bverwg*) LIPSIA giudica sul rispetto della legge federale da parte dei giudici di primo e secondo grado: si tratta di un giudizio di legittimità e non di merito. Quest'ultimo venne istituito con legge federale del 23 settembre 1952 in virtù dell'articolo 95 I co. GG che richiede espressamente la creazione ex lege di un Tribunale amministrativo di ultima istanza. La Germania,

⁵⁴³ SCHMIDT-EICHSTAEDT G., *Bundesgesetze und Gemeinden*, Stuttgart 1981; R. THIENEL, *Verfassungsrechtliche Probleme der derzeitigen Ausgestaltung der Unabhängige Verwaltungssenate*, in P. PERNTHALER (a cura di), *Unabhängige Verwaltungssenate und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung, vol. 56, Vienna 1993, 5 ss.

dunque, si differenzia dall'Italia, che come noto conosce solo due gradi della giustizia amministrativa, essendo rimessa alla corte di Cassazione la sola impugnativa delle sentenze del Consiglio di Stato per questioni di giurisdizioni (art. 111 VII Cost.) .

A parte alcune eccezioni, anche gli altri rami della giurisdizione tedesca presentano tre gradi di giudizio, con ciò evidenziandosi il carattere unitario della tutela giurisdizionale.

3. Effettività della tutela e riparto di giurisdizione nelle controversie di diritto pubblico in Germania.

L'articolo 19 IV co. della legge fondamentale della Repubblica federale tedesca (GG) sancisce il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico, stabilendo che chiunque sia stato leso nei suoi diritti dal pubblico potere, possa ricorrere all'autorità giudiziaria. La medesima norma prevede che qualora non sia stabilita una diversa competenza, il ricorso è proposto all'autorità giudiziaria ordinaria.

Pertanto, la grundgesetz non costituzionalizza il monopolio della giurisdizione amministrativa nelle controversie di diritto pubblico; quest'ultime sono rimesse in via sussidiaria alla giurisdizione ordinaria, qualora la legge non disponga diversamente.

Sul punto, il legislatore federale è intervenuto con l'articolo 40 della VWGO, prevedendo che *“la giurisdizione amministrativa sia data in tutte le controversie di diritto pubblico non costituzionale, salvo singole liti non vengano assegnate con legge federale ad altro tribunale”*.

Si tratta di una general klausen che sancisce la competenza del giudice amministrativo nella generalità delle controversie di diritto pubblico, salvo eccezioni⁵⁴⁴.

Se l'articolo 40 vwgo riserva alla giurisdizione amministrativa le controversie di diritto pubblico, specularmente l'articolo 13 del *gerichtsverfassungsgesetz* (da ora:

⁵⁴⁴ Le controversie di natura costituzionale sono rimesse ai Verfassungsrechtsweg (espressione omnicomprensiva con cui si indicano sia il tribunale costituzionale federale -bundesverfassungsgericht - sia le corti costituzionali dei Lander (Landesverfassungsgerichte). Le controversie di rilevanza costituzionale sono quelle tra organi costituzionali, tra Lander, tra Bund e Lander ed anche tra “soggetti che partecipano alla vita della Costituzione”, ossia partiti politici e gruppi parlamentari. Per approfondimenti, G.F. FERRARI, *op. cit.*,

GVG) attribuisce alla giurisdizione ordinaria tutte le liti di diritto civile e penale, salvo la legge federale non disponga diversamente.

Per comprendere la distinzione tra controversie di diritto pubblico e controversie di diritto privato è utile prendere le mosse dalla categoria generale del diritto soggettivo (*subjective recht*), la quale contiene al suo interno le *species* del diritto soggettivo pubblico (*subjective öffentliche recht*) e del diritto soggettivo privato (*subjective private recht*). Nel suo complesso la giurisdizione tedesca è unitariamente tesa a salvaguardare situazioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela. In altre parole, la natura unitaria della giurisdizione si evince dal suo carattere subiettivo. Unica è la categoria generale di diritto soggettivo meritevole di tutela, al cui interno si snodano le due *species* di diritto soggettivo pubblico e privato, a cui corrispondono i due rami della giurisdizione, amministrativa e ordinaria⁵⁴⁵.

Resta allora da individuare la sostanza giuridica di un diritto soggettivo pubblico.

Secondo l'orientamento prevalente, per diritto soggettivo pubblico si intende il potere giuridico attribuito ad un soggetto, pubblico o privato, da una norma di diritto pubblico, che lo legittima a pretendere un determinato fare, non fare o sopportare da parte della Pubblica Amministrazione.

Per la nota tesi dello Jellinek, si tratta di norme che attribuiscono al privato la pretesa di ottenere dallo Stato un comportamento positivo o negativo, nell'interesse non solo pubblico ma anche individuale. Più specificatamente, secondo la *schutznormtheorie*, la titolarità di un diritto soggettivo pubblico discende direttamente dall'interpretazione della norma giuridica, la quale deve essere posta a tutela non solo del pubblico interesse, ma anche di quello individuale⁵⁴⁶.

Si tenga presente che titolare di un diritto soggettivo pubblico può essere non soltanto un cittadino nei confronti di una pubblica amministrazione, ma anche una pubblica amministrazione nei confronti di un cittadino ed anche un soggetto pubblico

⁵⁴⁵ Per la comprensione della nozione di «diritto soggettivo pubblico» rimane ancora oggi fondamentale il già citato saggio di W. HENKE, *Das subjektive öffentliche Recht*, Tübingen 1968

⁵⁴⁶ JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1919; M.C. Romano, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, Napoli 2013; anche HUFEN, op. cit., 156 ss.; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2006, 47 ss.

nei confronti di un altro soggetto pubblico. In tutte queste fattispecie, l'eventuale controversia che dovesse insorgere è di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo.

L'obiettivo della giurisdizione amministrativa è dunque tutelare il diritto soggettivo pubblico qualora sia stato leso l'interesse individuale ad esso sotteso. Si tratta di una giurisdizione marcatamente soggettiva⁵⁴⁷.

Entrambe le giurisdizione ordinaria e amministrativa mirano a tutelare il soggetto di un rapporto giuridico. E questa comune finalità, da un lato, spiega perché la disciplina sul processo amministrativo ha potuto largamente ispirarsi al modello del processo civile (*Zivilprozeßordnung – ZPO*), a cui vi rinvia salvo norme incompatibili, attraverso una disposizione di carattere generale e residuale (§ 173 VwGO), simile al nostro articolo 32 del d.lgs. n 104 del 2010.

In virtù del carattere subiettivo del giudizio amministrativo, ai sensi del combinato disposto degli articoli 113 I e V co. e 42 II co. del VwGO, legittimato ad agire dinanzi al giudice amministrativo è colui il quale sia stato leso nel proprio diritto soggettivo pubblico da un provvedimento antiggiuridico dell'Autorità pubblica. Il controllo della legittimità dell'azione dei pubblici poteri è dunque *funzionale* alla soddisfazione dell'interesse individuale di chi agisce in giudizio⁵⁴⁸.

Di qui, brevemente, il VwGO mette a disposizione dell'attore tutti gli strumenti idonei a garantire una tutela piena della propria pretesa. In via interinale e provvisoria, l'articolo 80 VwGO prevede la sospensione automatica degli effetti del provvedimento impugnato (mentre in Italia è necessario proporre apposita domanda cautelare).

⁵⁴⁷ Con l'entrata in vigore della Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca (GG) e del codice del processo amministrativo (VwGO) si supera definitivamente il cosiddetto modello prussiano di giustizia amministrativa teorizzato dal pensiero di *Rudolf Von Gneist*. Secondo il pensiero prussiano, il controllo giustiziale dell'operato della Pubblica Amministrazione aveva ragioni esclusivamente oggettive ed era volto a ripristinare la legalità violata e non a garantire la soddisfazione dell'interesse individuale attoreo. Le controversie rimesse alla giustizia amministrativa e sottratte al giudice ordinario erano solo quelle espressamente elencate dalla legge, secondo il cd. *Prinzip der Enumeration*. Peraltro, gli organi di Giustizia amministrativa erano composti da funzionari della stessa Amministrazione (i *beamte Richter*).

⁵⁴⁸ Scoch/Schneider/Bier, *Verwaltungsgericht-ordnung Kommentar* 2012; M.C. Romano, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrative nazionali*, Napoli 2013;

Nel merito, la parte lesa può esperire una molteplicità di azioni previste dal VwGO: in particolare, l'azione di annullamento (*anfechtungsklage*), l'azione di adempimento pubblicistica (*verpflichtungsklage*), l'azione volta ad ottenere prestazioni di natura non provvedimentale ma materiale (*leistungsklage*) e l'azione di accertamento (*feststellungsklage*). Peraltro, il novero delle azioni previste dal codice del processo amministrativo tedesco non è tassativo. Per il principio dell'atipicità delle azioni, ogni strumento idoneo a dare tutela all'interesse dedotto in giudizio è ammesso anche se non espressamente previsto⁵⁴⁹.

Nell'ipotesi (assai rara) in cui l'Amministrazione non si adegui al giudicato amministrativo, l'articolo 172 VwGO consente alla parte vittoriosa di adire il giudice per ottenere la condanna dell'Autorità inadempiente ad un ammenda (il cui valore massimo non può superare i 10.000,00 euro), reiterabile in caso di persistente inottemperanza. Il diritto processuale amministrativo tedesco non conosce la possibilità per il giudice amministrativo di sostituirsi all'Amministrazione inottemperante⁵⁵⁰.

Insomma, il giudizio amministrativo tedesco nel suo complesso (e ad eccezione della tutela esecutiva) assicura una protezione piena ed effettiva ai diritti soggettivi pubblici vantati dall'attore, contro ingiustificate lesioni.

Anche il giudice ordinario vanta poteri cognitori in alcune specifiche controversie di diritto pubblico. Vi sono norme che derogando al principio generale di cui alla *general klausel* (dell'articolo 40 VwGO), introducono ulteriori criteri di riparto.

In particolare, l'articolo 14, III co. GG riserva alla cognizione del giudice ordinario le liti sull'ammontare dell'indennizzo da espropriazione.

⁵⁴⁹ CARRÀ M., *Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco*, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali nei diritti amministrativi europei*, Firenze University Press 2009, 25-92. M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. Amm. Proc.*, n. 1/1985, 66-91, e più recentemente C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa. Germania – Austria – Italia*, Trento 2004. A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, ed. Giappichelli, Torino 2012, 103 e 104.

⁵⁵⁰ Differentemente, in Italia il giudice dell'ottemperanza può sostituirsi all'Amministrazione nell'adottare tutte le azioni (anche provvedimentali) richieste per dare esecuzione al giudicato (art. 112 e ss. del d. lgs. n. 104 del 2010). Nella tutela esecutiva, l'ordinamento giuridico italiano sembrerebbe assicurare rimedi maggiormente effettivi nel dare piena soddisfazione delle pretese del ricorrente.

Ancora, l'articolo 34 GG rimette alla giurisdizione ordinaria le controversie sulla responsabilità per i danni determinati da funzionari della Pubblica Amministrazione in violazione dei doveri d'ufficio. Si crea un sistema cd. a doppio binario, per cui, da un lato, la legittimità o meno dell'azione dei pubblici poteri deve farsi valere dinanzi al giudice amministrativo, e dall'altro, il ristoro dei pregiudizi subiti in conseguenza dell'illecito si ottiene agendo davanti al giudice ordinario. Si ha una situazione simile a quanto accadeva in Italia con la cd. pregiudizialità amministrativa, prima che venisse affermata in via definitiva l'autonoma esperibilità dinanzi al giudice amministrativo dell'azione risarcitoria per i danni derivanti da attività provvedimento illegittima (art. 30 del d.lgs. n. 104 del 2010).

Come è stato sottolineato, la giurisdizione ordinaria tedesca negli ultimi anni ha sottratto alla giurisdizione amministrativa ulteriori spazi di cognizione nell'ambito di quelle controversie nelle quali risulta assai difficile individuare se la fattispecie sia regolata da norme di diritto pubblico o da norme di diritto privato.

In particolar modo, spesso la Pubblica Amministrazione si avvale di strumenti privatistici (negozi) per la cura di interessi generali⁵⁵¹.

Sul punto si è sviluppata la tesi della *Zweistufentheorie*, ovvero la teoria dei *due livelli*, la quale distingue il “*momento genetico*” del rapporto, regolato da norme di diritto pubblico e soggetto alla giurisdizione amministrativa, dal momento “*attuativo*”, il quale si snoda attraverso atti (di natura negoziale) regolati da norme privatistiche, con la conseguenza che le relative controversie sono soggette alla giurisdizione ordinaria⁵⁵².

Nella dottrina e giurisprudenza tedesca è assai radicata la concezione dello Stato come soggetto di diritto privato quando possiede e contratta: lo Stato inteso come *Fiskus*, titolare, come un soggetto privato, di situazioni giuridiche di diritto privato, in contrapposizione alla nozione giuspubblicistica dello Stato come

⁵⁵¹ V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011 (in particolare, CAP VIII, *La tutela giurisdizionale*, pagg. 205 e ss.);

⁵⁵² R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella Repubblica Federale di Germania*, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXV, ed. Cedam, Padova 1996, 270-271 MASSERA A., *L'attività contrattuale*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, 175-265.

Herrschaft, titolare di poteri pubblici⁵⁵³. Persino il sopraggiungere di motivi d'interesse pubblico, che può causare revisioni e ripensamenti, dev'essere valutato alla stregua dei normali canoni civilistici secondo i quali il consenso viene dato *rebus sic stantibus*, sicché eventuali straordinarie sopravvenienze di interesse generale possono determinare la risoluzione del contratto alle condizioni stabilite dal *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*.

Nei contratti di appalti pubblici (*öffentliche Aufträge*) valgono infatti le regole del diritto privato e le relative controversie involgenti la validità, l'interpretazione e l'adempimento sono da sempre devolute al giudice civile.

Anche dopo l'avvento del diritto dell'Unione Europea, che, come noto, impone il rispetto di regole pubblicistiche nell'affidamento di pubbliche commesse al fine di garantire la concorrenza nel mercato comune, le controversie sull'aggiudicazione degli appalti pubblici (sia sopra che sottosoglia UE) è rimasta ascritta al giudice ordinario. Tuttavia, i giudizi seguono una disciplina processuale peculiare, derogatoria ed ispirata in larga misura al codice del processo amministrativo (VwGO).

