

L'affacciarsi della questione.

Il primo criterio in ordine di tempo è stato (implicitamente) formulato dalla L.30.10.1859 n. 3708, in base alla quale le controversie tra l'amministrazione ed il cittadino venivano attribuite, tenuto conto dell'enumerazione effettuata¹, ai Tribunali del contenzioso amministrativo (che allora erano costituiti dai Consigli di governo in sede provinciale e dal Consiglio di Stato in sede di appello (il quale peraltro aveva anche una giurisdizione in prima ed ultima istanza, ad es. controversie tra Stato e i suoi creditori per l'interpretazione dei contratti di prestito pubblico e relativa normativa) se concernevano diritti soggettivi pubblici o semplici interessi individuali, da riconoscere e tutelare compatibilmente con l'interesse pubblico, secondo criteri di equità e di convenienza.

Sulle rimanenti materie, non enumerate nella L. n. 3708/1859, in linea di massima restava ferma, non esistendo un giudice con competenza generale su tutte le questioni amministrative, la competenza dell'amministrazione, che provvedeva sui reclami presentati in via amministrativa, salvo che non vi fosse una stretta analogia con le materie di competenza del contenzioso amministrativo e si trattasse di questioni sopra un diritto leso da un atto amministrativo².

Allora giudice dei conflitti tra giudice ordinario e i Tribunali del contenzioso era il Re, che decideva con decreto reale, sentito il Consiglio di Stato a sezioni riunite.

I primi criteri di riparto (atti di impero e di gestione; atti discrezionali ed atti vincolati).

Aboliti i tribunali del contenzioso amministrativo con la legge n. 2248 del 1865 all., salvo l'attribuzione di alcune materie al Consiglio di Stato e deferimento allo stesso della risoluzione dei conflitti tra autorità amministrativa e giudiziaria, il criterio di riparto³ si fondò essenzialmente sulla distinzione tra atti di impero (di diritto pubblico o nell'interesse pubblico) e di gestione (di diritto privato o nell'interesse economico) della P.A., ammettendosi la giurisdizione ordinaria con riferimento ai secondi. Talvolta, però, si individuava nella discrezionalità della P.A. la ragione della esclusione della tutela giudiziaria, così come altre volte il carattere imperativo dell'atto non era ritenuto sufficiente per negare qualsiasi tutela giudiziaria (ad es. in caso di espropriazione per p.u. adottata senza l'osservanza delle forme prescritte)⁴.

Affidata la risoluzione dei conflitti alla Corte di Cassazione con la L.n. 3761 del 31.3.1877, accanto al criterio della distinzione tra atti di impero e di gestione venne affermandosi il principio secondo cui il giudice ordinario aveva giurisdizione anche nei confronti degli atti di impero lesivi dei diritti soggettivi

dei privati purchè la controversia si limitasse alla legalità estrinseca dell'atto (forme e competenza).

Anzi, le questioni di forma e di competenza talvolta furono ritenute di competenza del giudice ordinario pur in relazione a situazioni soggettive che oggi diremmo di interesse legittimo (all'epoca non era ben chiara la distinzione tra diritto e altri interessi) in quanto se l'autorità amministrativa procedeva con eccesso di potere o senza le forme prescritte, fuori dei limiti ad essa assegnati, con il suo atto ledeva l'interesse del cittadino, ma questo interesse in quanto tutelato doveva ritenersi un diritto⁵. Inoltre, alcuni atti furono ritenuti dalla Cassazione di gestione, mentre in realtà erano di impero.

L'effetto estintivo della posizione di diritto soggettivo ad opera del provvedimento amministrativo, anche se invalido, all'inizio non fu chiaramente avvertito dalla Cassazione, la quale ritenne competente il giudice ordinario a sindacare l'atto amministrativo per stabilire se esso si fosse mantenuto nei limiti della legalità, rispettando forme e competenza⁶. Sostanzialmente si verificò una certa espansione della giurisdizione ordinaria, in quanto questa veniva esclusa non rispetto all'atto di impero in quanto tale ma solo se la lesione del diritto soggettivo fosse avvenuta legittimamente⁷.

Istituita, con L. n. 5592 del 31.3.1889, la IV Sez. del Consiglio di Stato (che iniziò ad operare il 13.3.1890) ad essa furono attribuiti in generale “i ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere e violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbia per oggetto “un interesse di individui o di enti morali giuridici”⁸, 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).

I criteri del petitum e della causa petendi.

Sorse immediatamente incertezza sulla natura amministrativa o giurisdizionale del nuovo organo e furono proposti davanti ad esso numerosi ricorsi (per la celerità del rito e possibilità di ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo, che il giudice ordinario al più poteva disapplicare), elaborandosi dal prof. V. Scialoja la teoria del petitum, in base alla quale quello che valeva era la richiesta di annullamento dell'atto per radicare la competenza della IV Sez., potendosi il diritto soggettivo far valere come interesse, in quanto nel più (diritto) doveva ritenersi compreso il meno (interesse). Ma la Cassazione ritenne quasi subito la natura giurisdizionale del nuovo organo (Cass. 21.3.1893, in Giustizia amm.va, 1893), che fu poi confermata in sede legislativa con l'istituzione della V Sezione

con la L.n. 62/1907⁹, ed inoltre precisò che occorreva aver riguardo unicamente alla posizione soggettiva fatta valere (criterio della causa petendi) per la ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo (caso Laurens, relativo ad un provvedimento limitativo dell'attività di agente di emigrazione: Cass. 24.6.1891).

Per cui fu ritenuto, che dopo la istituzione della IV sezione, la legalità di cui si doveva occupare il giudice ordinario nei confronti degli atti amministrativi era solo quella relativa a posizioni di diritto soggettivo, poiché sugli interessi decideva ormai il magistrato amministrativo¹⁰. Tale opinione è ribadita in Cass.s.u. 28.2.1914 (in giustizia amm., 47), ove si precisa, con riferimento ad un provvedimento di licenziamento per motivi disciplinari, che la sostanza del provvedimento era nella facoltà della p.a., mentre le forme con cui tale licenziamento era stato preso sfuggivano al giudice ordinario, essendo di competenza del Consiglio di Stato in quanto materia amministrativa.

Contemperamento dei criteri della causa petendi e del petitum.

Poi la Corte di Cassazione a sezioni unite (sentenza del 24.3.1916, pres. Mortara) accolse il criterio del petitum, confermato in alcune decisioni del Consiglio di Stato (principalmente la V sezione, ad es. nella decisione n. 272 del 10.5.1929), finché tale criterio non fu definitivamente ripudiato dal Cons. di Stato A.P.n.1 e 2 del 14.6.1930, pres. Romano, e quindi da Cass. S.U. del 25 e 30.11.1931, pres. d'Amelio, in quanto la giurisdizione doveva essere determinata dal contemperamento della causa petendi con il petitum (in effetti, prevalenza della causa petendi, in quanto il petitum viene a circoscrivere internamente le pronunce ammissibili da parte del giudice avente giurisdizione).

Riforma del 1923-1924 e la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Intanto, gli inconvenienti riscontrati venivano posti alla base della tendenza a superare il criterio di riparto fondato sulla dicotomia diritti soggettivi -interessi legittimi. Una strada che d'altronde, di fronte alle difficoltà di discernere, specie per determinate materie, all'interno di una stessa controversia le questioni aventi ad oggetto l'una o l'altra situazione soggettiva, fu intrapresa dal legislatore a partire dal 1923 (art. 8, r.d. 30 dicembre 1923 n. 2840) con l'istituzione, per determinate materie, della giurisdizione amministrativa esclusiva diretta a concentrare presso il giudice amministrativo tutte le controversie, senza distinguere tra diritti soggettivi ed interessi legittimi¹¹. È da notare però che, nonostante tale istituzione, veniva fatta comunque sempre salva (art. 9, r.d. n. 2840, cit. ed art. 30 T.U del 1924, cit.), la competenza del giudice ordinario per le

questioni «attinenti a diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di legittimità dell'atto o del provvedimento contro cui si ricorre», il che significava per tutte le controversie aventi carattere risarcitorio¹².

Dottrina della degradazione del diritto soggettivo e criterio di riparto basato sulla carenza di potere o dello scorretto esercizio del potere da parte della P.A..

La competenza del giudice ordinario sui provvedimenti amministrativi lesivi di diritti soggettivi per sindacare gli aspetti vincolati dell'atto si è trascinata per lungo tempo (è significativa la circostanza che nel concordato del 1929 tra i presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato -rispettivamente d'Amelio e Romano - tale criterio è ricordato espressamente¹³), ma poi si è precisato (Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 1946; sez. IV, 15 aprile 1947, n. 132), che a fronte dell'esercizio di poteri amministrativi di carattere discrezionale o comunque autoritativo, le situazioni soggettive di diritto vengono tutelate nella forma propria degli interessi legittimi, cioè davanti al giudice amministrativo (c.d. dottrina della degradazione¹⁴); che di fronte al potere discrezionale della p.a. il diritto soggettivo del singolo si attenua nella sua consistenza e si trasforma in interesse legittimo (purchè un potere discrezionale di disporre di quel diritto sia conferito alla p.a.) e come tale può ricevere protezione solo dal giudice amministrativo, per cui il criterio di riparto, deve effettuarsi secondo che sia contestato la carenza di potere della p.a. o lo scorretto esercizio del potere (Cass.s.u. n.1657 del 4.7.1949, pres. Ferrara). Ciò vale anche nel caso di annullamento d'ufficio (ma il discorso va esteso alla revoca) di un atto cui siano collegati diritti soggettivi (sia pure per effetto di contratti stipulati con la p.a. a seguito dell'atto poi annullato), atteso che il potere di annullamento d'ufficio ha carattere discrezionale e la correlativa posizione del privato ha solo consistenza di interesse legittimo all'annullamento dell'atto che tale posizione abbia modificato (Cass.s.u.10.6.1955 n.1785, n.4289 del 20.4.1991).

Entrata in vigore della Costituzione repubblicana (1° gennaio 1948).

La Costituzione contiene numerose norme in materia di giustizia amministrativa¹⁵ ed in particolare:

L'art. 24 afferma il principio generale della tutela (giurisdizionale) sia dei diritti che degli interessi legittimi (dove, per interessi legittimi indiscutibilmente si intendono le situazioni soggettive protette nei rapporti con le pubbliche Amministrazioni);

L'art. 97 pone i principi fondamentali del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione, che riguardano non solo l'aspetto organizzativo degli apparati pubblici ma anche la loro attività (V. Corte cost. n.153/1997 e n. 40/1998);

L'art. 100, comma 1, individua il Consiglio di Stato come organo «di consulenza giuridico amministrativa» nonché «di tutela della giustizia nell'amministrazione» (dove per «tutela della giustizia» si intende sia la tutela di carattere giustiziale, ad esempio quella esercitata in sede consultiva nei ricorsi al Presidente della Repubblica, sia quella propriamente giurisdizionale);

L'art. 103, comma 1, l'art. 113, commi 1 e 2 e l'art. 111, ult. comma, individuano l'ambito della giurisdizione amministrativa come quella intesa alla «tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge¹⁶, anche dei diritti soggettivi» (così, l'art. 103, comma 1). Tutela che non può essere «esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti» (così, l'art. 113, comma 2). Essa, come quella che ha ad oggetto segnatamente «gli atti della pubblica amministrazione», è sempre ammessa», tanto se abbia ad oggetto diritti, quanto interessi legittimi, con la distinzione, tuttavia, che nel primo caso essa ha sede presso gli «organi di giurisdizione ordinaria», nel secondo caso presso gli organi di giurisdizione «amministrativa»(così l'art. 113, comma 1).

La tutela dell'interesse legittimo appare riservata, secondo la corrente interpretazione dell'art. 103, 1° comma, al giudice amministrativo¹⁷, ma trattasi di opinione non condivisibile in assoluto, dovendosi tener conto anche dell'art. 113, ultimo comma, il quale prevede che sia la legge a determinare gli organi di giurisdizione che possono annullare gli atti della pubblica amministrazione, precisandone i casi e gli effetti¹⁸.

L'art. 111, ultimo comma, stabilisce un limite al controllo in Cassazione delle decisioni assunte in sede di giurisdizione amministrativa dal Consiglio di Stato (come organo di giustizia amministrativa di secondo grado: cfr. art. 125), nel senso che il ricorso avverso tali decisioni è ammesso «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione»¹⁹;

l'art. 113, ult. comma, consente alla legge di determinare «quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica Amministrazione nei casi e con gli effetti stabiliti dalla legge stessa». Non solo perciò agli organi della giurisdizione amministrativa è riservato tale potere, secondo gli antichi principi

derivanti dalle leggi rivoluzionarie francesi e da noi ribaditi dalle due leggi fondamentali del 1865 e 1889. Ma è il legislatore a stabilire a quali organi di giurisdizione esso spetta: e perciò, in via di principio anche agli organi della giurisdizione ordinaria (V. Corte Cost. n. 275/2001).

L'art. 125 prevede l'istituzione presso ciascuna regione di «organi di giustizia amministrativa di primo grado» (gli «altri organi di giustizia amministrativa» che, insieme al Consiglio di Stato, esercitano, secondo l'art. 103, la giurisdizione amministrativa), direttiva poi attuata con la L. n.1034/1971, istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali.

Come si vede, si tratta di principi molto estesi ed incisivi, che stabiliscono i criteri sui quali si regge il sistema del riparto tra le giurisdizioni delle controversie nei confronti della pubblica amministrazione; e si spingono sino a disciplinare istituti positivi, quali il ricorso per Cassazione e l'azione di annullamento degli atti amministrativi. E in ciò, appunto, la nostra Costituzione rappresenta un caso unico nell'ambito delle Costituzioni europee.

Si tratta, in larga misura, di principi consolidati nel sistema positivo quale si era formato attraverso una tormentata evoluzione, di cui sono state indicate le tappe fondamentali, nei decenni anteriori alla Costituzione. Talché, è affermazione corrente che le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa avrebbero cristallizzato, ma con la forza di livello costituzionale, il sistema come delineato in precedenza²⁰.

Invero, i caratteri propri del sistema di giustizia amministrativa formatosi nel nostro ordinamento nei decenni anteriori alla Costituzione, si ritrovano nel testo costituzionale, che conferma la duplicità delle giurisdizioni, il criterio di riparto fondato sulla distinzione tra situazioni soggettive, la possibilità che in determinate materie il giudice amministrativo conosca anche delle controversie concernenti diritti; e si spinge sino a stabilire il limite del controllo in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato ai motivi attinenti alla giurisdizione, secondo quanto stabilito dall'antica legge del 31 marzo 1877 n. 3761. Tuttavia il testo costituzionale contempla anche alcuni principi innovativi dell'antico sistema; segnatamente su due punti.

Anzitutto, quello che possiamo denominare il principio della pienezza della tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche Amministrazioni, principio che emerge dall'art. 24, laddove la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi è equiparata a quella dei diritti, come tutela piena, capace di utilizzare tutti gli

strumenti previsti dall'ordinamento (e questo principio, vedremo quali importanti sviluppi ha avuto nell'ultimissima fase di evoluzione del nostro sistema positivo); e nell'art. 113, comma 2, laddove si stabilisce che questa tutela non possa essere esclusa a fronte di determinati atti o limitata a particolari mezzi di impugnazione, secondo quanto, viceversa, veniva praticato nell'antecedente legislazione.

Il secondo punto di innovazione è dato dall'affermazione del principio di cui all'art. 113, ult. comma, che il legislatore possa determinare quali organi di giurisdizione abbiano il potere di annullare gli atti della pubblica amministrazione, superando in ciò l'antico divieto di cui all'art. 4 della legge del 1865.

Rilevanza della direzione della norma per la qualificazione della posizione soggettiva tutelata (norme di azione e norme di relazione).

La giurisprudenza successiva ha precisato (Cass.s.u. n. 2944 dell'11.10.1955) che non è sufficiente per aversi diritto soggettivo che uno dei momenti della condotta della p.a. sia vincolato, atteso che tra i vizi denunciabili contro gli atti amministrativi è compreso quello di violazione di legge e di incompetenza (oltre l'eccesso di potere), che attengono appunto ai momenti vincolati dell'azione amministrativa, per cui il criterio è dato dalla funzione del comando rispetto all'azione della p.a. e dalla posizione che esso vi assume l'interesse in esso protetto. Se la norma è diretta a regolare l'attività della p.a. in vista del perseguimento dell'interesse pubblico (norma di azione), la tutela del privato non può che essere subordinata, riflessa o indiretta. Se invece il comando legislativo riconosce al privato una posizione autonoma, con rilevanza esterna, che esorbita cioè dalla sfera della P.A., ivi si è di fronte ad un diritto soggettivo perfetto tutelabile davanti al giudice ordinario (norma di relazione)²¹. Inoltre, l'affievolimento del diritto soggettivo in interesse legittimo non è ricollegabile in modo automatico alle disposizioni legislative che prevedono in astratto il potere della p.a. di sacrificare la situazione soggettiva del privato ma all'effettivo concreto esercizio del relativo potere (Cass. s.u. n.186 del 21.1.1956, est. Torrente).

Abbandono (ma non tanto) del criterio della prospettazione.

Negli anni 1950-1960, sembra consolidarsi l'abbandono della teoria della prospettazione, secondo cui il giudice ordinario può statuire in ordine a pretese rivolte contro atti della p.a. se il privato neghi in radice il potere della p.a., mentre

è competente il giudice amministrativo se il privato affermi che la questione concerne l'illegittimo esercizio del potere di cui non neghi l'esistenza.

Invero la giurisdizione, a prescindere dalla prospettazione delle parti, va determinata accertando da parte del giudice se effettivamente si controverte di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, ovvero se la questione concerne effettivamente l'esistenza del potere o l'esercizio di esso (V.Cass s.u. n.3457 del 24.10.1958, est. Rossano, e recentemente Cass.s.u. n.12.523 del 5.12.1995)²².

Talvolta, tuttavia la Cassazione sembra insistere su questi aspetti vincolati dell'atto amministrativo per giustificare la propria giurisdizione rispetto al giudice amministrativo (ad es. Cass.s.u n.3192 del 25.3.1991, in caso di riscatto anticipato per l'acquisto della proprietà di un terreno di riforma fondiaria; Cass.s.u. n.8576 del 23.8.1990, in caso di rilascio della carta di circolazione per autobus destinati ad uso privato; in materia di indennizzi per beni perduti all'estero, Cass.s.u. n.1117 del 15.2.1990 e n.4941 del 4.5.1991; contra TAR Lazio-sez.3 n. 243 del 14.3.1992. Attualmente l'art. 2 L.n.98/1994, attribuisce espressamente la giurisdizione in materia di indennizzi per beni perduti all'estero al giudice ordinario).

La giurisdizione ordinaria sui diritti patrimoniali consequenziali rimane ferma anche con l'istituzione dei tribunali amministrativi regionali di cui alla L. 6.12.1971 n. 1034 per espressa previsione contenuta nell'art. 7 (precisandosi che "il TAR nelle materie deferite alla sua giurisdizione esclusiva conosce anche di tutte le questioni relative a diritti. Restano, tuttavia, sempre riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni attinenti a diritti patrimoniali consequenziali dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre"). Detta legge però devolve al giudice amministrativo (art. 5) una nuova materia di giurisdizione esclusiva, cioè "i ricorsi contro atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni e servizi pubblici", senza distinguere tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, riservando però al giudice ordinario "le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi"²³.

Pertanto, il sistema di riparto delineato è sostanzialmente confermato dalla L. n.1034/1971, pur apportando detta legge una grande novità organizzativa periferica con l'istituzione dei tribunali amministrativi regionali, cui vengono attribuite in primo grado le materie già di competenza del Consiglio di Stato e della G.P.A., essendo stata la composizione di quest'ultima dichiarata incostituzionale (Corte cost. n. 30/1966 e n. 33/1968), mentre il Consiglio di Stato diventa giudice di appello.

Consolidamento del criterio di riparto basato sulla formula carenza-difettoso esercizio del potere da parte della p.a.

Pur nella difformità delle locuzioni adoperate, viene infine prevalentemente adottato il criterio di riparto basato sulla formula carenza-difettoso esercizio del potere da parte della P.A., che sostanzialmente non è stato più rinnegato (ma vi può essere anche l'utilizzazione contemporanea di altri criteri: norme di azione e di relazione, potere discrezionale e vincolato), anche se talvolta si afferma che la carenza di potere non va accertata solo in astratto ma anche in concreto, il che accade principalmente a proposito dei provvedimenti ablatori dei diritti dei privati (ad es. espropriazione, requisizione, occupazione d'urgenza), in ordine ai quali vi sarebbe la giurisdizione del giudice ordinario ogni qualvolta non siano stati osservati nel relativo procedimento i limiti stabiliti dalla legge in funzione della tutela del diritto soggettivo (V. Cass. s.u., n.179 del 2.2.1963 e n. 2693 del 21.8.1972), ma trattasi di orientamento non condiviso dal giudice amministrativo, che a fronte di un provvedimento autoritativo generalmente declina la propria giurisdizione solo nel caso in cui accerti una carenza in astratto del potere esercitato dalla p.a. (V. Cons.Stato, sez.IV n. 214 del 27.2.1993); ma eccezionalmente anche quest'ultimo ha ritenuto di dover verificare la carenza di potere in concreto (V. Cons.di Stato, sez.VI n.58 del 30.1.1991, in materia di esercizio intempestivo da parte della p.a. del potere di prelazione di beni storici ed artistici).

Comunque, occorre evidenziare che i criteri via via enunciati dalla giurisprudenza, proprio perchè non previsti dal legislatore (e principalmente dalla Costituzione), hanno carattere empirico e quindi non possono che suggerire degli orientamenti di massima, dal momento che essi non sono di per sé risolutivi ma sostanzialmente trasferiscono la problematica della distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi su altri versanti, a loro volta peraltro non del tutto pacifici per lo meno nelle zone di confine.

Come si procedeva in concreto al riparto di giurisdizione prima delle riforme del 1998-2000.

Innanzitutto, occorre (ed occorre anche attualmente) determinare se in una determinata materia esistono delle disposizioni legislative che attribuiscono al giudice ordinario o a quello amministrativo le relative controversie ed i limiti di una tale giurisdizione esclusiva, in cui cioè si prescinde dalla distinzione diritto soggettivo-interesse legittimo. Si può fare l'esempio delle controversie relative a provvedimenti di espulsione dal territorio dello Stato, di competenza del giudice ordinario ex art. 13 D. L.vo n. 286/1998; ma nel caso dell'espulsione disposta dal

Ministro dell'interno per motivi di ordine pubblico (art. 13 comma 1) o di sicurezza dello Stato (comma 11), la giurisdizione spetta al giudice amministrativo ed in primo grado al Tar del Lazio.; o contro il diniego e la revoca del permesso di soggiorno, di competenza del giudice amministrativo ex art. 6 D. L.vo n. 286/1998; delle questioni inerenti al rapporto di pubblico impiego oppure relative ad atti e provvedimenti concernenti rapporti di concessione di beni e servizi pubblici, che sono di competenza del giudice amministrativo (ma se si tratta di diritti patrimoniali consequenziali sono del giudice ordinario); oppure a indennizzi per beni perduti all'estero, assegnate al giudice ordinario ex art. 21 L.n.94/1994; oppure alle controversie in tema di contributi in tema di rilascio della concessione edilizia, assegnate al giudice amministrativo ex art. 13 L. n.10/1977;

-Una volta stabilito che non si rientra in una disciplina specifica sulla giurisdizione, occorre (ed occorre) procedere secondo i criteri in precedenza enunciati ed in particolare in base a quello della carenza di potere o cattivo esercizio di esso, ovvero sulla base della natura giuridica della situazione soggettiva fatta valere (diritto soggettivo o interesse legittimo), che risulta tenendo presente le singole fattispecie e relativa disciplina normativa.

Per semplificare, si possono tener presente i seguenti principi direttivi:

-se si partecipa ad un concorso di pubblico impiego²⁴ od a una gara di aggiudicazione di un appalto pubblico, oppure si chiede alla p.a. l'adozione di un provvedimento accrescitivo della propria sfera giuridica (ad es.un'autorizzazione, una concessione, una licenza, un nulla osta), in linea di massima la posizione vantata dal privato ai fini dell'emanazione del provvedimento favorevole è al più di interesse legittimo (di carattere pretensivo);

-parimenti appartengono in linea di massima al giudice amministrativo le controversie attinenti alla spettanza ed alla quantificazione di sovvenzioni, contributi economici, sussidi e premi quando sussiste al riguardo un potere discrezionale della p.a. circa le forme ed i mezzi più opportuni da adottare per la realizzazione delle finalità di pubblico interesse (V.Cass. s.u. n 13031 del 4.12.1991 e n.12207 del 25.11.1995);

-vi sono però dei casi, sia pure eccezionali, in cui la posizione del privato, che pur chiede alla p.a. l'emanazione di un atto ampliativo, è di diritto soggettivo. Ciò si verifica nell'ipotesi di ausili finanziari, sussidi e aiuti economici (anche comunitari) allorché la p.a. può solo accertare la presenza di determinati presupposti, senza aver il potere di contribuire alla creazione o all'amministrazione del diritto al contributo previsto dalla legge (V.Cons.di Stato,

sez.V n.202 dell'8.2.1995, sez.VI n.763 del 31.5.1996); ma la materia è opinabile dal momento che è difficile stabilire se la relativa normativa sia diretta a tutelare in modo prevalente l'interesse privato rispetto a quello pubblico²⁵;

-per la iscrizione in albi professionali, generalmente la posizione del privato è di diritto soggettivo, occorrendo solo verificare specifici presupposti determinati dalla legge (V.Cass.s.u. n.1613 del 9.2.1993 e n.5803 del 25.5.1995; Cons.Stato-sez.VI n.764 del 31.5.1996), per cui le relative controversie appartengono generalmente al giudice ordinario²⁶;

-i provvedimenti di annullamento d'ufficio o revoca per motivi di interesse pubblico di un precedente provvedimento, salvo che non vi sia carenza di potere, incidono su posizioni di interesse legittimo e quindi la giurisdizione è del giudice amministrativo, in quanto essi sono espressione di un potere discrezionale della p.a. (V. Cass.su n.11491 del 22.11.1993);

-il provvedimento di decadenza da un rapporto pubblicistico con la p.a. (che generalmente si ricollega ad un inadempimento di specifici obblighi convenzionali da parte del privato) ha ad oggetto una situazione di diritto soggettivo, per cui la relativa contestazione appartiene alla giurisdizione ordinaria, salvo che si tratti di concessione di beni e servizi pubblici di cui all'art.5 L. n. 1034/1971²⁷ o di convenzioni ex art.11 L.n.241/1990 (V. cons.Stato, sez.IV n.1010 del 12.12.1994).

-le contestazioni dei provvedimenti ablatori (ad es. espropriazione, requisizione e occupazione d'urgenza) sono generalmente del giudice amministrativo, essendo la posizione del privato che adduca un cattivo esercizio del potere di interesse legittimo (di carattere oppositivo), salvo che non si faccia valere la carenza di potere della p.a. oppure non si chieda la determinazione dell'indennità dovuta, in tal caso la giurisdizione è del giudice ordinario (V.Cass. S. U. nn.4986 e 4987 del 6.5.1995);

-le controversie avverso atti organizzativi della p.a. (con i quali l'Ente realizza la propria struttura in tutte quelle componenti che appaiono necessarie per porlo in condizione di realizzare i fini di interesse pubblico assegnatigli: V.Cass.s.u n.3221 del 20.7.1977), anche se relativi ad Enti pubblici economici, sono di competenza del giudice amministrativo (V.Cass.s.u n.11675 del 5.12.1990, n.637 del 19.1.1993 e n.1394 del 4.2.1993)²⁸.

Privatizzazione del rapporto di pubblico impiego.

La l. 23 ottobre 1992 n. 421, art. 2, nel conferire delega al governo per realizzare la c.d. privatizzazione del pubblico impiego, stabilì che allo spirare di un periodo

transitorio, fissato nel minimo in tre anni, le controversie di lavoro riguardanti i pubblici dipendenti dovessero essere devolute alla giurisdizione del giudice ordinario. La normativa delegata è stata dettata dal d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 che ha lasciato ferma la giurisdizione amministrativa per un periodo transitorio dopo di che le controversie sono state devolute al giudice ordinario, con effetto dal 1° luglio 1998 (artt. 63 e 69 D. L.vo 30.3.2001 n.165 in sostituzione della normativa di cui al D. L.vo n. 29/1993 e successive modificazioni).

In particolare, è stata disposta dal citato art. 63 la devoluzione al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano 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.

Il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati. Le sentenze con le quali riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro.

Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'articolo 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, e le controversie, promosse da organizzazioni sindacali, dall'ARAN o dalle pubbliche amministrazioni, relative alle procedure di contrattazione collettiva di cui all'articolo 40 e seguenti del presente decreto.

Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3²⁹, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi.

Le questioni fondamentali di riparto di giurisdizione poste dalla privatizzazione del rapporto di pubblico impiego sono essenzialmente tre:

-L'ampia formula adoperata per la devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (incluse quelle concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti) è tale da precludere qualsiasi intervento della giurisdizione amministrativa anche sugli atti organizzativi?

E' pur vero che ormai sono attribuite alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria tutte le controversie inerenti ad ogni fase dei rapporti di lavoro considerati dalla stessa norma, dalla loro instaurazione fino all'estinzione (compresa ogni vicenda modificativa ed in particolare il conferimento e la revoca di incarichi dirigenziali), ma deve ritenersi che resta ferma la qualificazione di atti amministrativi autoritativi per lo meno degli gli atti organizzativi generali (ovverosia disciplinanti le linee fondamentali dell'organizzazione degli uffici, tra cui la definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione, ai sensi dell'art. 3 d.lgs. n. 29-1993, nel testo sostituito dall'art. 3 del d.lg.s. n. 80-1998) e per gli atti relativi alle procedure concorsuali (quarto comma art. 68 d. lgs. n. 29/1993, come sostituito dall'art. 29 d.lgs.n. 80/1998). Invece, ogni atto di gestione di tali rapporti (compresi gli atti organizzativi attuativi degli atti organizzativi generali) risulta privo di connotazione autoritativa e rappresenta espressione non di una potestà amministrativa, ma - come prevede il citato art. 4, 2° comma, del d.lgs. n. 29-1993, nel testo sostituito dall'art. 4 d.lgs.n. 80/1998- della capacità e dei poteri del privato datore di lavoro (cfr. Cass. Sez. Un. 24 febbraio 2000 n. 41 e n. 9650 del 17.7.2001). Irrilevante è poi, ai fini della giurisdizione ordinaria, che la controversia presupponga la conoscenza incidentale di atti amministrativi, che se determinanti ai fini della decisione possono essere disapplicati, ove illegittimi, dal giudice ordinario, l'eventuale impugnativa; davanti al giudice amministrativo di tali atti non costituisce causa di sospensione del processo ai sensi dell'art. 68, 1° comma, d.lg. 3 febbraio 1993 n. 29, come sostituito dall'art. 29 d.lg. n. 80/1998.

Dette disposizioni sono state sostanzialmente trasfuse negli artt. 2, 4, 5 e 63 d.lg. 30 marzo 2001 n. 165, che hanno confermato la distinzione tra atti organizzativi generali ed atti organizzativi attuativi ai fini del riparto di giurisdizione nell'ambito del pubblico impiego privatizzato (cfr. Cass. S. U. n.6348 del

18.4.2003: che oppone gli atti amministrativi generali agli atti di gestione ed organizzazione del personale).

In conclusione, avverso gli atti organizzativi generali delle pubbliche amministrazioni nell'ambito del pubblico impiego privatizzato deve ammettersi una doppia tutela (anche contemporaneamente), per cui gli interessati possono rivolgersi al giudice ordinario per chiedere l'accertamento dei loro diritti anche se vi sono atti amministrativi presupposti, ma possono anche adire direttamente il giudice amministrativo, a tutela dei loro interessi legittimi, per chiedere il annullamento degli atti autoritativi presupposti che siano immediatamente lesivi, giudizi che hanno vita autonoma stante l'espressa esclusione della sospensione dei processi.

La giurisdizione amministrativa sugli atti organizzativi generali nell'ambito dell'impiego pubblico privatizzato è ammessa generalmente dal giudice amministrativo (V. Cons. di Stato, sez. V n .128/2006; TAR Basilicata n. 544/2006, che distingue atti di macroorganizzazione-che riguardano le linee fondamentali degli assetti degli uffici e che si estrinsecano a monte del rapporto di pubblico impiego e perciò implicano l'esercizio di poteri pubblicistici- e di microrganizzazione o di gestione) e dal giudice ordinario (V. Cass. S. U. Ord. 21592 dell'8.11.2005, secondo cui costituisce attività autoritativa delle pubbliche amministrazioni, nel cui ambito si iscrive, ai sensi dell'art. 2, primo comma, del decreto legislativo 30 marzo 2001, la cd. "configurazione strutturale" degli uffici, e cioè l'indicazione delle linee fondamentali dell'organizzazione, l'individuazione degli uffici di maggiore rilevanza, la precisazione dei modi di conferimento della titolarità dei medesimi e la determinazione delle piante organiche. A tale configurazione l'amministrazione deve provvedere mediante atti organizzativi, di natura normativa o meno). Per cui sono astrattamente configurabili situazioni di interesse legittimo, in presenza di atti amministrativi che, rispetto agli atti organizzativi e di gestione dei rapporti di lavoro (conferimento della qualifica dirigenziale, attribuzione degli incarichi) assumono il ruolo di "atti presupposti", salvo poi a dovere stabilire nel caso concreto il carattere autoritario o meno dello specifico atto posto in essere.

