

IL SINDACATO DEL GIUDICE DELLE OBBLIGAZIONI PUBBLICHE*

= ° =

Gian Domenico Comporti
Università degli Studi di Siena

= ° =

SOMMARIO: 1- Premessa: la rilevanza processuale di una categoria inesistente. 2- La controintuitiva complessità della questione del riparto in tema di obbligazioni pubbliche: un ritorno alle origini. 3- Il quando. 4- Il come. 5- Il chi. 6- Il prima e il dopo: possibili indicazioni *de iure condendo*. 7- Concludendo: dal *giudice* delle obbligazioni pubbliche alle *azioni* a tutela delle obbligazioni pubbliche.

1. Premessa: la rilevanza processuale di una categoria inesistente

L'indagine che segue richiede una premessa e suscita un interrogativo.

La premessa riguarda l'oggetto di studio: le obbligazioni pubbliche. Si tratta di categoria notoriamente dibattuta, incerta e vaga quanto a contenuti e confini e non del tutto appropriata dal punto di vista giuridico, in quanto composta da istituti variamente disciplinati dal diritto positivo¹. Si è detto che essa “vorrebbe indicare un vastissimo settore di rapporti tra pubbliche amministrazioni e privati, e più precisamente quei rapporti nei quali o l'amministrazione o il privato sono gravati da obblighi aventi contenuto patrimoniale, nei confronti, rispettivamente, del privato o dell'amministrazione; rapporti, cioè, in cui vi è una parte che eroga attività i cui risultati giovano all'altra, una delle due parti essendo un'amministrazione pubblica”². Si è aggiunto che “questo discorso non può uscire dal generico, per quanto ci si sforzi di renderlo tecnicamente più preciso o più pregevole”, e che, in termini generalissimi, può accettarsi un significato convenzionale e descrittivo volto a connotare la “ripartizione di grandi categorie dei rapporti amministrativi” che, in termini puramente negativi, non sono propriamente autoritativi, retti da provvedimenti amministrativi, né rapporti reali concernenti beni³. Si è ulteriormente precisato che, in senso stretto, la categoria ricomprende prestazioni rese dai privati alle amministrazioni e prestazioni rese da queste ultime ai privati, tutte caratterizzate da una

* Testo aggiornato e rivisto della relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, «Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni», Villa Mondragone, 18-19 settembre 2009. *Esso è destinato ad essere pubblicato negli Scritti in onore di Alberto Romano.*

¹ In questi termini riassume la questione M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 499.

² Così M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, 5.

³ *Ibid.*, 5-6.

struttura particolare, nel senso che il rapporto obbligatorio regolato in via generale dal diritto comune “sorge dopo che si è perfezionata una sequenza di atti che forma un procedimento amministrativo”⁴. Si tratta, dunque, di istituti che hanno la medesima struttura e disciplina di fondo delle obbligazioni, ma non ne hanno la funzione, in quanto rappresentano modi particolari di cura di interessi pubblici⁵.

In questi termini, non impegnativi sul piano dogmatico e puramente descrittivi di fenomeni assai diversificati⁶, la nozione è qui assunta.

Il proseguo della trattazione dimostrerà, almeno si spera, le ragioni di una riflessione su una categoria che, al pari del *Cavaliere* calviniano, è inesistente: “un’armatura che cammina e dentro è vuota”, perché non fa “attrito” con la realtà sostanziale che la circonda⁷.

Conviene però, sin d’ora, anticipare che esse risiedono nella particolare rilevanza sul piano processuale assunta da alcune delle figure riconducibili alla categoria, e segnatamente dalle sovvenzioni e sanzioni. Ad esse sarà, dunque, dedicata particolare attenzione, non già per tentare un’improbabile operazione di aggiornamento definitorio e classificatorio, ma per evidenziare un catalogo di problematiche che attengono alla dimensione della tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive che vi emergono. Figure normalmente lette in chiave di dissolvenza⁸, si prestano così ad essere utilmente indagate secondo il valore della significanza, cioè in ragione della loro capacità rappresentativa ed evocativa di logiche e schemi attinenti al versante processuale. Servendosi di tali sensibilissimi ricettori sarà possibile ripercorrere, in un’ottica particolare, alcuni itinerari argomentativi incentrati sulla questione classica del riparto della giurisdizione, “crocevia fondamentale”⁹ di tutte le principali questioni anche di diritto sostanziale che ben si presta, dunque, a fungere da

⁴ *Ibid.*, 9, 53 ss., ove viene compiutamente descritta la tradizionale scansione dualistica della fattispecie.

⁵ *Ibid.*, 53, 55, 73.