Notevoli dunque appaiono le differenze con il sistema italiano, laddove ai sensi dell'articolo 133, I co. lett e) del d.lgs. n. 104 del 2010, le controversie "*relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative*".

D'altro canto, nella materia negoziale la dottrina tedesca conosce la categoria dei contratti di diritto pubblico (*öffentlich-rechtliche Verträge*). Tali negozi hanno ad oggetto attività e prestazioni strettamente connesse con il pubblico interesse e sottoposte ad una regolamentazione di diritto pubblico, fortemente derogatoria rispetto alle regole civilistiche, secondo quanto disposto dalla legge sul procedimento amministrativo (§§ 54 e ss. della *Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*)⁵⁵⁴. Le

⁵⁵³ R. BIFULCO, *op.cit.*

⁵⁵⁴ Tali accordi possono essere stipulati tra pubbliche amministrazioni, tra pubblica amministrazione e soggetti privati e tra soggetti privati ove almeno uno di essi sia incaricato di un

relative controversie sono quindi rimesse alla giurisdizione amministrativa. Si ha in questo caso una situazione assai simile alla figura italiana dei cd. accordi di diritto pubblico, di cui all'articolo 15 della lg. N. 241 del 1990, le cui controversie sono di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133 I co. lett a) n. 2 c.p.a.).

Ancora, la giurisdizione ordinaria tedesca ha guadagnato ampi spazi negli ambiti solitamente di competenza del giudice amministrativo in seguito alla privatizzazione di alcuni servizi pubblici la cui gestione è transitata in mano a enti formalmente privati, ma sostanzialmente partecipati da capitali sia pubblici che privati. In questi casi, le controversie inerenti alla gestione del servizio sono di competenza del giudice ordinario, salvo non si tratti di atti espressione di poteri pubblici attribuiti *ex lege*.

In definitiva, se in Italia si registra la crescita delle competenze del giudice amministrativo, che vanno a coprire anche controversie di diritto comune (vd. la materia del risarcimento dei danni derivanti dall'illegittimo esercizio del pubblico potere o della contrattualistica pubblica), d'altro canto, in Germania il giudice ordinario sta guadagnando sempre più spazi nella cognizione delle controversie di diritto pubblico.

Rispetto a tale quadro, tuttavia, non si registra in Germania (ed a differenza dell'Italia) un acuirsi delle questioni di giurisdizione tra i due plessi giurisdizionali, ordinario ed amministrativo.

Ciò dipende in gran parte dalla sussistenza nella disciplina processuale tedesca di una regola ispirata al principio cd. di *prevenzione*, la quale si è dimostrata efficacissima nell'escludere (quasi del tutto) i conflitti di giurisdizione⁵⁵⁵.

In particolare, l'articolo 17 del GVG prevede che se il giudice adito si ritenga privo di potestà giurisdizionale (d'ufficio o su domanda di parte), lo stesso debba emettere in contraddittorio con le parti un'ordinanza motivata nella quale indica il giudice che pensa competente.

compito rilevante per il diritto pubblico. e dai principi di diritto pubblico, fatta eccezione per i casi di nullità dell'accordo ai quali si applica il codice civile, e il giudice di tutela è, anche per le questioni risarcitorie, il giudice amministrativo.

⁵⁵⁵ P. GUMMER nel suo commento al § 17a GVG, in R. ZÖLLER, *Zivilprozessordnung*, 2009, 2564 ss.

L'ordinanza del giudice di prime cure, se non impugnata, diviene definitiva e vincola il giudice *ad quem*, il quale deve decidere le controversie, non potendo né rimandare la causa ad altro giudice né sollevare conflitto di giurisdizione davanti ad un organo giurisdizionale superiore (secondo il meccanismo della *bindende Wirkung*).

Diversamente in Italia, ai sensi dell'art. 59, comma 3, della legge 18 giugno 2009, n. 69, se il giudice *ad quem* presso il quale la causa è stata riassunta ritenga a sua volta di essere privo di giurisdizione, egli può, fino alla prima udienza per la trattazione del merito, sollevare d'ufficio un conflitto di giurisdizione, sul quale si pronunceranno le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sempre che queste non si siano già pronunciate in precedenza sulla questione di giurisdizione. Stessa norma stabilisce l'art. 11, comma 3, cod. proc. amm. per il caso in cui il giudice *ad quem* sia il giudice amministrativo.

Differentemente dall'ordinamento italiano, allora, il meccanismo processuale tedesco della *bindende Wirkung* evidenzia una concezione unitaria della giurisdizione, con una spiccata equivalenza tra i vari rami che la compongono. Accade spesso, infatti, che un giudice civile decida controversie di diritto pubblico o, viceversa, che un giudice amministrativo decida controversie di diritto civile. E l'ordinamento tollera questa eventualità alla luce della natura unitaria della funzione giurisdizionale, comunque deputata alla tutela del diritto, categoria generale poi declinabile, come visto, nelle situazioni giuridiche di diritto pubblico o privato⁵⁵⁶.

Questa comunicabilità tra le diverse giurisdizioni è indice del concepire il riparto tra le stesse più come un "riparto della giurisdizione", e cioè come un "riparto di competenze", che come "un riparto delle giurisdizioni". E dunque del configurare il rapporto tra gli uffici giudiziari dei diversi ordini giurisdizionali più in termini di "specializzazione" di competenze, che del binomio "ordinarietà-specialità" delle giurisdizioni⁵⁵⁷.

Peraltro, nelle rarissime ipotesi in cui le questioni di giurisdizioni siano sollevate al di fuori del giudizio di primo grado, il conflitto viene rimesso e deciso in ultima istanza dal Senato comune, il *Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe*

⁵⁵⁶ P. GUMMER *op. cit.*

⁵⁵⁷ PAJNO, Il riparto della giurisdizione, cit., 4197 e, più recentemente, A. SANDULLI, La giustizia, in S. CASSESE (a cura di), Istituzioni di diritto amministrativo, ed. Giuffrè, Milano 2012, 564.

des Bundes (GmS-OGB), composto dai presidenti dei cinque tribunali supremi e da quattro magistrati che, di volta in volta, rappresentano le due giurisdizioni in conflitto ai sensi dell'art. 95, comma 3, della *Grundgesetz (GG)*, e della legge ordinaria di cui al *Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (RsprEinhG)* del 19 agosto 1968.

Situazione diversa dall'Italia, dove ai sensi dell'articolo 111 co. VIII Cost., il giudice preposto a decidere in ultimo grado sulle questioni di giurisdizione è la Corte di Cassazione, organo supremo della giurisdizione civile.

4. Considerazioni conclusive in chiave comparatistica.

Così enucleati alcuni aspetti salienti del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico nell'esperienza tedesca, possono svolgersi alcune considerazioni conclusive comparandolo con il sistema italiano di giurisdizione amministrativa.

Secondo gli artt. 103, co. 1 e 113, co. 1 della Costituzione, la tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche Amministrazioni è ripartita tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa, a seconda che si faccia questione della lesione di diritti soggettivi o di interessi legittimi; ciò salvo le ipotesi di giurisdizione esclusiva espressamente previste da Legislatore, dove anche la tutela dei diritti soggettivi è di competenza del giudice amministrativo, purchè sussista un legame con l'esercizio di un potere amministrativo (Corte cost., n. 204/2004 cit.). L'art. 7 del decreto legislativo n. 104 del 2010 conferma questa impostazione, prevedendo che il giudice amministrativo conosce delle “*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*”.

La dottrina ha così enucleato il concetto di *controversia di diritto pubblico*, che nascono dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive (diritti o interessi legittimi) a fronte di un *episodio di esercizio (o mancato esercizio) del potere da parte della*

*Pubblica Amministrazione o di altro soggetto preposto dalla legge a tale attività. Si evidenzia come tali liti abbiano ad oggetto rapporti di diritto pubblico, che si instaurano tra due soggetti a fronte di atti, provvedimenti o comportamenti comunque riconducibili all'esercizio del potere*⁵⁵⁸.

In questo, la nozione di controversie di diritto pubblico si avvicina molto a quella tedesca, che, come visto, rimette alla cognizione del giudice amministrativo le liti scaturenti dalla lesione di situazioni giuridiche di diritto pubblico, a fronte di atti espressione del pubblico potere.

L'ordinamento tedesco non conosce, come in Italia, la distinzione tra l'interesse legittimo e il diritto soggettivo all'interno delle controversie di diritto pubblico. L'ordinamento giuridico italiano propone infatti un dualismo giurisdizionale diverso rispetto a quello di altri paesi europei e, in un certo senso, "*anomalo*"⁵⁵⁹. Infatti, negli altri sistemi dualistici il riparto delle giurisdizioni tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo si assesta tendenzialmente sulla linea della distinzione tra controversie di diritto privato e controversie di diritto pubblico.

Tuttavia, l'interesse legittimo, come sosteneva Nigro, non è altro che "*una metafora della potestà amministrativa*", mentre "*il vero oggetto del giudizio amministrativo è tale potestà*"⁵⁶⁰.

Di qui, tanto l'ordinamento tedesco quanto quello italiano convergono nel disporre una tutela giurisdizionale piena ed effettiva in favore di interessi che si assumano lesi dall'esercizio (o mancato esercizio) illegittimo del potere. Tanto l'interesse legittimo quanto il diritto soggettivo pubblico sono, rispettivamente, per entrambi gli ordinamenti situazioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela se pregiudicate dai pubblici poteri.

Ed in quest'ottica il codice del processo amministrativo italiano (d.lgs. n. 104 del 2010) e quello tedesco (VwGO) garantiscono l'esperibilità di una pluralità di azioni idonee ad assicurare la piena soddisfazione dell'interesse del ricorrente. Si passa da un giudizio sull'atto ad un giudizio sul rapporto. Si perde la centralità

⁵⁵⁸ V.CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016

⁵⁵⁹ S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia. Un dualismo a trazione monista*, in *Riv. tr. dir. pub.*, n. 1/2013,

⁵⁶⁰ M. NIGRO, Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo, ora in *Scritti giuridici*, ed. Giuffrè, Milano 1996, 1481.

dell'azione di annullamento (*anfechtungsklage-VwGO* e az. di annullamento art. 29 c.p.a.) che lascia il passo all'azione di adempimento ad un *facere* pubblicistico (*verpflichtungsklage- VwGO* e azione di adempimento pubblicistico- art. 34 I co. lett c) c.p.a.)⁵⁶¹.

L'ordinamento giuridico italiano potrebbe guardare al sistema tedesco per garantire maggiore indipendenza ai giudici amministrativi: il reclutamento e lo status giuridico di tutti componenti dei rami della magistratura tedesca è infatti il medesimo ai sensi della legge federale sulla Magistratura (*deutsches richtergesetz*, da ora: DRIG) ed avviene per concorso; in Italia il Consiglio di Stato, organo supremo della magistratura amministrativa, è composto in parte (1/4) da membri scelti dalla politica e vicini all'Amministrazione ai sensi dell'art. 19 della legge 27 aprile 1982, n. 186.

Ancora, il sistema tedesco offre strumenti molto efficaci per contrastare il verificarsi di conflitti di giurisdizione, i quali, come noto, se non adeguatamente affrontati allungano i tempi dei giudizi, mortificano la certezza del diritto, la concentrazione delle tutele e l'economia dei processi. La *bindende Wirkung* di cui all'art. 17 GVG blinda la scelta del giudice competente fatta dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione (una volta divenuta inoppugnabile). Le decisioni sulle questioni di giurisdizione sono poi lasciate in ultima istanza ad un organo (*Gemeinsamer Senat - GmS-OGB* - art. 95, comma 3, della *grundgesetz* (GG)) che rispecchia in egual misura tutte i rami della giurisdizione tedesca, così garantendo una soluzione di compromesso tra le magistrature ordinaria e amministrativa.

In Italia, la Cassazione a Sezioni Unite è l'Autorità, come visto, che decide in ultima istanza le questioni di giurisdizione, seppur è composta da membri provenienti dalla magistratura ordinaria.

E la Cassazione affida in maniera a volte perplessa alla giurisdizione ordinaria alcune categorie di controversie di diritto pubblico ritenendo che a fronte di poteri pubblicistici la lite verte sulla lesione di diritti soggettivi: nelle controversie aventi ad oggetti atti nulli per difetto assoluto attribuzione (art. 21-septies l. n. 241/90), provvedimenti vincolati rispetto, lesione di diritti fondamentali. La giurisdizione

⁵⁶¹ Su tutti, sull'azione di adempimento neo confronti della P.A., A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, ed. Giappichelli, Torino 2012, 103 e 104.

ordinaria viene dunque affermata anche in relazione a materie rientranti nella giurisdizione esclusiva, anche se sembra esservi interessato, seppur indirettamente, il pubblico potere⁵⁶².

Molti ritengono che tali orientamenti siano ancora retaggio della concezione tralaticia che il giudice amministrativo nasca come un giudice di legittimità, non adatto a dare piena soddisfazione agli interessi del ricorrente.

Le convergenze tra sistema tedesco e italiano dovrebbero invece condurre ad una rivisitazione di tali orientamenti, valorizzando la giurisdizione amministrativa sulle controversie di diritto pubblico come espressione di una funzione giurisdizionale unitaria volta al pieno soddisfacimento degli interessi del ricorrente.

Il processo amministrativo sembra perdere i vecchi tratti della “specialità” e venire configurandosi come un giudizio “ordinario” e “specializzato” in un ambito di competenza ben definito, con un giudice che deve assicurare la realizzazione della pretesa sostanziale del ricorrente, come il giudice civile, ma tenendo anche conto dell’interesse pubblico perseguito dall’amministrazione col suo operato, come un giudice “specializzato”⁵⁶³.

Anche la suddivisione della cognizione delle controversie tra il giudice civile e quello amministrativo sembra risentire di questa diversa concezione della giurisdizione amministrativa e avvenire più sul terreno di un “riparto di competenze”, che su quello tradizionale del “riparto delle giurisdizioni”, e quindi più in termini di “specializzazione” delle competenze, che del binomio “ordinarietà-specialità” della giurisdizione⁵⁶⁴.

L’affermazione, da parte della Corte Costituzionale, dell’unità funzionale della giurisdizione evidenzia che ha senso riferire il riparto tra i diversi giudici all’unica giurisdizione funzionale e che, in definitiva, sarebbe più appropriato parlare di un

⁵⁶² V. CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016

⁵⁶³ È quanto ha osservato PAJNO, *Il riparto della giurisdizione*, cit., 4197 e, più recentemente, A. SANDULLI, *La giustizia*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2012, 564.