Determinazione dell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo “sulle controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”.

Con sentenza n.15403/2003, la Cassazione S. U. , dopo varie oscillazioni anche del giudice amministrativo, è stato affermato il principio secondo cui rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo non solo le controversie inerenti a

concorsi pubblici ma anche quelle relative ai concorsi interni finalizzati a consentire l'inquadramento in un'area o fascia superiore. Tale principio è stato ulteriormente puntualizzato: in materia di concorsi interni, infatti, è stata effettuata una peculiare e condivisibile distinzione tra concorsi finalizzati al passaggio da una qualifica all'altra ma nell'ambito della medesima area, e quelli intesi a consentire il passaggio da un'area (o fascia) ad un'altra, di talché solo i primi rimangono attratti alla giurisdizione del giudice ordinario mentre i secondi rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo (Cassazione 3948/04, 10183/04). Trattasi di una distinzione che può ritenersi fondata e basata sulla constatazione del dato di fatto che la classificazione del personale pubblico contrattualizzato (frutto della legge e della contrattazione collettiva) non conosce più le qualifiche funzionali ma è stata effettuata in ragione di macroaree all'interno delle quali sono delineate diverse posizioni economiche con una sostanziale interfungibilità dei connessi profili professionali e delle connesse mansioni. L'interfungibilità, peraltro, trova giustificazione in una maggiore flessibilità nell'impiego del personale dipendente con conseguente ottimizzazione delle risorse e dei risultati prefissati; flessibilità che, tuttavia, conosce il limite dell'area di inquadramento. Stando così le cose, e attribuita al lemma "assunzione" (articolo 63) un'accezione non ristretta ai soli casi di prima immissione del pubblico dipendente nella pubblica amministrazione, ma estesa ai casi di novazione del rapporto di lavoro per via dell'acquisizione di un nuovo inquadramento, la giurisprudenza di legittimità (anche in piena coerenza e saldatura con i principi espressi dalla Corte costituzionale con le note decisioni 314/97, 1/1999, 4/2001, 194/02, 273/02 e dalla giurisprudenza amministrativa: ex plurimis, CdS, prima sezione, parere 3348/02; sesta sezione, 6510/04; quarta sezione 2988/05 e 2881/05) è attestata sulle seguenti posizioni (per tutte Cassazione, Sezioni unite n.3948/04, che ha dato una sistemazione all'indirizzo avviato con Cassazione, Sezioni unite 15403/03):

1) sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo per i concorsi finalizzati al primo ingresso (assunzione vera e propria) nella pubblica amministrazione;

2) lo stesso dicasi per concorsi aperti agli esterni e agli interni alla pubblica amministrazione, indipendentemente se trattasi per questi ultimi di passaggio di area o meno; oppure per concorsi riservati agli interni e finalizzati contestualmente al passaggio di posizione economica all'interno dell'area per alcuni partecipanti, nonché al passaggio di area per altri (V. ordinanza della Cass. S. U n. 9168/06);

3) sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo per i concorsi riservati agli interni che comportino un passaggio da un'area ad un'altra verificandosi una novazione oggettiva del rapporto di lavoro (in termini Cassazione, Sezioni unite, n.18886/03);

4) sussiste la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie relative ai concorsi per soli interni che comportino un passaggio da una posizione economica ad un'altra ma nell'ambito della medesima area (in tal senso Cassazione, Sezioni unite, 6217/05; si vedano anche Cassazione 10183/04 e 10605/05);

5) rientrano nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad assunzioni di lavoro che avvengano attraverso meccanismi non concorsuali, anche qualora a detto scopo debbano essere effettuate verifiche sulla sussistenza di requisiti soggettivi; in tale ipotesi, infatti, non è configurabile una comparazione tra aspiranti all'assunzione fondata su di una valutazione incentrata sulla discrezionalità amministrativa, strumentale al fine di risolvere, con la nomina dei vincitori, la relativa competizione (Cassazione, Sezioni unite, ordinanza n. 11722/2005).

Il Consiglio di Stato ha avuto modo di riaffermare il proprio orientamento in materia con il parere n. 3556/05 della commissione speciale pubblico impiego.

Il quale conferma l'opzione interpretativa estensiva del termine "assunzione" contenuto nell'articolo 63 del testo unico 165/01. Termine che, pertanto, è ormai pacificamente inteso come riferito tanto all'immissione nei ruoli della pubblica amministrazione quanto alla novazione oggettiva del contratto di lavoro già instaurato e derivante dal passaggio ad un'area di inquadramento superiore³⁰.

-nomina degli organi di vertice degli Enti.

La questione si è posta sia per la nomina del Direttore generale delle ASL, sia per il Direttore generale dei Comuni (che prevedono tale figura), con orientamenti contrastanti.

Recentemente però è stato rinvenuto il principio sul riparto di giurisdizione in tali controversie da Cass. S. U n.13538/2006, il cui orientamento è nel senso che l'amministrazione perviene alla conclusione di contratti mediante procedimenti amministrativi (e attività autoritativa) soltanto nei casi previsti dalla legge (si veda la L. n. 241 del 1990, art. 1, comma 1 bis, nel testo attuale), e cioè, come ha specificato la L. n. 205 del 2000, art. 6, comma 1, in materia di affidamento di lavori, servizi o forniture, allorché la scelta del contraente deve operarsi, per

dettato normativo, all'esito di procedimenti di evidenza pubblica; fuori da queste ipotesi i procedimenti sono di natura negoziale e retti dal diritto privato (Cass. S.U. n. 14625/2003 e n. 17635/2003).

In particolare, in tema di fase costitutiva di rapporti di lavoro autonomo, l'evidenza pubblica è ravvisata, tra l'altro, nel procedimento, minutamente regolato dalla legge, di conferimento, ad opera dell'amministrazione regionale, dell'incarico al direttore generale di A.S.L., (su cui Cass. S.U. 3882/1998; 2065/2003; 6854/2003), mentre deve ritenersi la natura privata del procedimento concernente il conferimento degli incarichi di direttore amministrativo e sanitario delle stesse aziende sanitarie (Cass. S.U. 114/1999, 456/2000).

E comunque, in tema di revoca dell'incarico conferito a direttore generale di azienda sanitaria locale, la giurisprudenza delle Sezioni Unite, in linea con la regola generale secondo cui, costituito il rapporto contrattuale, la fase inerente all'esecuzione in senso ampio attiene a questioni di diritto soggettivo, sottratte all'area della competenza del Giudice amministrativo, anche esclusiva, (vedi per tutte, in tema della L. n. 205 del 2000, art. 6, comma 1, Cass. S.U. 20116/2005), afferma la giurisdizione ordinaria sulla controversia relativa alla risoluzione anticipata del contratto per inadempimento imputato al direttore generale (Cass. S.U. n. 14177/2004).

Nel caso del direttore generale del comune, la ricognizione della normativa di settore comprova ampiamente l'assenza di un procedimento di evidenza pubblica già nella fase di affidamento dell'incarico, e, dunque, resta radicalmente esclusa la configurabilità di poteri amministrativi nella fase di esecuzione.

Una diversa interpretazione, del resto, non sarebbe coerente con la scelta legislativa di assegnare al diritto privato la costituzione rapporti di lavoro subordinato con dirigenti di vertice, non giustificandosi, fuori delle ipotesi specificamente previste dalla legge, l'attrazione nell'area dell'attività autoritativa del conferimento dello stesso incarico mediante contratto di lavoro autonomo.

Tentativi di riforma costituzionale.

Si ritiene opportuno indicare sommariamente anche i tentativi riforma costituzione che nell'ultimo periodo sono intervenuti, che sebbene non andati in porto³¹ hanno indubbiamente influito sulle riforme legislative degli anni 1998-2000 in materia di riparto di giurisdizione.

Il tema del riparto fra le giurisdizioni è stato affrontato in sede di riforme costituzionali fin dalla XI legislatura, da parte della Commissione parlamentare (bicamerale) costituita in base alle deliberazioni adottate dalla Camera e dal

Senato nelle sedute del 23 luglio 1992 (c.d. Commissione De Mita-Iotti). I primi risultati del lavoro compiuto vennero riassunti, relativamente alla giustizia amministrativa, nel documento redatto in data 30 ottobre 1992 dal relatore senatore Lorenzo Acquarone ed illustrato alla Commissione stessa nella seduta del 5 novembre successivo, che fra le altre proposte di riforma conteneva quella relativa al superamento dell'attuale criterio di riparto fra le giurisdizioni fondato sulla distinzione diritti soggettivi-interessi legittimi. Nella seduta del 27 novembre la Commissione prendeva in esame un ordine del giorno nel quale fra gli altri punti ve ne era uno così formulato: «la Commissione ritiene inoltre che si debba procedere a modificare l'attuale riparto di giurisdizione fra giudice ordinario ed amministrativo, affidando a questo tutta la materia relativa alla pubblica amministrazione». Infine nella seduta del 3 dicembre 1992 veniva approvato un ordine del giorno (che sarebbe entrato a far parte degli «indirizzi» dettati dalla Commissione per il prosieguo dei lavori) secondo cui «la Commissione ritiene si debba procedere ad una revisione delle norme costituzionali sulla base del principio dell'unità della giurisdizione. La competenza sarà ripartita tra i giudici per blocchi di materie». A causa del sopravvenuto scioglimento delle Camere i lavori di detta Commissione non ebbero seguito.

Il tema è stato ripreso in occasione dei lavori della Commissione bicamerale istituita con l. cost., 24 gennaio 1997 n. 1, Commissione che, come è noto, aveva il compito di predisporre un testo di riforma organica della seconda parte della Costituzione del 1948, da sottoporre successivamente all'approvazione delle Camere in doppia lettura e quindi ad un referendum popolare confermativo. L'art. 118 del testo così predisposto e risultante dalla pronuncia della Commissione sugli emendamenti, prevede al primo comma: «La funzione giurisdizionale è unitaria ed è esercitata da giudici ordinari e amministrativi istituiti e regolati dalle norme dei rispettivi ordinamenti giudiziari». Il primo comma del successivo art. 119 prevede poi: «La giurisdizione amministrativa è esercitata dai giudici dei tribunali regionali di giustizia amministrativa e della Corte di giustizia amministrativa sulla base di materie omogenee, indicate dalla legge, riguardanti l'esercizio di pubblici poteri». Nella relazione che accompagna il testo si premette che le teorie dirette a distinguere le due situazioni soggettive per definire il riparto fra le giurisdizioni ed elaborate nel corso di una storia ormai secolare, che ha visto un cambiamento radicale dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione devono ritenersi «sorpasate e non più adeguate alla realtà» e così tante gloriose ma ormai vecchie categorie giuridiche per cui il loro «utilizzo mostra sempre più i segni dell'obsolescenza». Sulla base di tale premessa la relazione prosegue

spiegando che «Si è... imposta la necessità di superare la dicotomia tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, per ancorare il riparto di giurisdizione a precisi criteri individuati dalla legge sulla base di materie omogenee» da definirsi dal legislatore ordinario. La relazione tuttavia si fa carico di osservare come risulti tuttora insoddisfacente la formula «materie omogenee riguardanti l'esercizio di pubblici poteri» come criterio per individuare le materie omogenee da affidare al giudice amministrativo.

Le riforme degli anni 1998-2000 e la sentenza della Cassazione S. U. n. 500/1999.

L'orientamento del legislatore a favore della giurisdizione esclusiva ha avuto una svolta decisiva alla fine degli anni '90 con l'adozione degli artt. 33, 34 e 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, attuativo della delega di cui all'art. 11, comma 4, lett. g), della l. n. 59 del 1997. Questi articoli, come è ben noto (non vale qui ripercorrere la vicenda), sospetti di incostituzionalità per eccesso di delega (come poi affermato da Corte cost. n. 292 del 2000) sono stati immediatamente novellati mediante l'inserimento nell'art. 7 della L. n. 205 del 2000.

In queste norme effettivamente la giurisdizione esclusiva ha avuto una notevole estensione sia mediante la previsione tra le materie che ne sono oggetto, dei «servizi pubblici» (art. 33) cioè di un settore di amministrazione piuttosto ampio ed in continua espansione, sia attraverso l'estensione a sua volta, della giurisdizione esclusiva in materia di urbanistica ed edilizia, anche alle controversie concernenti «comportamenti» delle pubbliche Amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparate (art. 34).

E lo stesso corpo normativo, come è altrettanto noto, ha compiuto l'altra fondamentale scelta di estendere la giurisdizione amministrativa (esclusiva e non) anche alla cognizione delle azioni risarcitorie nei confronti delle pubbliche Amministrazioni sia a tutela di diritti che di interessi legittimi (art. 35)³².

La scelta legislativa dell'attribuzione delle azioni risarcitorie al giudice amministrativo in ogni materia di sua giurisdizione si pone in contrasto, con l'orientamento emerso in Cassazione con la storica sent. n. 500 del 1999 (est. Preden) che aveva riconosciuto in via di principio la «risarcibilità degli interessi legittimi» (cioè dei danni prodotti nella sfera giuridica dei terzi da provvedimenti amministrativi illegittimi) da esercitare tuttavia, in mancanza di una giurisdizione esclusiva sulla materia da parte del giudice amministrativo, presso il giudice ordinario, ai sensi dell'art. 2043 c.c., in base alla considerazione che il danno prodotto injure in capo ad un soggetto portatore di una situazione giuridicamente protetta desse luogo comunque a lesione di diritto soggettivo³³. Su queste scelte

legislative si è avviato un vasto dibattito dottrinale e sono state sollevate da parte di giudici di merito, nonché della Corte di cassazione, una serie di questioni di legittimità costituzionale concernenti sia l'estensione della giurisdizione esclusiva compiuta da dette norme a fronte dell'art. 103 Cost., sia l'estensione della giurisdizione amministrativa alla cognizione delle azioni risarcitorie concernenti diritti, in presunta violazione delle regole fondamentali sul riparto delle giurisdizioni.

I lavori della Commissione di studio per l'approfondimento dei problemi in tema di riparto di giurisdizione, istituita dai Presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato nel maggio del 2003, la cui conclusione sono intervenute nel dicembre 2003³⁴.

Nel periodo di tempo intercorrente tra le riforme degli anni 1998-2000 e la fondamentale sentenza della Corte cost. n. 204/2004 appare utile ricordare le principali conclusioni cui è pervenuta detta Commissione, che sono le seguenti :

-pretese risarcitorie inerenti a materie di giurisdizione esclusiva non aventi ad oggetto in senso stretto il controllo sul potere: in questo caso il tema risarcitorio è introdotto autonomamente davanti al giudice amministrativo e non dipende dalle statuizioni sulla legittimità dell'esercizio del potere;

-pretese risarcitorie consequenziali alla competenza di legittimità del giudice amministrativo (comprehensive di quelle relative alla giurisdizione esclusiva aventi ad oggetto l'esercizio del potere): dette controversie dovrebbero essere comunque di competenza del giudice amministrativo anche se introdotte in modo disgiunto dalla domanda di annullamento (prevalendo la ratio della concentrazione). Tale competenza dovrebbe estendersi anche al danno da ritardo (in ordine al quale la valutazione del pregiudizio non richieda lo scrutinio dell'illegittimità dell'atto, ma solo l'accertamento delle regole e dei principi in tema di procedimento, con particolare riguardo all'obbligo di provvedere tempestivamente), atteso che le regole sul procedimento sono comunque norme di azione che riguardano in modo diretto ed immediato l'esercizio del potere;

-pretese risarcitorie non consequenziali alla competenza di legittimità del giudice amministrativo: esse, a parte le materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sono di competenza del giudice ordinario. Riguardano essenzialmente i danni cagionati da operazioni e comportamenti materiali della pubblica amministrazione, comprese le fattispecie riconducibili alla carenza di potere, da attività di diritto privato, da attività di poteri pubblici estranei alla pubblica amministrazione;

-attività contrattuale della pubblica amministrazione.

La giurisdizione amministrativa è limitata alla fase di procedura di affidamento (e relativa autotutela pubblicistica), senza toccare le vicende relative all'esecuzione del contratto, comprensive del recesso e della risoluzione.

Sullo specifico problema della sorte del contratto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione, è ritenuta preferibile la tesi che considera eliminati gli effetti negoziali dalla demolizione del provvedimento presupposto, mancando il quale non esiste giuridicamente la parte contraente;

-è ritenuta materia rientrante nei servizi pubblici quella concernente le attività e le prestazioni ma non il momento organizzativo, in quanto strumentale e preparatorio rispetto alle attività ed alle prestazioni, per cui mentre le scelte organizzative riguardanti la struttura di soggetti pubblici costituiscono espressione di potestà organizzatoria sottoposta alla normale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, invece le scelte organizzative di soggetti privati erogatori del servizio appartengono al giudice ordinario;

-per quanto concerne la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti ed i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia, è precisato che si deve trattare di attività tenuta dalla pubblica amministrazione inerente ad un campo regolato dal diritto pubblico ovvero da un diritto privato speciale nel quale viene svolto se non un potere almeno una funzione di tutela dell'interesse pubblico. Per cui, per uso del territorio si deve intendere non un uso privatistico del proprio territorio da parte del soggetto pubblico (quale proprietari di un bene) ma di un uso del territorio di tutti, regolato da norme di diritto pubblico al fine della regolazione e della gestione degli interventi finalizzati alla trasformazione del territorio.

Inoltre, rientrando l'espropriazione nel concetto ampio di urbanistica, la giurisdizione amministrativa comprende, oltre i provvedimenti espropriativi, anche gli atti di cessione volontaria e gli atti di reiterazione di vincoli, salvo la giurisdizione ordinaria sulle questioni relative all'indennità di espropriazione, all'indennità di servitù ed all'indennità da reiterazione dei vincoli;

-è ritenuta preferibile la tesi della giurisdizione amministrativa sull'occupazione appropriativa, che presuppone una efficace dichiarazione di pubblica utilità, e sulla occupazione usurpativa conseguente ad una dichiarazione illegittima di pubblica utilità, mentre sono nutriti dubbi in ordine alla giurisdizione amministrativa sulla occupazione usurpativa integralmente sine titolo;

-la tutela del possesso viene ritenuta di competenza del giudice amministrativo allorché le lesioni del possesso siano cagionate da condotte che si inseriscano nell'esercizio, pur se illegittimo, della funzione del potere pubblico;

-la nomina degli organi di vertice di enti viene ritenuta non assimilabile all'attribuzione di funzioni dirigenziali, in quanto viene posto in essere un rapporto di servizio con attribuzione di pubbliche funzioni, espressione di un incarico conferito con scelta discrezionale di alta amministrazione, nell'ambito di poteri pubblicistici cui sono correlati interessi legittimi, con conseguente giurisdizione amministrativa sulle relative controversie, con comprensione anche della nomina del direttore generale delle ASL;

E' precisato il concetto di procedura concorsuale di assunzione (le cui controversie sono attribuite al giudice amministrativo), inteso come procedimento che per volontà legislativa conserva una caratterizzazione pubblicistica e comprendente una sequenza di atti che inizia con un bando per culminare in un atto di approvazione della graduatoria, che genera in capo ai vincitori un diritto soggettivo all'assunzione, azionabile davanti al giudice ordinario. Appartengono al giudice ordinario anche le controversie sullo scorrimento della graduatoria ovvero sull'utilizzabilità della graduatoria entro i periodi di tempo stabiliti. Sono considerate procedure concorsuali anche quelle procedure aperte all'esterno, alle quali possono partecipare gli interni.

Non vengono considerate procedure concorsuali, le assunzioni che non sono basate su una logica selettiva (ad es. per chiamata diretta) o le procedure di mera verifica di idoneità di soggetti di soggetti aventi titolo all'assunzione (ad es. in quanto iscritti in apposita lista).

La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo davanti alla Corte costituzionale.

Questa complessa materia controversa è stata recentemente esaminata dalla Corte costituzionale in due occasioni. La prima con la sent. n. 204 del 6.7.2004 e la seconda con la sentenza n.191 dell'11.5.2006, entrambe estese dal giudice Vaccarella.

Con la sentenza n. 204/2004, la Corte affronta una serie di questioni di costituzionalità relative agli artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80 del 1998 come novellati dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000, sollevate con varie ordinanze del Tribunale di Roma (negli anni 2002-2003).

L'insieme delle questioni di costituzionalità riguardano direttamente l'estensione della giurisdizione esclusiva quale operata dalle due norme contestate e la

«questione dell'azione risarcitoria» (in quanto attribuita alla cognizione del giudice amministrativo, non solo nelle materie di giurisdizione esclusiva ma in tutto l'ambito della sua giurisdizione dall'art. 35).

L'estensione della giurisdizione esclusiva, secondo le ordinanze di rimessione, supererebbe il vincolo costituzionale delle «particolari materie». Un intero settore di controversie nelle quali la pubblica amministrazione sia comunque coinvolta e nelle quali sia comunque presente un profilo di pubblico interesse, sarebbe invero l'oggetto della norma. Questa estensione contrasterebbe, secondo dette ordinanze, con l'impostazione del testo costituzionale che affida alla competenza del giudice amministrativo, non già tutte le controversie con le pubbliche amministrazioni o tutte quelle in qualche modo coinvolgenti pubblici interessi, ma solo quelle nelle quali si faccia questione della tutela di interessi legittimi, salve appunto, «le particolari materie».

La mancata approvazione delle proposte di revisione costituzionale degli artt. 103 e 113, di cui si è detto, che avrebbero dato «copertura» alla normazione di riforma del 1998/2000, viene sottolineata come una circostanza che conferma, sul punto, l'impostazione tradizionale del sistema.

La Corte, nella sostanza, ritiene fondate le questioni di costituzionalità sollevate, con riferimento all'estensione della giurisdizione esclusiva.

Innanzitutto, secondo la Corte, il vigente art. 103, primo comma, 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 il potere di indicare "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato oggettivo delle materie.

Tale necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive - e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa - è espresso dall'art. 103 laddove statuisce che quelle materie devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo.

Il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo.

La Corte, alla luce di tali criteri - desumibili dalla lettera delle norme nelle quali si è incarnata, nella Costituzione, la storia della giustizia amministrativa in Italia - conclude nel senso che la disciplina dettata dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui sostituisce gli artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, non è conforme a Costituzione.

La formulazione dell'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, quale recata dall'art. 7, comma 1, lettera a), della legge n. 205 del 2000, confligge con i criteri individuati ai quali deve ispirarsi la legge ordinaria quando voglia riservare una "particolare materia" alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Ed infatti, non soltanto (e non tanto) il riferimento ad una materia (i pubblici servizi) dai confini non compiutamente delimitati (se non in relazione all'ipotesi di concessione prevista fin dall'art. 5 della legge n. 1034 del 1971), quanto, e soprattutto, quello a "tutte le controversie" ricadenti in tale settore rende evidente che la "materia" così individuata prescinde del tutto dalla natura delle situazioni soggettive in essa coinvolte: sicché, inammissibilmente, la giurisdizione esclusiva si radica sul dato, puramente oggettivo, del normale coinvolgimento in tali controversie di quel generico pubblico interesse che è naturaliter presente nel settore dei pubblici servizi. Ma, in tal modo, viene a mancare il necessario rapporto di species a genus che l'art. 103 Cost. esige allorché contempla, come "particolari", rispetto a quelle nelle quali la pubblica amministrazione agisce quale autorità, le materie devolvibili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Tale conclusione è avvalorata dalla circostanza che il comma 2 della norma individua esemplificativamente ("in particolare") controversie, nelle quali può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla pubblica amministrazione-autorità: e certamente le ipotesi specificamente censurate (lettere b ed e) sono tali

da non resistere al vaglio di costituzionalità in quanto non soltanto (come le altre contemplate dal comma 2) travolte dalla censura che investe la previsione di "tutte le controversie in materia di pubblici servizi", ma anche perché, ex se, integrano ipotesi nelle quali tali controversie non vedono, normalmente, coinvolta la pubblica amministrazione-autorità.

La materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si avvale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241 del 1990): sicché, conclusivamente, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 1, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «tutte le controversie in materia di pubblici servizi» anziché le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi (così come era previsto fin dall'art. 5 della legge n. 1034 del 1971), ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241 del 7 agosto 1990, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore (così come era previsto dall'art. 33, comma 2, lettere c) e d).

La dichiarazione di incostituzionalità, secondo la Corte, non investe in alcun modo - nonostante i rimettenti ne adducano il disposto a sostegno delle loro censure - l'art. 7 della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui (lettera c) sostituisce l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998: il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. L'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato, ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola (avvenuto, peraltro, sovente in via pretoria nelle ipotesi olim di giurisdizione esclusiva), che imponeva, ottenuta tutela

davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l'art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, che pure era di derivazione comunitaria), costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost.

La Corte ritiene inoltre, che analoghi rilievi investono la nuova formulazione dell'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, quale recata dall'art. 7, comma 1, lettera b), della legge n. 205 del 2000: formulazione che si pone in contrasto con la Costituzione nella parte in cui, comprendendo nella giurisdizione esclusiva - oltre "gli atti e i provvedimenti" attraverso i quali le pubbliche amministrazioni (direttamente ovvero attraverso "soggetti alle stesse equiparati") svolgono le loro funzioni pubblicistiche in materia urbanistica ed edilizia - anche "i comportamenti", la estende a controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita - nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici - alcun pubblico potere.

Poiché, mutatis mutandis, a tale previsione dell'art. 34, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998 si attagliano le medesime considerazioni esposte a proposito dell'art. 33, comma 1, è dichiarata altresì l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7, comma 1, lettera b), della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto «gli atti, i provvedimenti e i comportamenti» in luogo che «gli atti e i provvedimenti» delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati.

La Corte in conclusione riscrive totalmente l'art. 33 ed il nuovo testo della norma risulta essere il seguente:

«1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi, ovvero relative ai provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore del pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. n. 241 del 1990, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla l. n. 481 del 1995». Dichiaro inoltre l'incostituzionalità dell'art. dell'art. 34, comma 1, del medesimo decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, lettera b), della

legge 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto «gli atti, i provvedimenti e i comportamenti» anziché «gli atti e i provvedimenti» delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparati, in materia urbanistica ed edilizia.

L'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione ha dedicato ai criteri per il riparto tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa una relazione tematica (maggio 2005), approfondendo poi il tema dei comportamenti in materia urbanistica ed edilizia (ottobre 2005), di cui può essere interessante riportare gli aspetti più significativi con riferimento alle ripercussioni in tema di riparto di giurisdizione per effetto della sentenza Corte cost. n.204/2004.

Secondo detta Relazione il dato emergente dall'affermazione del giudice delle leggi secondo cui un'ampliamento della giurisdizione esclusiva suppone sempre come punto di partenza l'esistenza di una giurisdizione di legittimità su atti o provvedimenti di un plesso amministrativo sembrerebbe comportare due specificazioni:

a) l'esistenza della giurisdizione di legittimità deve poter essere intesa anzitutto nel senso che al momento in cui avviene l'estensione detta giurisdizione esista in via effettiva, il che significa che la situazione dell'ordinamento è tale che sono già previsti atti e provvedimenti dell'Amministrazione, come tali pacificamente soggetti alla giurisdizione generale di legittimità ai sensi delle generiche previsioni degli artt. 2 e 3 della l. n. 1034 del 1971 (ed eventualmente di altre previsioni particolari);

b) l'esistenza della giurisdizione di legittimità come punto di partenza può, tuttavia, essere anche, per così dire, virtuale, nel senso che con norme di natura sostanziale il legislatore interviene a regolare ex novo un determinato settore con la previsione dell'attribuzione all'Amministrazione di poteri autoritativi estrinsecatisi in atti e provvedimenti, i quali appunto virtualmente sarebbero soggetti alla giurisdizione generale di legittimità ai sensi delle norme appena citate e, nel contempo, prevede che la giurisdizione del G.A. si connoti come esclusiva.

Si ritiene che il legislatore non possa istituire una giurisdizione esclusiva con riferimento ad una situazione normativa già esistente o nuova nella quale non siano individuabili atti o provvedimenti adottabili da una Pubblica Amministrazione e, quindi, l'esistenza pregressa, effettiva o virtuale, di una giurisdizione di legittimità.

Dunque, se c'è una situazione normativa di assenza della giurisdizione di legittimità, in quanto da essa emerge che, in relazione agli atti e provvedimenti dell'Amministrazione dalle norme previsti si configurano (a livello normativo) soltanto diritti soggettivi nello specifico rapporto ad essi inerente fra cittadino ed Amministrazione, il trasferimento al giudice amministrativo della giurisdizione su quegli atti e provvedimenti con la qualificazione di esclusività sarebbe certamente incostituzionale. In questi casi il legislatore può istituire la giurisdizione esclusiva su atti e provvedimenti soltanto modificando prima la loro disciplina sostanziale in modo tale da regolare il rapporto fra cittadino e Amministrazione in relazione ad essi nel senso che dalle norme non emergano più soltanto diritti soggettivi, ma anche interessi legittimi.

L'assunto secondo cui il legislatore deve far germogliare la giurisdizione esclusiva in riferimento all'agire dell'amministrazione come autorità è come dire che tale agire deve risultare regolato a livello normativo, al momento in cui il legislatore interviene a creare la giurisdizione esclusiva, in modo tale che gli atti e provvedimenti che l'Amministrazione può adottare secondo il tessuto normativo sarebbero giustiziabili avanti alla giurisdizione di legittimità e, quindi - atteso che la situazione giuridica normalmente giustiziabile avanti al giudice amministrativo con la giurisdizione di legittimità è per l'appunto quella che la stessa Costituzione ha qualificato come interesse legittimo, cioè la situazione giuridica che per definizione si contrappone all'autorità- siano atti e provvedimenti di fronte ai quali la posizione del privato si connota come interesse legittimo.

Il riferimento ai poteri autoritativi serve ad individuare i limiti che il legislatore incontra in relazione a quella che si è indicata come ipotesi b), cioè che il terreno di origine della giurisdizione esclusiva sia una giurisdizione di legittimità soltanto virtuale, perché inerente atti e provvedimenti dell'Amministrazione regolati normativamente coevamente alla stessa istituzione della giurisdizione esclusiva. In questo caso, il riferimento al fatto che la materia debba essere contrassegnata dal porsi dell'Amministrazione come autorità significa che, per essere legittima, l'operazione con cui il legislatore affida l'intero nuovo settore- limitatamente agli atti e provvedimenti - alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, dev'essere un settore regolato dal legislatore in modo tale che gli atti e provvedimenti dell'Amministrazione previsti nella nuova disciplina implicino l'attribuzione all'Amministrazione stessa di poteri autoritativi, cioè in modo tale che di fronte all'Amministrazione la posizione del cittadino, a livello normativo, sia disciplinata in maniera tale che egli è titolare di interessi legittimi, con la conseguenza, che sarebbe naturale ove il legislatore non creasse la giurisdizione esclusiva, che sussisterebbe sull'atto o provvedimento la giurisdizione

amministrativa di legittimità (in difetto, naturalmente di una scelta del legislatore si segno opposto a favore di una giurisdizione esclusiva dell'A.G.O., pienamente legittima ai sensi dell'art. 113, primo e secondo comma della Costituzione).

Secondo la Relazione non è vero che la giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla sentenza n. 204/2004 sarebbe assimilabile ad una giurisdizione di legittimità.

Fra i numerosi commentatori della sentenza in esame, il riferimento alla necessità che l'humus della giurisdizione esclusiva vada ricercato dove l'amministrazione si pone come autorità ha provocato accenti molto critici, con i quali si è accusata anzitutto la Corte Costituzionale di avere adoperato una concezione dell'Amministrazione non più attuale, soprattutto per il fatto che, per come si è evoluto l'ordinamento, è sempre più frequente che essa agisca senza spendere poteri autoritativi.

Ma tali critiche, secondo la Relazione, trascurano che l'oggetto dell'attività interpretativa, sulla base della quale la Corte Costituzionale ha operato la sua ricostruzione, è stato l'assetto della giurisdizione così come consacrato nella Carta Costituzionale del 1948, allorquando l'evoluzione dell'ordinamento a livello ordinario verso un agire dell'Amministrazione senza il ricorso a poteri autoritativi era del tutto eccezionale.

Pur concedendo che una fonte di rango costituzionale possa essere interpretata evolutivamente, non è certo possibile che siffatta interpretazione possa pervenire, in un regime di Costituzione rigida, a risultati che ne ignorino il significato per come evidenziato dalle sue espressioni letterali.

Se il testo costituzionale non è più al passo con i tempi – i quali, secondo i fautori della massima estensione della giustizia amministrativa (cioè affidata al giudice amministrativo) evidenzerebbero l'emersione come tratto distintivo della Pubblica Amministrazione non più o non solo l'autoritarità (o imperatività che dir si voglia) bensì il profilo della funzione pubblica - non per questo può essere aggirato. L'unica strada per rimediare e porsi al passo con i tempi è quella della revisione costituzionale, come la stessa Consulta non manca di notare.