⁵⁶⁴ È quanto ha osservato PAJNO, *Il riparto della giurisdizione*, cit., 4197 e, più recentemente, A. SANDULLI, *La giustizia*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2012, 564.

“riparto di competenze”, che di un “riparto delle giurisdizioni”⁵⁶⁵.

E questa concezione sembra corroborata da due istituti che realizzano la comunicabilità tra i giudici di diversi ordini giurisdizionali, alla stessa stregua dei giudici di un medesimo ordine: la *translatio iudicii* transgiurisdizionale e il giudicato implicito sulla giurisdizione⁵⁶⁶.

Si dovrebbe affermare la giurisdizione ordinaria tutte le volte in cui si discuta sul corretto esercizio del potere. Come sostenuto, a fronte del pubblico potere può sussistere solo una situazione giuridica riconducibile alla categoria dell’interesse legittimo (NIGRO)⁵⁶⁷

Guardando all’ordinamento tedesco ed alle convergenze con il sistema italiano, la giurisdizione civile e penale e la giurisdizione amministrativa dovrebbero venire in considerazione come due giurisdizioni pariordinate, ciascuna con un proprio ambito di competenza generalizzata, “ordinaria” e “naturale”, definita da clausole generali di contenuto speculare: l’una a tutela delle situazioni giuridiche nate in seno a rapporti di diritto privato; l’altra a tutela dell’interessi meritevoli di tutela in quanto lesi da episodi di esercizio del pubblico potere. La distinzione tra diritto e interesse legittimo andrebbe dunque salvaguardata attraverso una corretta interpretazione delle norme costituzionali che la recepiscono.

E’ infatti fondamentale valorizzare le peculiarità ordinamentali del nostro sistema, evidenziandone anche i pregi.

Sul punto, l’ordinamento giuridico tedesco non conoscendo la figura dell’interesse legittimo segue detta un’impostazione eminentemente subiettiva del processo amministrativo costringendo il giudice a valutare con estremo rigore la legittimazione ad agire e l’interesse a ricorrere dell’attore, con la conseguenza di restringere considerevolmente l’accesso alla giurisdizione amministrativa, inibendolo ai portatori di interessi individuali privi di sostanza giuridica formalmente riconosciuta

⁵⁶⁵ E con questa ricostruzione concorda la Corte di Cassazione quando sottolinea la «progressiva forte assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza» (Corte di Cassazione, Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883).

⁵⁶⁶ Per un approfondimento sul punto, si vd. C. Consolo *La questione di giurisdizione tra rilievo officioso in primo grado e translatio in Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*. (a cura di) Bruno Sassani - Riccardo Villata GIAPPICHELLI

⁵⁶⁷ M. NIGRO, Ma cos’è questo interesse legittimo? Vecchi e nuovi spunti di riflessione, in Foro it. 1987, V, 469

e a coloro che vorrebbero farsi interpreti della necessità di tutelare taluni rilevanti beni collettivi e diffusi⁵⁶⁸.

Ancora, la Germania adotta nella materia della responsabilità per danni arrecati da provvedimenti e comportamenti della pubblica amministrazione, il sistema del “doppio binario”, prevedendo che spetti al giudice ordinario, e non al giudice amministrativo, il potere-dovere di risarcire i danni causati da attività amministrativa illegittima per “*violazione di obblighi di diritto pubblico*” (art. 34 GG e art. 40, comma 2, VwGO); viceversa, l’Italia concentra le tutele di annullamento e di condanna davanti ad un unico, giudice amministrativo, considerandolo, ancora una volta, il giudice naturale, “ordinario” e “specializzata”, con poteri di cognizione “piena”, per tutte le controversie involgenti l’esercizio di un pubblico potere, in virtù delle esigenze di economia processuale e di ragionevolezza dei tempi di tutela.

E’ dunque opportuno stigmatizzare le convergenze dei diversi sistemi europei verso una giurisdizione amministrativa “specializzata” e “piena”, per cercare di descrivere una linea di tendenza e senza eliminare i pregi legati alle peculiarità ordinamentali dei diversi Paesi.

⁵⁶⁸ M.C. Romano, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrative nazionali*, Napoli 2013,

CONCLUSIONI

Sulla spinta degli ordinamenti sovranazionali (Cedu e UE), le varie esperienze giuridiche europee hanno oramai tutte intrapreso, chi più (Germania e Italia) chi meno (Francia) il cammino verso una tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive pregiudicate dal pubblico potere (art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 6 e 13 della CEDU)⁵⁶⁹.

In altre parole, è evidentemente emersa una **tendenza comune alla costruzione di una giurisdizione indipendente, che persegua unitariamente l'obiettivo di fornire una protezione piena alle situazioni giuridiche soggettive**, sia nei rapporti interprivati che nei rapporti con la pubblica Autorità.

Anche la nota distinzione tra i vari modelli di Giustizia amministrativa sembra affievolirsi. Come visto, nel modello monistico (proprio dei Paesi anglosassoni), le controversie aventi ad oggetto il corretto esercizio del pubblico potere sono rimesse alla stessa Autorità giurisdizionale che decide sulle liti di diritto comune; nei sistemi dualistici (presenti in Francia, Germania ed Italia), le controversie di diritto pubblico sono devolute ad un giudice speciale, il giudice amministrativo, diverso dal giudice ordinario.

Tradizionalmente, nella disamina dei sistemi monistico e dualistico, si è parlato di un “*trade off*” (ossia di un rapporto di proporzionalità inversa) tra indipendenza strutturale del giudice ed effettività della tutela⁵⁷⁰. Si è dimostrato come nei sistemi monistici vi sia un tendenziale maggiore grado di *deference* del giudice unico nel

⁵⁶⁹ F. BILANCIA *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002. F. BILANCIA, *I diritti fondamentali e la loro effettività* in Atti del Convegno su “Costituzione europea, costituzione economica, allargamento”, Università degli Studi di Teramo, Facoltà di Giurisprudenza, 22-23 aprile 2005, il quale auspica che *il consolidamento di un’effettiva prassi giurisprudenziale di garanzia quotidiana di tali diritti che ne determini la reale consistenza in ogni ipotesi condotta all’attenzione di un giudice.* V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012;

⁵⁷⁰ S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 1/2013

vagliare l'azione discrezionale dei pubblici poteri e, conseguentemente, le valutazioni si arrestano ad una verifica formale della validità dell'atto amministrativo in relazione al modello legale. D'altro canto, nei sistemi dualistici, il giudice amministrativo esercita un sindacato più penetrante e approfondito sull'esercizio del potere amministrativo, godendo di una vicinanza maggiore alle dinamiche sottese all'esercizio dei pubblici poteri e potendo verificare la correttezza delle scelte pubbliche in relazione agli interessi perseguiti (si pensi ai casi di invalidità del provvedimento per eccesso di potere)⁵⁷¹.

Tuttavia, in ossequio ai principi CEDU e UE, nonché alle tradizioni costituzionali, sembra potersi ad oggi affermare come nei sistemi dualistici, il giudice amministrativo sia, allo stesso tempo, indipendente e dotato di strumenti di tutela pieni ed effettivi nel dare protezione alle situazioni giuridiche soggettive nei confronti dei pubblici poteri.

E l'ordinamento giuridico italiano sembra muoversi in questa direzione, seppur con le sue specificità.

In particolare, il modello dualistico italiano di tutela giurisdizionale sulle controversie di diritto pubblico rappresenta un caso “*peculiare*” ed “*anomalo*” rispetto agli altri modelli europei, che fondano il riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa sulla natura pubblica o privata della controversia⁵⁷².

Come evidenziato nel **primo capitolo**, all'esito di un lento *excursus* storico, normativo e giurisprudenziale, secondo la Costituzione italiana la tutela giurisdizionale sulle liti aventi ad oggetto atti manifestazione di esercizio del potere pubblico è *equamente* suddivisa tra giudice ordinario e giudice amministrativo sulla base della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio; per espressa previsione costituzionale (artt. 24 e 113, comma 1, Cost.), la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi è devoluta alla giurisdizione ordinaria, mentre quella dell'interesse legittimo alla giurisdizione amministrativa, salvo nelle particolari materie di

⁵⁷¹ S. BATTINI, *op. cit.*

⁵⁷² S. BATTINI, *op. cit.*

giurisdizione esclusiva, dove la stessa può conoscere anche di diritti soggettivi (art. 103, I co. Cost.) .

Già alla fine del primo capitolo, tuttavia, si è parimenti evidenziato come l'evoluzione della Giustizia amministrativa italiana abbia ormai condotto la prevalente Dottrina (e gran parte della giurisprudenza costituzionale) ad ancorare il criterio di riparto su di una nozione (la nozione di controversia di diritto pubblico) meno perplessa che guardi anziché alla natura della situazione giuridica soggettiva alla presenza o meno del potere quale oggetto della controversia⁵⁷³. Si dovrebbe affermare la giurisdizione amministrativa ogni qual volta sia in contestazione il corretto o meno esercizio della funzione pubblica da parte dell'Autorità (o di un soggetto privato investito dalla legge ad esercitarla).

La rigorosa applicazione di questo criterio di riparto avrebbe ristretto a ben poca cosa l'ambito di cognizione delle controversie pubblicistiche del giudice ordinario, a favore del giudice amministrativo (con una sostanziale abrogazione della L.A.C., nella parte in cui prevede la cognizione del giudice ordinario sulla lesione dei diritti perpetrata da provvedimenti amministrativi).

Tale criterio sembra avere l'evidente vantaggio di diminuire drasticamente il rischio di conflitti tra le due giurisdizioni.

Tuttavia, la Corte di Cassazione, quale giudice del riparto, ha cercato di interpretare il binomio “carenza di potere-diritto soggettivo” e “esercizio del potere-interesse legittimo” in modo tale da non decretare l'abrogazione sostanziale della legge del 1865 e da non far perdere al giudice ordinario quasi tutta la sua giurisdizione sulle controversie di diritto pubblico. In particolare, la Cassazione ha individuato una serie di ipotesi in cui il potere non esplica il proprio effetto degradatorio nei confronti del diritto e le relative controversie restano ascritte alla cognizione del giudice ordinario .

⁵⁷³ V. CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, 2016

Allo stesso tempo, la legge prevede alcuni casi in cui sussiste la giurisdizione ordinaria su controversie propriamente pubblicistiche, indicando espressamente materie di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario.

Si giunge dunque all'anomalia congenita che caratterizza il riparto delle giurisdizioni nelle controversie di diritto pubblico: il giudice ordinario e il giudice amministrativo sono competenti a conoscere delle lesioni perpetrate dai pubblici poteri rispettivamente a diritti e interessi legittimi.

Nel **secondo capitolo** si è allora cercato in maniera tendenzialmente esaustiva di ricostruire gli ambiti della giurisdizione ordinaria nelle controversie di diritto pubblico cercando di analizzare la conformità del criterio di riparto alla luce del principio di **certezza del diritto**.

Dapprima si sono analizzate **le ipotesi ex lege in cui il giudice ordinario è abilitato a conoscere del corretto esercizio del potere** in deroga agli ordinari criteri di riparto (si pensi al contenzioso sulla privacy, sulla protezione dello straniero, in materia elettorale o nelle sanzioni amministrative). In questi casi, la scelta a favore della giurisdizione ordinaria implica, dunque, l'abbandono del tradizionale criterio di riparto di giurisdizione con l'adozione di un criterio *ratione materiae*⁵⁷⁴ che superi il nodo gordiano della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi⁵⁷⁵. Le previsioni in esame risultano conformi alla finalità di concentrare dinanzi ad un unico giudice la competenza su di una specifica materia, tanto che si faccia questione di diritti che di interessi legittimi. Si assicura così un elevato grado di certezza del diritto.

Viceversa, **assai problematica appare la disamina delle ipotesi di giurisdizione ordinaria sulle controversie di diritto pubblico, al di là dei casi eccezionali di legge ed all'interno (spesso) di materie di giurisdizione esclusiva**.

Si è assistito ad una **dequotazione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva** da parte della Cassazione.

⁵⁷⁴ Sassani, B., La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in Riv. dir. proc., 1999

⁵⁷⁵ SASSANI B., La giurisdizione esclusiva, in Trattato di Diritto amministrativo a cura di CASSESE S

La Suprema Corte, svolgendo il ruolo di giudice ultimo della giurisdizione, ha più volte affermato la giurisdizione ordinaria sul presupposto teorico che in determinati casi il diritto **non degrading** ad interesse legittimo, seppur a fronte di atti esercizio di poteri pubblicistici .

Come noto, il provvedimento amministrativo ha natura imperativa ed è frutto di un potere idoneo ad incidere unilateralmente sulle situazioni giuridiche soggettive dei suoi destinatari, estinguendole, modificandole o costituendone di nuove. La degradazione è dunque uno degli effetti in cui si articolerebbe l'imperatività. Conseguentemente, si considerò la carenza di potere come limite all'imperatività ed alla giurisdizione amministrativa .

Tuttavia, la Cassazione ha dapprima ancorato la giurisdizione amministrativa sull'esistenza o meno del potere per poi deviare verso un criterio di riparto fondato sugli effetti degradatori del provvedimento. In altre parole, si è dichiarato competente il giudice ordinario su controversie di diritto pubblico sulla base del presupposto che nella fattispecie il provvedimento non abbia affievolito il diritto trasformandolo in interesse legittimo .

L'errore concettuale del pensiero della Cassazione riposa nella circostanza che per decidere se la controversia di diritto pubblico sia ascrivibile alla giurisdizione ordinaria o amministrativa non si debba guardare alla presenza o meno del potere ma agli effetti che questo ha avuto sulla situazione giuridica in lite.

Sul punto, si sono analizzate alcune (anche recentissime) pronunce della Suprema Corte, in base alle quali sono state affidate alla giurisdizione ordinaria categorie di controversie di diritto pubblico ritenendo che a fronte di poteri pubblicistici la lite verta comunque sulla lesione di diritti soggettivi, in quanto non degradati o degradabili; citando sinteticamente i casi più importanti, i giudizi aventi ad oggetto gli atti nulli per difetto assoluto attribuzione (art. 21-septies l. n. 241/90), i provvedimenti vincolati rispetto ai quali non sussista alcun margine di discrezionalità in capo alla P.A. , la lesione di diritti fondamentali, i comportamenti dell'Amministrazione. Si affronteranno i casi più problematici in materia di espropri,

di revoca dei contributi pubblici e di danno da provvedimento favorevole legittimamente annullato o revocato nella materia degli appalti pubblici.

Gli orientamenti volti a restringere l'area della giurisdizione esclusiva amministrativa, la privano *sostanzialmente di utilità*⁵⁷⁶.

Le argomentazioni, addotte dalla giurisprudenza per affermare come in alcuni casi specifici il potere non sia in grado di degradare il diritto ad interesse, risultano foriere di notevoli perplessità.

Come si è evidenziato, nei casi di nullità del provvedimento per difetto assoluto di giurisdizione, affermare che la relativa controversia sia di competenza del g.o. perchè l'atto è *tamquam non esset* e di qui improduttivo dell'effetto degradatorio, può comportare notevoli problematicità laddove non sia scontata la natura di diritto o di interesse della situazione giuridica vantata dal ricorrente. Ancora, le ipotesi di attività vincolata non dovrebbero escludere tout court la giurisdizione amministrativa sul presupposto che solo il potere discrezionale sia idoneo a degradare il diritto in interesse: possono sussistere casi in cui anche il potere vincolato abbia natura autoritativa in quanto previsto dalla legge a tutela di un interesse generale. Parimenti, il principio di indegradabilità dei diritti fondamentali sembra scontrarsi con la più recente giurisprudenza costituzionale che ne ammette il contemperamento con altre esigenze generali di pari rango di cui si fa portatrice l'Autorità pubblica: di qui, si ammette un dialogo tra gli interessi sottesi ai diritti assoluti ed il pubblico potere; lo stesso interesse si manifesta così nella forma dell'interesse legittimo e le relative controversie spettano al giudice amministrativo, soprattutto nella materia della giurisdizione esclusiva.

Si pensi alla nota giurisprudenza, anche recentissima, sulla revoca dei contributi e delle agevolazioni. Sono molteplici e assai frequenti i casi in cui il beneficiario decade dal diritto di godere della sovvenzione pubblica sulla base di atti sorretti da motivazioni sia pubblicistiche (la sussistenza dei presupposti dell'autotela decisoria) che privatistiche (l'inadempimento): le une rimesse al giudice amministrativo, le altre a

⁵⁷⁶ R. VILLATA, *Scritti di Giustizia Amministrativa*, 2016

quello ordinario, a seconda che si qualifichi l'attività dell'Amministrazione in termini discrezionali o vincolati. Qui, in mancanza di un'espressa previsione, si discute sull'opportunità di introdurre una specifica ipotesi di giurisdizione esclusiva al fine di evitare che il soggetto interessato debba adire due giudici per ottenere il medesimo bene della vita (il contributo).

Più in generale, i critici della tesi della degradazione hanno evidenziato come in via teorica, l'emanazione di un provvedimento amministrativo non precluda la giurisdizione del giudice ordinario, per espresso disposto dell'articolo 2 della legge 20 marzo 1865 n. 22848 all. e) ⁵⁷⁷. Ancora, la tesi della degradazione contrasterebbe con l'articolo 113 Cost. nella parte in cui prevede che “*contro gli atti della Pubblica Amministrazione è sempre ammessa la tutela dei diritti soggettivi*”⁵⁷⁸. Nondimeno, si è obiettato come la tesi della degradazione non prenda in considerazione la circostanza che la lite sull'estinzione (degradazione) del diritto dovrebbe di per sé essere pacificamente rimessa alla cognizione del giudice ordinario ai sensi dell'art. 2907 c.c.⁵⁷⁹..

Gli orientamenti della Cassazione dovrebbero allora superarsi alla luce di un criterio di riparto più chiaro, che guardi esclusivamente alla presenza o meno nella lite del potere pubblico.

E, come si è visto, non si tratterebbe di uno stravolgimento del dettato costituzionale e del criterio di riparto basato sulla situazione legittimante al giudizio.

L'interesse legittimo, come sosteneva Nigro, non è altro che “*una metafora della potestà amministrativa*”, mentre “*il vero oggetto del giudizio amministrativo è*

⁵⁷⁷ R. VILLATA, *Scritti di Giustizia amministrativa* 2016

⁵⁷⁸ E. CANNADA BARTOLI, *Spunti esegetici contro la degradazione dei diritti dei cittadini* in *Dir, proc. amm.* 1963 II, 73

⁵⁷⁹ SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, GIUFFRÉ, 1990

tale potestà”⁵⁸⁰. E le relative controversie devono essere devolute al giudice amministrativo.

Altri autori giungono alla medesima conclusione attraverso diversa argomentazione. Si evidenzia che il criterio di riparto secondo cui la giurisdizione civile tuteli diritti soggettivi, e quella amministrativa interessi legittimi, non *implica affatto che per stabilire a quale di esse si deve rivolgere chi vanti un interesse protetto nell'uno o nell'altro modo, si debba valutare se esso sia tutelato come questo o come quello*. Secondo un ragionamento logico, infatti, è la protezione accordata legislativamente dall'ordinamento ad un interesse individuale, con corrispondente *limitazione di un potere unilaterale e discrezionale* (che il medesimo ordinamento attribuisce all'amministrazione) a fondare la sua tutela sostanziale come di diritto, così individuando la giurisdizione civile. Di conseguenza, *è la sussistenza di un contrapposto potere unilaterale e discrezionale di un'amministrazione, il fattore che esclude la giurisdizione civile*.⁵⁸¹

Ad oggi, recenti arresti della Corte costituzionale nonché l’emanazione del codice del processo amministrativo (decreto legislativo n. 104 del 2010), hanno

⁵⁸⁰ M. NIGRO, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, ora in *Scritti giuridici*, ed. Giuffrè, Milano 1996.

⁵⁸¹ Si vedano le conclusioni di A ROMANO in *Colloquio sull'interesse legittimo* in *Atti del Convegno in memoria di Umberto Potosching*, Milano, JOVENE 2013. Tuttavia, non si condivide l’assunto sostenuto dall’Autore per cui *l’esaltazione della natura sostanziale di quell’interesse individuale che viene giuridicamente protetto come legittimo può portare al suo superamento: al superamento della affermata sua specificità rispetto al diritto soggettivo; fino alla negazione di una sua sostanziale differenziazione di quello da questo. E’ questa la strada cui ho appena accennato io stesso: la strada della sostituzione degli interessi legittimi c.d. oppositivi con il diritto soggettivo pieno, di cui l'amministrazione ha disposto col provvedimento che lo ha ablatato o eroso; la strada della traduzione degli interessi legittimi c.d. pretensivi, nell’aspettativa di un diritto soggettivo in senso lato, secondo le teorizzazioni dei privatisti*. Si vd. anche A. PROTO PISANI, *Il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro.it* 2001; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie tra privato e Pubblica Amministrazione*, in *Foro. it* 2009, il quale partendo da simili premesse giunge tuttavia a propugnare l’introduzione di una giurisdizione unica.

A ciò sembrerebbe infatti ostare il dato positivo di cui in Costituzione che ancora il riparto alla natura sostanziale dell’interesse di cui si chiede tutela. In passato tentativi di riforma degli articoli 103 e 113 della Costituzione furono presentati nel senso di escludere il riferimento alla categoria dell’interesse legittimo e di fondare il riparto sul criterio delle materie nelle quali si facesse questioni del corretto esercizio del potere (Proposta di legge costituzionale n. 7465 del 28 novembre 2000 - on. Cerulli Irelli. Ma tali proposte non trovarono accoglimento.

contribuito a definire una nozione di controversia di diritto pubblico quale unico tendenziale criterio di riparto tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa.

Come noto, la Corte costituzionale ha più volte affermato la legittimità delle ipotesi di legge di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, abilitato a conoscere anche di diritti soggettivi, solo qualora dalla controversia emerga un netto legame con l'esercizio di un potere amministrativo (Corte cost., n. 204/2004 cit.). L'art. 7 del decreto legislativo n. 104 del 2010 conferma questa impostazione, prevedendo che il giudice amministrativo conosce delle *“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”*.

La dottrina più recente ha così enucleato il **concetto di controversia di diritto pubblico**, che nasce dalla *lesione di situazioni giuridiche soggettive (diritti o interessi legittimi) a fronte di un episodio di esercizio (o mancato esercizio) del potere da parte della pubblica amministrazione o di altro soggetto preposto dalla legge a tale attività*⁵⁸². Si evidenzia come tali liti abbiano ad oggetto rapporti di diritto pubblico, che si instaurano tra due soggetti a fronte di atti, provvedimenti o comportamenti comunque riconducibili all'esercizio del potere.

E gli orientamenti prevalenti in giurisprudenza delineano la figura del cd. comportamento amministrativo al fine di affermare la giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di espropri e di contratti pubblici (si pensi, rispettivamente, al contenzioso in caso di occupazioni illegittime perché protratte oltre i limiti di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità o al risarcimento del danno da provvedimento favorevole legittimamente annullato o revocato).

⁵⁸² V.CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016

Il confine della giurisdizione esclusiva amministrativa è segnato dal comportamento neanche mediatamente riconducibile al potere pubblico, ossia nei casi in cui la pubblica amministrazione agisce per le cd. vie di fatto.

Ciò detto, l'estensione dell'ambito della giurisdizione amministrativa alle controversie di diritto pubblico nel loro complesso risponde altresì ad esigenze di **effettività della tutela giurisdizionale**.

Al riguardo, si è stigmatizzato come gli orientamenti della Cassazione, tesi a limitare la giurisdizione esclusiva nelle controversie di diritto pubblico in cui si faccia questione di diritti, siano in realtà retaggio di una concezione tralattizia secondo cui il giudice amministrativo nasce come giudice di legittimità, non adatto a dare piena soddisfazione agli interessi sostanziali del ricorrente. Per alcuni, una tutela effettiva del diritto sarebbe possibile solo adottando la giurisdizione ordinaria.

Ma le suesposte argomentazioni risultano recessive alla luce della complessa riforma della Giustizia amministrativa attuata con l'emanazione del codice del processo amministrativo. Ad oggi, il processo amministrativo è strutturato sulla base degli stessi principi che reggono il giudizio civile, in virtù della **natura soggettiva** della giurisdizione (si pensi al principio della domanda, dell'effettività della tutela e del giusto processo, nonché alle condizioni dell'azione quali presupposti del ricorso – artt. 1, 2, 35 e 39 c.p.a.).

La giurisdizione amministrativa è espressione di una **funzione giurisdizionale unitaria** volta al pieno soddisfacimento degli interessi del ricorrente ed offre un apparato di tutele completo ed idoneo a dare piena protezione alle situazioni giuridiche incise dal pubblico potere. Il *codice* è infatti ispirato al principio della pluralità di azioni: si è ormai consolidato il passaggio da un giudizio sull'atto ad un giudizio sul rapporto. L'azione di annullamento (art. 29 c.p.a.) si accompagna all'azione di adempimento ad un *facere* pubblicistico (art. 34 I co. lett c) c.p.a.)⁵⁸³.

⁵⁸³ Su tutti, sull'azione di adempimento nei confronti della P.A., A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, ed. Giappichelli, Torino 2012, 103 e 104.

Il processo amministrativo sembra perdere i vecchi tratti della “specialità” e venire configurandosi come un giudizio “ordinario” e “specializzato” in un ambito di competenza ben definito, con un giudice che deve assicurare la realizzazione della pretesa sostanziale del ricorrente (di interesse legittimo o di diritto soggettivo), come il giudice civile, ma tenendo anche conto dell’interesse pubblico perseguito dall’amministrazione col suo operato, come un giudice “specializzato”⁵⁸⁴.

Parimenti, la giurisdizione amministrativa si presenta come in linea di massima indipendente e imparziale rispetto agli altri poteri dello Stato, in modo tendenzialmente analogo a quanto si registra nelle magistrature ordinarie.

Secondo la legge n. 186 del 1982, il Consiglio superiore della Magistratura Amministrativa è organo di autogoverno della giurisdizione amministrativa e garantisce l’inamovibilità dei suoi giudici in modo non differente dal Consiglio superiore della Magistratura ordinaria.

Restano, tuttavia, delle perplessità per quanto riguarda la nomina politica e non per concorso di un quarto dei Consiglieri di Stato, ai sensi dell’art. 19, co. 1 n. 2 della legge n. 186 del 1982. Ancora, si registrano criticità in relazione alla disciplina del cumulo di funzioni consultive e giurisdizionali (si pensi all’istituto della Adunanza Generale composta da tutti i magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato, che è chiamata ad esprimere pareri su questioni di particolare rilevanza ai sensi dell’art. 12, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199), nonché alla possibilità incarichi extragiudiziari. tali disfunzioni dovrebbero essere corrette al fine di assicurare maggiore indipendenza e terzietà alla giurisdizione amministrativa, eliminando le differenze con quella ordinaria.

Ancora, l’unitarietà della funzione giurisdizionale si rinviene negli istituti che realizzano la comunicabilità tra i giudici di diversi ordini giurisdizionali, alla stessa stregua dei giudici di un medesimo ordine: la *translatio iudicii* transgiurisdizionale (art. 59, II co., della legge 18 giugno 2009, n. 69 e l’articolo 11, II co., c.p.a. fanno salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice

⁵⁸⁴ S. BATTINI, *op. cit.*

di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio) e il *giudicato implicito* sulla giurisdizione⁵⁸⁵ (nozione nata nelle Corti ed or recepita dall'art. 9 I co. c.p.a. secondo cui nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione).

Nondimeno, alcune pronunce della Cassazione a Sezioni Unite in tema di espropri affermano in via eccezionale la giurisdizione del giudice amministrativo *per ragioni di connessione* su questioni di diritto soggettivo. Si pensi ai casi in cui si è ammessa l'esperibilità dinanzi al g.a. delle domande riconvenzionali volte alla dichiarazione dell'avvenuta usucapione del bene in favore dell'Amministrazione convenuta nel giudizio sulla validità della procedura espropriativa. In questi casi, la giurisdizione amministrativa esclusiva si estende a questioni di solo diritto soggettivo ma che concernono comportamenti mediatamente riconducibili all'esercizio del potere⁵⁸⁶.