Peraltro l'autoritarità, come tratto distintivo tipico dell'agire dell'Amministrazione vive ancora e saldamente, se è vero che recentemente il legislatore, nell'emanare le norme di modifica della L. n. 241 del 1990 con la L. n. 15 del 2005, lo ha ribadito introducendo nell'art. 1 della legge un comma 1-bis secondo il quale "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

Qualcuno ha tratto spunto proprio da quest'ultima norma per formulare nuove critiche alla sentenza n. 204 del 2004 sostenendo che ormai anche l'attività di diritto privato dell'Amministrazione, divenuta sempre consentita (salvo norma contraria), e, quindi, l'attività non autoritativa dovrebbe assicurare il rispetto dei principi di buona amministrazione. Da tanto deriverebbe che <<il legislatore, contrariamente all'orientamento della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 e conformemente all'assunto dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato [con l'ordinanza n. 1 del 2000] ha ritenuto che è l'intera attività amministrativa - sia di carattere autoritativo sia di carattere "negoziale" - a costituire esercizio della funzione amministrativa e quindi a rientrare in quella "giustizia nell'amministrazione" la cui tutela è costituzionalmente attribuita al giudice amministrativo. In altre parole, il legislatore, contrariamente alla communis opinio, non ha introdotto il diritto privato nel diritto pubblico: ha invece legittimato l'introduzione, con un'operazione di manipolazione genetica, dei principi di discrezionalità amministrativa propri del diritto pubblico nel nucleo di alcuni strumenti del diritto privato, svuotandoli del loro contenuto originario di autonomia privata>>. Di fronte a queste affermazioni, la Relazione rileva che il legislatore ordinario non è il legislatore costituzionale e, pertanto, se veramente queste fossero le implicazioni della nuova l. n. 15 del 2005 (ma lo si nega) vi sarebbe materia di intervento per il giudice delle leggi.

Secondo la Relazione nell'ambito della nuova giurisdizione esclusiva ridimensionata vi sarebbe una (limitata) residua utilizzabilità del criterio della carenza di potere.

Invero, la qualificazione di esclusività, riferita ad una giurisdizione su atti e provvedimenti di natura autoritativa, comporterebbe l'impossibilità di continuare ad applicare alla giurisdizione esclusiva germinata dalla giurisdizione di legittimità, nei termini in cui era stato complessivamente adoperato, il criterio di riparto della giurisdizione che, in riferimento ai settori in cui sussiste la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, da alcuni decenni ha preso piede nella giurisprudenza del giudice ordinario, pur non essendo condiviso dal giudice amministrativo.

Si allude al criterio di riparto fondato sulla distinzione fra atti e provvedimenti emessi in carenza di potere (sia in astratto sia in concreto) e atti e provvedimenti emessi con cattivo uso del potere.

Questo criterio parrebbe essere divenuto inapplicabile, con la sola eccezione dell'ipotesi della carenza di potere c.d. in astratto.

Com'è noto, alla distinzione fra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto si dà sostanza contrapponendo il caso in cui l'Amministrazione eserciti con l'atto o provvedimento un potere che non risulta ad essa attribuito a livello normativo ed il caso in cui questo potere risulti attribuito da una norma ma sia stato esercitato senza che ricorressero i presupposti indicati dalla norma stessa per il suo esercizio³⁵. Entrambe le situazioni, in ambito di giurisdizione di legittimità, sono tradizionalmente ritenute idonee dalla giurisprudenza della Suprema Corte, da giustificare la sussistenza della giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria quale giudice delle situazioni di diritto soggettivo, in quanto l'una e l'altra comportano che l'autorità del provvedimento dell'Amministrazione non esprima le sue conseguenze sull'atteggiarsi della situazione giuridica soggettiva del privato, di modo che non è idoneo a determinarne la conformazione come interesse legittimo, ma ne lascia intatta la connotazione di diritto soggettivo e, quindi, come situazione sulla quale, ai sensi del vecchio art. 2 della legge abolitiva v'è (al di fuori dei casi di giurisdizione esclusiva) la giurisdizione dell'A.G.O. e correlativamente la inoperatività della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, siccome ancorata alla connotazione della situazione del privato come interesse legittimo.

E' pure noto che, mentre nella prima situazione, quella di carenza di potere in astratto, il disconoscimento dell'autorità del provvedimento è riscontrabile direttamente a livello normativo, in quanto si constata che non vi è una norma che preveda il potere che l'Amministrazione avrebbe esercitato o – secondo una prospettazione - che tale norma esista ma non è in alcun modo riferibile al plesso amministrativo che pretende di avvalersene in modo eccedente il vizio di incompetenza, nella seconda situazione, quella di carenza di potere in concreto, quel disconoscimento non avviene direttamente a livello normativo (cioè attraverso il semplice confronto fra il provvedimento sotto il profilo oggettivo e soggettivo e la fattispecie astratta), bensì attraverso un'operazione più complessa, che nella norma ha solo il suo punto di arrivo, in quanto non si procede al semplice confronto fra il provvedimento e la norma, ma si assume come termine di confronto la situazione concreta sussunta dall'Amministrazione come oggetto del provvedimento e si valuta se la sussunzione che ne ha fatto l'Amministrazione appare giustificata rispetto alla previsione normativa del potere.

Nella carenza di potere in astratto i termini del confronto sono due, il provvedimento e la norma, nella carenza di potere in concreto a questi termini si aggiunge il caso concreto rispetto al quale il provvedimento è stato adottato.

Ora, poiché, secondo la Corte Costituzionale, il terreno sul quale può essere edificata dal legislatore una nuova giurisdizione esclusiva è il terreno su cui sussisteva la giurisdizione di legittimità e l'operazione con cui il legislatore può estendere la giurisdizione amministrativa di legittimità facendola diventare esclusiva è un'operazione che, avvenendo al livello legislativo, assume come oggetto di disciplina in senso estensivo proprio quel livello, in quanto esprimente l'attribuzione all'Amministrazione di poteri autoritativi, sembrerebbe che, allorché l'amministrazione esercita un potere che non è previsto da tale livello, cioè dall'oggetto della estensione della giurisdizione, il criterio di riparto fondato sulla carenza di potere in astratto, una volta estesa la giurisdizione e divenuta esclusiva, possa risultare ancora applicabile, poiché la giurisdizione di legittimità da cui è stata fatta germinare quella esclusiva era insussistente già a livello normativo.

Pertanto, ove l'amministrazione - adottando un atto o provvedimento - eserciti un potere non previsto da alcuna norma pur in ambito di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 34 e 35 ridimensionati dalla Consulta, dovrebbe escludersi la sussistenza di detta giurisdizione. Nello stesso modo potrebbe opinarsi, poiché è sempre il livello normativo che viene in giuoco, allorché in quell'ambito venga esercitato un potere previsto sì da una norma, che però non riguardi in alcun modo il plesso amministrativo che ponga in essere l'atto o provvedimento.

Una indiretta conferma di quanto appena osservato in ordine alla carenza di potere in astratto sembrerebbe ora potersi desumere dalla disciplina recentemente data dal legislatore in termini generali alla figura della nullità del provvedimento con il nuovo art. 21-septies della l. n. 241 del 1990, introdotto in essa dall'art. 14 della l. n. 15 del 2005. Infatti, la nuova norma, dopo avere individuato alcune ipotesi di nullità del provvedimento e poi rinviato ad altre previsioni espresse, prevede una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo nell'ipotesi espressa di nullità per violazione od elusione del giudicato ma non per l'ipotesi di provvedimento viziato da difetto assoluto di attribuzione³⁶.

Viceversa, operando il criterio della carenza di potere in concreto, per come si è detto, a livello non solo normativo, bensì al livello dell'applicazione della norma astratta al caso concreto fatta dall'Amministrazione cui la norma stessa attribuisca il potere, l'estensione della giurisdizione ed il suo divenire esclusiva parrebbe comportare, una volta considerato che il significato della giurisdizione esclusiva è di comprendere sia i diritti che gli interessi legittimi, che la manifestazione del potere autoritativo in ambito di giurisdizione esclusiva ex artt. citati in presenza di una norma astrattamente configurante il potere dell'Amministrazione (rectius del

plesso che l'abbia esercitato) non possa più considerarsi soggetta alla giurisdizione del giudice ordinario. Se anche in tale situazione la natura della posizione del cittadino è di diritto soggettivo, per il fatto che la fattispecie concreta non è di quelle cui trova applicazione la fattispecie astratta prevista dalla norma stessa, e dunque all'atto della istituzione della giurisdizione esclusiva sarebbe stata di pertinenza dell'A.G.O. in ambito di giurisdizione di legittimità, l'introduzione della qualificazione di esclusività della giurisdizione del giudice amministrativo, a meno di restare del tutto apparente (cioè di non estendersi alle situazioni di diritto soggettivo, secondo la funzione tradizionale che la Consulta ha riconosciuto sua propria), impone di considerare comunque sussistente la giurisdizione amministrativa.

Questa della preclusione dell'applicabilità del criterio della carenza di potere in concreto sembrerebbe una ulteriore implicazione della sentenza della Corte, che potrebbe confermare la ragione della qualificazione di esclusività della giurisdizione.

Sui limiti di utilizzabilità del criterio attività vincolata-attività discrezionale e del criterio della causa petendi.

Secondo la Relazione, un limite ulteriore per il legislatore, in relazione alla ricostruzione prospettata dalla Corte Costituzionale della possibilità che il legislatore ha di estendere la giurisdizione esclusiva, potrebbe potersi individuare nel senso che, se la giurisdizione esclusiva non può essere fatta germinare se non dal terreno su cui insiste la giurisdizione di legittimità, allora la sua introduzione in un certo settore o in una certa materia non può estendersi ad atti e provvedimenti che, a livello normativo, fino al momento della istituzione della nuova giurisdizione non erano giustiziabili avanti alla giurisdizione amministrativa perché la norma che ne prevedeva l'emanazione da parte dell'Amministrazione considerava la posizione di quest'ultima come un obbligo vero e proprio e, quindi, non le attribuiva nel soddisfarla alcun potere autoritativo e correlativamente costruiva la posizione del privato come diritto soggettivo verso l'Amministrazione e, quindi, non implicata dall'esercizio di un suo potere e degradabile ad interesse legittimo.

Sotto tale profilo dalla nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva concernente un certo settore o una certa materia dovrebbero essere eccettuati gli atti e provvedimenti che a livello normativo al momento della istituzione della nuova giurisdizione esclusiva erano considerati espressione, in base alla formulazione delle norme di diritto sostanziale, di un'attività vincolata della P.A. Naturalmente

se ed in quanto il legislatore nel compiere l'operazione di istituzione della giurisdizione esclusiva sulle norme stesse non sia intervenuto modificando il modo di essere del rapporto da esse precisato fra cittadino ed amministrazione in maniera tale da non rendere più vincolata l'attività dovuta dall'amministrazione, bensì discrezionale. Lo stesso criterio va, naturalmente, applicato nei casi in cui l'istituzione della giurisdizione esclusiva si correli alla regolamentazione ex novo di un determinato settore con la previsione dell'intervento dell'Amministrazione, dapprima non previsto per l'assenza di una qualsivoglia regolamentazione.

Ne dovrebbe conseguire che, nei settori di giurisdizione esclusiva di cui ai ridimensionati artt. 33 e 34 (cioè nei testi risultanti dalla sentenza della Corte) non dovrebbe bastare che si sia in presenza di atti e provvedimenti della P.A. regolati come tale nel sistema normativo anteriore alla l. n. 205 del 2000, per affermare la salvezza della giurisdizione esclusiva dalla dichiarazione di incostituzionalità del sistema dei c.d. blocchi di materie, ma occorre che quegli atti e provvedimenti fossero e risultino regolati a livello legislativo (attesa l'ovvia incidenza del principio di legalità) in modo tale da essere espressione di un potere discrezionale dell'Amministrazione. Questa precisazione aggiunge qualcosa al riferimento all'esercizio del potere autoritativo dell'Amministrazione perché vale a comprendere nell'ambito della giurisdizione non soltanto gli atti e provvedimenti che siano espressione di un potere autoritativo stricto sensu, ma anche di un potere autoritativo lato sensu (cioè nel senso della previsione dell'esercizio del potere da parte dell'Amministrazione anche in funzione della realizzazione dell'interesse del privato sulla base di valutazioni di carattere discrezionale tipiche dell'interesse pubblico da assicurarsi da parte dell'Amministrazione³⁷.

Per converso, là dove la norma regolatrice dell'atto o provvedimento regolasse l'intervento dell'Amministrazione senza attribuirle alcun potere nel senso indicato, bensì caratterizzando la situazione dell'Amministrazione nel senso della figura di situazione soggettiva del vero e proprio obbligo e, quindi, prevedendo l'adozione dell'atto o del provvedimento come conseguenza del solo verificarsi di certe condizioni, allora la giurisdizione esclusiva per come ridimensionata dalla Consulta non si può configurare esistente per la decisiva ragione che, in relazione al modo di essere della regolamentazione dell'intervento dell'Amministrazione non vi era possibilità di estrinsecarsi della giurisdizione di legittimità, bensì solo della giurisdizione ordinaria, essendo la situazione del privato a livello normativo esclusivamente di diritto soggettivo (art. 2 della legge abolitiva).

Va precisato - anche se il rilievo fuoriesce dalla ricognizione stricto sensu dei limiti posti al legislatore per istituire la giurisdizione esclusiva e concerne

l'applicazione della giurisdizione esclusiva da parte del giudice (ordinario ed amministrativo) - che nell'ambito della nuova giurisdizione esclusiva ridimensionata diviene inutilizzabile il criterio della distinzione basata sulla causa petendi: si vuol dire, cioè, che, una volta accertato che si è nell'ambito della giurisdizione esclusiva non è possibile distinguere se la domanda concerna un diritto soggettivo o un interesse legittimo³⁸. Il problema della ricorrenza dell'una o dell'altra situazione non va posto di fronte alla domanda giudiziale, bensì risolto a livello normativo nei sensi suindicati, cioè andando a valutare se al momento della istituzione della giurisdizione esclusiva il tessuto normativo prevedeva soltanto diritti soggettivi oppure anche interessi legittimi. Nel primo caso, come si è detto, è escluso a livello normativo che vi sia stata attrazione della controversia nell'ambito della giurisdizione esclusiva, nel secondo sono state attratte in essa tanto le situazioni di diritto soggettivo che quelle di interesse legittimo.

Il significato del riferimento della giurisdizione ad “atti e provvedimenti”. Cenni sulla nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva sulla d.i.a. (dichiarazione di inizio di attività).

La Relazione precisa che nell'argomentazione con cui la Consulta individua i “paletti” che incontra il legislatore nel determinare nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva scompare assolutamente³⁹ ogni riferimento all'intreccio fra diritti soggettivi ed interessi legittimi come terreno dal quale può originarsi la giurisdizione esclusiva. La Corte non dà rilievo alla situazione di intreccio, che pure ha in precedenza indicato come giustificazione storica dell'introduzione della giurisdizione esclusiva⁴⁰.

Il punto di partenza “costituzionalmente corretto” vincolante per il legislatore viene ricostruito esclusivamente sulla base della nozione di potere autoritativo dell'Amministrazione.

Va, tuttavia, tenuto conto che l'utilizzazione della nozione di potere autoritativo dell'Amministrazione non è fatta in modo indiscriminato, cioè con riferimento ad ogni tipo di manifestazione di tale potere, ma è limitata ad “atti e provvedimenti”.

Questo riferimento, secondo la Relazione, pone due problemi.

Il primo è d'immediata percezione ed è relativo a cosa debba intendersi per “atti e provvedimenti”.

Il secondo concerne il quesito se l'estensione della giurisdizione debba riguardare (e, quindi, nei casi dubbi, si debba intendere, in ossequio ad un'interpretazione rispettosa della Costituzione, conforme a quanto ritenuto dal Giudice delle leggi):

a) solo la controversia direttamente relativa agli atti e provvedimenti; b) anche la controversia sull'agire dell'Amministrazione che si concreti eventualmente nell'esecuzione dell'atto o provvedimento, ove si tratti di atto o provvedimento che abbisogni appunto di esecuzione; c) anche la controversia rispetto alla quale l'atto o provvedimento rappresenti solo un antecedente e non venga in rilievo direttamente né nella sua efficacia né nella sua – eventuale – esecuzione, in quanto ormai già verificatesi.

Il primo problema evoca anzitutto la questione se per atti e provvedimenti si debba intendere una manifestazione positiva oppure anche una manifestazione di carattere negativo. Non sembra potersi dubitare che sia valida la seconda soluzione e che, dunque, l'oggetto della giurisdizione sia non solo l'atto o provvedimento autoritativo (nel senso lato in precedenza indicato) in positivo (tale dovendo ritenersi anche l'ipotesi in cui tale provvedimento positivo sia esprimibile dall'Amministrazione con il c.d. silenzio assenso⁴¹), ma anche la sua negazione esplicita, cioè il provvedimento negativo espresso, od implicita, come nel caso che essa per valutazione legale tipica assuma il valore di silenzio-rifiuto (o rigetto: la legge e la dottrina spesso usano promiscuamente i due termini e spesso usano il primo per il silenzio di cui all'art. 21-bis, cioè il silenzio inadempimento all'obbligo di provvedere).

Il secondo problema si pone, in quanto vi sono atti e provvedimenti dell'Amministrazione di natura autoritativa che non abbisognano di esecuzione per realizzare i loro effetti, bastando a tale realizzazione la loro comunicazione ad un certo interessato (in applicazione del principio della recettività: artt. 1334 e 1335 cod. civ.) ed atti e provvedimenti che invece, oltre a produrre effetti a carico dell'interessato, abilitano l'Amministrazione a procedere alla loro esecuzione, in difetto di esecuzione spontanea, anche mediante operazioni materiali (si pensi ad un ordine di demolizione)⁴²: non dovrebbe dubitarsi che in questo secondo caso l'attività di esecuzione, trovando la sua base direttamente nell'atto o nel provvedimento, rientri senza dubbio nella fattispecie di giurisdizione esclusiva.

Ma oltre ciò non sembra possibile andare, una volta che la giurisdizione esclusiva è stata ridimensionata ad atti e provvedimenti dalla Consulta: in particolare, ove l'atto o provvedimento abbia prodotto i suoi effetti in uno dei due sensi indicati e, in relazione a tali effetti, sia previsto successivamente l'esercizio di ulteriori poteri dell'Amministrazione da esprimersi con altri atti e provvedimenti e tali atti o provvedimenti non vengano adottati o, dopo essere stati adottati, siano stati rimossi, l'operare della giurisdizione esclusiva, proprio in quanto essa è ora ancorata ad atti e provvedimenti, non potrà sostenersi in relazione alla vicenda

che ne risulta per il fatto che in relazione agli effetti del primo atto o provvedimento, rimasti fermi, sussisteva la giurisdizione, in quanto in tal modo quest'ultima finirebbe per affermarsi non su atti e provvedimenti, ma su qualcosa d'altro, cioè sul rapporto del quale gli atti e i provvedimenti originari hanno determinato l'inizio e costruiscono un lontano presupposto.

Nemmeno può sostenersi che, in relazione agli effetti che si producono a seguito della mancanza degli atti e provvedimenti che dovendo essere emanati (eventualmente anche nel senso del venir meno di effetti che si erano prodotti a seguito degli atti e provvedimenti precedenti), sussista in realtà una controversia sugli atti e provvedimenti successivi che siano mancati: la controversia sulla mancanza del provvedimento, infatti, sarebbe appunto una controversia su un non-atto, su un non-provvedimento che riguarda, in realtà, un mero dato storico, il non essere stato emanato l'atto o provvedimento.

Allo stesso modo, allorché gli effetti che si erano prodotti a seguito dell'emanazione od esecuzione dell'atto o provvedimento vengano meno in quanto l'atto o provvedimento successivo che era stato emanato nella sequenza procedimentale sia stato annullato o rimosso dalla stessa Amministrazione, la controversia concerne esclusivamente una situazione di fatto che non è più riferibile né all'atto originario né a quello rimosso e, quindi non può considerarsi controversia su atti e provvedimenti e, pertanto, non è ricompresa nella giurisdizione esclusiva.

Naturalmente, alla luce di questi rilievi sul significato del riferimento agli "atti e provvedimenti" resta a maggior ragione esclusa dall'ambito della giurisdizione, ancora prima di desumerne conferma dall'intervento soppressivo del riferimento ai comportamenti nell'art. 34, ogni controversia che riguardi direttamente ciò che prescinda totalmente da un atto o provvedimento, cioè i comportamenti materiali (salvo che la norma attribuisca proprio un potere di tenere un comportamento materiale: si pensi alle attività repressive dell'autorità di pubblica sicurezza che restino nell'ambito dell'uso legittimo della forza di coazione).

Poiché, inoltre, la giurisdizione esclusiva è prevista per gli "atti e provvedimenti" ne restano escluse di per sé le controversie sulle possibili conseguenze negative che si verificano per effetto dell'adozione di atti o provvedimenti illegittimi o della loro ritardata adozione, in quanto queste controversie non sono controversie che investono direttamente l'atto o provvedimento.

Il dibattito si è, in tale ottica, incentrato soprattutto sulla sorte delle figure delle azioni con le quali si deduca un fenomeno di c.d. occupazione usurpativa o di occupazione acquisitiva.

Secondo le ricostruzioni dichiaratamente minimizzatrici della portata della sentenza della Corte Costituzionale la soppressione del riferimento ai comportamenti riguarderebbe soltanto i comportamenti della Pubblica Amministrazione di natura meramente materiale, come tali non riconducibili in alcun modo all'esercizio di un pubblico potere. Viceversa, nonostante quella soppressione, sia in ragione della conservazione del secondo comma dell'art. 34, sia in ragione della limitatezza delle eccezioni alla giurisdizione esclusiva risultanti dal terzo comma della norma, sarebbero rimaste sempre ricomprese all'interno della giurisdizione esclusiva quelle controversie inerenti quei comportamenti, i quali, in quanto posti in essere sulla base di provvedimenti autoritativi, sarebbero da ritenere pur sempre espressione dell'esercizio del potere pubblico, ancorché debbano essere apprezzati quando quei provvedimenti risultino rimossi o caducati⁴³.

Sulla base di tale ricostruzione degli effetti della sentenza n. 204 del 2004, si ammette anzitutto che sarebbero rimasti sottratti alla giurisdizione esclusiva i comportamenti tenuti dall'amministrazione in via di mero fatto e senza titolo, avverso i quali sarebbe (eventualmente) esperibile l'azione possessoria o comunque l'azione di occupazione senza titolo.

Sotto tale profilo la soppressione del riferimento ai "comportamenti" non sarebbe stata inutile, in quanto nella giurisprudenza delle SS.UU. la sorte delle azioni possessorie era rimasta incerta⁴⁴.

Con specifico riferimento alle vicende ablative, riguardo alla c.d. occupazione usurpativa si propone di distinguere fra il caso in cui il fatto usurpativo sia stato posto in essere senza che a monte vi fosse una dichiarazione di pubblica utilità ed il caso in cui invece quel fatto sia stato posto in essere a seguito di una dichiarazione di pubblica utilità, successivamente dichiarata illegittima.

Mentre nel primo caso la reazione avverso il comportamento usurpativo, si estrinsechi essa con una richiesta recuperatoria, o con una richiesta risarcitoria, sarebbe da far valere avanti alla giurisdizione ordinaria, in quanto si tratterebbe di un mero comportamento (e, quindi, sarebbe fattispecie riconducibile all'espunzione operata dalla sent. n. 204), invece nell'altra ipotesi sarebbe rimasta comunque sussistente la giurisdizione amministrativa, in quanto non si avrebbe un comportamento mero, bensì un comportamento che dovrebbe considerarsi espressione di una volontà provvedimentoale. Da qui l'affermazione della sussistenza della giurisdizione esclusiva⁴⁵.

In senso contrario, altra parte della dottrina ha sottolineato, invece, che in tal modo la sentenza della Corte risulterebbe quasi inutiliter data e propende, invece,

per la totale soggezione dell'occupazione usurpativa all'ambito della giurisdizione ordinaria.

Un contrasto di opinioni si coglie, se del caso con ancora maggiore contrapposizione, a proposito della fattispecie dell'occupazione appropriativa (o acquisitiva).

Parte della dottrina ipotizza, infatti, sempre sulla scorta di un argomento simile a quello svolto a proposito della occupazione usurpativa, che l'occupazione appropriativa andrebbe apprezzata come comportamento che si ricollega all'esercizio di un potere pubblico, espresso con la dichiarazione di pubblica utilità, onde non rientrerebbe nel novero dei comportamenti esclusi dall'ambito della giurisdizione esclusiva e ciò tanto nell'ipotesi in cui la fattispecie acquisitiva conseguente all'irreversibile trasformazione del fondo in costanza di dichiarazione di pubblica utilità si verifici una volta che sia mancata la tempestiva adozione del decreto di esproprio, quanto in quello in cui il decreto di esproprio vi sia stato ma sia stato annullato o su ricorso del privato o nell'esercizio di poteri di autotutela

Altra parte della dottrina ritiene che l'occupazione acquisitiva sia stata restituita al giudice ordinario.

Sembrerebbe che la soluzione al dibattito sulla questione non sia ricercabile, o meglio non lo sia esclusivamente, nel testo dell'art. 34 come riscritto dalla Consulta, ma debba essere cercata anche nell'interpretazione da darsi all'art. 35.

Infatti, se si considera la questione sulla base del solo art. 34 sembrerebbe che, in quanto questa norma prevede una giurisdizione su "atti e provvedimenti" e, quindi, esige che essi siano l'oggetto della giurisdizione in via diretta, non è dall'art. 34 che può farsi discendere la giurisdizione del giudice amministrativo su una fattispecie come l'occupazione acquisitiva, la quale non si esprime in un atto o in un provvedimento, bensì è la risultante della qualificazione di un evento, l'irreversibile trasformazione del fondo, e si connota a sua volta come fattispecie fattuale.

Quest'ultima riceve la particolare qualificazione datagli da una nota giurisprudenza della Suprema Corte a far tempo dalla sent. n. 1464 del 1983, in dipendenza di una vicenda complessa, riguardo alla quale i provvedimenti amministrativi che vengono in rilievo a monte, cioè la dichiarazione di pubblica utilità ed il successivo provvedimento di occupazione d'urgenza, non vengono più in considerazione nella loro efficacia autoritativa, la quale ha giocato esclusivamente prima del compimento della fattispecie, cioè fino a quando, dopo

che si è verificato l'inglobamento del bene nell'opera pubblica, non sia scaduto il termine entro il quale avrebbe dovuto essere emesso il provvedimento ablativo.

Scaduto tale termine detti provvedimenti non possono essere apprezzati nella loro efficacia autoritativa e ciò che viene in rilievo è lo stato di fatto verificatosi a seguito della irreversibile trasformazione congiuntamente alla mancanza dell'adozione del provvedimento ablatorio, cioè una fattispecie in cui non si coglie la manifestazione di alcun potere autoritativo.

Né si dica che venendo in rilievo la mancata adozione del provvedimento ablativo, pur sempre ricorre una fattispecie di coinvolgimento del potere autoritativo, per così dire per omissione. Infatti, anche sotto tale profilo la controversia con cui si postula il risarcimento del danno da illecito acquisitivo non riguarda direttamente la mancanza dell'emanazione del provvedimento, ma la assume soltanto come elemento fattuale determinativo della verifica dell'illecito.

Sulla base di tali rilievi, la Relazione conclude che la controversia di occupazione acquisitiva non è una controversia su atti o provvedimenti alla stregua del novellato art. 34, dovendo per tale intendersi (come si è in generale rilevato innanzi) la controversia che riguarda direttamente l'atto o il provvedimento, cioè la manifestazione del potere autoritativo, nonché, ove il provvedimento ne abbisogni, la sua esecuzione.

Né può sostenersi che la controversia verta comunque sull'esecuzione dei provvedimenti di dichiarazione di pubblica utilità e di occupazione d'urgenza, onde per tale ragione è riconducibile alla giurisdizione esclusiva.

L'oggetto della controversia, infatti, non è l'esecuzione di quei provvedimenti (per la verità riferibile solo al secondo provvedimento), pacificamente ormai avvenuta, ma la situazione di fatto da essa creata, il cui apprezzamento avviene però esclusivamente nel presupposto di quanto non è successivamente avvenuto (mancata emanazione dell'atto ablativo) o di quanto è avvenuto (annullamento dell'atto ablativo) e dà nuova qualificazione giuridica alla situazione di fatto (o – se non si condivide la pregiudiziale amministrativa e si ammetta che l'illegittimità dell'atto ablatorio possa dedursi senza previamente chiederne l'annullamento, come si sosterrà nelle conclusioni di questa Relazione – sulla base della idoneità della valutazione della illegittimità del provvedimento compiuta in via incidentale a qualificare la situazione stessa).

D'altro canto, poiché in caso di occupazione acquisitiva non è possibile postulare il recupero del bene, emerge anche per questo, al di là dell'assorbimento di quanto

appena rilevato, che l'esecuzione del provvedimento non viene nemmeno in fatto messa in discussione: dunque, i suoi effetti (gli effetti cioè dell'esecuzione) permangono.

A maggior ragione, quando viene in rilievo una fattispecie di occupazione usurpativa, sia da mancanza di dichiarazione di pubblica utilità, sia da successivo suo annullamento, in entrambi i casi e non solo nel caso di mancanza è soltanto la situazione fattuale che viene in rilievo ai fini dell'azione recuperatoria, poiché anche nel caso di annullamento è essa e non l'esecuzione dei provvedimenti che sulla base della dichiarazione di pubblica utilità sono stati compiuti a venire coinvolta. L'annullamento, infatti, esclude che la situazione fattuale possa essere ormai apprezzata come attività di esecuzione del vincolo creato dalla dichiarazione di pubblica utilità.

La giurisdizione esclusiva, in quanto concerne l'atto o provvedimento e, se esso ne abbisogna, anche la sua esecuzione suppone che l'oggetto del giudizio sia comunque l'atto o provvedimento. Si vuol dire, cioè che, in quanto sia impugnato l'atto o provvedimento oggetto del giudizio è anche la sua esecuzione. Tuttavia, se quest'ultima non potrebbe essere sottratta alla giurisdizione esclusiva sulla base di una separata considerazione dall'atto o provvedimento, nemmeno potrebbe esserne oggetto indipendentemente dall'impugnazione dell'atto o provvedimento. Una volta che l'atto o provvedimento è stato impugnato è automaticamente coinvolta la sua esecuzione e, a seguito dell'accoglimento dell'impugnazione e dell'annullamento dell'atto o provvedimento, la sua attività di esecuzione non resta rimossa a sua volta, in relazione alla natura impugnatoria del giudizio, ma non è più ormai qualificabile come attività di esecuzione dell'atto o del provvedimento, atteso che esso è venuto meno (anche in relazione all'occupazione usurpativa, naturalmente, ove si condivida l'idea che si esporrà alla fine di questa Relazione circa la possibilità di valutazione dell'illegittimità del provvedimento in funzione dell'azione risarcitoria a prescindere dal suo annullamento, si ripropone il problema della possibilità di apprezzare la fattispecie di occupazione usurpativa da illegittimità della dichiarazione di pubblica utilità ai soli fini dell'azione risarcitoria e non in funzione del recupero del bene in via incidentale nel giudizio risarcitorio a prescindere da una pronuncia di annullamento del G.A.).

Concludendo sul punto, la Relazione ritiene che le teoriche ridimensionatrici della soppressione del riferimento ai comportamenti peccano allora per un vizio di fondo: quello di tralasciare di considerare che la giurisdizione esclusiva di cui all'art. 34 non è più una giurisdizione sul rapporto.

Va ricordato, infine, che la sentenza n. 204 del 2004 ha aperto un dibattito sulle possibili ricadute sulla disciplina che in tema di fattispecie espropriative detta il t.u. n. 327 del 2001, sostenendosi da taluno un'immediata ricaduta sull'art. 53 di detto t.u., il quale prevede una giurisdizione esclusiva su comportamenti in relazione alla fattispecie di cui all'art. 43 del t.u.⁴⁶, con la conseguenza della loro incostituzionalità e da altri l'insorgenza di una questione di costituzionalità: la seconda soluzione sembra sicuramente preferibile, tenuto conto dell'esistenza della pronuncia di incostituzionalità consequenziale, che la Corte Costituzionale non ha ritenuto di utilizzare nella sentenza n. 204/2004⁴⁷.

Merita, tuttavia, segnalare che, proprio sulla base delle disposizioni del d.p.r. n. 327 del 2001, recentemente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁴⁸ ha decretato sostanzialmente la morte immediata (cioè anche in relazione a fattispecie anteriori al d.P.R. n. 327) dell'occupazione appropriativa nella concezione tradizionale, cioè come fattispecie tutelabile solo per via risarcitoria e non con il recupero del bene. Ha, infatti, ritenuto che in ipotesi di dichiarazione di pubblica utilità anteriore all'efficacia del D.P.R., la declaratoria della sua nullità comporti che il terreno debba essere restituito senza eccezioni, anche se nel frattempo la P.A. abbia costruito un'opera pubblica. La richiesta di riconsegna potrebbe essere avanzata anche in sede di ottemperanza e, di fronte alla richiesta di restituzione la P.A. non avrebbe scampo, cioè dovrebbe riconsegnare il fondo anche nel caso che sulla sua superficie sia stata realizzata un'opera pubblica.

A tale convincimento i giudici di Palazzo Spada sono pervenuti sulla base di asseriti vincoli nascenti a carico dell'ordinamento italiano dalle note decisioni CEDU⁴⁹ che hanno ritenuto che non possa costituire (com'era nella logica della c.d. occupazione appropriativa) impedimento alla restituzione dell'area illegittimamente espropriata la circostanza che l'opera sia stata realizzata.

Una volta negata per queste ragioni la peculiarità propria della fattispecie di occupazione acquisitiva in riferimento ad una dichiarazione di pubblica utilità pur intervenuta ben prima del cennato D.P.R., la Plenaria ne ha inferito che la fattispecie, di fronte all'art. 57 di esso⁵⁰ non fosse più soggetta al comma 1 di tale norma, ma fosse riconducibile alla norma dell'art. 43 del D.P.R. e, quindi, di fronte alla domanda del privato che chiedeva la restituzione del bene valendosi del formato giudicato ottenuto con l'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità ha ritenuto di ordinare la restituzione, peraltro facendo salva l'attivazione da parte dell'Amministrazione della procedura prevista per l'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico dallo stesso art. 43.