Da ultimo, l'affermazione del principio dell'*abuso del processo*, che ha portato le Sezioni Unite della Cassazione ad affermare il rivoluzionario principio per cui l'attore rimasto soccombente nel merito non è legittimato ad interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto in quanto non soccombente su tale capo della decisione⁵⁸⁷. Diversamente argomentando, si consentirebbe alla parte di *venire contra factum proprium*, contravvenendo alla iniziale scelta della giurisdizione da adire; si legittimerebbero comportamenti abusivi e contrari al dovere di correttezza, che vulnererebbero il principio di economicità della risorsa giustizia e di ragionevole durata dei processi (111 Cost.).

Tali orientamenti non sono stati immuni da critiche. Si è rilevato come in tal modo si rischia di minare il principio del giudice naturale precostituito per legge (art.

⁵⁸⁵ Cassazione Sez. Un. Civili 09 ottobre 2008, n. 24883

⁵⁸⁶ Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 24/06/2009, n. 14805; S.U. 28 febbraio 2007 n. 4636; S.U. 27 luglio 2005 n. 15660.

⁵⁸⁷ Cass. SS.UU. Sentenza n. 21260 del 20/10/2016

25 Cost., art. 103 Cost.), attraverso interpretazioni estremamente riduttive della disciplina dell'eccezione di giurisdizione di cui all'articolo 37 c.p.c.⁵⁸⁸.

Le suesposte tendenze emerse dagli orientamenti della Cassazione e del Legislatore dovrebbero allora leggersi non nel senso dell'affermazione del giudice unico (in quanto tale conclusione si scontrerebbe con il dettato della Costituzione) ma della formazione di un sistema di *Giustizia unitario dal punto di vista funzionale*⁵⁸⁹, per cui entrambi i plessi che la compongono sono considerati parimenti idonei a dare tutela alle situazioni giuridiche soggettive⁵⁹⁰.

Come è stato osservato, l'antica matrice monistica della legge del 1865 ha contribuito a trainare l'evoluzione della giurisdizione amministrativa alla luce della Costituzione e dei più recenti arresti giurisprudenziali e dottrinari verso un grado di indipendenza e di effettività della tutela superiori, delineando un criterio di riparto più *lineare* secondo cui il giudice amministrativo è l'Autorità ordinaria e specializzata a conoscere con pienezza di poteri delle controversie in cui si faccia questione della lesione di situazioni giuridiche soggettive da parte del potere⁵⁹¹.

Sembra smentita la considerazione per cui il giudice ordinario sia l'autorità meglio attrezzata alla tutela dei diritti, anche nei confronti del pubblico potere.

Per suffragare tali argomentazioni, il **terzo capitolo** ha evidenziato dettagliatamente gli strumenti di tutela esperibili dinanzi al giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico.

La giurisprudenza delle corti sovranazionali (Corte EDU e CDGUE) nonché della Corte costituzionale ha desunto dal principio di effettività della tutela la necessità che *la pretesa fatta valere in giudizio debba trovare, se fondata, la sua concreta*

⁵⁸⁸ R. VILLATA, *La lunga marcia della Cassazione verso la giurisdizione unica (dimenticando l'art. 103 Cost.)* in *Scritti di Giustizia amministrativa*, 2016, G. VERDE, *Abuso del processo in Judicium.it*.

⁵⁸⁹ R. VILLATA, *op. cit.*

⁵⁹⁰ A. LAMORGESE, *La giurisdizione contesa*, 2014; A. CORPACI, *Note per un dibattito sul sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. Pubbl.* 2013.

⁵⁹¹ S. BATTINI, *op. cit.*, sostiene così che il dualismo italiano abbia ormai beneficiato del tutto della trazione monistica rappresentata dalla permanenza in vigore della Legge abolitiva del contenzioso del 1865, secondo cui il giudice ordinario conosce del potere in caso di lesione dei diritti.

soddisfazione⁵⁹². Il processo è *giusto* nella misura in cui esso assicura il corretto esercizio del diritto di difesa.

La giurisdizione svolge la funzione di garantire la realizzazione dell'interesse sotteso alla situazione giuridica di cui si chiede tutela. E la tutela si ritiene *concreta* qualora sia in grado di raggiungere il *risultato pratico* consistente nella *soddisfazione* del bene della vita spettante al titolare della pretesa giuridicamente rilevante⁵⁹³.

Corollario dei suesposti principi è altresì la regola della *pienezza* della tutela giurisdizionale.

Come si evidenzia, per pienezza di tutela si intende che tutte le situazioni protette *debbono poter usufruire di tutti i mezzi di tutela (azioni) riconosciuti dall'ordinamento*. Per effettività di tutela, si considera la predisposizione da parte della disciplina, in gran parte, processuale di mezzi idonei a dare concreta soddisfazione all'interesse dedotto in giudizio⁵⁹⁴.

Come è stato osservato, è necessaria *un'effettiva prassi giurisprudenziale di garanzia quotidiana* dei diritti fondamentali *che ne determini la reale consistenza in ogni ipotesi condotta all'attenzione di un giudice*⁵⁹⁵.

⁵⁹² Ex multis, Corte cost. sent. n. 63 del 1982, n. 249 del 1996: entrambe le pronunce si occupavano della necessità della tutela cautelare al fine di raggiungere un'effettiva tutela nel merito

⁵⁹³ F. P. LUISO, op cit., CONSOLO, op. cit., M. LUCIANI, op. cit.

⁵⁹⁴ Per un'analisi con precipuo riferimento all'effettività nelle controversie di diritto pubblico, si vd. V. CERULLI IRELLI *Giurisdizione amministrativa* cit. secondo cui può affermarsi che *in questo nuovo assetto del sistema di tutela, le situazioni soggettive protette nei rapporti di diritto pubblico (raggruppate nel genus degli interessi legittimi: art. 24 Cost.) tendono all'equiparazione rispetto alle situazioni protette nell'ambito dei rapporti di diritto comune (raggruppate nel genus dei diritti soggettivi: art. 24 Cost.)*. Si vd. anche CANNADA BARTOLI, voce *Interesse (Dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 7 e ss.; NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Studi in onore di A. Papaldo*, Milano, 1975; A. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo ed assetto costituzionale*, Firenze, 1980, 47S. MENCHINI op. cit.; L. MONTESANO, *Magistrature ordinarie e speciali e arbitri nella giustizia civile secondo la Costituzione* in *Riv. Dir. civ.*, 1996; FIGORILLI, op.cit.; Cfr. C. cost. 204 del 2004 e 191 del 2006

⁵⁹⁵ F. BILANCIA *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002. F. BILANCIA, *I diritti fondamentali e la loro effettività* in *Atti del Convegno su "Costituzione europea, costituzione economica, allargamento"*, Università degli Studi di Teramo, Facoltà di Giurisprudenza, 22-23 aprile 2005.

I principi suddetti devono operare pienamente anche nelle controversie di diritto pubblico dinanzi al giudice ordinario.

Di qui, si è esaminata l'incisività dei limiti che il giudice ordinario incontra nelle controversie di diritto pubblico alla luce della legge abolitiva del contenzioso (Legge n. 2248 del 1865, all. e)). E si è evidenziato come nell'odierno quadro costituzionale, il giudice ordinario nell'esercizio della sua funzione di tutela delle situazioni giuridiche lese dal pubblico potere deve incontrare il solo divieto di sostituirsi a scelte di merito dell'Amministrazione (limite esterno). In altre parole, non possono delinearsi ostacoli interni alla stessa giurisdizione, privando il g.o. di strumenti processuali ritenuti idonei a proteggere gli interessi dedotti in giudizio dalle parti.

La disamina ha abbracciato dunque tutte le **azioni di cognizione, cautelari ed esecutive** proponibili dinanzi al giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico, al fine di proporre uno spettro completo sul punto.

Innanzitutto, tra le azioni di cognizione, i problemi più spinosi sorgono in relazione alle **azioni costitutive**, in virtù dei noti limiti di cui alla legge abolitiva del contenzioso secondo cui quando la lite verte su di 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 senza poterlo revocare o modificare se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso. Il giudice ordinario può di regola disapplicare il provvedimento e non annullarlo (**art. 4 L.A.C.**).

In realtà, come si è dimostrato, l'ambito di applicabilità della disapplicazione in via principale del provvedimento si è negli anni molto ristretto (in specie dopo la devoluzione dell'azione risarcitoria per lesione degli interessi legittimi al G.A.), sino a far dubitare della reale effettività della norma, se non nei limiti della disapplicazione incidentale.

Maggiori perplessità si sono avute intorno all'emersione di ipotesi di cd. doppia tutela, ossia di più plessi giurisdizionali chiamati a garantire soddisfazione del

medesimo interesse (il g.a. attraverso la tutela di annullamento ed il g.o. attraverso la disapplicazione). Nelle materie dove si è in presenza del pubblico potere e del nodo gordiano interessi legittimi - diritti soggettivi, le esigenze di concentrazione della tutela dovrebbero portare il Legislatore ad individuare un giudice unico (che sia amministrativo o civile) dotato di tutti gli strumenti utili a dare piena tutela all'interesse dell'attore.

Si pensi **al contenzioso sulle patologie contrattuali derivanti dall'invalidità degli atti prodromici al negozio in materi di appalti pubblici di lavori servizi e forniture.**

Per ovviare a tali questioni si torna sulla necessità di valorizzare la giurisdizione esclusiva ed il giudice amministrativo come giudice unico specializzato nella tutela di tutte le situazioni giuridiche lese dai pubblici poteri.

Non a caso, per evitare che il soggetto bisognoso di protezione debba adire più giudici per ottenere diverse tutele, l'ordinamento ha già introdotto nella materia degli appalti la possibilità per il giudice amministrativo di dichiarare in sede di giurisdizione esclusiva l'inefficacia del contratto per gravi irregolarità dell'aggiudicazione alla luce della normativa comunitaria sulla concorrenza.

Non stupisce come negli altri sistemi dualistici europei di Giustizia amministrativa, le controversie in materia di appalti pubblici, sia che si faccia questione della legittimità della procedura di gara che della validità o dell'esecuzione del negozio a valle stipulato, siano rimesse ad un unico giudice (quello amministrativo in Francia, in virtù del *bloc de compétences* relativo ai *contrats administratifs*; quello ordinario in Germania, ai sensi del *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* che regola la materia degli *öffentliche Aufträge*).

La necessità evidenziata anche dalla Corte di Giustizia è quella di evitare che in tali controversie il meccanismo della doppia tutela mortifichi le esigenze di economia processuale, di ragionevolezza dei tempi di tutela e del giusto processo (art. 111 Cost.; art. 6 CEDU; art. 6 TUE).

Per le stesse ragioni, in caso di risarcimento per lesione di interessi legittimi, si è scelto di concentrare le tutele di annullamento e di condanna davanti ad un unico giudice (amministrativo), considerandolo, ancora una volta, il giudice naturale, “ordinario” e “specializzato”, con poteri di cognizione “piena”, per tutte le controversie involgenti l’esercizio di un pubblico potere. Si supera la tesi della pregiudiziale amministrativa e si afferma l’autonomia della tutela risarcitoria.

Ancora, notevoli perplessità si sono evidenziate in relazione all’esperibilità di azioni di **condanna ad un *facere* pubblicistico**, con precipuo riferimento alla tutela di diritti assoluti come la salute. Qui, la giurisprudenza (a volte in modo perplesso) sembra superare de plano i limiti della L.A.C. escludendo che si faccia questione dell’esercizio del potere pubblico e di interessi legittimi essendo in presenza di diritti cosiddetti indegradabili.

Nei casi di **cd. giurisdizione piena** del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico⁵⁹⁶, espressamente previsti dalla legge, non si registrano invece particolari problematiche, in quanto, ai sensi dell’articolo 113, III co., della Costituzione, il Legislatore individua specifiche materie nelle quali il giudice può fintanto annullare il provvedimento impugnato in deroga a quanto previsto dall’art. 4 e 5 della lg. N. 2248 del 1865, all. E). La scelta è dettata dalla necessità di assicurare la pienezza della tutela nei casi in cui il giudice ordinario può conoscere del corretto esercizio del potere in via eccezionale rispetto ai tradizionali criteri di riparto.

Ancora, si sono individuate disfunzioni nella disamina della **tutela esecutiva**, tanto nei confronti dei provvedimenti cautelari che di merito, emessi dal giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico ed aventi ad oggetto una condanna (interinale o decisoria) ad un *facere* provvedimentoale per sua natura infungibile. **Il giudizio di ottemperanza dinanzi al giudice amministrativo è infatti esperibile solo nei confronti di provvedimenti del giudice ordinario passati in giudicato** (art. 122 c.p.a.). Per le decisioni esecutive si possono utilizzare i meccanismi di coercizione indiretta di cui all’art. 614 bis c.p.c.. Ci si chiede dunque se tale assetto non

⁵⁹⁶ Sul punto, F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della Pubblica Amministrazione*, Torino 2002; S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. V. Milano 2003

rappresenti un vuoto di tutela in contrasto con il principio di effettività e se possano prospettarsi eventuali soluzioni.

Nondimeno, si sono analizzate le tutele interinali. Ed in particolare si evidenziano le criticità sottese all'orientamento prevalente in giurisprudenza che esclude l'esperibilità di una **tutela cautelare atipica** nei giudizi ordinari aventi ad oggetto controversie di diritto pubblico. Diversamente, nel processo amministrativo il ricorrente può chiedere l'adozione di tutte le misure che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul ricorso, il collegio si pronuncia con ordinanza emessa in camera di consiglio (art. 55 c.p.a.).

Di nuovo ed alla luce di dati positivi di natura processuale, il giudice amministrativo appare l'autorità naturale, "ordinaria" e "specializzata", con poteri di cognizione, cautelari ed esecutivi "pieni", per tutte le controversie involgenti l'esercizio di un pubblico potere.

Nel quarto capitolo e quinto capitolo, in chiave comparatistica si sono valutate le esperienze straniere francesi e tedesche, evidenziandone alcune significative convergenze idonee a condurre alla conclusione secondo cui la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa dovrebbero venire in considerazione come due giurisdizioni pariordinate, ciascuna con un proprio ambito di competenza generalizzata, "ordinaria" e "naturale", definita da clausole generali di contenuto speculare: l'una a tutela del diritto soggettivo; l'altra a tutela dell'interesse legittimo, *rectius*, a garanzia degli interessi meritevoli di tutela a fronte dell'esercizio del pubblico potere .

Nel **quarto capitolo** si è evidenziato come in Italia, anche in Francia il dualismo tra giurisdizione ordinaria e amministrativa si fonda innanzitutto su di una ragione politica⁵⁹⁷. La specialità della giurisdizione amministrativa si giustifica alla luce della specialità dello statuto di diritto amministrativo attraverso cui l'Amministrazione agisce in veste di Autorità, esercitando poteri esorbitanti rispetto

⁵⁹⁷ NIGRO, *op. cit.*

alle regole di diritto comune al fine di perseguire l'interesse generale. I pubblici poteri sono regolati da un diritto proprio e soggetti ad una giurisdizione propria.

In Italia, la giurisdizione amministrativa esplica la funzione di tutela degli interessi soggettivi lesi dai pubblici poteri. Di qui, giudici ordinari ed amministrativi perseguono lo stesso obiettivo unitario, quello di dare protezione ad interessi meritevoli di tutela qualora subiscano una ingiustificata lesione. Anche in Francia, il criterio di riparto della giurisdizione fondato sui *blocs de compétences*, stabiliti dal legislatore o individuati dalla giurisprudenza, sembrerebbe evidenziare questa almeno tendenziale soggettivizzazione della giurisdizione amministrativa. Il giudice amministrativo nel conoscere le controversie su i *contrats administratifs*, sul diritto al risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo, sul pregiudizio al diritto alla salute, all'immigrazione ed all'asilo da parte dei pubblici poteri, pare avvicinarsi al giudice ordinario⁵⁹⁸.

La giurisdizione amministrativa potrebbe, in altre parole, definirsi giurisdizione "ordinaria" e "specializzata" nella valutazione dell'esercizio della *puissance publique* nella vastissima materia del *service public*. Sembra superarsi il dogma francese della regola per cui il giudice ordinario sia il giudice naturale dei diritti fondamentali, alla luce della necessità di affidare le controversie in cui si faccia questione anche del pubblico potere ad un giudice maggiormente esperto nel fornire tutela agli interessi lesi. Di qui, la giurisdizione amministrativa esiste per una ragione tecnica oltre che politica: in quanto organo maggiormente specializzato, rispetto al giudice ordinario, nella protezione di diritti lesi dall'illegittimo esercizio dei pubblici poteri.

Le ipotesi di *contentieux objectif de pleine juridiction*, la tutela cautelare offerta dalla disciplina dei *référés*, sono tutti sintomi di una subiettivizzazione della giurisdizione amministrativa francese: nelle materie rimesse alla giurisdizione amministrativa in ragione del criterio dei *blocs de compétence*, il giudice agisce con pienezza di poteri al fine di dare adeguata protezione (interinale o di merito) alle situazioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio se pregiudicate dai pubblici poteri.

⁵⁹⁸ CHAPUS, *op. cit.*

Differentemente dalla Francia, tuttavia in Italia il riparto della giurisdizione nelle controversie di diritto pubblico si fonda sulla natura della situazione giuridica controversa: se di interesse legittimo o di diritto. Ma, analogamente alla Francia, in Italia la tutela delle situazioni giuridiche soggettive lese dai pubblici poteri tende ad essere piena ed effettiva tanto dinanzi al g.a che al g.o.: i contratti di appalto e di concessione di lavori, servizi e forniture rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, I co. lett. e) c.p.a.); il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo è devoluto alla giurisdizione amministrativa generale di legittimità (art. 30 c.p.a.); la tutela del diritto all'asilo, all'immigrazione, alla salute è rimessa al giudice ordinario, con possibilità di adottare ogni provvedimento utile alla tutela del diritto leso dal pubblico potere, anche oltre i limiti della L.A.C. (o per espressa previsione di legge, vd. d.lgs. n. 150 del 2011 per la protezione dello straniero o in base a consolidati orientamenti giurisprudenziali in materia di tutela della salute, anche se, come visto, alquanto perplessi in assenza di una chiara fonte legale).

Insomma, l'esperienza giuridica italiana e quella francese, seppur percorrendo strade diverse, convergono verso una tendenziale nozione unitaria e subiettiva della giurisdizione, tanto ordinaria che amministrativa.

L'ordinamento giuridico italiano dovrebbe allora guardare con interesse ad alcune peculiarità ordinamentali francesi, utili a definire con maggior nettezza l'unitarietà funzionale della giurisdizione, tanto ordinaria che amministrativa.

La giustizia amministrativa francese vanta tre gradi di giudizio (due gradi di merito ed un terzo di legittimità) sia per le controversie di diritto pubblico che per quelle di diritto comune. Il Conseil d'État decide in ultimo grado valutando la sola legittimità dei provvedimenti giurisdizionali impugnati, con funzione nomofilattica, nel medesimo modo in cui giudica la Cassazione civile. In Italia, il Consiglio di Stato è invece giudice di appello (artt. 91 e ss. c.p.a.). Il ricorso in Cassazione avverso i provvedimenti del giudice amministrativo è ammesso per i soli motivi di giurisdizione (art. 111 co. 8 Cost.).

In Francia, le questioni di giurisdizione sono invece risolte in ultimo grado dal *Tribunal des conflits*, composto da membri appartenenti in egual numero al *Conseil d'État* alla Cassazione civile. In Italia, invece, il Supremo Consesso delle magistrature ordinarie, la Cassazione a Sezione Unite, è il giudice ultimo sul riparto di giurisdizione nelle controversie di diritto pubblico.

D'altro canto, dalla disamina effettuata è altresì emerso come la giurisdizione amministrativa francese, a differenza dell'Italia, denoti ancora alcuni caratteri marcatamente oggettivi.

Il *recours pour excès de pouvoir* introduce dinanzi al G.A. il cd. *contentieux objectif* a protezione del solo interesse generale. La legittimazione ad agire per ottenere l'annullamento del provvedimento amministrativo è infatti amplissima e slegata dalla prova della lesione di una situazione giuridica soggettiva. Il giudizio amministrativo francese conosce la figura del *Rapporteur public* con funzioni simili a quelle del Pubblico Ministero nel nostro giudizio di cassazione agendo nell'esclusivo interesse obiettivo dell'ordinamento⁵⁹⁹.

Insomma, il carattere di diritto obiettivo della giurisdizione amministrativa francese risulta ancora spiccato e risente della forza del dogma della separazione dei poteri dello Stato che proprio in quel Paese è nato.

L'Italia sembra aver quindi seguito un cammino più deciso nel delineare una giurisdizione amministrativa di natura subiettiva.

La legittimazione ad agire dinanzi al giudice amministrativo italiano è legata alla titolarità di una situazione giuridica soggettiva che si assume esser stata lesa da un episodio di esercizio del potere. Il controllo diffuso della legalità degli atti amministrativi non è contemplato dall'ordinamento italiano se non in ipotesi eccezionali di legittimazione *ex lege* (si pensi all'azione popolare ex art. 70 del d.lgs. n. 267 del 2000 in caso di incandidabilità del Sindaco o alla recente legittimazione ad agire dell'Antitrust avverso provvedimenti amministrativi adottati da altre

⁵⁹⁹ CHAPUS, *op. cit.*

Amministrazioni e lesivi della concorrenza ai sensi dell'articolo 21 bis della lg. n. 287 del 1990)⁶⁰⁰.

Rispetto alla Francia, l'ordinamento italiano offre strumenti di tutela (di cognizione ed esecutiva) idonei a dare una tutela maggiore alle situazioni giuridiche soggettive lese dal pubblico potere.

Nel caso del cd. esaurimento della discrezionalità in capo alla P.A. (attività vincolata o istruttoria completata) ai sensi del combinato disposto degli artt. 31 co. 3 e 34 I co. lett. c) del c.p.a., con l'azione avverso il silenzio, il ricorrente può ottenere dal giudice una pronuncia sulla fondatezza dell'istanza e la condanna di adempimento pubblicistico. Differentemente, in Francia ciò è possibile solo in sede di esecuzione del giudicato, qualora la sentenza ottemperanda abbia annullato un provvedimento rispetto al quale l'Amministrazione non abbia più margini di discrezionalità (cd. di *compétence liée*), e con l'*injonction* il giudice amministrativo può individuare il contenuto del provvedimento da adottare o il comportamento materiale dovuto dall'amministrazione⁶⁰¹.

Sempre in relazione al giudizio di ottemperanza, l'esperienza italiana si dimostra superiore a quella francese nel garantire una tutela subiettiva alla lesione dell'interesse dedotto in giudizio dal ricorrente e pregiudicato dai pubblici poteri.

In Francia non sussiste infatti un meccanismo analogo a quello previsto dall'articolo 114, I co. lett. a) e d), c.p.a., secondo cui il giudice amministrativo può sostituirsi all'Amministrazione nell'adozione del provvedimento in ottemperanza al giudicato, direttamente o indirettamente, nominando un commissario ad acta. In caso di inottemperanza alla sentenza amministrativa, la parte vittoriosa ha a disposizione l'unico strumento delle *astreintes*.

⁶⁰⁰ V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*

⁶⁰¹ S.R. MASERA, *Contenuto della sentenza amministrativa e sua esecuzione in Spagna, Francia e Germania*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, ed. CEDAM, Padova 2010, 218.

E il sistema giurisdizionale amministrativo francese solleva perplessità nei casi in cui esclude la configurabilità di meccanismi che consentirebbero di offrire una maggiore concentrazione ed effettività delle tutele.

Seguendo le regole del riparto di giurisdizione nella materia delle espropriazioni ed, in particolare, nelle ipotesi di *emprise irrégulière*, (es. occupazione d'urgenza in caso di assenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità o di sua inefficacia), mentre il giudice amministrativo conosce dell'invalidità della procedura espropriativa, il giudice ordinario ha il potere di esprimersi sulle sole domande di risarcimento dei danni subiti dal proprietario, non potendo in alcun modo interferire con l'attività pubblicistica (attraverso pronunce che condannino ad un *facere* specifico la P.A.) in virtù del principio di separazione dei poteri.

Differentemente, in Italia, nella materia degli espropri, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (articolo 133 I co. lett. g) del d.lgs. n. 104 del 2010) concentra gli strumenti caducatori e risarcitori dinanzi ad un unico plesso giurisdizionale ed evita che il soggetto leso debba adire prima il G.A. per l'annullamento del provvedimento e poi il G.O. per ottenere il risarcimento del danno. La giurisdizione amministrativa esclusiva non si configura solo qualora non si faccia questione del corretto esercizio del potere, ossia laddove il bene privato sia stato occupato dall'Amministrazione in conseguenza di comportamenti lesivi del diritto di proprietà, neanche mediatamente riconducibili all'esercizio di una pubblica potestà (C. cost. n. 204 del 2004 ha così stabilito secondo principi analoghi a quelli che sorreggono la tesi delle *voies de fait*).

In conclusione, pur in presenza di alcune convergenze, l'ordinamento giuridico italiano sembra aver raggiunto un grado di maturità superiore rispetto a quello francese verso una giurisdizione amministrativa "specializzata" e "piena" nella tutela delle situazioni giuridiche soggettive nei confronti dei pubblici poteri.

Superando la tradizione, si potrebbe dire che l'Italia ad oggi assomigli più alla Germania che alla Francia.

Nel **quinto capitolo**, enucleati alcuni aspetti salienti del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico nell'esperienza tedesca, possono svolgersi alcune considerazioni comparandolo con il sistema italiano di giurisdizione amministrativa.

Come ampiamente visto in precedenza, secondo gli artt. 103, co. 1 e 113, co. 1 della Costituzione ed alla luce dell'interpretazione agli stessi datane dalla Corte costituzionale, si è enucleato il concetto di *controversie di diritto pubblico*, che nascono dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive (diritti o interessi legittimi) a fronte di un *episodio di esercizio (o mancato esercizio) del potere da parte della Pubblica Amministrazione o di altro soggetto preposto dalla legge a tale attività*. Si evidenzia come tali liti abbiano ad oggetto rapporti di diritto pubblico, che si instaurano tra due soggetti a fronte di atti, provvedimenti o comportamenti comunque riconducibili all'esercizio del potere⁶⁰².

In questo, la nozione di controversie di diritto pubblico si avvicina molto a quella tedesca, che, come visto, rimette alla cognizione del giudice amministrativo le liti scaturenti dalla lesione di situazioni giuridiche di diritto pubblico, a fronte di atti espressione del pubblico potere.

Ma l'ordinamento tedesco non conosce, come in Italia, la distinzione tra l'interesse legittimo e il diritto soggettivo all'interno delle controversie di diritto pubblico. L'ordinamento giuridico italiano propone infatti un dualismo giurisdizionale diverso rispetto a quello di altri paesi europei e, in un certo senso, “*anomalo*”⁶⁰³. Infatti, negli altri sistemi dualistici il riparto delle giurisdizioni tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo si assesta tendenzialmente sulla linea della distinzione tra controversie di diritto privato e controversie di diritto pubblico.

⁶⁰² V. CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016

⁶⁰³ S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia. Un dualismo a trazione monista*, in Riv. tr. dir. pub., n. 1/2013,

Tuttavia, come si è visto “*il vero oggetto del giudizio amministrativo è l'esercizio della potestà amministrativa*”⁶⁰⁴.

Di qui, tanto l'ordinamento tedesco quanto quello italiano convergono nel disporre una tutela giurisdizionale piena ed effettiva in favore di interessi che si assumano lesi dall'esercizio (o mancato esercizio) illegittimo del potere. Tanto l'interesse legittimo italiano quanto il diritto soggettivo pubblico tedesco sono per entrambi gli ordinamenti situazioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela se pregiudicate dai pubblici poteri.

Ed in quest'ottica il codice del processo amministrativo italiano (d.lgs. n. 104 del 2010) e quello tedesco (VwGO) garantiscono l'esperibilità di una pluralità di azioni idonee ad assicurare la piena soddisfazione dell'interesse del ricorrente. Si passa da un giudizio sull'atto ad un giudizio sul rapporto. Si perde la centralità dell'azione di annullamento (*anfechtungsklage*-VwGO e az. di annullamento art. 29 c.p.a.) che lascia il passo all'azione di adempimento ad un *facere* pubblicistico (*verpflichtungsklage*- VwGO e azione di adempimento pubblicistico- art. 34 I co. lett c) c.p.a.)⁶⁰⁵.