Non sembra che in tal modo si sia fatto luogo ad una applicazione retroattiva della norma. E' vero, invece, che si è sostanzialmente disapplicato per contrasto con la decisione della CEDU e quindi con la relativa Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, per come da quella Corte valutata, la norma dell'art. 57, comma 1, la quale è chiarissima nel non distinguere fra dichiarazioni di pubblica utilità valide e dichiarazioni dichiarate nulle dopo l'efficacia del D.P.R.

Secondo la Relazione quale che sia il grado di validità del ragionamento della Plenaria, è evidente che il problema della giurisdizione sulla occupazione appropriativa, ove tale tesi si dovesse condividere, in relazione alle dichiarazioni di pubblica utilità anteriori (anche di molto) all'efficacia del D.P.R., viene meno sia per quanto attiene al profilo recuperatorio, essendo questo certamente coltivabile avanti al G.A. ai termini dell'art. 53, cioè in assenza di adozione da parte dell'Amministrazione del procedimento di acquisizione, sia per quanto attiene al profilo risarcitorio che il privato decidesse di azionare, nell'inerzia dell'Amministrazione ad adottare quella procedura e fintanto che essa non si decida ad adottarla (ammesso che il privato ciò non possa fare e non debba – invece – ricorrere, come parrebbe più probabile, alla disciplina del silenzio, provocando un provvedimento dell'Amministrazione positivo o negativo su quella adozione!): essendo la giurisdizione di cui all'art. 53 onnicomprensiva, inerendo anche ai comportamenti, è di tutta evidenza che l'unica giurisdizione sarebbe nell'uno come nell'altro caso quella del G.A. (e, si badi, trattandosi di giurisdizione sul rapporto verrebbe meno quella possibilità che si sosterrà alla fine di questa esposizione, di configurare soltanto una giurisdizione concorrente per elezione del privato limitatamente al profilo risarcitorio).

Essendo manifesto il contrasto dell'art. 53 con la viva vox Constitutionis per come orante per il tramite del suo Giudice, cioè attraverso la sentenza n. 204/2004.

Secondo la Relazione il lettore della sentenza n. 204/2004 deve constatare che alla giurisdizione esclusiva secondo la Consulta è del tutto estranea la nozione di rapporto, che, invece, secondo gli auspici di molti dovrebbe rappresentarne la vera e propria essenza.

La Relazione si sofferma infine sulla novella legislativa, che, in relazione all'introduzione - sempre nell'ambito della legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo - di una fattispecie generale di "dichiarazione di inizio attività" (c.d. D.I.A.) ha previsto una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo relativamente ad ogni controversia sull'applicazione della nuova previsione normativa.

Si tratta della norma dell'art. 19 della l. n. 241 del 1990, il cui testo è stato sostituito dall'art. 3, comma 1, del d.l. n. 35 del 2005, convertito (sul punto senza modificazioni) nella l. n. 80 del 2005⁵¹. Come emerge dalla lettura del comma 1, la d.i.a. è prevista in relazione ad una serie di fattispecie nelle quali per quel che dice lo stesso legislatore l'Amministrazione dovrebbe concedere un provvedimento di carattere abilitativo <<il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi>>.

Si verte, dunque, in ambito in cui la situazione del privato potrebbe essere stata al momento dell'introduzione della norma di diritto soggettivo e l'attività dell'Amministrazione potrebbe essere carente di uno spazio sia pure minimo di discrezionalità. La cosa andrebbe accertata caso per caso. Orbene, se la situazione fosse di diritto soggettivo e, quindi, di esclusione della giurisdizione di legittimità (e salvo naturalmente che una giurisdizione esclusiva o se del caso di merito non fosse già prevista a favore del G.A.⁵²) per cui scatterebbe il limite all'estensione della giurisdizione esclusiva costituito dalla necessità che la gemmazione della giurisdizione esclusiva avvenga da una situazione di esistenza della giurisdizione del giudice amministrativo in punto di legittimità. Eppure la controversia sulla d.i.a., cioè sulla dichiarazione di inizio dell'attività compiuta dal privato è attribuita al comma 5 alla giurisdizione esclusiva in ogni caso. Non si discute la previsione della giurisdizione esclusiva sulle controversie relative all'applicazione del comma 2 e del comma 3 (specie di quest'ultimo) in quanto qui si tratta di poteri autoritativi (o meglio si dovrebbe trattare di poteri autoritativi esistenti a monte), il cui esercizio dava verosimilmente luogo alla giurisdizione di legittimità.

Secondo la Relazione, la relativa disposizione secondo cui la controversia sulla d.i.a. ai sensi del comma 1 debba comunque essere di pertinenza del giudice amministrativo in via esclusiva potrebbe indurre qualche dubbio di costituzionalità al lume della sentenza n. 204. A tacer d'altro la dichiarazione del privato non è certo un atto o provvedimento dell'Amministrazione⁵³.

L'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione ha dedicato ai comportamenti in materia urbanistica ed edilizia una specifica relazione tematica pochi mesi dopo quella relativa al riparto di giurisdizione (ottobre 2005), osservandosi in particolare quanto segue:

-la valorizzazione del principio di autorità che è stato enucleato dalla sentenza 204 ai fini del riparto, ha indotto a rivitalizzare la polemica mai sopita sulla concezione della carenza di potere. Le posizioni assunte in merito all'applicazione della nuova formula dell'art. 34 d.lgs. 80/98, alle varie ipotesi di occupazione illegittima, non fanno altro che perpetuare le difformi interpretazioni offerte dai supremi organi di giustizia, ricomprendendo le Sezioni unite nella nozione di "carenza di potere" non solo i casi di mancata attribuzione di esso alla pubblica amministrazione, ma anche i casi in cui sia assente o viziato uno dei presupposti al suo esercizio (carenza di potere in concreto)⁵⁴, mentre il Consiglio di Stato assume che "la verifica se l'atto emanato corrisponda al tipo consentito dalla legge va fatto in astratto", per cui una volta accertato che il potere è attribuito e che il provvedimento ne è l'espressione, la violazione delle regole poste dall'ordinamento concreta una violazione di legge, ovvero un vizio di legittimità dell'atto autoritativo, che per sua natura incide su interessi legittimi⁵⁵.

-l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione è condizionato dal verificarsi di certi fatti, che assumono la funzione di fatti di legittimazione, così un atto amministrativo precedente (come la dichiarazione di pubblica utilità rispetto al decreto di esproprio), un termine a partire o entro il quale l'atto deve essere compiuto (come i termini di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità): pur essendo vero che tali condizioni di legittimità presuppongono l'esistenza del potere, tuttavia pongono limiti all'esercizio di esso a protezione dell'interesse del singolo, e non sono pertanto riconducibili alle norme di azione, che disciplinano l'esercizio del potere nell'interesse pubblico, nei confronti del quale l'interesse privato soccombe⁵⁶;

-lo Stato di diritto giustifica il sacrificio dei diritti individuali ove la legge attribuisce all'amministrazione l'ingerenza in alienum, non solo attraverso il conferimento del potere, ma esigendo anche l'osservanza di fondamentali modalità procedurali, concepite a garanzia del rispetto del diritto. A proposito della definitiva ablazione del diritto dominicale, l'acquisto della proprietà alla mano pubblica per atto formale, che solo attribuisce il potere di trasformazione fisica della cosa, è annoverabile tra i fatti di legittimazione, senza i quali la situazione è di carenza di potere, pur se non può negarsi la disponibilità dello stesso da parte dell'amministrazione.

-quella parte della giurisprudenza amministrativa orientata a confermare la giurisdizione amministrativa sull'azione di risarcimento da occupazione appropriativa, pur dopo la sentenza 204/04, che la generale soggezione del

proprietario al potere pubblico, per effetto della dichiarazione di pubblica utilità, non verrebbe meno, sol perché alla scadenza del termine di occupazione legittima il decreto di esproprio non è stato emanato: siffatta eventualità si sostanzierebbe in un illegittimo comportamento omissivo tenuto in spregio alle norme di azione che disciplinano le modalità di svolgimento del procedimento ablatorio⁵⁷. Di guisa che, in presenza di domanda risarcitoria per il danno conseguente la realizzazione dell'opera pubblica nel termine di occupazione legittima del fondo (necessariamente formulata per equivalente attesa l'irrestituibilità del bene) potrebbe senz'altro essere adita la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

L'argomentazione non tiene conto che l'illecito in cui si sostanzia l'occupazione appropriativa, non avviene durante il periodo di occupazione legittima, nel corso della quale è consentito anche procedere alla trasformazione del fondo⁵⁸, ma alla scadenza della stessa, per la mancata restituzione del fondo (divenuta impossibile attesa la radicale trasformazione che ne comporta l'attrazione al novum realizzato): nel che si sostanzia la lesione del diritto di proprietà, e si configura in tutti i suoi aspetti la figura dell'illecito di cui all'art. 2043 c.c., in particolare la qualificazione contra ius della condotta amministrativa, che ha (ab)usato di un bene di cui non ha (più) legittima disponibilità. Ne avrebbe avuto il potere qualora di esso avesse acquisito la proprietà per effetto di un decreto di esproprio, la cui emanazione non rappresenta semplicemente la fase conclusiva del procedimento amministrativo, bensì, in modo definitivo e assorbente, la soppressione del diritto di proprietà privata.

-l'esercizio non corretto del potere è semmai ravvisabile, in materia espropriativa, riguardo a situazioni di incompetenza relativa, quali la conduzione regionale della procedura di esproprio in materia di edilizia scolastica per le opere originariamente di competenza comunale relative alla scuola dell'obbligo, oltre che per le altre opere di competenza statale, che non configura situazione di carenza assoluta di potere, con conseguente esclusione della sussistenza di posizioni aventi la consistenza del diritto soggettivo⁵⁹. Riguardo all'irreversibile trasformazione del fondo in assenza di decreto di esproprio è stata invece, anche di recente, sottolineata la lesione del diritto soggettivo, senza che venisse ritenuta idonea a fondare la giurisdizione amministrativa la deduzione dell'illegittimità di atti della procedura espropriativa seguita dalla pubblica amministrazione⁶⁰.

-la copertura del procedimento con una dichiarazione di pubblica utilità valida ed efficace, vale ad escludere la pretesa restitutoria del bene: la tutela dimezzata per l'occupazione appropriativa – non anche per l'occupazione usurpativa,

assimilabile a mero fatto illecito generatore di danno (e per questo indiscutibilmente attribuito al giudice ordinario anche nella vigenza dell'art. 34 d.lgs. 80/98)⁶¹ – trae storica origine dal timore a suo tempo manifestato dal giudice ordinario nelle fattispecie di occupazione appropriativa, per essersi rinvenuto un ostacolo ad una pronuncia di condanna della p.a. a un dare, ovvero a un restituere, nell'art. 4 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E. Ma la limitazione del potere del giudice alla condanna al risarcimento del danno, attiene alla diversa questione dei limiti interni alla giurisdizione ordinaria. Non è dubbio, invece, che agli effetti del riparto, la trasformazione del fondo privato in assenza di decreto di esproprio (che grazie alla variante invertita dell'accessione, creata dalla giurisprudenza a partire da Cass. 26 febbraio 1983, n. 1464, determina un modo di acquisto della proprietà pubblica), è lesiva di un diritto soggettivo. E rientra nella giurisdizione del giudice ordinario⁶².

-l'allargamento della giurisdizione speciale è stato spesso giustificato dalla maggior rispondenza del bagaglio tecnico della magistratura amministrativa, ad affrontare i problemi dell'amministrazione. L'argomento prova troppo, giacché la consuetudine con i problemi dell'amministrazione ne presuppone la contiguità, e da qui il rischio, che la sentenza 204 non manca di stigmatizzare, di un giudice tendenzialmente dell'amministrazione, anziché nell'amministrazione. Ciò che interessa è che nella cognizione dell'azione risarcitoria per l'occupazione appropriativa, il giudice non deve far altro che applicare i criteri estimativi largamente impiegati nelle controversie indennitarie, delle quali d'altro canto il legislatore ha ritenuto di confermare la giurisdizione ordinaria (art. 34, comma 2), senza margini di sindacato sul potere discrezionale dell'amministrazione⁶³. Non a caso, nei primi commenti dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 80/98, non si mancò di ipotizzare che la specifica riserva al giudice ordinario delle controversie indennitarie significasse attribuirgli altresì la regolamentazione degli effetti economici della procedura espropriativa, anche nella sua versione "patologica"⁶⁴.

-anteriormente alla sentenza 204/04, alla giurisdizione amministrativa in materia urbanistico-edilizia erano state ascritte le azioni cautelari e possessorie proposte dal privato a fronte di illegittime ingerenze delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti equiparati, di pari passo alla dotazione al giudice amministrativo, per effetto della legge 205 del 2000, oltre che di mezzi istruttori, dei poteri idonei ad assorbire il contenzioso cautelare parallelamente al trapasso della giurisdizione sui diritti (art. 3, sostitutivo del settimo comma dell'art. 21 l. 6 dicembre 1971 n.

1034)⁶⁵. Si precisava che l'atto di lesione del possesso doveva collocarsi "nell'esplicazione di poteri direttamente attinenti al governo del territorio"⁶⁶.

La più classica delle fattispecie di ingerenza dell'azione amministrativa nella proprietà privata, quella dell'occupazione senza titolo, era invocabile davanti al giudice amministrativo, come tutela possessoria, collegata a comportamenti della pubblica amministrazione in materia urbanistica ed edilizia⁶⁷, e ben poteva il giudice amministrativo, nell'ambito del potere di emettere misure cautelari "che appaiano ... più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso", ordinare la reintegrazione nel possesso. Il presupposto è quello della riconducibilità del comportamento nell'ambito di un procedimento espropriativo diretto alla esecuzione dei lavori per la realizzazione di un'opera pubblica connessa all'esercizio di una funzione amministrativa in materia urbanistica, in quanto il concreto modo di essere o di realizzare un'opera pubblica, a seguito della dichiarazione di pubblica utilità ed approvazione del relativo progetto, costituisce estrinsecazione di una potestà della pubblica amministrazione⁶⁸.

La giurisdizione ordinaria era riferibile ai meri atti materiali della P.A., in alcun modo non ricollegabili, neppure implicitamente, all'esercizio di un potere amministrativo (e in tale ipotesi non opera il principio dell'improponibilità delle azioni possessorie nei confronti della P.A., basato sul disposto dell'art. 4 l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E, che fa divieto all'ago di imporre un fare o un non fare in contrasto con la volontà espressa in atti amministrativi)⁶⁹.

-dopo la sentenza 204, per unanime constatazione dei commentatori⁷⁰, le azioni possessorie sono tornate alla giurisdizione del giudice ordinario⁷¹. Così anche la giurisprudenza, riguardo a domanda di reintegrazione proposta da un privato che denunci di avere subito uno spossessamento in mancanza della adozione di un provvedimento amministrativo adottato per fini di pubblica utilità, quindi facendo valere una posizione di diritto soggettivo (*ius possessionis*) e deducendo un mero comportamento materiale della p.a., non connesso neppure implicitamente all'esercizio di poteri d'imperio⁷²; meritevole di attenzione l'affermazione della giurisdizione ordinaria riguardo ad azione possessoria avverso il comportamento di un consorzio attuatore di *peep*, che pur mirato alla realizzazione di opere di urbanizzazione dopo l'approvazione del piano (dunque in presenza di dichiarazione di pubblica utilità), non era assistito da decreto autorizzativo all'occupazione⁷³.

L'illiceità della condotta del soggetto pubblico, suscettibile di incidere contro il principio del *neminem laedere*, sulla incolumità e i diritti patrimoniali dei terzi, interrompe il collegamento con eventuali atti e provvedimenti amministrativi,

poiché il tal caso questi ultimi, pur se la condotta ne sia esecuzione, non costituiscono oggetto di giudizio⁷⁴.

- l'interpretazione restrittiva del concetto di comportamento ha riguardato, oltre a casi in cui il contegno dell'amministrazione è collegato alla cura dell'interesse pubblico, anche determinate modalità di manifestazione di funzioni amministrative rilevanti in materia urbanistico-edilizia, come l'inerzia di fronte a denunce di inizio attività⁷⁵, il silenzio rifiuto, e in genere, anche fuori di quella materia, tutte le ipotesi di inerzia legislativamente qualificata.

E' da osservare in proposito che la previsione di una procedura per il silenzio inadempimento, o comunque l'attribuzione di un valore legale tipico, di accoglimento o di rigetto di istanze, colloca tali ipotesi, naturalisticamente comportamentali, nell'area attizia, consentendo di ricomprenderle nell'ambito della giurisdizione esclusiva. Riguardo alla denuncia inizio attività, peraltro, il nuovo testo dell'art. 19 l. 241/90, al comma 5, prevede la devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva, sebbene in linea teorica, stante il carattere dovuto del controllo, ove l'omissione del medesimo si traduca nella lesione di un diritto soggettivo, l'azione risarcitoria dovrebbe proporsi davanti al giudice ordinario. Riguardo al silenzio non significativo, esso è qualificabile come comportamento, che come tale dovrebbe essere escluso dalla giurisdizione esclusiva e non solo in materia urbanistica: la giurisdizione amministrativa è stata negata ove la posizione vantata dal ricorrente sia di diritto soggettivo, in relazione alla quale deve proporsi azione di accertamento⁷⁶.

L'art. 3, comma 6 ter, d.l. 35/05, ferma la generalizzazione del principio del silenzio-assenso, prevede che nei casi esclusi, a fronte dell'inerzia dell'amministrazione, il privato che aspiri al provvedimento può proporre il ricorso contro il silenzio rifiuto, di cui all'art. 21 bis L. 1034/71.

Resta comunque evocabile una casistica variegata, che individua una zona grigia tra atti e comportamenti, e annovera una serie di ipotesi in cui il contegno dell'amministrazione non è chiaramente definibile come "non-atto", ma semmai, come "intervento non autoritativo"⁷⁷, il che parrebbe mettere in discussione una possibilità univoca di ricostruzione dello scenario determinato dalla Corte costituzionale, per cui i comportamenti sono espunti dalla giurisdizione esclusiva in quanto tipicamente incidenti su diritti soggettivi, mentre l'attività provvedimentale è lesiva di interessi legittimi. Si pensi al danno da ritardo, ove l'amministrazione abbia poi adottato un provvedimento favorevole, o, in materia di evidenza pubblica, alla frequenza di comportamenti pur non connessi a determinati atti, ma risultanti dall'attività complessiva delle stazioni appaltanti⁷⁸.

La giurisprudenza presenta fattispecie di omessa vigilanza, ad esempio sul mercato mobiliare, per la quale si è ritenuta, prima della sentenza 204/04, la giurisdizione del giudice ordinario⁷⁹, considerandola da un lato vertenza “meramente risarcitoria”, e dunque oggetto di eccezione, legislativamente prevista (art. 33, comma 2, lett. e) d.lgs. n. 80/1998), alla giurisdizione esclusiva, e dall’altro sottraendola alla consequenzialità della giurisdizione di legittimità, prevista dall’art. 35, comma 4, d.leg. cit., siccome il risparmiatore è soggetto diverso dai destinatari dei provvedimenti espressione dell’attività di vigilanza, e perciò titolare di una tutela distinta e non integrativa rispetto a quella impugnatoria, in relazione al pregiudizio alla propria integrità patrimoniale.

Sempre nella logica del diritto soggettivo, ed in perfetta continuità con la sentenza Cass. S.U. 500/1999, si è anche di recente ritenuto che il diritto al risarcimento è autonomo e indipendente dalla situazione soggettiva lesa ed ha natura di diritto soggettivo anche quando la lesione sia collegata ad una precedente posizione di interesse legittimo, di modo che l’azione risarcitoria deve essere proposta davanti al giudice ordinario⁸⁰, in una controversia sul danno lamentato da un’impresa di piscicoltura per la proliferazione di uccelli ittiofagi all’interno di un parco⁸¹. Analogamente dicasi per la pretesa risarcitoria del danno lamentato da soggetto protetto, per effetto di provvedimento di avviamento viziato, azionata in modo autonomo rispetto all’impugnazione del provvedimento, in relazione al suo diritto soggettivo di essere avviato al lavoro⁸². A tal proposito, l’esigenza di ampliare il principio di effettività della tutela, che la Corte costituzionale ha in via generale avvalorato, porterebbe all’individuazione di un sistema binario, per cui al giudice amministrativo spetterebbe la cognizione dei danni consequenziali ed al giudice ordinario quelli da accertare in via autonoma⁸³.

Diverso orientamento, invece, è dato cogliere da due arresti più recenti delle sezioni unite, resi in applicazione dell’art. 34 d.lgs. 80/98, ma con considerazioni estese a tutto l’ambito risarcitorio per fattispecie lesive non direttamente derivanti da attività provvedimentali: riguardo al ritardo nel rilascio di concessione edilizia in sanatoria⁸⁴, ed al pregiudizio degli abitanti per la realizzazione di una linea ferroviaria ad alta velocità (considerata inerente all’uso del territorio)⁸⁵, si è ritenuto che in tema di riparto di giurisdizione il legislatore della riforma ha inteso perseguire obiettivi di semplificazione e razionalizzazione, concentrando presso lo stesso giudice tutte le controversie scaturenti da un medesimo fatto, onde deve escludersi che il precedente e macchinoso sistema della duplice tutela giurisdizionale (dinanzi al giudice amministrativo e poi davanti al giudice ordinario) possa essere fatto rivivere quando l’interessato, anziché invocare la

pienezza della tutela riconosciutagli dalla legge (annullamento e risarcimento), preferisca chiedere soltanto quest'ultimo.

-le azioni restitutorie o risarcitorie da occupazioni o da attività di trasformazione dei suoli privati, finalizzate all'uso pubblicistico, hanno trovato tradizionale collocazione nell'area giurisdizionale ordinaria, siccome costituenti attentato al diritto di proprietà, che è il modello dei diritti soggettivi, sopprimibile solo a determinate condizioni (art. 42 Cost.).

Le tipologie dell'occupazione appropriativa ed usurpativa cominciano ad essere differenziate allorché il risarcimento del danno per la perdita della proprietà viene regolamentato dal legislatore e tendenzialmente modellato all'indennità di esproprio⁸⁶, nell'intento di reperire condizioni di maggior tutela, ove l'illegittimità dell'attività amministrativa di trasformazione non si limiti all'assenza di un titolo di acquisto della proprietà, ma appaia scollegato da qualsiasi finalità pubblicistica, legalmente dichiarata⁸⁷, di modo che, in ogni caso di dichiarazione di pubblica utilità mancante, inefficace per omessa indicazione dei termini, scaduta, o annullata dal giudice amministrativo, al mero fatto illecito, generatore di danno, consegue la restituzione, o, in caso di scelta abdicativa del proprietario "usurato", il risarcimento integrale.

La distinzione è riutilizzata l'indomani della modifica dei criteri di riparto, sottolineandosi che l'occupazione usurpativa non concreta neppure un "comportamento" cui possa darsi rilievo in materia urbanistica, ed il fatto illecito non è inquadrabile nella "materia" di giurisdizione esclusiva.

La rivitalizzazione del concetto di autorità, che promana dalla sentenza 204, ha ora condotto a scindere dall'occupazione usurpativa "pura", ovvero caratterizzata dalla completa assenza di dichiarazione di pubblica utilità, un'occupazione "spuria", in cui il titolo legittimante l'amministrazione allo svolgimento della procedura espropriativa, pur esistente, sia rimosso da un provvedimento costitutivo di ritiro, o da un annullamento giurisdizionale. La consequenzialità della riparazione all'azione demolitoria, ne ascrive la cognizione al giudice amministrativo, in ossequio all'esigenza di concentrazione cui sovrintende l'art. 35 del d.lgs. 80/98: sicché l'esistenza di un provvedimento, pur successivamente rimosso, configura un comportamento collegato all'esercizio del potere, a fronte del quale la lesione è riferibile all'interesse legittimo. Al contrario nel caso di mancanza ab origine della dichiarazione di pubblica utilità, si configurerebbe un comportamento materiale, scollegato da ogni provvedimento, e in nessun modo connesso con l'esercizio del potere pubblico: solo in tal caso la controversia sarebbe devoluta al giudice ordinario.

Analogamente, ove il decreto di esproprio sia annullato per vizi dell'atto, anche del risarcimento conosce il giudice amministrativo, mentre l'assenza di decreto di esproprio entro il termine di validità dell'occupazione di urgenza o della dichiarazione di pubblica utilità, ascrive il facere in alienum nell'area dei comportamenti illeciti, di cui conosce il giudice ordinario.

La presenza di atti o provvedimenti, dalla cui illegittimità si pretende essere derivato un danno, trova nella disciplina introdotta dalle riforme del 1998-2000 un rafforzamento delle tutele disponibili per il privato, per la possibilità riconosciuta al medesimo di proporre dinanzi al giudice amministrativo anche l'azione di danni a completamento della domanda di annullamento del provvedimento lesivo. La giurisdizione del giudice ordinario è ascrivibile ad un'area in cui "il risarcimento non si presenta come mezzo di completamento della tutela", costituendo l'unico strumento che l'ordinamento offre (controversie meramente risarcitorie)⁸⁸.

La motivazione della sentenza 204 va utilizzata, nel senso che distinguendo dai comportamenti con i quali non si esercita, nemmeno mediamente, alcun pubblico potere, le attività recanti tale esercizio, ovvero atti e provvedimenti, solo per questi può postularsi un cattivo uso del potere amministrativo, che ingenerando le azioni di annullamento della dichiarazione di pubblica utilità, del decreto autorizzatorio all'occupazione di urgenza, e del decreto di esproprio, radica la giurisdizione del giudice amministrativo (piena), comprendente le conseguenti pretese risarcitorie.

La previsione comporterebbe che le pretese risarcitorie dipendenti dall'illegittimità di atti e provvedimenti oggetto di giurisdizione esclusiva debbano necessariamente essere avanzate ormai soltanto avanti al giudice amministrativo e non più avanti al giudice ordinario.

La problematica della pregiudiziale amministrativa, per la quale la pretesa risarcitoria, a livello di diritto sostanziale nel nostro sistema di giustizia amministrativa sorge ed è azionabile solo se si rimuove l'atto o provvedimento determinativi del danno, è variamente risolta in dottrina e giurisprudenza, e ne sono prevedibili ulteriori evoluzioni, anche proprio sulla scorta della sentenza 204, ove la Corte costituzionale, benché non direttamente investita della questione risarcitoria, fornisce importanti elementi di riflessione⁸⁹.

Sembra però che la questione, agli effetti della giurisdizione in materia urbanistico-edilizia, non rivesta aspetti di rilevanza, giacché, trattandosi di danni che si assumono derivanti dall'attività provvedimento dell'amministrazione, attengono ad aspetti sicuramente sottratti alla giurisdizione ordinaria⁹⁰, trovandosi

probabilmente in tale sfera una ragione che sorregge l'esclusività della giurisdizione, pur dopo la dichiarazione d'incostituzionalità della sentenza 204⁹¹. A tal proposito, le sezioni unite, affermando, in continuità con la sentenza Cass. n.500/1999, l'autonomia del diritto soggettivo al risarcimento anche quando la lesione sia collegata ad una precedente posizione di interesse legittimo, hanno fatto salva l'eccezione per i casi in cui si controverta in materia giurisdizione esclusiva⁹²: precisazione che è apparsa criticabile in quanto, trattandosi di diritto consequenziale esso è attribuito alla giurisdizione amministrativa dall'art. 35, comma 4, d.lgs. 80/98⁹³.

Anche all'interno della giurisdizione esclusiva, comunque, si pone il problema della pregiudiziale, prevalendo la tesi, nella giurisprudenza amministrativa, secondo cui occorre distinguere se si tratti di interessi o diritti, dipendendo la tutela risarcitoria dalla tempestiva impugnazione dell'atto lesivo⁹⁴, mentre la Cassazione, ritenendo che la "conseguenzialità" consentirebbe al giudice amministrativo di conoscere in via autonoma del risarcimento del danno, sia in sede di legittimità che esclusiva, ha ritenuto non necessario l'annullamento pregiudiziale dell'atto illegittimo⁹⁵.

Il carattere ulteriore della tutela risarcitoria, sottolineato dalla Corte costituzionale nella sentenza 204/04, ne evoca ambivalenza semantica (temporale in successione, ma anche, e soprattutto, qualitativa), non omologabile a quella di annullamento, trovandosi da questa adeguatamente differenziata quanto a presupposti e condizioni di esercizio⁹⁶. In ambito di giurisdizione esclusiva la tutela risarcitoria è da ritenere invocabile, nei termini della prescrizione, indipendentemente dall'annullamento, nelle ipotesi in cui al danneggiato non interessi la tutela demolitoria, o in cui sia stata l'amministrazione a ritirare l'atto lesivo in via di autotutela, o in cui l'annullamento giurisdizionale sia avvenimento remoto.

L'azione risarcitoria davanti al giudice amministrativo e la sent. Corte cost. n.191/2006.

Si è accennato sopra che la sent. n. 204 del 2004 affronta direttamente la questione di costituzionalità degli artt. 33 e 34 per ciò che concerne la disciplina della giurisdizione amministrativa esclusiva da essi prevista, con riferimento alla eccessiva estensione, evidenziata dalle ordinanze di rimessione, delle materie che ne sono oggetto, in contrasto con l'art. 103 Cost.

La questione dell'azione risarcitoria di cui all'art. 35 rimane sullo sfondo del giudizio di costituzionalità. Tuttavia viene affrontata, seppure incidenter, con affermazioni che appaiono assai significative e che forse costituiscono la parte più

interessante della sentenza, per ciò che riguarda il futuro assetto della giurisdizione amministrativa. Mentre, come si è visto, nella configurazione della giurisdizione esclusiva la sentenza appare piuttosto orientata verso il passato che verso futuri e più avanzati assetti del sistema.

Il legislatore nella l. n. 205 del 2000, nel ridisegnare la giurisdizione amministrativa, aveva compiuto, come è noto, la scelta fondamentale e profondamente innovativa di attribuire al giudice amministrativo la cognizione delle azioni risarcitorie in ogni materia soggetta alla sua giurisdizione; ampliando la scelta compiuta dallo stesso legislatore con il d.lgs. n. 80 del 1998, che aveva esteso la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (ma solo quella esclusiva) alla cognizione delle azioni risarcitorie: modificando in ciò il vecchio art. 30 t.u. Cons. Stato (r.d. n. 1054 del 1924) che faceva salva, come è noto, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, la competenza dell'autorità giudiziaria circa «le questioni attinenti a diritti patrimoniali consequenziali».

È da ritenere che proprio questa sia stata la principale innovazione della legislazione di riforma (insieme ad altre non irrilevanti innovazioni di carattere procedurale); più ancora che l'estensione della giurisdizione esclusiva a tutte le controversie concernenti i pubblici servizi di cui si è appena detto.

Sul punto, si deve ricordare che una volta acquisita da parte del legislatore (anche sulla base della famosa sentenza della Cass. n. 500 del 1999) l'esigenza di dare pienezza alla tutela dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione, attribuendo loro anche la disponibilità dell'azione risarcitoria, si ponevano tre possibili soluzioni legislative.

La prima soluzione era quella prospettata dalla Cassazione nella citata sentenza: che l'azione risarcitoria (nei confronti della pubblica amministrazione, come di ogni altro soggetto dell'ordinamento) si configura sempre come azione a tutela di diritti (il diritto al risarcimento del danno derivante da una azione od una omissione compiuta inure da un soggetto terzo); che la situazione soggettiva del danneggiato sia configurabile come un diritto soggettivo, o come un interesse legittimo o come una aspettativa o quant'altro, in ogni caso, la competenza a conoscere della relativa azione risarcitoria spetta al giudice ordinario come giudice dei diritti soggettivi. Salve ovviamente le materie di giurisdizione esclusiva, una volta caduta la riserva del vecchio art. 30, t.u. Cons. Stato.

La seconda soluzione, che poi è stata quella adottata dal legislatore, era nel senso di ritenere che l'azione risarcitoria non fosse altro che una delle modalità della tutela giurisdizionale sia dei diritti che degli interessi legittimi. E visto che l'art. 24 Cost. stabilisce il principio della pienezza della tutela delle une e delle altre

situazioni soggettive, diviene naturale attribuire alla cognizione del giudice amministrativo le azioni risarcitorie a tutela degli interessi legittimi (mentre al giudice ordinario quelle a tutela di diritti soggettivi, salve appunto le materie di giurisdizione esclusiva).

Ma questa seconda soluzione presenta una variante, dalla quale appunto emerge la terza soluzione. Infatti, una volta stabilito che il giudice amministrativo sia competente a conoscere delle azioni risarcitorie a tutela di interessi legittimi (nonché di quelle a tutela di diritti nelle materie di giurisdizione esclusiva) si pone il problema di stabilire a quale giudice spetti la competenza a conoscere delle azioni risarcitorie a tutela di diritti soggettivi già lesi (o «degradati», come si usa dire) per effetto di atti ablativi, una volta ottenuto l'annullamento da parte del giudice amministrativo di questi atti. Si tratta, come è noto, di casi nei quali l'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione era stata ritenuta sussistente prima della sentenza Cass. S.U n. 500/1999 e attribuita, sulla base della legge del 1865, alla competenza del giudice ordinario. E perciò qui il conferimento al giudice amministrativo della cognizione delle azioni risarcitorie nei confronti delle pubbliche Amministrazioni, non investe la tutela degli interessi legittimi trovando perciò riparo costituzionale nell'art. 24, ma investe la tutela dei diritti.

La cognizione di queste azioni poteva essere lasciata alla competenza del giudice ordinario, con la conseguenza sicuramente non positiva in termini di effettività della tutela, di costringere il soggetto agente a promuovere due processi, il primo davanti al giudice amministrativo mediante l'esercizio di azione di annullamento, il secondo davanti al giudice ordinario, mediante azione risarcitoria, una volta ottenuto l'esito favorevole del primo processo. Ma la soluzione che il legislatore ha ritenuto preferibile (con riferimento ai principi di effettività e concentrazione della tutela giurisdizionale) è stata quella viceversa di affidare al giudice amministrativo la cognizione «di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali», con riferimento a tutto «l'ambito della sua giurisdizione» (art. 35 comma 4).

Perciò laddove il giudice amministrativo è competente in ordine a un certo tipo di controversie concernenti provvedimenti ablatori incidenti su diritti soggettivi (espropriazioni, requisizioni, leva militare), in virtù della nota giurisprudenza sulla «degradazione», allo stesso giudice è conferita, altresì, la competenza a conoscere delle relative azioni risarcitorie.

Questo modello impostato dal legislatore esce indenne dallo scrutinio di costituzionalità. e appare consolidato e rafforzato.

Anzitutto, la Corte conferma l'impostazione emersa nel corso dei lavori parlamentari e successivamente in dottrina, e sopra ricordata, che aggancia all'art. 24 Cost. la disciplina dell'azione risarcitoria, tanto a tutela di diritti che di interessi legittimi.

Mentre rigetta l'idea, pure emersa in dottrina ed echeggiata, a volte, in giurisprudenza, che l'azione risarcitoria possa considerarsi in quanto tale, una materia attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

I punti che in queste brevi proposizioni del giudice della Consulta servono a delineare come si rapporti il risarcimento del danno alla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza n. 204 sembrerebbero i seguenti:

- a) il risarcimento del danno non è una materia, ma uno strumento di tutela;
- b) come tale si tratta, però, di uno strumento di tutela “ulteriore” rispetto a quello classico sperimentabile avanti al giudice amministrativo in senso – dice la Corte - demolitorio o conformativo (espressione che non è chiaro a cosa alluda e precisamente se al giudizio di ottemperanza o a giudizi nei quali non viene in rilievo stricto sensu un atto o provvedimento da annullare ma si richieda al giudice amministrativo di dire come l'Amministrazione deve comportarsi);
- c) tale strumento risulta attribuito al giudice amministrativo in funzione della garanzia della effettività del diritto di azione;
- d) l'attribuzione dell'utilizzabilità di tale strumento avanti al giudice amministrativo investito della giurisdizione esclusiva come ridimensionata dalla Corte serve per evitare che il cittadino sia costretto ad adire prima la giurisdizione amministrativa per vedersi riconosciuta la tutela demandata in via esclusiva al giudice amministrativo e poi il giudice ordinario per ottenere il risarcimento del danno.

Per la verità, nonostante la sentenza della Consulta suggerisse – almeno come sembra – l'opportunità di una riflessione sui singoli punti sopra indicati e, quindi, sulla loro combinazione, al fine di ricostruirne il vero significato e le effettive implicazioni, i numerosi commenti della dottrina alla sentenza si sono limitati a registrare (per lo più con entusiasmo) la salvezza a favore della giurisdizione amministrativa delle controversie sul risarcimento del danno, preoccupandosi di due implicazioni, quella sull'estensione di tale salvezza anche all'ambito della giurisdizione di legittimità (atteso la Consulta non ha detto espressamente se

quanto osservato rispetto alla tutela risarcitoria concerna anche questa giurisdizione) e quella del carattere di esclusività di detta salvezza.

Secondo alcuni commentatori le considerazioni svolte dalla Consulta sarebbero valide soltanto per la giurisdizione esclusiva⁹⁷.

Secondo altri invece le parole della Consulta vanno interpretate nel senso che Essa si sia voluta riferire al risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo⁹⁸.

Prima di passare ad una ricognizione dell'ordinamento, per come ridisegnato dalla sentenza in relazione alle pretese risarcitorie verso la P.A.⁹⁹, appare allora opportuno – pur nella consapevolezza che le affermazioni fatte dalla Consulta non sono vincolanti per l'interprete salvo che per quanto implichi l'interpretazione della Costituzione, atteso che sull'interpretazione della legge ordinaria è pur sempre vigente l'art. 65 dell'Ord. giud. – soffermarsi su ciascuno dei singoli passaggi della motivazione della sentenza della Consulta, per individuarne le possibili implicazioni, anche sistematiche.

Intanto è da rilevare che, nonostante una qualche ambiguità, derivante dalla genericità del riferimento all'art. 7 della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui ha sostituito l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, l'espressa precisazione che la dichiarazione di incostituzionalità non investe l'art. 7 sembra comportare che il riferimento al carattere strumentale della tutela risarcitoria ed il suo non essere materia debbano indurre a ritenere che la Consulta abbia inteso riferirsi soltanto all'art. 35, comma 1, cioè solo al risarcimento del danno in ambito di giurisdizione esclusiva.

Questa conclusione, secondo la Relazione, si impone sia per il riferirsi della dichiarazione di incostituzionalità soltanto a due norme di previsione della giurisdizione esclusiva (artt. 33 e 34), sia per il fatto che a sostegno dell'argomentazione si evoca il sistema imposto dall'abrogato art. 13 della l. n. 142 del 1992 (che concerneva una fattispecie di giurisdizione esclusiva), imperniato sul doppio binario, sia per il fatto – che dovrebbe considerarsi assolutamente assorbente – che la Corte non avrebbe avuto ragione di porsi il problema della consequenzialità ai sensi dell'art. 27 cit. in relazione all'ambito della giurisdizione di legittimità e ciò per la semplicissima ragione che la sentenza n. 500 del 1999 (i cui principi di diritto erano da considerare all'epoca diritto vivente, non essendo stati in alcun modo smentiti dalle SS.UU.) aveva affermato il principio dell'inesistenza della c.d. pregiudizialità amministrativa, onde il doppio binario non poteva ritenersi imposto (ove non previsto) sia nella giurisdizione esclusiva che in quella di legittimità.

Sotto questi profili non si comprende come il rilievo della Corte possa con tanta disinvoltura intendersi riferito nelle sue intenzioni alla giurisdizione di legittimità. Risponde alla logica della valutazione di cui al cennato art. 27 che invece la Corte l'abbia fatto per escludere ogni dubbio di costituzionalità sulla permanenza nelle materie di giurisdizione esclusiva ridimensionate, siccome emergenti dalla riscrittura degli artt. 33 e 34, della attribuzione (salvo a vedere in che limiti) del risarcimento del danno al giudice amministrativo. Novità del d.lgs. n. 80 del 1998 poi allargata all'ambito di tutta la giurisdizione esclusiva dalla l. n. 205 del 2000, che rappresentava una rottura con il sistema che in precedenza (sulla scorta del testo dell'art. 7, l. n. 1034 del 1971 e dell'art. 30 del T.U. sul Consiglio di Stato) escludeva espressamente che nell'ambito della giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo conoscesse delle pretese risarcitorie. E sulla quale, quindi, una volta sconfessato il sistema dei blocchi per materie e fortemente rimarcato che il nostro sistema della giustizia amministrativa a livello costituzionale risente ancora della sua origine, cioè della legge abolitiva del contenzioso, si poteva adombrare il dubbio (conseguenziale) che si trattasse di "materia".

Venendo ora alla prima affermazione della Consulta, cioè essere il risarcimento del danno uno strumento di tutela e non una materia, sembrerebbe innanzitutto da escludere, contrariamente a quanto numerosi commentatori hanno ritenuto¹⁰⁰, che la qualificazione in termini di strumento di tutela si presti ad essere intesa nel senso della sconfessione della qualificazione che al risarcimento del danno nei confronti della Pubblica Amministrazione avevano innovativamente ritenuto di dare le SS.UU. nella famosa sentenza n. 500 del 1999, cioè quella di un diritto soggettivo, rispetto al quale la lesione della situazione giuridica può caratterizzarsi indifferentemente come diritto soggettivo o interesse legittimo, rilevando essa soltanto ai fini della c.d. ingiustizia del danno, da intendersi in senso evocativo della necessità della lesione di un interesse giuridicamente protetto¹⁰¹.

Al contrario, l'affermazione della Consulta, una volta richiamate le ragioni che inducono a ritenere che Essa abbia inteso riferirsi solo alla giurisdizione esclusiva nell'affrontare ed escludere il dubbio sulla possibile questione consequenziale, sembrerebbe da intendere diversamente: infatti, se si tiene conto che - come si è detto poco sopra - la Corte si preoccupa di rispondere al dubbio che, in riferimento alla giurisdizione esclusiva ridimensionata di cui agli artt. 33 e 34 ed in genere alla giurisdizione esclusiva, la norma dell'art. 35, comma 1, potesse essere intesa come essa stessa attributiva di una "materia", l'affermazione de qua vuole soltanto sottolineare il carattere meramente servente della norma rispetto

alle norme degli artt. 33 e 34, esse sole individuatici della “materia” oggetto di estensione della giurisdizione esclusiva.

Ed allora, poiché è di tutta evidenza che nell’ambito della giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo conosce sia di diritti sia di interessi legittimi, dire che la norma dell’art. 35, comma 1, regola uno strumento di tutela della situazione tutelabile avanti al giudice amministrativo con la giurisdizione esclusiva implica che tale strumento svolga la sua funzione sia con riguardo ad una situazione (l’interesse leso) di diritto soggettivo, sia di interesse legittimo. Onde, la costruzione della sentenza n. 500 del 1999 non risulta affatto messa in crisi, potendo nell’uno e nell’altro caso il risarcimento del danno continuare ad intendersi - nonostante il suo essere strumento di tutela - come diritto soggettivo.

In altri termini il fatto che la Corte abbia detto che il risarcimento del danno è strumentale alla tutela della situazione in relazione alla quale è regolata la giurisdizione, non implica affatto una presa di posizione nel senso che esso ripeta la natura della situazione stessa e che, quindi, non sia un diritto soggettivo, come ritenuto dalla sent. n. 500 del 1999, ma implica solo che non è la situazione che il legislatore può prendere in considerazione per creare la giurisdizione esclusiva.

Non a caso la Corte non qualifica il risarcimento del danno, non lo chiama diritto soggettivo, ma non lo chiama nemmeno in altro modo e non dice che esso ha natura variabile¹⁰².

Tuttavia, sostenere che l’affermazione della Consulta circa la strumentalità del risarcimento del danno, in quanto riferita alla giurisdizione di legittimità, implichi un disconoscimento della qualificazione della pretesa risarcitoria sempre come diritto soggettivo, atteso che l’ambito di questa giurisdizione è per definizione quello relativo alla tutela degli interessi legittimi e considerato che la strumentalità della pretesa risarcitoria dovrebbe farla partecipe della stessa natura della situazione cui si correla, non sembra affatto una conclusione automatica.

Che la situazione giuridica avente ad oggetto il risarcimento del danno fatto valere avanti al giudice amministrativo ai sensi dell’art. 7, comma terzo, primo inciso della l. n. 1034 del 1971, come sostituito dall’art. 35, comma 4, del d.lgs. n. 80 del 1998, come a sua volta sostituito dall’art. 7 lett. c) della l. n. 205 del 2000, si debba ritenere necessariamente di interesse legittimo va, in realtà, verificato confrontando la prima delle affermazioni della Consulta con le altre e comunque sulla base di un’attenta considerazione del tenore della norma dell’art. 35, anche al lume del sistema normativo della giustizia amministrativa nel suo complesso.

Venendo alla seconda affermazione della Consulta – che il risarcimento del danno è uno strumento di tutela “ulteriore” rispetto a quello classico sperimentabile

avanti al giudice amministrativo in senso demolitorio o conformativo, la Relazione osserva che l'accento sulla ulteriorità appare ambivalente, potendo significare: a) sia che si tratta di uno strumento di tutela che deve accompagnarsi a quelli tradizionali, cioè che può o deve essere azionato soltanto congiuntamente a tali strumenti; b) sia che si tratti di uno strumento che è ulteriore in astratto, nel senso che rientra a livello normativo tra le possibilità di tutela spendibili avanti al giudice amministrativo accanto a quelle indicate come tradizionali, ma che non necessariamente deve spendersi insieme ad esse, potendo azionarsi anche autonomamente.

La terza affermazione – cioè essere lo strumento risarcitorio attribuito al giudice amministrativo in funzione della garanzia della effettività del diritto di azione – è chiara ed appare particolarmente importante, perché fornisce una chiave di lettura della deducibilità della pretesa risarcitoria avanti al giudice amministrativo: la chiave di lettura è che essa è funzionale esclusivamente all'interesse del cittadino e, quindi, non può essere intesa come una sorta di norma di favore per l'Amministrazione: aa) sia nel senso della attribuzione ad un unico giudice, quello amministrativo, del sindacato sull'agire autoritativo dell'Amministrazione stessa sotto tutti i suoi profili ed in tutti i suoi aspetti, diretti ed indiretti (e di quest'ultima natura è il sindacato allorquando serve ai fini della valutazione della pretesa risarcitoria); bb) sia nel senso che l'individuazione del significato della regola deve avvenire esclusivamente ponendosi dal punto di vista del cittadino.

Non solo: la logica evocata dalla Consulta, cioè quella dell'effettività del diritto di azione, sottende un valore inerente esclusivamente la tutela processuale, cioè una funzionalizzazione della regola al miglior svolgimento del processo a servizio della soddisfazione della pretesa del cittadino. La possibilità di far valere la tutela risarcitoria avanti al giudice amministrativo intanto esiste perché serve o deve servire al cittadino per meglio tutelare le sue situazioni giuridiche allorquando coinvolte dall'agire dell'Amministrazione. Tanto comporta che non si tratta di regola di natura sostanziale ed evidenzia un ulteriore (rispetto a quelli già evidenziati) profilo di problematicità della tesi che ritiene sconfessate le SS.UU. in punto di qualificazione della pretesa risarcitoria come diritto soggettivo.

E' semmai la quarta affermazione della Consulta - quella con cui si spiega che l'attribuzione dell'utilizzabilità dello strumento risarcitorio avanti al giudice amministrativo serve per evitare che il cittadino sia costretto ad adire prima la giurisdizione amministrativa per vedersi riconosciuta la tutela demandata in via esclusiva al giudice amministrativo e poi il giudice ordinario per ottenere il risarcimento del danno – a suggerire che il modo di pensare la tutela risarcitoria

della Consulta segna un dissenso dalla ricostruzione operata sentenza n. 500 del 1999: dire, infatti, che l'azione risarcitoria avanti al giudice amministrativo serve ad evitare che il cittadino debba prima adire quel giudice, evidentemente per ottenere una decisione sul potere esercitato dall'Amministrazione e solo dopo possa svolgere la pretesa risarcitoria avanti al giudice ordinario, equivale ad avallare l'idea che sussista nell'ordinamento la regola della c.d pregiudizialità amministrativa, cioè che il nostro sistema di giurisdizione amministrativa, prima della introduzione della possibilità di esperire l'azione risarcitoria avanti al giudice amministrativo, esprimesse una regola per cui una pretesa risarcitoria contro la Pubblica Amministrazione in relazione a vicende implicate dal suo agire mediante atti o provvedimenti autoritativi fosse possibile soltanto a condizione che il cittadino avesse prima utilmente sottoposto a sindacato avanti al giudice amministrativo l'atto o il provvedimento e ne avesse ottenuto l'annullamento.

Il riparto di giurisdizione sui comportamenti materiali della pubblica amministrazione in materia urbanistica ed edilizia (sent. Corte cost. n.191/2006 ed ord. Corte cost. n.306/2006).

Con la sent. cost. n.2004/2004 è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 34 D. L.vo n.80/1998, come sostituito dall'art. 7, comma 1 lett. b, L. n.205/2000 nella parte in cui comprende nella giurisdizione esclusiva, oltre gli atti e provvedimenti attraverso i quali le pubbliche amministrazioni, o soggetti equiparati, svolgono le loro funzioni pubblicistiche in materia di urbanistica ed edilizia, anche i comportamenti nei quali non viene esercitato, nemmeno mediamente, alcun pubblico potere.

L'art. 53 D.P..R. n.327/2001 individua nei comportamenti della pubblica amministrazione il fatto causativo del danno attribuendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le relative controversie per il solo fatto che la pubblica amministrazione è parte del giudizio, facendo del giudice amministrativo il giudice dell'amministrazione piuttosto che l'organo di garanzia della giustizia nell'amministrazione (ai sensi dell'art. 100 cost.). Tale previsione è stata ritenuta costituzionalmente illegittima nella parte in cui prescinde da ogni qualificazione di tali comportamenti. Invero, la norma si sottrae alle censure di incostituzionalità solo per quei comportamenti che siano esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi e sono quindi riconducibili all'esercizio del pubblico potere dell'amministrazione, costituendo essi esercizio, ancorché viziati di illegittimità, della funzione pubblica della pubblica amministrazione (sent.n.191/2006).

Pertanto, deve ritenersi conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a comportamenti collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, mentre è costituzionalmente illegittima la devoluzione ad esso di comportamenti posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto (ord. n.306/2006).

Ordinanze Cassazione civile, SS.UU., 13659 e 13660 del 13.6.2006 e 13911 del 15.6.2006.

La tutela giurisdizionale contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione spetta al giudice ordinario, quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo o, se lo sopporti, quante volte l'azione della pubblica amministrazione non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere, che sia riconoscibile come tale, perché a sua volta deliberato nei modi ed in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o provvedimento e non come mera via di fatto.

A questo fine, si ritiene che vada richiamato il principio di diritto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 204 del 2000, secondo cui la giurisdizione del giudice amministrativo resta in ogni caso delimitata dal collegamento con l'esercizio in concreto del potere amministrativo secondo le forme tipiche previste dall'ordinamento: ciò sia nella giurisdizione esclusiva che nella giurisdizione di annullamento.

Il che non si verifica quando l'amministrazione agisca in posizione di parità con i soggetti privati, ovvero quando l'operare del soggetto pubblico sia ascrivibile a mera attività materiale, con la consapevolezza che si verte in questo ambito ogni volta che l'esercizio del potere non sia riconoscibile neppure come indiretto ascendente della vicenda.

Esemplificando, l'amministrazione deve essere convenuta davanti al giudice ordinario in tutte le ipotesi in cui l'azione risarcitoria costituisca reazione alla lesione di diritti incompressibili, come la salute (Cass. 7 febbraio 1997 n. 1187/8 agosto 1995 n. 8681; 29 luglio 1995 n. 8300; 20 novembre 1992 n. 12386; 6 ottobre 1979 n. 5172) o l'integrità personale.

Deve ancora essere convenuta davanti al giudice ordinario, quante volte la lesione del patrimonio del privato sia l'effetto indiretto di un esercizio illegittimo o mancato di poteri, ordinati a tutela del privato (Cass. 29 luglio 2005 n. 15916; 2 maggio 2003 n. 6719): qui si è nell'ambito delle controversie meramente risarcitorie già contemplate nel D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 33, comma 2, nel testo anteriore alla riformulazione attuata con la sentenza 204 del 2004, la cui

previsione non è più necessaria, nella misura in cui in esse è ravvisabile, più in generale, la reazione a meri comportamenti lesivi dell'amministrazione.

Nel settore delle occupazioni illegittime, sono poi chiaramente ascrivibili alla giurisdizione ordinaria le forme di occupazione "usurpativa", caratterizzate dal tratto, che la trasformazione irreversibile del fondo si produce in una situazione in cui una dichiarazione di pubblica utilità manca affatto.

E alla stessa conclusione si deve pervenire nel caso in cui il decreto di espropriazione è pur stato emesso, e però in relazione a bene, la cui destinazione ad opera di pubblica utilità la si debba dire mai avvenuta giuridicamente od ormai venuta meno, per mancanza iniziale o sopravvenuta scadenza del suo termine d'efficacia. Dove per contro la situazione soggettiva, nei termini che si sono indicati, si presenta come interesse legittimo, la tutela risarcitoria ne va chiesta al giudice amministrativo. Conviene a tale riguardo soffermarsi su alcune fattispecie la cui classificazione ha sin qui dato luogo a discussione ed il cui tratto peculiare si rinviene nella circostanza che oggetto della domanda non è l'annullamento di un atto, ma appunto solo il risarcimento del danno.

Riconducibili alla giurisdizione del giudice amministrativo appaiono i casi in cui la lesione di una situazione soggettiva dell'interessato è postulata come conseguenza d'un comportamento inerte, si tratti di ritardo nell'emissione di un provvedimento risultato favorevole o di silenzio.

Ciò che viene qui in rilievo è bensì un comportamento, ma il comportamento si risolve nella violazione di una norma che regola il procedimento ordinato all'esercizio del potere e perciò nella lesione di una situazione di interesse legittimo pretensivo (Ad. pl. 15 settembre 2005 n. 7), non di un diritto soggettivo. Presenta analogie con questa situazione, quella valutata dalla Corte costituzionale nella sua più recente decisione, dove parimenti l'accesso al giudice amministrativo non è segnato da una domanda di annullamento, ma si considera che ad attrarre la fattispecie nell'orbita della sua giurisdizione possa valere la presenza di un concreto riconoscibile atto di esercizio del potere: quel potere, in particolare, che si è manifestato nella dichiarazione di pubblica utilità.

Resta da affrontare quello che all'inizio si è indicato come secondo aspetto problematico della tutela del cittadino di fronte all'attività provvedimentale illegittima della pubblica amministrazione, ovverosia la possibilità di domandare la sola tutela risarcitoria.

Da quando nell'ordinamento si è preso a considerare risarcibile la lesione di un interesse legittimo, è emerso il tema se il privato si possa limitare a rivendicare

per il diritto o l'interesse leso la sola tutela risarcitoria e quale possa essere il trattamento processuale di tale domanda.

Sino alla più recente sentenza della Corte costituzionale, si erano manifestate sul punto due posizioni ermeneutiche in assoluto contrasto tra loro.

Secondo una prima, più diffusa opinione, "tutta amministrativa", il D.Lgs. n. 80 del 1998 e la L. n. 205 del 2000 avrebbero attribuito, in via generale, al giudice amministrativo la cognizione delle pretese di risarcimento del danno da atti illegittimi della P.A., in sede di giurisdizione esclusiva (in virtù del comma 1 dell'art. 35) o di legittimità (in virtù del comma 4;), che entrambe hanno ora assunto il connotato di giurisdizione "piena".

In tal senso è apparso orientarsi il Consiglio di Stato, secondo cui la ratio della riforma iniziata con il D.Lgs. n. 80 del 1998 e completata con la L. n. 205 del 2000 è stata quella di concentrare davanti ad un unico giudice, quello amministrativo, in coerenza con l'art. 24 Cost., ogni forma di tutela, anche risarcitoria, nei confronti della P.A., quando viene in gioco la lesione di interessi legittimi (Cons. Stato, sez. 6, 18 giugno 2002 n. 3338; Ad. plen. 26 marzo 2003 n. 4; Ad. plen. 30 agosto 2005 n. 8).

In particolare, alcune pronunce (Ad plen. 4 del 2003) hanno fatto propria la tesi per cui le norme richiamate avrebbero previsto, come necessaria condizione per l'accesso alla tutela risarcitoria, che nei termine di decadenza per l'impugnazione fosse anche esperita con esito favorevole l'azione di annullamento, ancorché la tutela risarcitoria possa essere richiesta non insieme, ma successivamente. Ciò in ragione del principio della cd. pregiudiziale amministrativa. L'annullamento avrebbe dovuto essere richiesto in via principale nel termine di decadenza, perché al giudice amministrativo non è consentita la cognizione incidentale della illegittimità degli atti amministrativi né esso è munito del potere di disapplicazione. Conseguenza che, se la tutela di annullamento non è richiesta nel termine per l'impugnazione del provvedimento, questo diviene inoppugnabile, precludendo l'accesso non solo alla tutela risarcitoria erogabile dal giudice amministrativo, ma anche a quella che potesse essere chiesta al giudice ordinario, facendo valere l'atto illegittimo come elemento costitutivo dell'illecito civile (secondo la sent. 500 del 1999 delle S.U.).

Il Consiglio di Stato aveva peraltro ammesso che l'azione risarcitoria potesse essere proposta in taluni casi davanti al giudice amministrativo come domanda autonoma (Cons. Stato, sez. 6, 18 giugno 2002 n. 3338).

E ciò, oltre che nei casi di danno da ritardo, in quelli in cui l'annullamento del provvedimento vi sia già stato, ad opera dello stesso giudice amministrativo (ad esempio in epoca in cui la giurisdizione amministrativa non era ancora una giurisdizione "piena") od a seguito di annullamento su ricorso amministrativo straordinario o di annullamento di ufficio.

Nello scenario così delineato, la giurisdizione del giudice amministrativo sulle pretese risarcitorie del cittadino che si assume leso in una posizione giuridica sostanziale (di diritto o di interesse legittimo), dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa non dovrebbe concorrere con una, sia pur residuale giurisdizione del giudice ordinario. Ovvio, secondo la Relazione, che il giudice amministrativo, nato come giudice dell'atto e non del rapporto, avrà non poche difficoltà a distinguere il danno specie sotto il profilo della determinazione del quantum del danno risarcibile: dovrà mutuare le regole civilistiche sul concetto stesso di danno come fatto, sul nesso di causalità, anche ipotetico (si pensi all'art. 1221 c.c.), sui criteri di valutazione ex art. 1223, 1225, 1226, 1227 c.c., comma 1 (concorso di cause) e comma 2 (danni evitabili con l'ordinaria diligenza).

Una diversa ricostruzione, "tutta civilistica", è stata prospettata da parte della dottrina, muovendo dai principi affermati dalla sent. 500 del 1999 delle S.U. Punto di partenza ne è la qualificazione della pretesa risarcitoria come diritto soggettivo, sia nei confronti del privato che della P.A., in una concezione che nega rilevanza ai successivi interventi normativi, i quali; non potrebbero scalfire, con il mero collegamento processuale, la tutela sostanziale riconosciuta al diritto soggettivo, nei confronti di chiunque azionato.

Si è mossi dalla considerazione che, secondo la Corte costituzionale, "il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della P.A."

Il profilo di connessione processuale non avrebbe escluso tuttavia che la tutela sia apprestata ad una posizione sostanziale avente natura di diritto soggettivo: il diritto al risarcimento del danno ingiusto. Il danno ingiusto, determinato dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante (sia esso diritto soggettivo o interesse legittimo: sent. 500 del 1999), sarebbe fonte di una obbligazione di risarcimento (ex art. 2043 c.c. o ex art. 1218 c.c. secondo il possibile diverso

atteggiarsi della responsabilità della p.a.), mentre la parte che chiede il risarcimento aziona sempre un diritto soggettivo.

La sentenza 204 del 2004 della Corte costituzionale avrebbe, quindi, solo negato che il novellato art. 35 abbia istituito una nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo avente ad oggetto il diritto al risarcimento del danno. Il punto rilevante, nella decisione della Corte, sarebbe stato là dove si è rilevato che l'attribuzione dell'ulteriore strumento della tutela risarcitoria, venuto ad aggiungersi a quello classico della tutela di annullamento, è valsa a configurare la giurisdizione del giudice amministrativo, in attuazione del precetto dell'art. 24 Cost., come giurisdizione atta a garantire piena ed effettiva tutela alle situazioni soggettive ad essa devolute, per evitare al cittadino di doversi rivolgere a due diversi ordini di giudici, cioè a quello amministrativo per conseguire prima l'annullamento e poi a quello ordinario per ottenere il risarcimento del danno, come diritto patrimoniale consequenziale.

È stato messo in dubbio che la Corte abbia inteso riferirsi soltanto alla giurisdizione esclusiva (art. 35, comma 1), ovvero anche a quella generale di legittimità (art. 35, comma 4), ma si è considerato corretto attribuire ampia valenza alla ravvisata estensione dei poteri del g.a. in entrambe le giurisdizioni, che risultano quindi connotate da pienezza.

La Corte non si sarebbe peraltro in alcun modo espressa sulla natura del risarcimento del danno.

Se, quindi, si tiene ferma la qualificazione del diritto al risarcimento del danno ingiusto come diritto soggettivo, resterebbe valido il principio di ordine generale secondo cui il giudice dei diritti soggettivi è il giudice ordinario (art. 2 della l.a.c.a). Di qui la conseguenza che il giudice della tutela risarcitoria sarebbe stato, di regola, il giudice ordinario.

A questa regola l'art. 35, commi 1 e 4, avrebbe apportato deroga (secondo il criterio della connessione), col consentire che il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, possa disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto e che nell'esercizio della sua giurisdizione (di legittimità) possa conoscere di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno e agli altri diritti patrimoniali consequenziali. Non sarebbe stato tuttavia corretto sostenere che si tratti di una concentrazione necessaria, con attrazione inscindibile della tutela risarcitoria al seguito di quella di annullamento, in presenza di un atto amministrativo da impugnare.

La concentrazione sarebbe infatti funzionale, in termini di pienezza ed effettività della tutela, alle esigenze del cittadino che chiede giustizia nei confronti della P.A., e pertanto non la si potrebbe ritenere doverosa e tale da dover essere praticata come unica via esclusiva.

Né, d'altra parte, sarebbe desumibile dal testo normativo - così come interpretato costituzionalmente - che al riconoscimento, in positivo, al giudice amministrativo del potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto e di conoscere delle questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, si unisca, in negativo, la totale sottrazione di eguale potere al giudice ordinario.

Il giudice amministrativo avrebbe potuto conoscere di questioni relative al risarcimento del danno e, cioè, di questioni attinenti ad un diritto soggettivo la cui cognizione è di regola attribuita al giudice ordinario, nel caso in cui il cittadino si fosse avvalso della facoltà di richiedere a tale giudice la tutela risarcitoria congiuntamente a quella di annullamento. In questa ipotesi, come è stato osservato, le norme in esame realizzerebbero una deroga alla giurisdizione per ragioni di connessione.

Si è ancora notato che la prevista concentrazione troverebbe giustificazione nel tipo di tutela che, oltre a quella di annullamento, il giudice amministrativo può somministrare: una "tutela ulteriore" che è di completamento rispetto a quella primaria della quale postula l'esito positivo, nel senso che serve a rimuovere i pregiudizi che l'annullamento non ha potuto eliminare. È per effetto della dipendenza della tutela ulteriore da quella di annullamento che il giudice amministrativo può prendere in esame questioni relative al risarcimento (ed agli altri diritti patrimoniali consequenziali) solo se gli è richiesto e ritiene di concedere l'annullamento dell'atto lesivo.

Quanto alle conseguenze della omessa richiesta della tutela di annullamento nel termine di decadenza, con conseguente inoppugnabilità dell'atto, si è rilevato che la decadenza preclude la via della tutela di annullamento e, di conseguenza, della tutela risarcitoria di completamento (da erogare nelle peculiari forme di cui all'art. 35, comma 2).

Non sarebbe invece precluso il ricorso alla sola tutela risarcitoria. si è rilevato, infatti, che in un sistema in cui al cittadino sono riconosciuti sia la tutela di annullamento, sia quella risarcitoria (e questa nella duplice connotazione di tutela di completamento che al g.a. è dato somministrare ex art. 35, comma 2, e tutela risarcitoria secondo le regole del diritto civile), non necessariamente le due forme di tutela debbono essere spese entrambe. Se il danneggiato dall'esercizio illegittimo del potere amministrativo non si vuole avvalere, non avendone

interesse, della tutela costitutiva di annui lamento del provvedimento lesivo della sua posizione giuridica sostanziale, ma ritiene, invece, conforme al suo concreto interesse avvalersi della sola tutela risarcitoria, potrà farlo, in via autonoma, davanti al giudice ordinario. Quest'ultimo non dovrà giudicare in via incidentale della legittimità dell'atto, in funzione della sua disapplicazione, ma dovrà valutare il provvedimento solo come fatto, come elemento costitutivo dell'illecito. Non si porrebbe un problema di pregiudizialità in senso tecnico, poiché tale problema si poneva solo quando, prima della sentenza n. 500 del 1999, era necessario attendere l'annullamento per poter risarcire il danno arrecato dal sacrificio di situazioni di diritto degradato ad interesse. Una volta riconosciuto che la lesione dell'interesse protetto obbliga anche la p.a. al risarcimento del danno, è venuto meno il nesso di dipendenza della risarcibilità dal previo annullamento dell'atto.

Nelle ipotesi in cui l'annullamento non fosse stato chiesto, potrebbe eventualmente porsi un problema attinente al merito della decisione, sotto il profilo se nel danno risarcibile rientri la situazione determinata dal provvedimento di cui non si sia voluto domandare l'annullamento.

Nelle ipotesi in cui l'annullamento sia stato già disposto dallo stesso giudice amministrativo (in epoca in cui la giurisdizione amministrativa non era ancora una giurisdizione "piena"), a seguito di ricorso straordinario, o d'ufficio, ovvero nel caso in cui manchi l'atto, come avviene per il danno da ritardo, si sarebbe potuto egualmente adire per la tutela risarcitoria il giudice ordinario, poiché l'estensione della cognizione del giudice amministrativo alle questioni relative al risarcimento postula che la relativa tutela sia stata richiesta congiuntamente a quella di annullamento.

La sopravvenuta decisione della Corte costituzionale spiana la strada e indirizza la scelta verso la concentrazione della tutela risarcitoria presso il giudice amministrativo, ma lascia impregiudicato il punto del trattamento processuale della tutela risarcitoria.