L'ordinamento giuridico italiano potrebbe guardare al sistema tedesco per garantire maggiore indipendenza ai giudici amministrativi: il reclutamento e lo status giuridico di tutti componenti dei rami della magistratura tedesca è infatti il medesimo ai sensi della legge federale sulla Magistratura (*deutsches richtergesetz*, da ora: DRIG) ed avviene per concorso; in Italia il Consiglio di Stato, organo supremo della magistratura amministrativa, è composto in parte (1/4) da membri scelti dalla politica e vicini all'Amministrazione ai sensi dell'art. 19 della legge 27 aprile 1982, n. 186.

Ancora, il sistema tedesco offre strumenti molto efficaci per contrastare il verificarsi di conflitti di giurisdizione, i quali, come noto, se non adeguatamente

⁶⁰⁴ M. NIGRO, Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo, ora in Scritti giuridici, ed. Giuffrè, Milano 1996, 1481.

⁶⁰⁵ Su tutti, sull'azione di adempimento nei confronti della P.A., A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, ed. Giappichelli, Torino 2012, 103 e 104.

affrontati allungano i tempi dei giudizi, mortificano la certezza del diritto, la concentrazione delle tutele e l'economia dei processi. La *bindende Wirkung* di cui all'art. 17 GVG blinda la scelta del giudice competente fatta dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione (una volta divenuta inoppugnabile). Le decisioni sulle questioni di giurisdizione sono poi lasciate in ultima istanza ad un organo (*Gemeinsamer Senat - GmS-OGB* - art. 95, comma 3, della *Grundgesetz* (GG)) che rispecchia in egual misura tutti i rami della giurisdizione tedesca, così garantendo una soluzione di compromesso tra le magistrature ordinaria e amministrativa.

In Italia, la Cassazione a Sezioni Unite è l'Autorità, come visto, che decide in ultima istanza le questioni di giurisdizione, seppur è composta da membri provenienti dalla magistratura ordinaria.

E la Cassazione affida, come visto, in maniera a volte perplessa alla giurisdizione ordinaria alcune categorie di controversie di diritto pubblico ritenendo che a fronte di poteri pubblicistici la lite verta sulla lesione di diritti soggettivi, sull'assunto del mancato verificarsi dell'effetto degradatorio: nelle controversie aventi ad oggetti atti nulli per difetto assoluto attribuzione (art. 21-septies l. n. 241/90), provvedimenti vincolati, lesione di diritti fondamentali. E la giurisdizione ordinaria viene così affermata anche in relazione a materie rientranti nella giurisdizione esclusiva, seppur se sembra esservi interessato, seppur indirettamente, il pubblico potere⁶⁰⁶.

Ma, come detto, si ritiene che tali orientamenti siano ancora retaggio della concezione tralaticia che il giudice amministrativo nasca come un giudice di legittimità, non adatto a dare piena soddisfazione agli interessi del ricorrente.

Le convergenze tra sistema tedesco e italiano dovrebbero invece condurre ad una rivisitazione di tali orientamenti, valorizzando la giurisdizione amministrativa sulle controversie di diritto pubblico come espressione di una funzione giurisdizionale unitaria volta al pieno soddisfacimento degli interessi del ricorrente.

⁶⁰⁶ V.CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016

Il processo amministrativo sembra perdere i vecchi tratti della “specialità” e venire configurandosi come un giudizio “ordinario” e “specializzato” in un ambito di competenza ben definito, con un giudice che deve assicurare la realizzazione della pretesa sostanziale del ricorrente, come il giudice civile, ma tenendo anche conto dell’interesse pubblico perseguito dall’amministrazione col suo operato, come un giudice “specializzato”⁶⁰⁷.

Anche la suddivisione della cognizione delle controversie tra il giudice civile e quello amministrativo sembra risentire di questa diversa concezione della giurisdizione amministrativa e avvenire più sul terreno di un “riparto di competenze”, che su quello tradizionale del “riparto delle giurisdizioni”, e quindi più in termini di “specializzazione” delle competenze, che del binomio “ordinarietà-specialità” della giurisdizione⁶⁰⁸.

L’affermazione, da parte della Corte Costituzionale, dell’unità funzionale della giurisdizione evidenzia che ha senso riferire il riparto tra i diversi giudici all’unica giurisdizione funzionale e che, in definitiva, sarebbe più appropriato parlare di un “riparto di competenze”, che di un “riparto delle giurisdizioni”⁶⁰⁹.

E questa concezione sembra corroborata dai suindicati istituti di legge ed orientamenti della Cassazione che realizzano la comunicabilità tra i giudici di diversi ordini giurisdizionali, alla stessa stregua dei giudici di un medesimo ordine: la *translatio iudicii* transgiurisdizionale, il giudicato implicito sulla giurisdizione, l’abuso del processo ed i casi eccezionali di giurisdizione per ragioni di connessione.

Guardando all’ordinamento tedesco ed alle convergenze con il sistema italiano, la giurisdizione civile e penale e la giurisdizione amministrativa dovrebbero venire in

⁶⁰⁷ È quanto ha osservato PAJNO, Il riparto della giurisdizione, cit., 4197 e, più recentemente, A. SANDULLI, La giustizia, in S. CASSESE (a cura di), Istituzioni di diritto amministrativo, ed. Giuffrè, Milano 2012, 564.

⁶⁰⁸ È quanto ha osservato PAJNO, Il riparto della giurisdizione, cit., 4197 e, più recentemente, A. SANDULLI, La giustizia, in S. CASSESE (a cura di), Istituzioni di diritto amministrativo, ed. Giuffrè, Milano 2012, 564.

⁶⁰⁹ E con questa ricostruzione concorda la Corte di Cassazione quando sottolinea la «progressiva forte assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza» (Corte di Cassazione, Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883).

considerazione come due giurisdizioni pariordinate, ciascuna con un proprio ambito di competenza generalizzata, “ordinaria” e “naturale”, definita da clausole generali di contenuto speculare: l’una a tutela del diritto soggettivo; l’altra a tutela dell’interesse legittimo, *rectius*, a garanzia degli interessi meritevoli di tutela a fronte dell’esercizio del pubblico potere. A fronte del pubblico potere può sussistere solo una situazione giuridica riconducibile alla categoria dell’interesse legittimo⁶¹⁰.

E’ d’altro canto fondamentale valorizzare le peculiarità ordinamentali del Nostro sistema, evidenziandone anche i pregi.

Sul punto, l’ordinamento giuridico tedesco non conoscendo la figura dell’interesse legittimo segue un’impostazione eminentemente subiettiva del processo amministrativo costringendo il giudice a valutare con estremo rigore la legittimazione ad agire e l’interesse a ricorrere dell’attore, con la conseguenza di restringere considerevolmente l’accesso alla giurisdizione amministrativa, inibendolo ai portatori di interessi individuali privi di sostanza giuridica formalmente riconosciuta e a coloro che vorrebbero farsi interpreti della necessità di tutelare taluni rilevanti beni collettivi e diffusi⁶¹¹.

Ancora, la Germania adotta nella materia della responsabilità per danni arrecati da provvedimenti e comportamenti della pubblica amministrazione, il sistema del “doppio binario”, prevedendo che spetti al giudice ordinario, e non al giudice amministrativo, il potere-dovere di risarcire i danni causati da attività amministrativa illegittima per “*violazione di obblighi di diritto pubblico*” (art. 34 GG e art. 40, comma 2, VwGO); viceversa, l’Italia concentra le tutele di annullamento e di condanna davanti ad un unico, giudice amministrativo, considerandolo, ancora una volta, il giudice naturale, “ordinario” e “specializzata”, con poteri di cognizione “piena”, per tutte le controversie involgenti l’esercizio di un pubblico potere, in virtù delle esigenze di economia processuale e di ragionevolezza dei tempi di tutela.

⁶¹⁰ Nigro, *op. cit.*

⁶¹¹ M.C. Romano, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrative nazionali*, Napoli 2013,

E' allora opportuno stigmatizzare le convergenze dei diversi sistemi europei verso una giurisdizione amministrativa “*specializzata*” e “*piena*”, per cercare di descrivere una linea di tendenza e senza eliminare i pregi legati alle peculiarità ordinamentali dei diversi Paesi.

In conclusione, raccogliendo le suggestioni delle altre esperienze ordinamentali analizzate, nonché al fine di superare le disfunzioni evidenziate dal nostro sistema ed, a volersi spingere oltre, nell’ottica dell’affermazione di un criterio di riparto più certo e lineare, il Legislatore italiano dovrebbe intervenire *de jure condendo*, sul versante della stessa Costituzione. La necessità di una riforma è ancora più evidente alla luce dello stato patologico in cui versano le Sezioni Unite della Cassazione. Come evidenzia il Primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione, nella relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2015, dal fatto che circa *il 70% delle decisioni a Sezioni Unite abbia avuto oggetto questioni di giurisdizione, sembra agevole rilevare l’esistenza di oggettive criticità ordinamentali nel riparto dei plessi giurisdizionali, a loro volta generatrici di rinnovate domande di giustizia.*

Insomma, sembra inaccettabile che il supremo organo nomofilattico della magistratura ordinaria italiana sia impegnato, per più della metà delle cause iscritte al suo ruolo, a risolvere conflitti di giurisdizione.

Una prospettiva di riforma si rende allora doverosa.

La distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo andrebbe forse superata attraverso una riformulazione delle norme costituzionali che la recepiscono. Dovrebbe guardarsi ad una categoria unitaria di diritti, la cui tutela sia ripartita tra il giudice civile o amministrativo a seconda si faccia questione o meno del corretto esercizio del potere.

Per affermare **l'unicità della giurisdizione dal punto di vista della funzione e la certezza del diritto**, dovrebbero delinearsi due plessi giurisdizionali entrambi idonei a dare piena tutela delle situazioni giuridiche soggettive. La *translatio judicii*, il giudicato implicito, le conseguenze del cd. abuso del processo e la giurisdizione per

ragioni di connessione sono –ripetesi- fenomeni giuridici che, al di là delle critiche, sembrano confortare questa tesi.

In maniera non dissimile al sistema dualistico tedesco, il tribunale ordinario e quello amministrativo dovrebbero venire in considerazione come due rami della stessa giurisdizione, tra loro pariordinati, ciascuno con un proprio ambito di competenza generalizzata, “ordinaria” e “naturale”, definita da **clausole generali** di contenuto speculare: l’una a tutela delle situazioni giuridiche nate in seno a rapporti di diritto privato; l’altra a tutela dell’interessi meritevoli di tutela in quanto lesi da episodi di esercizio del pubblico potere.

In quest’ottica, sembrerebbe opportuno riprendere una proposta di modifica cosituzionale avanzata in passato⁶¹², ma ancora attualissima alla luce dei contrasti che logorano l’ordinamento giuridico italiano in punto di riparto della giurisdizione nelle controversie di diritto pubblico.

De jure condendo, allora, il I comma dell’articolo 103 Cost. potrebbe essere modificato attraverso l’introduzione di una clausola generale che attribuisca di regola alla giurisdizione amministrativa la cognizione delle controversie «*riguardanti l’esercizio di poteri amministrativi*». Contemporaneamente, la medesima disposizione potrebbe rinviare alla legge per la definizione di singole materie nelle quali le controversie con le pubbliche amministrazioni siano di competenza della giurisdizione amministrativa o della giurisdizione ordinaria.

Conseguentemente, si dovrebbe eliminare l’esplicito collegamento stabilito dal primo comma tra tutela giurisdizionale dei diritti e giurisdizione ordinaria, tutela giurisdizionale degli interessi legittimi e giurisdizione amministrativa. Ciò potrebbe farsi attraverso la sostituzione del I comma dell’articolo 113 con il comma II della stessa norma. Si manterrebbe così la regola che vieta l’esclusione o la limitazione della tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione «*a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*».

⁶¹² Progetto di legge n. 7465 del 28 novembre 2000 del deputato V. Cerulli Irelli.

Il riferimento a «*diritti e interessi legittimi*» contenuto nell'articolo 24 della Costituzione potrebbe infine mantenersi nella misura in cui rispecchi la più generale categoria degli “*interessi del soggetto meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento*”.

Percorrendo questa strada potrebbero risolversi alcune delle evidenziate problematicità che incontra l'operatore del diritto nell'individuazione della giurisdizione competente sulle controversie di diritto pubblico.

In tal modo, si potenzierebbe l'unitarietà funzionale della giurisdizione nel suo complesso. Verrebbero così superate le oscillazioni giurisprudenziali sorte in virtù dell'applicazione della tesi per cui in alcuni casi il diritto non degrada per effetto del potere (vd. diritti indegradabili, attività vincolata, nullità del provvedimento e comportamenti amministrativi) e si garantirebbe un maggior grado di certezza del diritto.

Il giudice amministrativo rappresenterebbe così il giudice ordinario e specializzato ad elargire una tutela piena ed effettiva nelle controversie di diritto pubblico, ossia delle liti in cui si faccia questione della lesione di situazioni giuridiche soggettive in virtù dell'esercizio del potere. Dall'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, il giudice amministrativo vanta infatti uno spettro di tutele (interinali, di merito ed esecutive) idonee a dare piena soddisfazione agli interessi del ricorrente.

Il giudizio amministrativo partecipa così della natura unitaria della tutela giurisdizionale. Guardando alle altre esperienze europee, nello svolgere la sua funzione di tutela delle situazioni giuridiche soggettive il giudice amministrativo dovrebbe assumere delle caratteristiche strutturali che ne denotino maggiore indipendenza, cercando di avvicinarsi sempre più ai criteri di reclutamento propri della magistratura ordinaria (come nella legge federale sulla Magistratura tedesca, la *deutsches richtergesetz*) ed evitando commistioni con l'Esecutivo. Ancora, sarebbe auspicabile la creazione di un terzo grado di giurisdizione amministrativa, di sola legittimità, affidata al Consiglio di Stato che decida sulle pronunce adottate da novelle Corti di appello istituite a livello regionale (secondo il modello francese e tedesco).

Infine, l'istituzione di un giudice dei conflitti a composizione mista (come il *Tribunals des conflits* francese o il *Gemeinsamer Senat* tedesco).