Le Sezioni unite - nell'esercizio della funzione di riparto della giurisdizione (artt. 31, 41, 360 c.p.c., n. 1, art. 362 c.p.c.; L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 37, comma 2,) ad esse attribuito dal nuovo codice di rito (dopo la soppressione del Tribunale dei conflitti, istituito con L. 31 marzo 1877, n. 3761, cd. Legge Mancini - Peruzzi) - ritengono che sia necessario accedere ad una soluzione, che, mentre tiene conto dei principi costituzionali che legano la tutela giurisdizionale offerta dai due ordini di giudici alle situazioni soggettive, alla luce del criterio enunciato dall'art. 103 Cost., faccia propri i valori di effettività e concentrazione delle tutele sottesi

all'art. 111 Cost. - e in particolare al principio della ragionevole durata dei processi - che la Corte costituzionale ha assunto come criterio-guida di interpretazione delle altre norme in materia di giustizia.

In quest'ottica, va adeguatamente ricordato che alla tutela risarcitoria dell'interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione questa Corte è pervenuta non già estendendo la detta tutela dai diritti soggettivi agli interessi legittimi, affermando che, sul piano della tutela risarcitoria, non si può fare differenza tra interessi che trovano protezione diretta nell'ordinamento e interessi che trovano protezione attraverso l'intermediazione del potere amministrativo.

Questa svolta - che cancella sul piano sostanziale, con riferimento alla tutela risarcitoria, il divario tra diritti ed interessi altrimenti rilevanti - matura in un momento storico in cui il legislatore ha imboccato la strada che lo porterà a configurare la giurisdizione del giudice amministrativo come una giurisdizione piena ed esige, di conseguenza, che sia data una più coerente lettura al sistema del riparto di giurisdizioni, in particolare una lettura che legghi la potestas iudicandi alla natura della situazione soggettiva. La tesi "tutta civilistica" non può essere condivisa allorché disattende la svolta voluta dal legislatore di assicurare all'interesse legittimo una tutela piena, concentrata dinanzi a un unico giudice per il principio di effettività che reca in sé la ragionevolezza dei tempi di tutela.

La soluzione, fatta propria dal legislatore del 2000 e in linea con la portata di "norma di sistema" riconosciuta dalla Corte costituzionale all'art. 24 Cost. con la sentenza 204 del 2004, da ultimo ribadita, è coerente con la riaffermazione del criterio tradizionale del riparto fondato non sulla distinzione tra le tecniche di tutela, bensì sulla natura sostanziale delle situazioni soggettive.

D'altra parte, questa ricostruzione è coerente anche con il processo di evoluzione che caratterizza l'interesse legittimo, che va perdendo la sua tradizionale funzione meramente famulativa o ancillare rispetto all'interesse pubblico, per assumere un più marcato connotato sostanziale, coerentemente del resto con l'evoluzione della stessa nozione di interesse pubblico, al cui perseguimento si accompagna un aumento della discrezionalità, ma anche della connessa responsabilità dell'amministrazione.

Deriva da ciò che - in linea di principio e salvo quanto si è già considerato - la giurisdizione sulla tutela dell'interesse legittimo non può che spettare al giudice amministrativo, sia nella tecnica della tutela di annullamento, sia nelle tecniche della tutela risarcitoria, in forma specifica o per equivalente: tecniche che non possono essere oggetto di separata e distinta considerazione ai fini della giurisdizione.

Del pari non può essere condivisa la soluzione cd. "amministrativa", dove, da una parte, pone un nesso inscindibile, non richiesto dalle norme di legge né dal quadro costituzionale, tra tutela di annullamento e tutela risarcitoria (Ad. Plen. n. 4 del 2003), dall'altra, sembra ricomprendere nella giurisdizione amministrativa ogni contesto caratterizzato dalla presenza della funzione pubblica senza esigere che di tale funzione si sia avuto un concreto esercizio, nei modi e forme tipici del potere amministrativo, che soli consentono di riconoscere l'atto come espressione di un potere esistente.

Dal primo punto di vista non è privo di rilievo il considerare che la teoria della pregiudizialità amministrativa, intesa come dipendenza del diritto al risarcimento dal previo annullamento, era maturata in un contesto nel quale da un lato si escludeva la risarcibilità del pregiudizio sofferto per il sacrificio di situazioni di interesse legittimo, dall'altro si era omologato al trattamento di questa situazione quella del diritto soggettivo degradato ad interesse.

Ne è senza importanza considerare che la soggezione a termine di decadenza è prevista dalla legge per l'azione di annullamento e, in questo sistema, l'accertamento incidentale dell'illegittimità viene negato non solo per escludere che vizi prima non rilevati possano esserlo dopo dando luogo all'annullamento di provvedimenti presuppongono quello non impugnato, ma anche perché gli effetti dell'azione di annullamento non si esauriscono nel rapporto tra amministrazione e soggetto leso e, ben spesso, si rifrangono su altri soggetti in conflitto con chi sollecita l'annullamento. Ma, non di questo si tratta quando non l'annullamento dell'atto è preteso, bensì l'accertamento della illiceità della situazione determinata dalla sua adozione ed esecuzione, accertamento che esaurisce la sua rilevanza nel rapporto tra soggetto leso e pubblica amministrazione.

Queste considerazioni, unitamente ai ricordati processi di cambiamento che caratterizzano l'interesse legittimo e la sua relazione con l'interesse pubblico, giustificano ampiamente l'abbandono di un approccio di tipo tradizionale.

Ammettere la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, anziché dal solo accertamento della sua illegittimità significherebbe restringere la tutela che spetta al privato di fronte alla pubblica amministrazione ed assoggettare il suo diritto al risarcimento del danno, anziché alla regola generale della prescrizione, ad una *Verwirkung* amministrativa, tutta italiana.

La conclusione da accogliere è dunque che, dopo l'irruzione nel mondo del diritto della risarcibilità - effettiva e non solo dichiarata - anche dell'interesse legittimo, e dopo i ricordati tentativi dei primi anni novanta della doppia tutela

(espressamente abrogata sia dal D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 35, sia dalla L. n. 205 del 2000, art. 7, lett. c), il legislatore di fine secolo non ha inteso ridurre la tutela risarcitoria al solo profilo di completamento di quella demolitoria, ma, mentre l'ha riconosciuta con i caratteri propri del diritto al risarcimento del danno, ha ritenuto di affidare la corrispondente tutela giudiziaria al giudice amministrativo, nell'intento di rendere il conseguimento di tale tutela più agevole per il cittadino.

In definitiva, si può affermare che entrambe le tesi su esposte ("tutta civilistica" e "tutta amministrativistica") conducono ad una possibile diminuzione dell'effettività della tutela del cittadino, in violazione dei principi derivanti dall'art. 24 Cost. Quella civilistica, perché finisce per frammentare o moltiplicare le sedi e i tempi della tutela giurisdizionale, per giunta secondo una direttrice che si allontana dalla regola del riparto. Quella amministrativistica, perché rischia di assicurare all'interesse legittimo una protezione che comprime l'ambito della tutela risarcitoria riducendone per modalità o contenuti, la portata.

Essa altresì, secondo alcuni svolgimenti già segnalati, finisce con l'estendere l'area della giurisdizione amministrativa al di là della connessione con l'esercizio in concreto del potere pubblico. In una situazione del genere, l'osservazione secondo la quale il legislatore del 2000 ha opportunamente concentrato le forme di tutela dell'interesse legittimo in una sola sede giudiziaria deve essere accompagnata dalla consapevolezza della perdurante vigenza della L. 20 marzo 1865, all. E, articoli 2 e 4, che configurano comunque a tutela del cittadino la giurisdizione ordinaria come presidio per tutte le materie in cui si faccia questione "di un diritto civile o politico".

Il nostro sistema si basa appunto sull'art. 2907 c.c., cui fa riscontro l'art. 99 c.p.c., ed è un sistema di civil law, in cui il riconoscimento della posizione soggettiva da tutelare, cristallizzata dal riconoscimento costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), precede la tutela giurisdizionale.

In un sistema del genere, la Legge del 1865, art. 2 - secondo una lettura coerente con le disposizioni di cui al Titolo 4 della Costituzione - costituisce, in definitiva, una norma di chiusura del sistema, che attribuisce al giudice ordinario il poterdovere di assicurare la pienezza della tutela, quando altri valori di pari rilievo costituzionale non rendono legittimo il ricorso a diversi modelli di tutela.

Quante volte si sia in presenza di atti riferibili oltre che ad una pubblica amministrazione a soggetti ad essa equiparati ai fini della tutela giudiziaria del destinatario del provvedimento e l'atto sia capace di esplicare i propri effetti perché il potere non incontra ostacolo in diritti incompressibili della persona, la tutela giudiziaria deve dunque essere chiesta al giudice amministrativo. Gli potrà

essere chiesta la tutela demolitoria e, insieme o successivamente, la tutela risarcitoria completiva. Ma la parte potrà chiedere al giudice amministrativo anche solo la tutela risarcitoria, senza dover osservare allora il termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento.

A proposito di questo secondo enunciato, merita da un lato soffermarsi qui sulle considerazioni, già svolte, che hanno condotto a questa interpretazione delle norme attributive della giurisdizione e dall'altro renderne esplicite le conseguenze.

Si è notato che, in rapporto alla tutela risarcitoria, è venuta meno sul piano del diritto sostanziale la differenza tra le situazioni che nell'ordinamento trovano protezione. L'evoluzione dell'ordinamento ha cioè condotto ad omologare gli interessi legittimi ai diritti quanto al bagaglio delle tutele:

com'era stato per le situazioni di diritto soggettivo, di norma dotate, oltre che di tutela risarcitoria, anche di una tutela ripristinatoria, completata dal diritto al risarcimento del danno, così per gli interessi legittimi una tutela risarcitoria autonoma è stata affiancata alla tutela reale di annullamento, la sola di cui le situazioni di interesse legittimo erano prima dotate, e la tutela di annullamento è stata inoltre conformata in modo da comprendervi il risarcimento del danno, che con l'annullamento non si può elidere. Se dal piano delle forme di tutela ci si sposta a quello del riparto della funzione di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi nei confronti della pubblica amministrazione, un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme che hanno attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione sul risarcimento del danno, consente di riconoscere loro la portata d'aver dato al giudice amministrativo giurisdizione anche solo in rapporto alla tutela risarcitoria autonoma.

Ma ciò perché, nel bilanciamento tra valori rilevanti sul piano costituzionale, è da riconoscere legittimità ad una norma che mentre concentra la tutela giurisdizionale presso il giudice amministrativo, non reca pregiudizio alla tutela sostanziale delle situazioni soggettive sacrificate dall'agire illegittimo della pubblica amministrazione.

D'altra parte, questa interpretazione è la sola che riesce a rendere operanti insieme, per le situazioni soggettive di cui ora ci si occupa, il valore della giurisdizione piena e quello di una tutela sostanziale degli interessi legittimi non difforme da ogni altra situazione protetta in rapporto alla tutela risarcitoria.

Sicché dalla premessa discende, in modo necessario, la conseguenza che il giudice amministrativo non possa, allo stato della legislazione, se non esercitare

la giurisdizione, che le norme gli attribuiscono quanto alla tutela risarcitoria autonoma, prescindendo dalle regole proprie della giurisdizione di annullamento.

Si può obiettare, che è nella disponibilità del legislatore disciplinare la tutela delle situazioni soggettive assoggettando a termini di decadenza l'esercizio dell'azione.

Tuttavia, una norma che oggi manca e che in modo esplicito assoggettasse ad un termine di decadenza la domanda di solo risarcimento del danno davanti al giudice amministrativo non potrebbe essere formulata nel senso di rendere il termine sostanzialmente eguale a quello cui è soggetta la domanda di annullamento, perché ciò varrebbe a porre il diverso problema della legittimità di una disciplina che tornasse a negare la tutela risarcitoria autonoma per le situazioni soggettive sacrificate dall'esercizio illegittimo del potere della pubblica amministrazione.

Resta da esplicitare un altro aspetto che inerisce in modo necessario all'aver affermato che la L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 7, ha dato al giudice amministrativo la giurisdizione sulla domanda autonoma di risarcimento del danno.

Tutela risarcitoria autonoma delle situazioni di interesse legittimo significa tutela che spetta alla parte per il fatto che la situazione soggettiva è stata sacrificata da un potere esercitato in modo illegittimo e la domanda con cui questa tutela è chiesta richiede al giudice di accertare l'illegittimità di tale agire. Questo accertamento non può perciò risultare precluso dalla inoppugnabilità del provvedimento né il diritto al risarcimento può essere per sé sconosciuto da ciò che invece concorre a determinare il danno, ovverosia la regolazione che il rapporto ha avuto sulla base del provvedimento e che la pubblica amministrazione ha mantenuto nonostante la sua illegittimità.

Dunque, il rifiuto della tutela risarcitoria autonoma, motivato sotto gli aspetti indicati, si rivelerà sindacabile attraverso il ricorso per Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione. Il giudice amministrativo avrà infatti rifiutato di esercitare una giurisdizione che gli appartiene.

Al termine di questo lungo excursus, i principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite sono i seguenti:

a) la giurisdizione del giudice amministrative sussiste in presenza di un concreto esercizio del potere, riconoscibile per tale in base al procedimento svolto ed alle forme adottate, in consonanza con le norme che lo regolano;

b) spetta al giudice amministrativo disporre le diverse forme di tutela che l'ordinamento appresta per le situazioni soggettive sacrificate dall'esercizio illegittimo del potere e tra queste forme di tutela rientra il risarcimento del danno;

c) il giudice amministrativo rifiuta di esercitare la giurisdizione e la sua decisione, a norma dell'art. 362 c.p.c., comma 1, si presta a cassazione da parte delle sezioni unite quale giudice del riparto della giurisdizione, se l'esame del merito della domanda autonoma di risarcimento del danno è rifiutato per la ragione che nel termine per ciò stabilito non sono stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti.

Come già preannunciato **la Corte Cost. è intervenuta di nuovo sulla materia del riparto di giurisdizione con la sentenza n.191/2006** in relazione a due ordinanze emesse dal TAR Calabria, con riferimento alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie aventi per oggetto», oltre che «gli atti, i provvedimenti, gli accordi», anche «i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati.

La Corte dopo aver ricordato la precedente sentenza n. 204 del 2004, con la quale aveva giudicato di questioni di legittimità costituzionale che investivano, da un lato, l'art. 33 (relativo ai pubblici servizi) e, dall'altro, l'art. 34 (relativo all'edilizia ed urbanistica) del d.lgs. n. 80 del 1998, come modificati dall'art. 7 (lettere a e b) della legge n. 205 del 2000, in quanto con tali norme il legislatore aveva «sostituito al criterio di riparto della giurisdizione fissato in Costituzione, e costituito dalla dicotomia diritti soggettivi-interessi legittimi, il diverso criterio dei “blocchi di materie”», ha osservato quanto segue:

-non può accogliersi la tesi di una giurisdizione esclusiva ancorata alla pura e semplice presenza, in un certo settore dell'ordinamento, di un rilevante pubblico interesse», laddove «è evidente che il vigente art. 103, primo comma, 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 il potere di indicare “particolari materie” nelle quali “la tutela nei confronti della pubblica amministrazione” investe “anche” diritti soggettivi»;

-tale necessario collegamento delle “materie” assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive – e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa – è espresso dall'art. 103 laddove statuisce che quelle materie devono essere “particolari” rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro

medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo», sicché, «da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo»;

Occorre perciò distinguere nell'ambito dell'art. 33 le ipotesi in cui la materia dei servizi pubblici era legittimamente devoluta al giudice amministrativo in quanto «la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo» da quelle prive di tale connotato;

-«analoghi rilievi investono la nuova formulazione dell'art. 34», la quale «si pone in contrasto con la Costituzione nella parte in cui, comprendendo nella giurisdizione esclusiva – oltre “gli atti e i provvedimenti” attraverso i quali le pubbliche amministrazioni [...] svolgono le loro funzioni pubblicistiche in materia urbanistica ed edilizia – anche “i comportamenti”, la estende a controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita – nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici – alcun pubblico potere;

-non è corretta la premessa dalla quale implicitamente muovono entrambe le ordinanze di rimessione, e cioè che, avendo questa Corte espunto dalla disposizione di cui all'art. 34 la locuzione “i comportamenti”, tale espunzione non possa non estendersi all'identica locuzione impiegata nell'art. 53, comma 1, del D.P.R. n. 327 del 2001.

Tale tesi, infatti, si fonda esclusivamente sulla circostanza che, con il suo dispositivo, la sentenza n. 204 del 2004 ha inciso sul testo dell'art. 34, ma trascura del tutto non soltanto la motivazione che è alla base di quel dispositivo, ma anche, e soprattutto, la valenza che la locuzione espunta aveva, specie in relazione alla questione di legittimità costituzionale allora sottoposta alla Corte, nella disposizione dell'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998.

Ed infatti, nell'affrontare la questione del se fosse costituzionalmente legittimo devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “blocchi di materie” ed in particolare l'intera “materia urbanistica ed edilizia” (comprensiva, la prima, di “tutti gli aspetti dell'uso del territorio”), questa Corte ha ravvisato – come risulta dalla motivazione della sentenza – nella locuzione “i comportamenti” lo strumento utilizzato dal legislatore per operare l'indiscriminata

devoluzione che si andava a censurare: sicché l'espunzione di tale locuzione, per la funzione "di chiusura" assegnatale dal legislatore nell'art. 34, valeva a ribadire che la "materia edilizia ed urbanistica" non poteva essere devoluta "in blocco" alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma poteva esserlo nei limiti precisati nella motivazione.

-la questione di legittimità costituzionale sulla quale questa Corte è ora chiamata a pronunciarsi investe (non più la pretesa del legislatore ordinario di attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "in blocco" la materia edilizia ed urbanistica, ma) specificamente la conformità a Costituzione – e, segnatamente, agli artt. 25, 102, comma secondo, e 103 – della norma che, in tema di espropriazione per pubblica utilità, devolve «alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto», oltre che «gli atti, i provvedimenti, gli accordi», anche «i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati»; questione che, per quanto si è fin qui osservato, non può essere risolta attraverso la semplice e meccanica estensione a questa disposizione dell'espunzione (solo perché, allora, operata) della locuzione de qua dall'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998.

- la questione di legittimità costituzionale ora all'esame della Corte concerne l'art. 53, comma 1, esclusivamente nella sua valenza di norma attributiva della giurisdizione al giudice amministrativo, e pertanto senza che in alcun modo possa esserne coinvolta la norma nella parte in cui – essendo applicabile l'art. 43 del D.P.R. n. 327 del 2001 – presuppone la possibilità che sia sindacato dal giudice amministrativo l'esercizio, da parte della pubblica amministrazione, del potere di acquisire al suo patrimonio indisponibile l'immobile modificato.

- la disposizione dell'art. 53, comma 1, che ex novo rende il giudice amministrativo munito di giurisdizione: se è vero, infatti, che la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della domanda, è anche vero che il sopravvenire della giurisdizione in capo al giudice che originariamente ne era (o ne era divenuto) sfornito impedisce – per pacifica giurisprudenza – la pronuncia declinatoria.

-le fattispecie oggetto dei giudizi a quibus sono riconducibili alle ipotesi tradizionalmente denominate (in giurisprudenza e dottrina) di occupazione appropriativa (ovvero, anche, di accessione invertita o espropriazione sostanziale): il che si verifica quando il fondo è stato occupato a seguito di dichiarazione di pubblica utilità, e pertanto nell'ambito di una procedura di espropriazione, ed ha subito una irreversibile trasformazione in esecuzione

dell'opera di pubblica utilità senza che, tuttavia, sia intervenuto il decreto di esproprio o altro atto idoneo a produrre l'effetto traslativo della proprietà.

Tale fenomeno viene contrapposto a quello cosiddetto di occupazione usurpativa, caratterizzato dall'apprensione del fondo altrui in carenza di titolo: carenza universalmente ravvisata nell'ipotesi di assenza ab initio della dichiarazione di pubblica utilità, e da taluni anche nell'ipotesi di annullamento, con efficacia ex tunc, della dichiarazione inizialmente esistente ovvero di sua inefficacia per inutile decorso dei termini previsti per l'esecuzione dell'opera pubblica. Nel caso dell'occupazione appropriativa, perfezionandosi con l'irreversibile trasformazione del fondo la traslazione in capo all'amministrazione del diritto di proprietà, il proprietario del fondo non può che chiedere la tutela per equivalente, laddove, nel caso dell'occupazione usurpativa (rectius: nelle ipotesi – in relazione a taluna delle quali non v'è unanimità di consensi – ad essa riconducibili) il proprietario può scegliere tra la restituzione del bene e, ove a questa rinunci così determinando il prodursi (dei presupposti) dell'effetto traslativo, la tutela per equivalente.

-la soluzione della questione di legittimità costituzionale in esame non può che muovere da quanto questa Corte, con la più volte citata sentenza n. 204 del 2004, ha statuito riguardo all'art. 35 (come modificato dall'art. 7, lettera c, della legge n. 205 del 2000) del d.lgs. n. 80 del 1998; statuizione, va precisato, e non già obiter dictum, in quanto la Corte – investita della questione di legittimità costituzionale della devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dei “blocchi di materie” relative ai servizi pubblici ed all'edilizia ed urbanistica e del potere, altresì, di giudicare di azioni risarcitorie riconosciutogli come attributo della giurisdizione esclusiva – non poteva non considerare, quanto meno con riferimento al disposto dell'art. 35, comma 1, se anche la tutela risarcitoria fosse configurabile come una “materia” devoluta in blocco alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

-il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova “materia” attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione».

-I principi appena ricordati impongono di escludere che, per ciò solo che la domanda proposta dal cittadino abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno, la giurisdizione competa al giudice ordinario: ciò dicendo non intende

questa Corte prendere posizione sul tema della natura della situazione soggettiva sottesa alla pretesa risarcitoria, ovvero sulla natura (di norma secondaria, id est sanzionatoria di condotte aliunde vietate, oppure primaria) dell'art. 2043 cod. civ., ma esclusivamente ribadire che laddove la legge – come fa l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998 – costruisce il risarcimento del danno, ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, come strumento di tutela affermandone – come è stato detto – il carattere “rimediale”, essa non viola alcun precetto costituzionale e, anzi, costituisce attuazione del precetto dell'art. 24 Cost. laddove questo esige che la tutela giurisdizionale sia effettiva e sia resa in tempi ragionevoli.

-in altri termini, al precedente sistema che, in considerazione della natura intrinseca di diritto soggettivo della situazione giuridica conseguente all'annullamento del provvedimento amministrativo, attribuiva al giudice ordinario «le controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi» (così l'art. 35, comma 5, del d. lgs. n. 80 del 1998, come modificato dall'art. 7, lettera c della legge n. 205 del 2000), il legislatore ha sostituito (appunto con l'art. 35 cit.) un sistema che riconosce esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche il potere di risarcire, sia per equivalente sia in forma specifica, il danno sofferto per l'illegittimo esercizio della funzione.

-consegue che, ai fini del riparto di giurisdizione, è irrilevante la circostanza che la pretesa risarcitoria abbia – come si ritiene da alcuni –, o non abbia, intrinseca natura di diritto soggettivo: avendo la legge, a questi fini, inequivocabilmente privilegiato la considerazione della situazione soggettiva incisa dall'illegittimo esercizio della funzione amministrativa, a questa Corte compete (e compete) solo di valutare se tale scelta del legislatore – di collegare, cioè, quanto all'attribuzione della giurisdizione, la tutela risarcitoria a quella della situazione soggettiva incisa dal provvedimento amministrativo illegittimo – confligga, o non, con norme costituzionali; ciò che, con la più volte ricordata sentenza n. 204 del 2004, questa Corte ha escluso.

Le considerazioni fin qui esposte rendono palese che la questione di legittimità costituzionale sollevata dalle ordinanze de quibus non può risolversi in base al solo petitum, id est alla domanda di risarcimento del danno, bensì considerando il fatto, dedotto a fondamento della domanda, che si assume causativo del danno ingiusto.

Con espressione ellittica l'art. 53, comma 1, individua (anche) nei “comportamenti” della pubblica amministrazione il fatto causativo del danno ingiusto, in parte qua riproducendo il contenuto dell'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998 (come modificato dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000). tale previsione è costituzionalmente illegittima là dove la locuzione, prescindendo da ogni qualificazione di tali “comportamenti”, attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo controversie nelle quali sia parte – e per ciò solo che essa è parte – la pubblica amministrazione, e cioè fa del giudice amministrativo il giudice dell'amministrazione piuttosto che l'organo di garanzia della giustizia nell'amministrazione (art. 100 Cost.).

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

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

L'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo della tutela risarcitoria – non a caso con la medesima ampiezza, e cioè sia per equivalente sia in forma specifica, che davanti al giudice ordinario, e con la previsione di mezzi istruttori, in primis la consulenza tecnica, schiettamente “civilistici” (art. 35, comma 3) – si fonda sull'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica (così Corte di cassazione, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500), ma non si giustifica quando la pubblica amministrazione non abbia in concreto esercitato, nemmeno mediatamente, il potere che la legge le attribuisce per la cura dell'interesse pubblico.

Relazione sulla giurisprudenza delle Sezioni civili (Presidente Gaetano Nicastro)-26.1.2007.

Si riporta la parte concernente il riparto di giurisdizione:

“L’anno 2006 è contrassegnato, in tema di riparto delle giurisdizioni, da pronunce di definitivo assestamento del nuovo sistema disegnato dalle recenti sentenze n. 204 del 2004, e n. 191 del 2006, della Corte costituzionale. Il ridimensionamento della giurisdizione esclusiva, quale concepito dalla riforma del processo amministrativo, negli anni 1998-2000, è stato l’occasione per una più ampia trattazione dei temi connessi all’individuazione del giudice competente a conoscere delle liti tra cittadino e pubblica amministrazione.

La Corte costituzionale pur riaffermando in teoria, ai fini del riparto, la scriminante della situazione giuridica soggettiva del destinatario dell’azione amministrativa, prevista dall’art. 113 Cost., vi sostituisce in sostanza la soggettività del potere pubblico, nel senso che al giudice amministrativo spetta di conoscere ogni manifestarsi dell’amministrazione-autorità.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, alle quali soltanto – come la Corte costituzionale non ha mancato di sottolineare – compete la regolazione della giurisdizione, hanno tradotto i principi delineati dalla Consulta, in due fondamentali ordinanze, la n. 13659 e la n. 13660, esprimendo in via programmatica il fondamentale criterio di riparto che vale per le pretese risarcitorie contro gli enti pubblici.

La tutela compete al giudice amministrativo quante volte si sia in presenza di atti riferibili alla pubblica amministrazione ed a soggetti equiparati, ed anche qualora, sia pur non esplicitato in atti, bensì in comportamenti, l’agire amministrativo sia riconducibile all’esercizio del potere. La possibilità del giudice ordinario di conoscere delle conseguenze lesive, anche solo da comportamenti, resta dunque residua teorica e marginale, attesa la non impossibile riconducibilità dell’operare amministrativo all’esercizio del potere, in modo anche indiretto.

Le Sezioni Unite hanno anche precisato, in altra occasione, che il risarcimento può essere disposto dal giudice amministrativo non soltanto se investito della domanda di annullamento dell’atto amministrativo, quale effetto ulteriore della riscontrata illegittimità di esso, ma anche – purché ricorra la giurisdizione esclusiva o generale di legittimità – nel caso in cui la parte interessata si limiti ad invocare la sola tutela risarcitoria. Da un lato, infatti, il principio di precostituzione per legge del giudice naturale, di cui all’art. 25, primo comma, Cost., non consente che la scelta del giudice resti rimessa alla parte; dall’altro,

deve escludersi che il precedente sistema della duplice tutela (dinanzi al giudice amministrativo e poi davanti al giudice ordinario) possa essere fatto rivivere quando l'interessato, anziché invocare annullamento e risarcimento, preferisca chiedere soltanto quest'ultimo (ordinanza n. 13028).

L'amministrazione deve essere convenuta davanti al giudice ordinario nelle sole ipotesi in cui l'azione risarcitoria costituisca reazione alla lesione di diritti incompressibili, come la salute o l'integrità personale. Deve ancora convenirsi l'amministrazione davanti giudice ordinario, quando la lesione del patrimonio del privato non possa essere in alcun modo collegata all'esercizio, pur illegittimo, di poteri, versandosi, in tal caso, nell'ambito delle controversie meramente risarcitorie: in particolare, nel settore delle occupazioni illegittime, sono ascrivibili alla giurisdizione ordinaria le forme di occupazione "usurpativa" (giacché la trasformazione irreversibile del fondo si produce in una situazione in cui una dichiarazione di pubblica utilità manca o è divenuta inefficace)."

Relazione sulla giustizia amministrativa per il 2006 (Pres. M.E. Schinaia)-15-1-2007 .

Si riporta la parte concernente il riparto di giurisdizione:

“Alcune specifiche riflessioni merita la questione della tutela risarcitoria che si può ottenere davanti al giudice amministrativo.

Nella relazione sullo stato della giustizia amministrativa dello scorso anno erano state espresse perplessità riguardo a una decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, con cui il riparto di giurisdizione veniva fatto dipendere da una scelta del ricorrente¹⁰³.

Il quadro giurisprudenziale è nuovamente mutato dopo la pubblicazione delle ordinanze della Cassazione del giugno del 2006¹⁰⁴.

Non può che essere accolto con favore il definitivo riconoscimento da parte della Cassazione della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo per i danni derivanti da un provvedimento amministrativo illegittimo.

È stato chiarito che la giurisdizione amministrativa sussiste sia in caso di domanda risarcitoria proposta unitamente all'azione di annullamento sia in caso di domanda proposta in via autonoma, il che è conforme a quanto elaborato dalla giurisprudenza amministrativa.

L'attenzione si sposta ora su alcune problematiche consequenziali.

Tra queste vi è quella della c.d. pregiudiziale amministrativa, rispetto alla quale la Cassazione ha affermato che costituirebbe una diminuzione dell'effettività della

tutela del cittadino ammettere la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso.

Sul punto il dibattito è ancora aperto.

L'auspicio è che il giudice amministrativo, aiutato in questo dagli apporti della dottrina, sappia coniugare le esigenze espresse dalla Cassazione con le altrettanto importanti esigenze di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, cui il termine breve di decadenza per impugnare gli atti amministrativi è funzionale.

Va comunque ribadita la costante disponibilità del giudice amministrativo a rivedere e limare i propri orientamenti, se il fine è quello di rendere più effettiva la tutela giurisdizionale.

Resta aperta anche l'ulteriore questione posta dalla Cassazione, che ha ipotizzato un suo sindacato, ai sensi dell'art. 362, primo comma c.p.c., in caso di mancato esame da parte del giudice amministrativo di una domanda autonoma di risarcimento del danno per la ragione che nel termine per ciò stabilito non è stato chiesto l'annullamento dell'atto.

Dopo la sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale sembrava chiaro che la questione della pregiudiziale costituiva un problema interno alla giurisdizione amministrativa, ed anche in questo caso è auspicabile che le due giurisdizioni trovino un punto di incontro delle rispettive elaborazioni giurisprudenziali, che sia conforme al vigente quadro costituzionale.

Come indicato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004, il risarcimento del danno è uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Nel rendere giustizia, si deve evitare che i contrasti giurisprudenziali possano contribuire a creare incertezza e a disorientare il cittadino.

La giustizia è un servizio pubblico; un servizio per il cittadino. Il concorso di due giurisdizioni deve costituire un arricchimento delle tutele in modo che attraverso due ordini di giurisdizioni ci sia un solo, ed efficiente, servizio al cittadino.

In questa logica, il giudice amministrativo deve acquisire maggiore consapevolezza del fatto che la tutela risarcitoria è oggi una componente essenziale della tutela che a lui viene chiesta.

Consiglio di Stato e T.A.R. dovranno dimostrare di non avere alcuna remora nel condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni, causati colposamente nell'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa.

Solo in questo modo, il giudice amministrativo confermerà di avere quella piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive di interesse legittimo.

Più in generale il giudice amministrativo, che non è più il giudice del solo annullamento, non mancherà di utilizzare a pieno tutte le tecniche di tutela che gli sono state messe a disposizione dal legislatore (dalla tecnica risarcitoria a quella di accertamento) per somministrare un servizio coerente con gli standard comunitari e con gli imperativi costituzionali.

Dall'esame della giurisprudenza amministrativa di quest'ultimo anno emerge che la strada intrapresa è quella giusta e l'invito non può che essere di continuare tale percorso.”

Attuali punti fermi.

Da quanto esposto discende che il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, dopo aver raggiunto una prima stabilizzazione intorno al 1930, ne ha conseguito un'altra prima delle riforme del 1998-2000 ed ora è in fase di ulteriore assestamento.

Allo stato i punti fermi dovrebbero essere i seguenti:

-La presenza di una pluralità di giudici, ordinari e speciali, non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale, come avviene nel caso in cui l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione può comportare un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale, atteso che la pluralità di giudici è riconosciuta affinché venga assicurata una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, per cui è stato ritenuto incostituzionale la norma di cui all'art. 30 L.n.1034/1971 nella parte in cui non prevede la conservazione degli effetti della domanda nel processo proseguito, a seguito di declinatoria di giurisdizione, davanti al giudice munito di giurisdizione, ispirandosi essa, viceversa, al principio per cui la declinatoria della giurisdizione comporta l'esigenza di instaurare ex novo il giudizio senza che gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originariamente proposta si conservino nel nuovo giudizio; principio questo che, non formulato espressamente in una o più disposizioni di legge ma presupposto dall'intero sistema dei rapporti tra giudice ordinario e giudici speciali e tra i giudici speciali, deve essere espunto, come tale, dall'ordinamento (Corte cost. n. 77 del 12.3.2007);

-Il criterio della concentrazione dei giudizi vale non solo con riguardo alla competenza del giudice che abbia giurisdizione sulla controversia (art. 40 c.p.c.) ma consente anche che la giurisdizione della causa accessoria, basata sui medesimi fatti (assegnata ad es. al giudice ordinario), sia trasferita al giudice della causa principale (ad es. giudice amministrativo) in considerazione della costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo (Cass. S. U. n.4636 del 28.2.2007)¹⁰⁵;

-La tutela degli interessi legittimi coinvolti nell'attività autoritativa della pubblica amministrazione appartiene normalmente al giudice amministrativo ma gli artt. 103 e 113 Cost. non ne prevedono una riserva assoluta a favore di tale giudice (Corte di Cass. S. U. n.7388 del 27.3.2007);

-il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, in mancanza di specifiche disposizioni legislative che in una determinata materia attribuiscono all'uno o all'altro le relative controversie, deve effettuarsi in base all'intrinseca consistenza della posizione soggettiva dedotta in giudizio in considerazione della sostanziale protezione accordata ad lei dall'ordinamento: se interesse legittimo al giudice amministrativo e se diritto soggettivo al giudice ordinario (Corte cost. n. 204/2004; Cass. S. U. n. 21592 dell'8.11.2005 e n. 1137 del 19.1.2007);

-La natura vincolata dell'attività demandata alla pubblica amministrazione non comporta in modo automatico la qualificazione della corrispondente posizione soggettiva del privato come diritto soggettivo, potendo essere la finalità della norma primaria rivolta direttamente alla tutela dell'interesse pubblico, con tutela solo in via mediata dell'interesse privato (Cons. di Stato, A.P. n. 7 del 24.5.2007; Corte cost. n. 127 del 16.4.1998);

-La giurisdizione non compete al giudice ordinario per il semplice fatto che la domanda abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno, atteso che il giudice amministrativo è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa in particolari materie (Corte cost. n. 140 del 27.4.2007);

-L'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo della tutela risarcitoria, che non costituisce nuova materia bensì strumento di tutela ulteriore rispetto a quello tradizionale demolitorio, si fonda sull'esigenza, coerente con i principi costituzionali ex artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma non si giustifica quando la pubblica amministrazione non abbia in

concreto esercitato, nemmeno mediamente, il potere che la legge le attribuisce per la cura dell'interesse pubblico (Corte cost. n. 204/2004 e n. 191/2006);

-La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo può riguardare i comportamenti della pubblica amministrazione causativi del danno che costituiscano esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi. Detti comportamenti debbono essere perciò riconducibili all'esercizio, ancorché illegittimo, del pubblico potere dell'amministrazione, mentre i comportamenti posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto sfuggono a tale giudice (ord. Corte cost. n. 306/2006);

-nelle ipotesi di occupazioni illegittime, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario nel caso in cui la dichiarazione di pubblica utilità manchi del tutto ed al giudice amministrativo nel caso in cui tale dichiarazione sia stata emessa e poi annullata in sede giurisdizionale o amministrativa (Cass. S. U. n. 2688 del 7.2.2007);

-Non sussiste limitazione di tutela giurisdizionale nel fatto che sia affidata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la tutela in materia di provvedimenti, compresi quelli sanzionatori, adottati dall'Autorità della concorrenza e del mercato ai sensi della L. n. 287/1990, atteso che la ritenuta esclusione da parte del giudice amministrativo del potere di esercitare un controllo di tipo forte sulle valutazioni tecniche opinabili, fermo restando il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, attiene alle modalità di esercizio e non all'essenza della funzione giurisdizionale (Cass. S. U. n. 8882/2005; Cons. di Stato, sez. VI n. 926/2004);

-Nel caso di esercizio del potere di autotutela da parte della pubblica amministrazione con incidenza sulla esecuzione dei contratti di diritto privato, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo allorché l'esercizio del relativo potere sia previsto nell'interesse pubblico da una specifica disposizione normativa, mentre spetta al giudice ordinario nel caso in cui esso sia riconducibile all'autotutela privata, come nel caso di sospensione del pagamento del prezzo per inesatto adempimento del fornitore (Cass. S. U. n. 27170 del 20.12.2006).

Problemi aperti.

E' tuttora incerto:

-se la previa tempestiva impugnazione del provvedimento amministrativo costituisca adempimento necessario per poter richiedere il risarcimento del danno al giudice amministrativo (c.d. pregiudiziale amministrativa).

Come in precedenza precisato, è ora generalmente orientata per l'autonoma esperibilità dell'azione di risarcimento del danno davanti al giudice amministrativo, a prescindere dalla tempestiva impugnazione dell'atto illegittimo, la giurisprudenza della Cassazione¹⁰⁶; mentre un opposto orientamento segue in linea di massima il giudice amministrativo¹⁰⁷, anche se non mancano decisioni favorevoli alla tesi della Cassazione¹⁰⁸. Peraltro, recentemente il Cons. di Stato A.P. n. 9 del 30.7.2007 ha riconosciuto che la previa impugnazione dell'atto amministrativo non è necessaria ove l'atto sia stato rimosso in sede amministrativa o giurisdizionale, oppure se il danno lamentato non è prodotto dalle statuizioni costitutive dell'atto ma è materialmente causato dalle particolari modalità della sua esecuzione.

Qualora dovesse prevalere la tesi della Corte di Cassazione, occorrerebbe un intervento legislativo al fine di definire per lo meno il termine entro il quale deve sperimentarsi l'azione autonoma di risarcimento del danno¹⁰⁹, che ora il giudice amministrativo (sulla base della pregiudiziale amministrativa) ritiene che decorra solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di annullamento, con applicazione della prescrizione quinquennale¹¹⁰.

-se nelle ipotesi di occupazioni illegittime, la carenza di potere in concreto (nel senso ritenuto dalla Cassazione) sia idonea a radicare la giurisdizione presso il giudice ordinario.

La questione non concerne la controversia in cui la dichiarazione di pubblica utilità sia mancata del tutto (in cui è pacifica la giurisdizione del giudice ordinario) ma i casi indicati ai punti 2 e 3 della nota 35¹¹¹. La relativa problematica è stata sottoposta all'A.P. del Consiglio di Stato con ordinanza Sez. IV n. 3288 del 19.6.2007 ed è tuttora pendente, ma la sua soluzione appare sostanzialmente pregiudicata da A.P. n.9/2007 (V. nota 111) e da AP n. 10/2007, secondo cui va considerata come controversia riconducibile all'esplicazione del pubblico potere qualunque lite suscitata da lesioni del diritto di proprietà provocate dall'esecuzione di provvedimenti autoritativi degradatori, venuti meno o per annullamento o per sopravvenuta inefficacia.

Roma, 15 settembre 2007

Aniello Cerreto
(Cons. di Stato)

¹ Ad es. rientravano nelle competenze dei giudici del contenzioso amministrativo le controversie intorno allo stato degli impiegati comunali, intorno al regime delle strade ed alla classificazione delle strade comunali da parte delle amministrazioni superiori.

² V. Cammeo, Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa, 1911-1912, 412; Guicciardi, Giustizia am.va, 1957, 47.

³ L'art. 2 della legge n.2248 del 1865 all.E attribuisce al giudice ordinario tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione ed ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa; mentre il successivo art. 3 assegna (non ad un giudice ma) alle autorità amministrative gli affari non compresi nell'art. 2. Per cui l'ambito degli **“affari non compresi”** viene a dipendere dall'interpretazione del concetto “diritti civili e politici”, senza alcun riferimento agli altri interessi (di cui pure si discusse nei lavori preparatori della legge del 1865) in quanto al di là dei diritti soggettivi mancavano allora situazione tutelabili davanti ad un giudice (V. prof. E. Cannada Bartoli, Voce Giustizia amministrativa, in Digesto pubbl.,1991, 513).

L'art. 4 dispone quanto segue:” Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso”.

L'art. 5 prevede poi che “In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi”.

Su quest'ultima deposizione si è espressa la Corte cost. con la sentenza n. 275/2001, precisando che il potere di disapplicazione ex art. 5 L.2248/1865 all. E ed il relativo limite ai poteri del giudice ordinario di fronte ad un atto amministrativo illegittimo non costituiscono una regola di valore costituzionale, che il legislatore ordinario sarebbe tenuto ad osservare in ogni caso.

⁴ V. F. Cammeo, Commentario cit., 823.

⁵ V. Auriti, 1876, riportato da Quarta, in Giustizia amm. 1897.

⁶ V. Cass.15.6.1881, 27.12.1881 e 1.5.1885.

⁷ V. Prof. Eugenio Cannada-Bartoli, La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione, 1964, 95.

⁸ E' la prima volta che compare in un testo legislativo (in contrapposizione evidentemente ai diritti soggettivi) il termine “interesse di individui o di enti morali giuridici”.

Il termine “interesse legittimo” fu invece coniato dalla dottrina dell'epoca (in particolare, Ranelletti e Cammeo), la quale ritenne che la categoria degli interessi legittimi coincidesse con i diritti soggettivi che fossero stati compresi dall'interesse generale, pur ammettendo altri interessi, non protetti intenzionalmente e direttamente dalla legge ma solo occasionalmente ed accidentalmente.

Anche Santi Romano aderì a tale classificazione distinguendo interessi semplici, interessi occasionalmente protetti ed interessi legittimi (V. Principi di diritto amministrativo, 1906, 42).

Il termine interesse legittimo viene considerato accanto al diritto soggettivo in un testo di legge solo con la Costituzione del 1948, la quale ne consacra (in contrapposizione alla teoria del Guicciardi sul carattere processuale dell'interesse legittimo come interesse a ricorrere , attribuito al soggetto al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento illegittimo: l'autore distingue al riguardo le norme di azione, la cui violazione comporterebbe la lesione dell'interesse legittimo, dalle norme di relazione la cui violazione determinerebbe la lesione del diritto soggettivo) il carattere di situazione soggettiva di carattere sostanziale in quanto riferita ad un soggetto determinato e per il nesso con il buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa. Per cui l'interesse legittimo viene poi generalmente definito come “posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dall'ordinamento in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo di poteri atti ad influire sull'esercizio

del potere, correggendone le deviazioni, in modo da consentire (in termini di probabilità e non di certezza) la realizzazione dell'interesse al bene: ma nel contempo l'interesse legittimo esaurisce la sua spinta vitale in questa partecipazione (che è particolarmente tutelata con la legge sul procedimento amministrativo n.241/1990 e successive modificazioni) senza attingere direttamente il bene sperato se non per il tramite dell'esercizio del potere (da parte dell'Amministrazione) ed in quanto questo glielo consenta (V. M. Nigro, Giustizia Amministrativa, 1983, 128).

⁹La l. 62/1907 non solo dichiarò espressamente la natura giurisdizionale della IV e della V Sezione, ma ammise contro le relative decisioni giurisdizionali il ricorso per Cassazione per assoluto difetto di giurisdizione.

¹⁰V. Quarta, in Giustizia amm.va, 1897.

¹¹ Fu ritenuto inizialmente che anche in materia di giurisdizione esclusiva, sebbene si potessero tutelare sia interessi legittimi che diritti soggettivi, i ricorsi dovessero rispettare il termine perentorio di decadenza di 60 giorni per essere ricevibili, ma poi venne enucleandosi la categoria degli atti paritetici, a fronte dei quali la posizione del privato si atteggia come diritto soggettivo, in contrapposizione agli atti autoritativi (espressione di un potere di supremazia dell'Amministrazione): per i primi non valgono le regole del giudizio su atti ed i ricorsi possono essere proposti nel termine di prescrizione del diritto, mentre i ricorsi di carattere impugnatorio vanno proposti nel prescritto termine di decadenza (V. Cons. di Stato, sez. V, 1° dicembre 1939 n.795 (est.Fagiolari); Cons. Stato, ad. plen., 18 dicembre 1940 n. 5. Gli atti paritetici relativi al rapporto di pubblico erano stati identificati all'epoca con i diritti patrimoniali dell'impiegato ma poi è stato precisato che le medesime regole sono estensibili anche ai diritti soggettivi non patrimoniali dei dipendenti pubblici (V.Cons. Stato, A. P. n. 25 del 26.10.1979).

¹² La determinazione dei **diritti patrimoniali consequenziali** è stata alquanto laboriosa e si è trascinata per decenni, in quanto in un primo momento si ritenne che appartenessero alla giurisdizione ordinaria tutte le questioni di contenuto patrimoniale inerenti al rapporto di pubblico impiego (cons. di Stato, sez. IV del 22.8.1924). Il caso più discusso è stato quello relativo agli stipendi arretrati spettanti all'impiegato, a cui favore il giudice amministrativo aveva annullato per illegittimità il provvedimento di licenziamento. La giurisdizione del giudice amministrativo su tale questione fu positivamente risolta con decisione Cons. di Stato, sez. V del 28.1926, riconoscendosi che il pagamento degli stipendi arretrati costituisce modo ordinario di reintegrazione del diritto leso e trova causa direttamente nel rapporto di pubblico impiego, a differenza del risarcimento del danno che ne costituisce una conseguenza ulteriore rispetto all'illegittimità dell'atto impugnato. Tale decisione fu poi confermata dalla Cass. S.U. in data 14.7.1927.

Successivamente, è sorto il problema di stabilire a chi spettasse la giurisdizione nel caso in cui occorresse detrarre dagli stipendi arretrati dovuti quanto percepito ad altro titolo dall'impiegato illegittimamente licenziato ed anche in tal caso la giurisdizione è stata riconosciuta dal giudice amministrativo (V. Cass. S. U. n. 2357 del 22.7.1955).

Ulteriore problematica è stata poi quella relativa agli interessi legali ed alla rivalutazione monetaria sugli stipendi arretrati, che può dirsi definitivamente conclusa con la sentenza Cass. S. U. n. 6241 del 21.6.1990, la quale ha precisato che la mutazione in termini economici quantitativi del credito del lavoratore per effetto della rivalutazione avviene ab intra e rimane entro il rapporto di impiego pubblico e la controversia promossa dall'impiegato pubblico, o comunque dall'ex dipendente, per conseguire la rivalutazione della retribuzione corrisposta con ritardo, ovvero il conguaglio della stessa, o riliquidazione anche dell'indennità di fine rapporto oltre gli interessi nella misura legale, a prescindere dalla costituzione in mora e della colpa del debitore, è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria resta limitata all'ipotesi in cui, sulla base di un comportamento del datore di lavoro pubblico, concretandosi in fatti specifici e diversi dal ritardo, il dipendente o l'ex dipendente della pubblica amministrazione pretenda non la rivalutazione automatica e

gli interessi corrispettivi, ma il risarcimento di un danno che secondo le allegazioni è diverso anch'esso dagli effetti propri del diminuito potere di acquisto della moneta e si compendia in una somma di danaro superiore a quella del calcolo automatico della rivalutazione per la durata del ritardo.

¹³ V. I Contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, in Scritti minori di Santi Romano, ristampa 1990, vol.II, 321 e segg.).

¹⁴ Di degradazione (o affievolimento) del diritto soggettivo in interesse legittimo per effetto dell'esercizio dei poteri discrezionali spettanti alla pubblica amministrazione si parla ancora oggi (V. Cas. S. U. n. 11438/1997, Cass. S. U. 10962/2001; Cons. di Stato, sez. VI, n. 3084/2002), ma la vicenda è generalmente spiegata dalla recente dottrina con la contemporanea presenza in astratto (sulla base della relativa normativa) di due situazioni soggettive (diritto e interesse legittimo) spettanti allo stesso titolare, salvo a dover stabilire in concreto se in una determinata fase del procedimento che regola la fattispecie (ad es. del procedimento di espropriazione per pubblica utilità) è presente l'una o l'altra situazione soggettiva (V. F. G. Scoca, in Contributo sulla figura dell'interesse legittimo, 1990).

¹⁵ È utile ricordare, trattandosi di problematica che di tanto in tanto viene sollevata, che l'on. Calamandrei propose, in Commissione prima e successivamente in Assemblea, in adesione del principio di unità della giurisdizione, un emendamento da inserire in Costituzione, che avrebbe conferito all'autorità giudiziaria una tutela veramente piena nell'ambito di ogni controversia con le pubbliche Amministrazioni: il cittadino avrebbe potuto «ricorrere alla autorità giudiziaria ordinaria non soltanto per chiedere la reintegrazione del proprio diritto soggettivo violato da un atto della pubblica amministrazione, ma anche per chiedere l'annullamento o la modificazione, per i motivi di legittimità o di merito stabiliti dalla legge, dell'atto amministrativo lesivo del suo interesse». Alla posizione di Calamandrei si opposero la gran parte dei membri della Commissione e successivamente essa fu rigettata dall'Assemblea. La maggior parte dei costituenti ribadirono con forza le ragioni per la permanenza della duplicità delle giurisdizioni e del Consiglio di Stato come organo giurisdizionale. E così, l'on. Bozzi, l'on. Ambrosini, l'on. Leone, per citare soltanto alcuni dei più autorevoli membri della Commissione, ribadirono le ragioni del Consiglio di Stato e della sua giurisdizione come quella «dominata dal criterio del pubblico interesse», chiamata a «valutare la discrezionalità della pubblica amministrazione che nello svolgimento della sua attività libera, ma tuttavia discrezionale (libertà, cioè, e non arbitrio), può ledere l'interesse di un cittadino»; come quella costituita «a difesa dello Stato e dei cittadini anche contro lo Stato», per cui mezzo «il cittadino diventa uno strumento di quella che con frase felicissima è stata detta la giustizia dell'amministrazione». D'altra parte, la soppressione del Consiglio di Stato come organo giurisdizionale avrebbe potuto essere intesa come un ritorno all'indietro come la soppressione di una conquista «liberale democratica di controllo della discrezionalità dell'amministrazione, a garanzia degli interessi dei cittadini» (così Bozzi, Ambrosini, Leone, e altri).

E la stessa commistione nel Consiglio di Stato di funzioni consultive e di funzioni giurisdizionali fu considerata positivamente rappresentando queste due funzioni «due manifestazioni di un'unica funzione, che non è suscettibile di divisione» come quella intesa al controllo complessivo della pubblica amministrazione. Sul punto, già l'on. Castiglia aveva osservato il pericolo della scissione delle funzioni consultive da quelle giurisdizionali (una volta affidate queste ultime alla magistratura ordinaria) perché delle stesse questioni si sarebbero occupate, in tal caso, due magistrature diverse. Il testo presentato dalla Commissione all'Assemblea, in esito a queste discussioni, riflette la posizione della maggioranza nel senso di ribadire la duplicità delle giurisdizioni e la permanenza delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

¹⁶ Il concetto di **“particolari materie indicate dalla legge”** ha costituito recentemente oggetto di approfonditi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali, con l'intervento anche di due fondamentali sentenze della Corte cost. n. 204/2004 e n. 191/2006, di cui si terrà conto nella parte finale della relazione.

Può essere utile ricordare che il Prof. Eugenio Cannada-Bartoli aveva già sollevato dei dubbi di legittimità costituzionale in ordine a future leggi che avrebbero comportato “un massiccio aumento delle particolari materie“ nello scritto “Giustizia amministrativa“, in Digesto pubbl., Utet, Torino, 1991, vol. VII, 558.

¹⁷ V. in tal senso, Corte cost. n. 185 del 1981, ove sembra affermarsi che il legislatore ordinario può attribuire la tutela di diritti al giudice amministrativo, ma non la tutela di interessi legittimi a giudici non appartenenti alla giustizia amministrativa.

¹⁸ Recentemente la Cassazione ha avuto modo di precisare che non esiste una riserva assoluta di giurisdizione sugli interessi legittimi a favore del giudice amministrativo a proposito degli atti di autotela in materia tributaria (S. U. n. 7388 del 27.3.2007).

¹⁹ I motivi inerenti alla giurisdizione - in relazione ai quali soltanto è ammesso, ai sensi dell'art. 111 Cost., u.c. e dell'art. 362 cod. proc. civ., il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato - vanno identificati o nell'ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato (in positivo o in negativo) l'ambito della giurisdizione in generale, o nell'ipotesi in cui abbia violato i cosiddetti limiti esterni della propria giurisdizione, ossia quando il Consiglio di Stato abbia giudicato su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure abbia negato la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che essa appartenesse ad altro Giudice, ovvero ancora quando, in materia attribuita alla propria giurisdizione limitatamente al solo sindacato sulla legittimità degli atti amministrativi, abbia compiuto un sindacato di merito: di talché è inammissibile il ricorso per Cassazione con il quale si denunci un cattivo esercizio da parte del Consiglio di Stato della propria giurisdizione, vizio che, attenendo all'esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge al Giudice amministrativo, non può essere dedotto dinanzi alle Sezioni Unite della Suprema Corte (cfr. Cass. S.U. 06/07/2005, n. 14211; 14/06/2005, n. 12726; 29/04/2005, n. 8882; 15/04/2005, n. 7799);

I detti limiti entro i quali, come detto, le pronunce del Consiglio di Stato sono suscettibili di ricadere sotto il sindacato della Cassazione non variano a seconda che quelle pronunce siano state emesse nell'esercizio della giurisdizione in materia di interessi o ricadano nell'ambito della giurisdizione esclusiva, riguardante anche i diritti, giacché nulla consentirebbe di introdurre una siffatta distinzione nel sistema delineato dalla citata disposizione dell'art. 111 Cost., ne' essa risponderebbe ad un criterio logico-sistematico, essendo al contrario evidente che le medesime ragioni in base alle quali una determinata controversia risulti eventualmente attribuita alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo ne giustificano anche il corrispondente regime d'impugnazione (cfr. Cass. S.U. n. 13176 del 05/06/2006).

Recentemente sono stato ritenuti motivi inerenti alla giurisdizione anche le ipotesi in cui il giudice amministrativo dovesse omettere di pronunciarsi sull'azione di risarcimento del danno proposta senza la tempestiva impugnativa dell'atto lesivo (Cass. ord. 13659, 13660 e 13911 del 2006), ma trattasi di tesi non persuasiva attenendo la questione piuttosto ai limiti interni e non a quelli esterni alla giurisdizione.

²⁰ Sulla questione V. ora Corte cost. n.204/2004, di cui si parlerà di seguito.

²¹ La distinzione tra norme di azione e di relazione è dovuta ad Enrico Guicciardi, che l'ha elaborata nello scritto “Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa (1936), riportato in “Studi di giustizia amministrativa” del medesimo autore (1967).

²² Anche attualmente si afferma che la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il *petitum* sostanziale, il quale va identificato, non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia dell'intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti

allegati ed al rapporto giuridico del quale essi sono manifestazione (Cassazione S U, n. 9363/2007 e n. 10180/2004).

Peraltro, secondo il prof. Aldo M. Sandulli la teoria della prospettazione sarebbe tuttora valida ai fini della determinazione della giurisdizione da parte del giudice ordinario, per il quale è sufficiente che si faccia questione di un diritto soggettivo indipendentemente dal fatto che in concreto un diritto soggettivo realmente sussista ed appartenga effettivamente a chi afferma di esserne titolare (Manuale di diritto amministrativo, 1989, vol.II, 1291 e 1361).

²³ Anche tale materia (che per effetto dell'art. 33 D.L.co n. 80/1998, come modificato dall'art. 7 L. n. 205/2000, è ora limitata ai rapporti di concessione di beni pubblici, essendo state soppresse le parole "e di servizi") è stata oggetto di orientamenti oscillanti, non tanto per quanto concerne le controversie relative al contenuto e alla portata della concessione ovvero agli obblighi o diritti che ne derivano, ritenuti pacificamente di competenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche con riferimento alla domanda del concessionario di risarcimento del danno nei confronti del concedente per inadempimento di obblighi di comportamento derivanti dalla convenzione (V. Cass. S. U. n. 1618 del 21.2.1997), ma con riferimento a quelle relative ai canoni di concessione.

Invero, è stato ritenuto da alcuni che l'art. 5 L. n. 1034/71 avesse inteso attribuire anche una giurisdizione esclusiva al giudice ordinario in materia di indennità, canoni ed altri corrispettivi. Ma tale tesi non ha avuto seguito, essendosi precisato che il dettato della legge opera non già come attribuzione di una competenza altrettanto esclusiva del giudice ordinario, bensì come affermazione di competenza in ordine a quegli oggetti per i quali già per il passato era in grado di conoscere; per cui la competenza del giudice ordinario deve intendersi limitata alle controversie nelle quali si faccia valere una posizione di diritto soggettivo, con esclusione di quelle in cui si faccia questione del corretto esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione in ordine alla determinazione dei canoni di concessione (V. Cons. di Stato, sez. V. n. 741 dell'8.7.1977).

Peraltro, secondo un originario orientamento della Cassazione, la giurisdizione amministrativa vi sarebbe solo allorché venisse impugnato un provvedimento generale di determinazione dei canoni, mentre la giurisdizione sarebbe comunque del giudice ordinario in una controversia relativa ad un singolo rapporto concessorio (V. Cass. S. U. n. 1309 del 24.2.1984). Tale orientamento è stato definitivamente abbandonato dalle S.U. della Cassazione con la sentenza n. 22661 del 23.10.2006 che ha enunciato il seguente principio : le controversie concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi, riservate, in materia di concessioni amministrative, alla giurisdizione del giudice ordinario sono solo quelle con un contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere d'intervento della p.a. a tutela di interessi generali; quando, invece, la controversia coinvolge la verifica dell'azione autoritativa della p.a. sul rapporto concessorio sottostante, ovvero quando investa l'esercizio di poteri discrezionali-valutativi nella determinazione del canone e non semplicemente di accertamento tecnico dei presupposti fattuali economico-aziendali (sia sull' an che sul quantum), la medesima è attratta nella sfera di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo (in modo conforme, Cass. 4.7.2006, n. 15217).

²⁴ Per l'impiego pubblico privatizzato v. ora il paragrafo successivo.

²⁵ V. M. Nigro, Ausili finanziari e problemi di giurisdizione, in G.It.1985, I, 582, e ripubblicato in scritti giuridici, III, 1747; Cass. S.U n. 3848 del 20.2.2007, secondo cui in caso di ausili finanziari generalmente la posizione del privato è di interesse legittimo in relazione alla ristrettezza delle somme disponibili.

²⁶ Anche attualmente, se l' iscrizione si correla al riscontro di requisiti predeterminati dalla legge, con margini di discrezionalità meramente tecnica e non amministrativa, le posizioni soggettive degli aspiranti hanno natura e consistenza di diritto soggettivo, con conseguente giurisdizione del giudice

ordinario sulle relative controversie (Cass. S. U. 5 luglio 2004 n. 12267; Cons. Stato, IV Sez., n. 3620 del 19.6.2006).

²⁷ Ora le concessioni di servizi pubblici sono disciplinate autonomamente (V. nota 23 e sent. corte cost. n. 204/2004).

²⁸ Nel pubblico impiego privatizzato appartengono ora al giudice amministrativo solo le controversie relative agli atti organizzativi generali.

²⁹ Rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti: i 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 nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall'articolo 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n. 691, e dalle leggi 4 giugno 1985, n. 281, e successive modificazioni ed integrazioni, e 10 ottobre 1990, n. 287.

Inoltre il rapporto di impiego del personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, esclusi il personale volontario previsto dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 2 novembre 2000, n. 362, e il personale volontario di leva, è disciplinato in regime di diritto pubblico secondo autonome disposizioni ordinamentali.

Il personale della carriera dirigenziale penitenziaria è disciplinato dal rispettivo ordinamento.

Il rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari resta disciplinato dalle disposizioni rispettivamente vigenti, in attesa della specifica disciplina che la regoli in modo organico ed in conformità ai principi della autonomia universitaria.

³⁰ Sulla nozione di procedure concorsuali si è recentemente espressa anche l'A. P. Cons. di Stato con la decisione n. 8 del 24.5.2007, precisandosi che radicano la giurisdizione del giudice amministrativo quelle procedure rivolte al reclutamento del dipendente, senza che abbia rilevanza a tal fine la natura del concorso (per esami, per titoli ed esami, per soli titoli).

³¹ Non vi sono modifiche costituzionali sul riparto di giurisdizione né nella L. Cost. n. 3 del 18.10.2001 (modifiche al titolo V della Costituzione) né nel testo di legge costituzionale pubblicato nella G. U. n. 269 del 18.11.2005, poi decaduto per mancata approvazione in sede di referendum popolare.

³² Inizialmente l'art. 35 D. L.vo n. 80/1998, prevedeva la giurisdizione del giudice amministrativo in tema di risarcimento del danno soltanto nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ex artt 33 e 34 del medesimo decreto. Poi, l'art 7 L. n. 205/2000 ha sostituito il predetto art 35 prevedendo il risarcimento del danno per tutte le controversie davanti alla sua giurisdizione (e non solo per quelle ex artt. 33 e 34) e quindi ha modificato il terzo comma dell'art. art. 7 L. n. 1034/1971, statuendo che il giudice amministrativo nell'ambito della sua giurisdizione (e quindi anche in quella di legittimità) conosce di tutte le questioni relative al risarcimento del danno ed agli altri diritti patrimoniali consequenziali, facendo venir meno la tradizionale riserva a favore del giudice ordinario su tali questioni.

³³ I passaggi fondamentali della sentenza n.500/1999 sono i seguenti:

Con gli artt. 29, 33 e 34 del D. L.vo n. 80/1998 è stata compiuta dal legislatore una decisa scelta nel senso del superamento del tradizionale sistema del riparto della giurisdizione in riferimento alla dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo, a favore della previsione di un riparto affidato al criterio della materia.

La disciplina introdotta dal D.L.vo n. 80/1998 incide in modo significativo sul tema della risarcibilità degli interessi legittimi, sia sotto il profilo strettamente processuale, concernente il riparto delle competenze giurisdizionali, sia sotto il profilo sostanziale, in quanto coinvolge il generale tema dell'ambito della responsabilità civile ex art. 2043 c.c.

La lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto. Ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale. Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo.

Per quanto concerne gli interessi legittimi oppositivi, potrà ravvisarsi danno ingiusto nel sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente all'illegittimo esercizio del potere; così confermando, nel risultato al quale si perviene, il precedente orientamento, qualora il detto interesse sia tutelato nelle forme del diritto soggettivo, ma ampliandone la portata nell'ipotesi in cui siffatta forma di tutela piena non sia ravvisabile e tuttavia l'interesse risulti giuridicamente rilevante nei sensi suindicati.

Circa gli interessi pretensivi, la cui lesione si configura nel caso di illegittimo diniego del richiesto provvedimento o di ingiustificato ritardo nella sua adozione, dovrà invece vagliarsi la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente.

Valutazione che implica un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un obiettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta.

Qualora sia stata dedotta davanti al giudice ordinario una domanda risarcitoria ex art. 2043 c.c. nei confronti della P.A. per illegittimo esercizio della funzione pubblica, il detto giudice, onde stabilire se la fattispecie concreta sia o meno riconducibile nello schema normativo delineato dall'art. 2043 c.c., dovrà procedere, in ordine successivo, a svolgere le seguenti indagini:

- a) in primo luogo, dovrà accertare la sussistenza di un evento dannoso;
- b) procederà quindi a stabilire se l'accertato danno sia qualificabile come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento, che può essere indifferentemente un interesse tutelato nelle forme del diritto soggettivo (assoluto o relativo), ovvero nelle forme dell'interesse legittimo (quando, cioè, questo risulti funzionale alla protezione di un determinato bene della vita, poiché è la lesione dell'interesse al bene che rileva ai fini in esame), o altro interesse (non elevato ad oggetto di immediata tutela, ma) giuridicamente rilevante (in quanto preso in considerazione dall'ordinamento a fini diversi da quelli risarcitori, e quindi non riconducibile a mero interesse di fatto);
- c) dovrà inoltre accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei noti criteri generali, se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta (positiva o omissiva) della P.A.;
- d) provvederà, infine, a stabilire se il detto evento dannoso sia imputabile a dolo o colpa della P.A.; la colpa (unitamente al dolo) costituisce infatti componente essenziale della fattispecie della responsabilità

aquiliana ex art. 2043 c.c.; e non sarà invocabile, ai fini dell'accertamento della colpa, il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe in *re ipsa* nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo.

³⁴ La relazione di sintesi in questione è stata pubblicata nella rivista "il Foro Italiano", aprile 2004, parte V.

³⁵ Da tempo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno fatto propria una nozione ampia di carenza di potere, ritenendo che il potere ablatorio non sussiste non solo nei casi di mancata attribuzione di esso all'amministrazione, ma anche quando mancasse o fosse viziato un c.d. presupposto per il suo esercizio, stabilito in funzione del diritto "soggettivo" (V. Cass. Sez. Un., 17 giugno 1988 n. 4116; e in particolare per un riepilogo all'epoca di tutti i precedenti della Suprema Corte, secondo cui sarebbero nulli e perciò disapplicabili per lesione di un diritto soggettivo non solo gli atti espropriativi adottati in assenza di una dichiarazione di pubblica utilità, ma anche quelli emessi in mancanza della previsione dei termini per compimento espropriazione e lavori ovvero dopo la loro scadenza, V. Cons. di Stato, Sez. IV 30 novembre 1992 n. 990).