D'altro canto, per le esigenze di concentrazione delle tutele evidenziate nel corso della presente tesi, dovrebbero mantenersi le ipotesi eccezionali di legge che rimettono al giudice ordinario, in determinate materie, tutte le liti che possono insorgere a prescindere dalla loro natura di controversie di diritto pubblico o privato. Vi sono ipotesi in cui è opportuno concentrare dinanzi ad unico plesso giurisdizionale tutti gli strumenti di tutela richiesti. Riprendendo gli sforzi del Legislatore fino ad oggi protratti nel mettere ordine alla materia e garantire una maggiore concentrazione delle tutele, dovrebbero così mantenersi le materie di giurisdizione esclusiva del g.a. di cui all'art. 133 c.p.a., nelle quali si intrecciano liti su questioni regolate sia da norme pubblicistiche che privatistiche (Si pensi, in termini di concentrazione delle tutele, ai benefici che il concorrente illegittimamente escluso da una gara gode nel poter adire un unico giudice per contestare tanto la legittimità della procedura amministrativa quanto la validità del contratto a valle stipulato).

Nello stesso modo e per le medesime ragioni, dovrebbero mantenersi i casi tipici ed eccezionali in cui il giudice ordinario abbia giurisdizione nelle controversie di diritto pubblico; in una prospettiva *de jure condendo*, in tali casi il g.o. dovrebbe però godere di tutti gli strumenti utili a garantire una protezione all'interesse dedotto in giudizio, superando le disfunzioni evidenziate nel terzo capitolo in relazione alla fase cautelare, di merito ed esecutiva. In quest'ultima fase, in particolare, chi agisce davanti al g.o. deve poter usufruire della tutela dell'ottemperanza nei medesimi modi in cui ciò è assicurato al ricorrente dinanzi al giudice amministrativo. Non dovrebbero operare i limiti della L.A.C. del 1865, ormai obsoleti alla luce del principio di effettività della tutela e del dualismo giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico.

L'unico limite che incontrerebbe il giudice ordinario, così come quello amministrativo, è il divieto di sostituirsi alle scelte discrezionali dell'Amministrazione.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA:

V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966;

S. BATTINI, *Manuale di diritto pubblico*, Giuffrè 2014

S. BATTINI, *Codice di edilizia e urbanistica*, UTET, 2013

S.BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, CEDAM 2000

S. BATTINI, *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, a cura di Gianluca Gardini, Bononia university press, 2012

S. BATTINI, *Il personale*, in S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, IV edizione, Milano, Giuffrè, ISBN 88-14-15658-1, pp. 131-194;

S.BATTINI *Il personale* (a cura di), in L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 2009

S. BATTINI *Il personale*, in A. Sandulli (a cura di), *Diritto amministrativo applicato*, Milano, Giuffrè ISBN: 8814119066

S. BATTINI *Concorsi interni e cittadini esterni: la difficile coabitazione fra istituti di reclutamento e carriera*, in *Giornale di diritto amministrativo*

S. BATTINI *Rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, vol. V, p. 4814-4827.

S. BATTINI *Dirigenza pubblica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, vol. III, p. 1859-1867.

S. BATTINI *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, n. 4

S. BATTINI *La disciplina delle mansioni dei dipendenti pubblici fra status e contratto: per una “privatizzazione sostenibile”*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12/2006

F. BILANCIA *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002.

F. BILANCIA, *I diritti fondamentali e la loro effettività* in *Atti del Convegno su “Costituzione europea, costituzione economica, allargamento”*, Università degli Studi di Teramo, Facoltà di Giurisprudenza, 22-23 aprile 2005.

G. BERTI, *Commento art. 113*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1987;

L. BREGANTE, *Le azioni a tutela della proprietà e del possesso*
GIAPPICHELLI 2012

A. BRUNIALTI, *I diritti dei cittadini e la giustizia amministrativa in Italia*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1902;

F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano,

E. CANNADA BARTOLI, voce *Interesse (Dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972,

A. CARBONE, *Materiali per un corso sul processo amministrativo*, 2016

A. CARBONE, *La nullità*, in *Il processo amministrativo nella giurisprudenza : commento sistematico ai principali istituti : testo aggiornato al Decreto correttivo al Codice del processo amministrativo (D. lsg. 15 novembre 2011, n. 195)*, 2012;

V.CERULLI IRELLI, *Le questioni di giurisdizione nella giurisprudenza della Cassazione di Roma*, in *Le riforme crispiane, II, Giustizia amministrativa*, Milano 1990;

V. CERULLI IRELLI, *La riforma della giustizia amministrativa: considerazioni introduttive*, in *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205*, a cura di ID., Torino, 2000, 3;

V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004* in *Dir. proc. amm.* 2004, 3, 820;

V.CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. Dir. Pubbl. comunitario*, 2008;

V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011 (in particolare, CAP VIII, *La tutela giurisdizionale*, pagg. 205 e ss.);

V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012;

V.CERULLI IRELLI. *Legittimazione ordinaria e straordinaria nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. amm.* 2014

V.CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa*, Roma 2016

R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1-2, Montchrestien

F. CINTIOLI, *Disapplicazione (dir. Amministrativo)* in *Enc. Dir. Annali*, Milano 2010, vol. III;

C. CONSOLO *La questione di giurisdizione tra rilievo officioso in primo grado e translatio* in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*. (a cura di) Bruno Sassani - Riccardo Villata GIAPPICHELLI

C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 2014

C. CONSOLO, *la tutela di merito, cautelare ed esecutiva ed il rapporto giuridico processuale* 2014

A. CORPACI, *Note per un dibattito sul sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. Pubbl.* 2013

P. DEVOLVE, *La constitutionnalisation du droit administratif*, in *Cinquatième anniversaire de la Constitution française*, Dallotz, 2008;

M. DI LULLO, *L'invalidità degli atti della Pubblica Amministrazione in veste di datore di lavoro*, in *L'invalidità amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI – L. DE LUCIA, Torino 2009;

L. ELIA, *Appunti sul riparto tra le due giurisdizioni nella più recente giurisprudenza costituzionale (1980-1985)*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, 1987,

F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della Pubblica Amministrazione*, Torino 2002

M. FROMONT, *La place de la justice administrative française in Europe*, in *Droit administratif*, Julliet, 2008

- G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato*, Milano 1986
- Y. GAUDEMET, *Manuel de droit administratif*, 2012;
- M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 1964;
- M. S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, 1966;
- M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano , Giuffrè, 1970;
- E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1954;
- A.KLITSCHKE DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria*, Padova, 1961
- F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica* in *Dir. Proc. amm.* 1983
- F.LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, 2010
- M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, Napoli 2014
- M.LUCIANI, *Diritto alla salute-dir. cost.* in *Enc. Giuri. Treccani* 1991
- P. LUISSO, *Istituzioni di diritto processuale*. 2014
- A. LAMORGESE, *La giurisdizione contesa*, Torino 2014
- L. MANNORI- B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, 2004
- S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. V. Milano 2003

G. MIELE *La giustizia amministrativa*, a cura di G.. MIELE, *Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, Néri Pozza, 1968;

L. MONTESANO, *Magistrature ordinarie e speciali e arbitri nella giustizia civile secondo la Costituzione* in *Riv. Dir. civ.*, 1996;

M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1994, in particolare, parte II, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, pagg. 131-212;

V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, ivi, p. 63) ss.;

A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.* 1988

A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*. 2005

A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Rivista diritto processuale amministrativo*, 1994, 419.

D.PICONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, Napoli 2009;

A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'Amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004;

A. POLICE, *Inottemperanza della P.A. ai provvedimenti del giudice ordinario in materia di pubbl. Imp. ed esecuzione in forma specifica* in *Dir. proc. amm.* 2003

A. PROTO PISANI, *Il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro .it* 2001

A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie tra privato e Pubblica Amministrazione*, in *Foro it.* 2009

O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, V ed., Milano, Giuffrè,;

A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa e limiti alla giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975;

A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983,

A.ROMANO, *La giurisdizione esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Diritto processuale amministrativo*, GIUFFRÈ', 2004;

A. ROMANO, *Commento all'articolo 26 del R.D. 26 giugno 1924, n.1054 (T.U. Consiglio di Stato)* in A. ROMANO, R.VILLATA, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, CEDAM, 2009, III ed..

A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205/2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 ss.

A. ROMANO, *La nullità del provvedimento amministrativo in L'azione amministrativa* a cura di A. ROMANO, 2016.

A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, Utet, 1904;

A. SANDULLI, *La storia e i principi*, in *Diritto processuale amministrativo* a cura di A. SANDULLI, II ed. in *Corso di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE..

A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano, 1963.

M.SANINO, *Il nuovo riparto di giurisdizione "voluto" dalla Corte costituzionale*, II ed. Roma.

B. SASSANI, *Sul commissario dell'ottemperanza qual organo dell'esecuzione forzata* in *Riv. Dir. proc. civ.*

SASSANI B., *La giurisdizione esclusiva*, in *Trattato di Diritto amministrativo* a cura di CASSESE S

SASSANI, B., *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1999,

M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della Pubblica Amministrazione*, MILANO 1991

D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009.

F. SORRENTINO, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in questa Rivista, 1990, 68;

F.G.SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, GIUFFRÈ', 1990

F.G. SCOCA *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.* 1995.

F.G. SCOCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?* in *Giur. cost.*, 2004

F.G. SCOCA, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 2009.

AA.VV., *Giustizia amministrativa* a cura di F.G. SCOCA, 2016

G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. ORLANDO, vol. III, Milano, Società editrice libraria, 1901, p. 22) ss..

G. VERDE, *Ma cos'è questa giustizia amministrativa?*, in *Dir. proc. amm.* 1993.

G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione* in *Jiudicium.it*

R. VILLATA, *Scritti di Giustizia amministrativa*, 2016

P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, 1966

E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*
Giappichelli 2012

GIURISPRUDENZA:

CORTE COSTITUZIONALE

Corte cost., 23-07-2001, n. 275 *C. cost.le* n. 204/2004; *C. cost.le* n. 191/2006;
C. cost.le n. 140/2007; *Corte cost.*, 07-07-2010, n. 236 *Corte cost.*, 27-06-2012, n.
162, *Corte cost.*, 05-06-2013, n. 119; *Corte costituzionale* 30 aprile 2015, n. 71

CASSAZIONE

Cass. civ. SS.UU. n. 460/1891, caso *Laurens*; *Cass. civ. SS.UU.* n.
1657/1949; *Cass.*, *Sez. un.*, 2 novembre 1979, in *Foro it.*, 1979, I, 2548; *Cass.* 8
giugno 1981, n. 3687, in *Notiz. giurispr. lav.*, 1981, 440; *Cass.* 29 giugno 1981, n.
4250, in *Giust. civ.*, 1982, I, 181. *Cass.* 19 giugno 1982, n. 3773, in *Foro it.*, 1983, I,
113, con nota di M. BUONCRISTIANO; *Cass.* 27 maggio 1983, n. 3675, in *Foro it.*, 1984,
I, 1541 con nota di M. BUONCRISTIANO; *Cass.* 29 luglio 1999, n. 8231; 21 aprile 1993,
n. 4672, *Cass.*, *Sez. un.*, 25 maggio 2000, n. 43, in *Foro it.*, 2000, I, 2143; *Cass.*, *Sez.*
un., 14 luglio 2000, n. 494; *Cass.*, *Sez. un.*, 1 giugno 2000, n. 384, *Cass.*, *Sez. un.*, 29

gennaio 2001, n. 36, Cass., Sez. un., 1 luglio 2002, n. 9557 ; Cass., Sez. un., 2 luglio 2009, n. 15469, Cass., Sez. un., n. 15469/2009 cit.; Cass., Sez. un., ord. 27 giugno 2003, n. 10289; Cass., Sez. un., 27 giugno 2003, n. 10289, in Urb. app., 2003, 1410; Cass., Sez. un., 11 marzo 2004, n. 5055, Cass., Sez. un., ord. 11 marzo 2004, n. 5055,; Cass., 10 febbraio 2005, n. 2705, in Foro amm.-C.d.S., 2005, 1015. Cass., 29 marzo 2006, n. 7228; Cass., SS.UU. n. 13659/2006; Cass. SS.UU. 27187/2007; Cass., Sez. lav., 10 dicembre 2007, n. 25743, Cass., 1 dicembre 2010, n. 24382, Cass., 13 ottobre 2011, n. 21170; Cass. civ. Sez. Unite Ordinanza, 09-11-2012, n. 19391; Cass. civ. Sez. Unite Ordinanza, 06-05-2013, n. 10404; Cass. civ. Sez. Unite, 21-03-2013, n. 7045; Cass. civile Sez. unite 23 settembre 2013, n. 21671 Cassazione Civile Sez. Lavoro 14 aprile 2015 n. 7495; Cass. SS. UU. n. 22096 del 2015 e 735 del 2015, Cassazione a SS. UU. con ordinanza 8 aprile 2016 n. 6891, Cassazione a SS. UU. con ordinanza Sentenza n. 15283 del 25/07/2016

CONSIGLIO DI STATO

Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 1995, n. 1359; Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 1997, n. 187; Cons. Stato, Sez. VI, 11 dicembre 1999, n. 2071, Cons. Stato, Sez. VI, 15 gennaio 2002, n. 188 Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2002, n. 3892; Cons. Stato, Sez. V, 23 maggio 2003, n. 2783, Cons. Stato, Ad. plen., 29 aprile 2005, n. 2, Cons. Stato, , Ad. plen., 30 agosto 2005, n. 4, in Foro amm.-C.d.S., 2005, 2089, con nota di F. SAITTA, La plenaria interpreta (in parte) la 204; ma è improbabile che finisca qui; Ad. plen., n. 9/07, e n. 12/07; Cons. Stato, Ad. plen., Sez. VI, 6 novembre 2008, n. 5498, Cons. Stato, sez. VI, n. 587/09; Cons. Stato, Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1550; Cons. Stato, Ad. plen., n. 3/11 cit., Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2011, n.

1271, Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271; Cons. Stato, Sez. IV, 2 settembre 2011, n. 4970, Cons. Stato; Cons. Stato Sez. VI, 07-11-2012, n. 5639; Cons. Stato Sez. IV, 21-08-2013, n. 4226; Cons. Stato Sez. V, 30-08-2013, n. 4327; CDS Ad. Plenaria 29 luglio 2013, n. 17; CDS Ad. Plenaria 20 giugno 2014, n. 14; CDS Ad. Plenaria 29 gennaio 2014, n. 6; CDS Ad. plenaria 4 marzo 2015 n. 2; Cons. Stato (Ad. Plen.), 09-02-2016, n. 2

Carlo Bellesini