Detto orientamento della Cassazione perdura anche attualmente (V. Cass. S. U. n. 2688 del 7.2.2007), che ritiene occupazioni "usurpative":

1) anzitutto il caso in cui la dichiarazione di p.u. manca del tutto, che si verificava per effetto della previsione generale della L. n. 2359 del 1865, art. 1,3 in forza della quale la dichiarazione medesima doveva di regola essere contenuta in un espresso provvedimento amministrativo; ed è oggi divenuto un'ipotesi di scuola in conseguenza della L. n. 1 del 1978, art. 1, che ha attribuito all'approvazione dei progetti di opere pubbliche da parte dell'autorità amministrativa, valore di dichiarazione di p.u. di urgenza ed indifferibilità delle opere stesse: ormai configurabile soltanto nel caso di collocazione di un'opera di pubblica utilità in un terreno diverso (o più esteso) rispetto a quello considerato dai presupposti provvedimenti amministrativi di approvazione del progetto;

2) quindi le fattispecie in cui il provvedimento contenente la dichiarazione di p.u. sia radicalmente nullo (L. n. 241 del 1990, art. 23): fra cui nella casistica giudiziaria ha assunto particolare rilevanza la fattispecie in cui lo stesso non contenga l'indicazione dei termini per l'inizio ed il compimento delle espropriazioni e dell'opera, richiesta dalla L. n. 2359 del 1865, art. 13; e rispondente alla necessità di rilievo costituzionale (art. 42 Cost., comma 3), di limitare il potere discrezionale della pubblica amministrazione, al fine di evitare di mantenere i beni espropriabili in stato di soggezione a tempo indeterminato, nonchè all'ulteriore finalità di tutelare l'interesse pubblico a che l'opera venga eseguita in un arco di tempo valutato congruo per l'interesse generale per evidenti ragioni di serietà dell'azione amministrativa (Cass. sez. un. 9532/2004 cit.; 460/1999; nonché 7643/2003; cons. Est. 5[^], 1562/2002; 4[^], 1315/2001; 3733/2000);

3) infine, le ipotesi di sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di p.u. individuate dalla L. n. 2359, art. 13, comma 3, nel caso di inutile decorso dei termini finali in essa fissati per il compimento dell'espropriazione e dei lavori (senza che sia intervenuto il decreto ablativo o si sia verificata la occupazione espropriativa); e dalla L. n. 1 del 1978, art. 1, comma 3, nell'ipotesi di mancato inizio delle opere "nel triennio successivo all'approvazione del progetto": a nulla rilevando che in entrambe le fattispecie il potere ablativo fosse in origine attribuito all'amministrazione, in quanto è decisivo che tale attribuzione fosse circoscritta nel tempo direttamente dal legislatore e fosse già venuta meno all'epoca dell'utilizzazione della proprietà privata (Cass. sez. un. 15615/2006; 13659 e 13660/2006; 600/2005).

Secondo una parte della dottrina (V. Cerulli Irelli, Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge, 241/1990, in Giustamm) la categoria della carenza di potere in concreto non avrebbe più ragione di esistere per effetto dell'art. art. 21-septies L. n. 241/1990 e successive modificazioni (v. il

relativo testo nella nota successiva) che avrebbe indicato come causa di nullità solo il difetto di attribuzione (carenza di potere in astratto), ma tale orientamento trascura di considerare che la menzionata disposizione sanziona con la nullità anche “il provvedimento che manca degli elementi essenziali”, per cui si può sostenere che, pur in presenza della norma attributiva del potere, se l’amministrazione esercita la propria funzione in difetto di uno dei presupposti necessari per il suo concreto esercizio, incorre nel vizio della carenza di potere in concreto (V. Maria Immordino e Maria Grazia Cavallaro, sulla “Nullità del provvedimento amministrativo tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto..” in Giustamm, 14.9.2007).

Le menzionate autrici precisano poi che “ l’ampliamento dell’area della nullità, che la tesi prospettata finisce inevitabilmente con il comportare, non dovrebbe costituire un problema. La dottrina ha ormai definitivamente chiarito, e ieri ne abbiamo avuto conferma da Romano Tassone, che alla nullità dell’atto amministrativo può assegnarsi un ruolo protettivo anche nei confronti del cittadino, e che non tutte le ipotesi di nullità indicate dall’art. 21 septies possono considerarsi in funzione della tutela del pubblico interesse, ma che, al contrario, esse (emblematico è il caso della nullità per violazione o elusione del giudicato) sono previste anche a garanzia dell’interesse del privato. Essa, inoltre, fornisce del sistema una lettura più coerente. In dottrina, infatti, si era già rilevata l’incoerenza di una giurisprudenza che mentre configurava come ipotesi di nullità il decreto di espropriazione adottato dopo la scadenza dei termini fissati nella dichiarazione di pubblica utilità, o decretata senza che fosse stato previsto alcun termine, al contrario riteneva annullabile il diniego di autorizzazione intervenuto dopo la formazione del silenzio-assenso. Qualche notazione finale sulle conseguenze dell’interpretazione proposta ai fini del riparto di giurisdizione.

La nullità per difetto assoluto di attribuzione, nella specie di carenza in astratto del potere, sembra radicare la giurisdizione del giudice ordinario; la nullità per violazione o elusione del giudicato è rimessa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ; e la nullità per carenza di potere in concreto, ove si facesse confluire nella nullità per mancanza di uno degli elementi essenziali? Al riguardo sembra pienamente condivisibile l’interpretazione proposta da Romano Tassone, secondo cui la tutela avverso l’atto nullo e, quindi, la disciplina della relativa azione, si modella sulla falsariga delle garanzie accordate a tali situazioni, con la conseguenza che la giurisdizione si determina in ragione delle situazioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio. Sicché se la situazione è di diritto soggettivo, tranne che non rientri la materia nella giurisdizione esclusiva, come nel caso dell’espropriazione, giudice competente è il giudice ordinario; diversamente, se la situazione è di interesse legittimo, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo, quale giudice naturale dell’interesse legittimo.”

³⁶ Il testo del nuovo art. 21-septies (rubricato: nullità del provvedimento) è il seguente:

<<1. È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

2 . Le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo>>.

³⁷ E’ da rilevare che il carattere vincolato dell’attività amministrativa non può ritenersi sufficiente per escludere la sussistenza di una posizione di interesse legittimo nei confronti della p.a. o soggetti equiparati (V. Cons. di Stato A. P. n.7 del 24.5.2007).

³⁸ L’assunto è valido solo con riferimento al riparto di giurisdizione, in quanto una volta ritenuta la competenza del giudice amministrativo la distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo riaffiora al fine della determinazione del termine di impugnativa, delle domande proponibili e dei poteri esercitabili.

³⁹ Anche se non tutti i commentatori lo registrano e qualcuno anzi sostiene che la Corte avrebbe individuato l’*humus* della giurisdizione esclusiva proprio nell’intreccio delle situazioni soggettive.

La presenza di tale intreccio è stato recentemente sottolineata da Cass. S. U. n. 8882 del 29.4.2005 rilevandosi nella particolare materia dei provvedimenti dell'Autorità della concorrenza e del mercato che "il diritto soggettivo de quo non è isolato ma s'inserisce in un contesto più ampio nel quale sono presenti interessi pubblici di estrema rilevanza (per la connessione, nella materia in esame, tra funzioni amministrative e poteri sanzionatori v. la sentenza di questa Corte n. 52 del 1994). Sussiste, dunque, l'intreccio di situazioni soggettive qualificabili come interessi legittimi e come diritti soggettivi che, da un lato, giustifica la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine ai provvedimenti adottati dall'Autorità e, dall'altro, rende impraticabile l'ipotesi, prospettata dalle ricorrenti, di un diverso riparto della giurisdizione sulle diffide-ingiunzioni (che resterebbe al giudice amministrativo) e sulle sanzioni pecuniarie (demandata, invece, al giudice ordinario ex L. n. 689 del 1981), perché è palese che tale diversità finirebbe per vanificare la stessa ratio ispiratrice della giurisdizione esclusiva nella materia in questione."

⁴⁰E' stato autorevolmente precisato che il tralaticio insegnamento secondo cui l'origine della giurisdizione esclusiva starebbe nel famoso "intreccio", in realtà, non abbia fondamento, dovendosi ravvisare la ragione giustificativa della giurisdizione esclusiva semplicemente nella trasformazione di ipotesi di giurisdizione del giudice amministrativo c.d. di merito: si veda, A. ROMANO, La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948, in *Dir proc. amm.*, 2004.

⁴¹ V. la nuova disciplina nell'art. 20 della l. n. 241 del 1990, come sostituito dall'art. 3, comma 6-ter del d.l. n. 35 del 2005, convertito con modificazioni nella l. n. 80 del 2005:

<<1. Fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessita' di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2.

2. L'amministrazione competente puo' indire, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza di cui al comma 1, una conferenza di servizi ai sensi del capo IV, anche tenendo conto delle situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati.

3. Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente puo' assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies.

4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, la salute e la pubblica incolumita', ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonche' agli atti e procedimenti individuati con uno o piu' decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti.

5. Si applicano gli articoli 2, comma 4, e 10-bis>>.

⁴² La distinzione fra efficacia del provvedimento amministrativo e sua esecuzione ha ora trovato un assetto normativo di una certa organicità (posto che la prima norma si riferisce solo ai provvedimenti limitativi della sfera giuridica dell'interessato) nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo, per il tramite degli artt. 21-bis (Efficacia del provvedimento), 21-ter (Esecutorietà) e 21-quater (Efficacia ed esecutività del provvedimento) della l. n. 241 del 1990, in essa introdotti dalla l. n. 15 del 2005.

⁴³ Naturalmente, secono la Relazione, non si pone nemmeno il problema della configurabilità o meno della giurisdizione esclusiva allorquando quei provvedimenti non siano stati ancora rimossi, in quanto il privato se ne sia disinteressato e ne invochi la illegittimità *incidenter*, problema che evoca la questione della pregiudiziale amministrativa.

⁴⁴ Prima della sent. n. 204 del 2004 la Cass. sez. un. 19 maggio 2004, n. 9532 aveva affermato: <<In tema di espropriazione per pubblico interesse, la mancanza iniziale dei termini di cui all'art. 13 della legge 25 giugno 1865, n. 2359, e segnatamente dei termini per l'inizio e il compimento delle espropriazioni, vizia in radice la dichiarazione di pubblica utilità, comportandone l'originaria invalidità (che si traduce in giuridica inesistenza per carenza di un suo carattere essenziale tipico), con conseguente inidoneità del decreto di occupazione, siccome non collegato ad un fine di pubblico interesse legalmente dichiarato, a sottrarre alla parte privata la disponibilità del bene. Ne deriva che, in tal caso - non risultando l'occupazione del bene collegabile ad un provvedimento amministrativo emesso nell'ambito e nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali della P.A., ma concretandosi essa in una mera attività materiale disancorata e non sorretta da un provvedimento amministrativo formale - la domanda proposta dal privato in sede possessoria, diretta alla tutela di tale bene, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, essendosi al di fuori dell'ambito applicativo della riserva di giurisdizione in favore del giudice amministrativo.

⁴⁵ In tal senso appare orientata la giurisprudenza più recente (V. parte finale della relazione).

⁴⁶ L'art. 53 prevede: <<**1** . Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati, conseguenti alla applicazione delle disposizioni del testo unico. **2** . Si applicano le disposizioni dell'articolo 23-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come introdotto dall'articolo 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205, per i giudizi aventi per oggetto i provvedimenti relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate all'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità. **3** . 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>>.

L'art. 43, a sua volta, dispone - sotto la rubrica "Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico":

<< 1. Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni.

2. L'atto di acquisizione: a) può essere emanato anche quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio; b) dà atto delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area, indicando, ove risulti, la data dalla quale essa si è verificata; c) determina la misura del risarcimento del danno e ne dispone il pagamento, entro il termine di trenta giorni, senza pregiudizio per l'eventuale azione già proposta; d) è notificato al proprietario nelle forme degli atti processuali civili; e) comporta il passaggio del diritto di proprietà; f) è trascritto senza indugio presso l'ufficio dei registri immobiliari; g) è trasmesso all'ufficio istituito ai sensi dell'articolo 14, comma 2.

3. Qualora sia impugnato uno dei provvedimenti indicati nei commi 1 e 2 ovvero sia esercitata una azione volta alla restituzione di un bene utilizzato per scopi di interesse pubblico, l'amministrazione che ne ha interesse o chi utilizza il bene può chiedere che il giudice amministrativo, nel caso di fondatezza del ricorso o della domanda, disponga la condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo.

4. Qualora il giudice amministrativo abbia escluso la restituzione del bene senza limiti di tempo ed abbia disposto la condanna al risarcimento del danno, l'autorità che ha disposto l'occupazione dell'area emana l'atto di acquisizione, dando atto dell'avvenuto risarcimento del danno. Il decreto è trascritto nei registri immobiliari, a cura e spese della medesima autorità. 5. Le disposizioni di cui ai precedenti

commi si applicano, in quanto compatibili, anche quando un terreno sia stato utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata nonché quando sia imposta una servitù di diritto privato o di diritto pubblico ed il bene continui ad essere utilizzato dal proprietario o dal titolare di un altro diritto reale. 6. Salvi i casi in cui la legge disponga altrimenti, nei casi previsti nei precedenti commi il risarcimento del danno è determinato: **a)** nella misura corrispondente al valore del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'articolo 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7; **b)** col computo degli interessi moratori, a decorrere dal giorno in cui il terreno sia stato occupato senza titolo.>>.

Con riferimento all'art. 43 D.P.R. n. 327/2001, l'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione ha predisposto apposita relazione (20.3.2007), nella quale, tra l'altro, si mette in dubbio la giurisdizione amministrativa, frutto di un'evidente forzatura e di un'illegittima estensione della portata e degli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 191 del 2006, con propensione per la tesi della conservazione della giurisdizione ordinaria nelle controversie relative alle occupazioni usurpative anche quando sopravvenga il decreto di acquisizione tardivo disciplinato dal citato art. 43, il quale, perciò, almeno nelle riferite controversie, costituirà (eventualmente) una potenziale variabile inidonea ad incidere sulla giurisdizione che, alla stregua del principio generale stabilito dall'art. 5 cod. proc. civ., si individua e si radica avendo riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda giudiziale.

⁴⁷ La dichiarazione di incostituzionalità è poi intervenuta con la sentenza Corte cost. n. 191/2006.

⁴⁸ Si tratta di Consiglio di Stato, Ad. Plen. 29 aprile 2005, n. 2.

⁴⁹ V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 30 maggio 2000, Carbonara e Ventura (ricorso 24638/94) e 30 maggio 2000, Società Belvedere (ricorso 31524/96), in Foro it., 2001, IV, 233 e ss., 283, con nota di BENIGNI.

⁵⁰ L'art. 57 dispone: <<1. Le disposizioni del presente testo unico si applicano anche se è stato già apposto su un bene un vincolo preordinato all'esproprio, ovvero se già vi è stata la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, per le fasi procedurali non ancora concluse. 2. Restano in vigore le disposizioni regionali che attribuiscono ad autorità diverse dal presidente della Regione la competenza ad adottare atti del procedimento espropriativo)>>.

⁵¹ Il nuovo art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 ha il seguente tenore:

<<1. Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, con la sola esclusione degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'amministrazione della giustizia, alla amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, alla tutela della salute e della pubblica incolumità, del patrimonio culturale e paesaggistico e dell'ambiente, nonché degli atti imposti dalla normativa comunitaria, e' sostituito da una dichiarazione dell'interessato corredata, anche per mezzo di autocertificazioni, delle certificazioni e delle attestazioni normativamente richieste. L'amministrazione competente può richiedere informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità soltanto qualora non siano attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non siano direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. 2. L'attività oggetto della dichiarazione può essere iniziata decorsi trenta giorni dalla data di presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente. Contestualmente all'inizio dell'attività, l'interessato ne dà comunicazione all'amministrazione competente.

3. L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza delle condizioni, modalita' e fatti legittimanti, nel termine di trenta giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 2, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell' attivita' e di rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove cio' sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attivita' ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni. E' fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies. Nei casi in cui la legge prevede l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi, il termine per l'adozione dei provvedimenti di divieto di prosecuzione dell' attivita' e di rimozione dei suoi effetti sono sospesi, fino all'acquisizione dei pareri, fino a un massimo di trenta giorni, scaduti i quali l'amministrazione puo' adottare i propri provvedimenti indipendentemente dall'acquisizione del parere. Della sospensione e' data comunicazione all'interessato.

4. Restano ferme le disposizioni di legge vigenti che prevedono termini diversi da quelli di cui ai commi 2 e 3 per l'inizio dell' attivita' e per l'adozione da parte dell'amministrazione competente di provvedimenti di divieto di prosecuzione dell' attivita' e di rimozione dei suoi effetti.

5. Ogni controversia relativa all'applicazione dei commi 1, 2 e 3 e' devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo".

⁵² Si pensi al c.d. nulla osta cinematografico, ai sensi dell'art. 8 della legge 21 aprile 1962, n. 161 (Revisione dei film e dei lavori teatrali), su cui è prevista la giurisdizione di legittimità estesa al merito.

⁵³ Secondo la Relazione sarebbe sufficiente un esempio per avvalorare i dubbi che la nuova d.i.a. comporta in punto di istituzione della nuova giurisdizione esclusiva: l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane, disciplinata dall'art. 7 della legge 8 agosto 1985, n. 443, Legge quadro sull'artigianato, prevede che i provvedimenti amministrativi sull'iscrizione, modificazione o cancellazione dall'apposito albo siano impugnabili avanti al giudice ordinario: si veda Cass. 2 dicembre 2004, n. 22609.

Peraltro, occorre tener presente che se finora la giurisprudenza del giudice amministrativo era orientata a ritenere la dia come atto del privato legittimante all'esercizio dell'attività (V. Cons. di Stato, sez. V n. 948 del 22.2.2007) , recentemente ha cambiato opinione ritenendola autorizzazione implicita di natura provvedimentoale (Sez. VI n.1550 del 5.4.2007).

Comunque, se il terzo contesta la legittimità dell'inerzia serbata sulla DIA dall'Amministrazione dovrebbe trattarsi non di un mero comportamento materiale ma di un comportamento connesso al mancato esercizio della funzione amministrativa di vigilanza spettante all'Amministrazione e perciò correttamente la giurisdizione sulle relative controversie è attribuita al giudice amministrativo.

⁵⁴ Cass. 19 febbraio 2003, n. 2470; 18 febbraio 2000, n. 1814, 4 marzo 1997, n. 1907.

⁵⁵ Cons. Stato, ad. plen., n. 4/2003.

⁵⁶ E. CASSETTA, Manuale di diritto amministrativo, Milano, 2004.

⁵⁷ Cons. Stato, ad. plen., n. 4/05, cit.

⁵⁸ Cass. 19 maggio 1998, n. 4985.

⁵⁹ Cass. 30 ottobre 1992, n. 11854.

⁶⁰ Cass. 17 ottobre 2003, n. 15559, con riferimento a fattispecie maturata prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 80/98.

⁶¹ Cass. 6 giugno 2003, n. 9139, cit.

⁶² Osserva V. CERULLI IRELLI, in "Giurisdizione esclusiva ed azione risarcitoria nella sentenza Corte cost. n. 204/2004" in Dir. Proc. Amm.vo 2004, che "trattasi di tutela del diritto di proprietà, a fronte di lesioni prodotte da comportamenti illeciti della p.a."

⁶³ Se vi è stata dichiarazione di pubblica utilità, la giurisdizione dovrebbe appartenere al giudice amministrativo (v. parte conclusiva della relazione).

⁶⁴ S. BENINI, Occupazione appropriativa e nuove regole di riparto delle giurisdizioni, Foro it., 1999.

⁶⁵ Per un'ampia ricognizione del rimedio possessorio contro la P.A., alla luce delle nuove regole di riparto delle giurisdizioni, vedi L. MARZANO, Tutela del possesso e pubblica amministrazione, Nuova rass., 2004, 843.

⁶⁶ Cass. 11 marzo 2004, n. 5055.

⁶⁷ Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2001, n. 1456.

⁶⁸ Cass. 27 giugno 2003, n. 10289 (fattispecie di occupazione nell'ambito di un procedimento espropriativo diretto alla esecuzione dei lavori per la realizzazione di strada pubblica, secondo le previsioni del progetto, con sconfinamento in un tratto di suolo privato non oggetto di atti ablativi al fine di dislocarvi il cantiere).

⁶⁹ Cass. 13 luglio 2001, n. 9544 (nella fattispecie il comune aveva apposto, in difetto di alcun provvedimento, all'ingresso di un'area, ove il ricorrente in manutenzione aveva costruito dei posti macchina, un cartello con l'indicazione «proprietà comunale»; apposizione solo preceduta da una convenzione di lottizzazione - che la suprema corte ha riconosciuto priva, in quanto tale, di qualsiasi effetto apprensivo-occupativo incidente sulla materiale disponibilità del possesso - con la quale il dante causa del ricorrente si era impegnato a cedere gratuitamente l'area al comune per opere di urbanizzazione); 19 maggio 2004, n. 9532,9, per l'occupazione di un terreno in base a dichiarazione di pubblica utilità priva dell'indicazione dei termini.

⁷⁰ R. DE NICTOLIS – V. POLI, *La sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale: le implicazioni in tema di occupazione ed espropriazione*, Cons. Stato, 2005.

⁷¹ Osserva V. CERULLI IRELLI, op. cit. che restano fuori dalla giurisdizione esclusiva le azioni possessorie che una recente giurisprudenza aveva attribuito sulla base del 34 alla giurisdizione amministrativa, con molte perplessità e scarsa convinzione dei giudici amministrativi. Sono da rammentare infatti pronunce di segno contrario: secondo Cons. Stato, sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4826, *Foro it.*, 2002, III, 368, posto che il possesso, quale posizione soggettiva attiva, autonoma e distinta dal diritto soggettivo e dall'interesse legittimo, riceve specifica tutela dall'ordinamento, le azioni possessorie devono essere proposte, in difetto di puntuale previsione normativa di segno diverso, avanti al giudice ordinario anche qualora si versi in ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 431 ha ritenuto che la mancanza di una espressa previsione legislativa che estenda l'applicabilità delle azioni possessorie al processo amministrativo, non può essere superata da interpretazioni analogiche, con la conseguente esclusiva giurisdizione del giudice ordinario.

Secondo il recente orientamento della Cass. S. U. n. 13397 dell'8.5.2007 le azioni possessorie sono esperibili davanti al g.o. nei confronti della p.a. (e di chi agisca per conto di essa) 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, ma si concreti e si risolva in una mera attività materiale, non sorretta da atti o provvedimenti amministrativi formali; 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 g.o., competente essendo il giudice amministrativo, poiché integra una questione di merito - che spetta al giudice provvisto di giurisdizione decidere - se l'azione sia proponibile e la pretesa dell'attore possa essere soddisfatta.

⁷² Cass. 4 novembre 2004, n. 21099.

⁷³ Cass. 15 luglio 2005, n. 14988.

⁷⁴ Cass. 18 ottobre 2005, n. 20117, che ha riconosciuto la giurisdizione ordinaria per la pretesa risarcitoria di un proprietario di abitazione soggetto ad allagamenti a causa della ripavimentazione di strada pubblica, che ne aveva rialzato il livello, con modifica del regime di deflusso delle acque piovane. Analogamente, in precedenza, Cass. 14 gennaio 2005, n. 599.

⁷⁵ Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2004, n. 2221.

⁷⁶ Cons. Stato, sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7088.

⁷⁷ R. GAROFOLI, I “comportamenti” sottratti al giudice amministrativo dopo Corte cost. n. 204/2004, *Foro amm. – Tar*, 2004.

⁷⁸ Come nel caso della revoca, pienamente legittima, del bando da parte della stazione appaltante, ma dopo che questa aveva creato, con il proprio comportamento complessivo, l’affidamento del privato.

⁷⁹ Cass. 2 maggio 2003, n. 6719, cit.

⁸⁰ Non sembra consentito attrarre alla giurisdizione amministrativa, a parte il silenzio e le ipotesi di giurisdizione esclusiva, le azioni risarcitorie relative a danni cagionati da comportamenti e comunque indipendenti dagli effetti di un provvedimento: azioni che oltretutto non richiedono al giudice amministrativo il suo caratteristico sindacato sul potere”.

⁸¹ Cass. 24 settembre 2004, n. 19200.

⁸² Cass. 8 agosto 2005, n. 16621.

⁸³ Tale tesi è stata superata dalla giurisprudenza più recente (V. parte finale della relazione).

⁸⁴ Cass. 31 marzo 2005, n. 6745.

⁸⁵ Cass. 27 luglio 2005, n. 15660.

⁸⁶ Prima con l’art. 1, comma 65, l. 28 dicembre 1995 n. 549, che modifica il comma 6 dell’art. 5 bis l. 8 agosto 1992 n. 359, poi con l’art. 3, comma 65, l. 23 dicembre 1996 n. 662, che, sulle indicazioni di Corte cost. 2 novembre 1996, n. 369, introduce un comma 7 bis all’art. 5 bis.

⁸⁷ Cass. 18 febbraio 2000, n. 1814.

⁸⁸ Cass. 2 maggio 2003, n. 6719.

⁸⁹ La dottrina è divisa nel riscontrare elementi atti a sconfessare la teoria della pregiudiziale, o ad avvalorarla. Nel primo senso: G. COMPORI, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, *Dir. proc. amm.*, 2005, 312; Michele Corradino, “Sulla pregiudiziale amministrativa, nel sito del Consiglio di Stato in, *giustizia-amministrativa*, 2007. In senso opposto: P. CARPENTIERI, *La sentenza della Consulta 204/2004 e la pregiudiziale amministrativa* e Roberto, Chieppa “Sulla Pregiudiziale Amministrativa”, nel sito del Consiglio di Stato, *giustizia-amministrativa*, 2007

⁹⁰ Osserva V. CERULLI IRELLI, op. cit, che anche a volersi configurare, a seguito dell’annullamento dell’atto ablatorio, una riespansione del diritto soggettivo, la forte sottolineatura della Corte costituzionale circa l’opportunità del superamento della regola del “doppio giudizio” fa propendere per l’attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo, anche al di fuori della giurisdizione esclusiva.

⁹¹ V parte conclusiva della relazione.

⁹² Cass. 24 settembre 2004, n. 19200, cit.: Indicazioni contrarie provengono da Cass. 27 marzo 2003, n. 4538, secondo cui l’accertamento del fatto illecito richiede la disapplicazione dell’atto, ma essendo a questo garantita dalla legge l’esplicazione degli effetti, deve pregiudizialmente procedersi alla rimozione, di modo che è preclusa al giudice ordinario la condanna dell’amministrazione al risarcimento per lesione degli interessi legittimi. In quest’ultimo senso v. anche Cass. S. U. n. 2217 del 16.10.2006, con riferimento all’impugnativa del provvedimento di espulsione dello straniero davanti al giudice ordinario per ritenuta illegittimità del rifiuto del permesso di soggiorno o del suo rinnovo.

⁹³ A. BARTOLINI, *Giudice ordinario ed autonomia del rimedio risarcitorio: gli orientamenti della Corte di Cassazione*, *Giorn. dir. amm.*, 2005.

⁹⁴ Cons. Stato, ad. plen. n. 4/2003.

⁹⁵ Cass. 26 maggio 2004, n. 10180, sull’impugnazione di atti concorsuali per la nomina a professore universitario.

⁹⁶ N. IRTI, *Concetto giuridico di “comportamento” e invalidità dell’atto*, *Foro amm. – Tar*, 2004.

⁹⁷ V. CERULLI IRELLI, op.cit.

⁹⁸ P. CARPENTIERI, La sentenza della Consulta 204/2004 e la pregiudiziale amministrativa, in *Urbanistica e appalti*, 2004.

⁹⁹ In generale sul tema della responsabilità civile della p.a. sotto il profilo del riparto si veda C. CONTESSA, Il riparto di giurisdizione in materia di responsabilità della Pubblica Amministrazione, in *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione* a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTO, Bologna, 2005.

¹⁰⁰ V. CARPENTIERI, *op.cit.*

¹⁰¹ Il principio di diritto sul punto risulta così massimato dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo nella sentenza Cass. S. U n. 500/1999 <<La normativa sulla responsabilità aquiliana ex art. 2043 cod. civ. ha la funzione di consentire il risarcimento del danno ingiusto, intendendosi come tale il danno arrecato "non iure", il danno, cioè, inferto in assenza di una causa giustificativa, che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento, a prescindere dalla sua qualificazione formale, ed, in particolare, senza che assuma rilievo la qualificazione dello stesso in termini di diritto soggettivo. Peraltro, avuto riguardo al carattere atipico del fatto illecito delineato dall'art. 2043 cod. civ., non è possibile individuare in via preventiva gli interessi meritevoli di tutela: spetta, pertanto, al giudice, attraverso un giudizio di comparazione tra gli interessi in conflitto, accertare se, e con quale intensità, l'ordinamento appresta tutela risarcitoria all'interesse del danneggiato, ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili, manifestando, in tal modo, una esigenza di protezione. Ne consegue che anche la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse giuridicamente rilevante, può essere fonte di responsabilità aquiliana, e, quindi, dar luogo a risarcimento del danno ingiusto, a condizione che risulti danneggiato, per effetto dell'attività illegittima della P.A., l'interesse al bene della vita al quale il primo si correla, e che detto interesse risulti meritevole di tutela alla stregua del diritto positivo>> .

¹⁰² F.P. LUISO, Pretese risarcitorie verso la Pubblica Amministrazione fra giudice ordinario e amministrativo, in *Riv. dir. proc.*, 2002.

¹⁰³ Il riferimento è a Cass. S. U. 1207/2006.

¹⁰⁴ Il riferimento è Cass.S. U. 13659 e 13660 del 13.6.2006 e 13911 del 15.6.2006.

¹⁰⁵ Si richiama all'esigenze di concentrazione innanzi a un unico giudice dell'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica oltre che di effettività della tutela giurisdizionale (costituzionalmente garantite: artt. 24 e 111 della cost.), su cui si fonda l'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo della tutela risarcitoria (evidenziate da Corte cost. n. 191/2006 e da Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2005, n. 6745 e 22 luglio 1999, n. 500), anche Cons. di Stato A.P. n.10 del 30.7.2007 secondo cui tali esigenze inducono a non "spezzettare" la domanda risarcitoria - unica, fondata su medesimi presupposti e conseguente a fattispecie unitaria di illecito - attribuendola a due giudici diversi con riguardo solo a differenti periodi temporali. Diversamente opinando si penalizzerebbe il soggetto leso dal provvedimento limitativo, il quale dovrebbe adire il giudice amministrativo per conseguire l'annullamento dell'ordinanza di requisizione e i danni contestuali, nonché il giudice ordinario per chiedere il risarcimento conseguente alla successiva detenzione illecita."

¹⁰⁶ V. Cass. S. U. n. 14794 del 27.6.2007 e precedenti ivi indicati; ma contra Cass. Sez. 2° n. 4538 del 27.3.2003.

¹⁰⁷ Sez. IV n. 2136 dell'8.5.2007 e Sez. V n. 3922 del 12.7.2007.

¹⁰⁸ Sez. V n. 2822 del 31.5.2007.

¹⁰⁹ V. Roberto Chieppa, "Sulla pregiudiziale amministrativa", 2007, nel sito "Giustizia Amministrativa" del Consiglio di Stato, ove si sottolinea l'esigenza di un intervento legislativo, "che precisi entro quale termine deve essere proposta la domanda risarcitoria e, al riguardo, non si condivide quanto affermato dalla Cassazione, secondo cui tale termine, per essere costituzionalmente legittimo, non potrebbe mai coincidere con quello previsto per impugnare i provvedimenti amministrativi."

¹¹⁰ Cons. di Stato, sez. V n. 4461 del 2.9.2005 e n. 4639 del 25.7.2006. Ciò evidentemente non vale allorché il danno è addebitabile non all'atto in sé ma al comportamento dell'Amministrazione, dovendosi in tale ipotesi aver riguardo al momento produttivo del danno (V. Cons. di Stato, sez.V n. 3922 del 12.7.2007).

¹¹¹ Il Cons. di Stato A. P. n.9 del 30.7.2007 ha pur esso recentemente ritenuto ben distinto – e dunque non equiparabile ai fini del riparto di giurisdizione ai sensi dell'art. 34 del D. L.vo n. 80 del 1998 e delle corrispondenti norme processuali contenute nell'art. 53 del T.U. n. 327 del 2001 come incisi dalle citate sentenze della Corte costituzionale – il caso in cui la dichiarazione manchi del tutto, venendo allora in rilievo un mero comportamento per vie di fatto, in nessun modo e nemmeno mediatamente funzionalizzato all'esercizio di un effettivo potere degradatorio e traslativo. Ma ha poi precisato, in contrasto con la giurisprudenza della Cassazione, che sono devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie nelle quali si faccia questione – naturalmente anche ai fini complementari della tutela risarcitoria - di attività di occupazione e trasformazione di un bene conseguenti ad una dichiarazione di pubblica utilità e con essa congruenti, anche se il procedimento all'interno del quale sono state espletate non sia sfociato in un tempestivo atto traslativo.

Impostazione questa che secondo l'A.P. da un lato sembra la più aderente al criterio di riparto della giurisdizione in materia di governo del territorio disegnato a livello normativo per effetto delle pronunce del Giudice delle leggi; dall'altro, nella misura in cui ancora ad un parametro obiettivo la vasta nozione dei comportamenti mediatamente riconducibili all'esercizio del pubblico potere, sembra meglio rispondere anche a decisive esigenze di economia processuale e di ragionevole durata del processo, semplificando l'individuazione del giudice fornito di giurisdizione da parte del proprietario che si ritenga lesa e danneggiato in conseguenza della realizzazione dell'opera già dichiarata di pubblica utilità.