⁶ La dottrina più recente, generalmente sulla scia del fondamentale lavoro di Giannini, è concorde nel respingere “l’idea di una categoria positiva di obbligazioni pubbliche, differenziate dalle obbligazioni di diritto comune e sottoposte a disciplina loro propria” e nell’assumere la nozione in termini puramente descrittivi “della imputazione dell’obbligazione ad un soggetto pubblico”, con la conseguente applicazione di istituti derogatori: cfr. V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell’amministrazione pubblica*, Torino, 2008, 108. Nello stesso senso, si veda anche G. FALCON, voce *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, il quale parla di categoria giuridica in realtà inesistente e riduce la relativa dizione “a nulla più che una partizione meramente topografica, volta a consentire l’illustrazione in un’unica sede delle varie... problematiche e specifiche normative dell’obbligazione, quando titolare di essa (o del diritto che vi corrisponde) sia una pubblica amministrazione” (*ibid.*, 1, 3, 6).

⁷ Cfr. I. CALVINO, *Nota 1960*, in *Id.*, *I nostri antenati. Il visconte dimezzato. Il barone rampante. Il cavaliere inesistente*, Milano, 1991, 419.

⁸ Tipica della figura calviniana, secondo l’acuto giudizio di L. BALDACCI, *Il cavaliere inesistente* (1959), ora in *Letteratura e verità. Saggi e cronache sull’Otto e sul Novecento italiani*, Milano, 1963, 260.

⁹ Come notato da M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, IX.

prospettiva attraverso cui tentare di recuperare un più serrato confronto con la realtà, nella consapevolezza che la pagina stilizzata del giurista (come ogni pagina) ha il suo pregio quando lascia intravedere “la vita dietro che spinge e scompiglia tutti i fogli”¹⁰.

2. La controintuitiva complessità della questione del riparto in tema di obbligazioni pubbliche: un ritorno alle origini

Si pone, a questo punto, l'interrogativo, che attiene proprio all'enunciato taglio dell'indagine. Viene in proposito, anzitutto, da chiedersi perché soffermarsi ancora oggi sul riparto di giurisdizione con riferimento ad un settore relativamente marginale rispetto a quelli che sono stati attraversati dai maggiori sviluppi normativi e giurisprudenziali degli ultimi anni (si pensi alla giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici, urbanistica ed edilizia, ed al problema del risarcimento dei danni da attività illegittima). Non a caso, se si esclude il fronte problematico dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, su cui ci si soffermerà tra un momento, è significativo che nessuno dei profili qui considerati sia stato oggetto di analisi da parte della Commissione di studio per l'approfondimento dei problemi di maggiore rilievo in tema di riparto di giurisdizione, istituita nel 2004 dai Presidenti della Corte di cassazione e del Consiglio di stato¹¹: se l'obiettivo perseguito era quello di enucleare le questioni “in base ai criteri della rilevanza e della difficoltà di risoluzione... desunti dalle indicazioni provenienti dal dibattito giurisprudenziale e scientifico”¹², è evidente che l'omissione denuncia un implicito accertamento di non difficoltà della questione del riparto con riferimento al comparto delle obbligazioni pubbliche.

Più in generale, viene poi da chiedersi perché insistere su una tematica quale quella del riparto che pare avere perduto la sua originaria connotazione problematica per effetto della introduzione della *translatio iudicii*, ora positivamente disciplinata dall'art. 59 della legge 18 giugno 2009 n. 69.

Per verità, alla prima questione potrebbe replicarsi osservando che in tema di contratti pubblici si è assistito ad un notevole dibattito circa la sorte del negozio all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione e vi è stato un serrato confronto tra magistrature in

¹⁰ I. CALVINO, *Il cavaliere inesistente*, *ibid.*, 409.

¹¹ La cui *Relazione di sintesi dei lavori* è consultabile in *Foro it.*, 2004, V, 18.

¹² *Ibid.*, 19.

ordine alla spettanza delle relative forme di tutela ¹³. Ma va anche, per dovere di cronaca, ricordato che ad avviare ed animare il confronto in parola è stata soprattutto l'introduzione della tutela risarcitoria nei giudizi riguardanti le procedure di affidamento degli appalti ¹⁴. Ciò si evince chiaramente da una delle prime decisioni in argomento, quella del TAR Campania del 2002 ¹⁵ che, sollecitata dalla azione di risarcimento per equivalente avanzata unitamente al ricorso di annullamento da un'impresa pretermessa da una licitazione privata indetta per un appalto di servizi di durata novennale, già eseguiti nelle more del giudizio per il periodo di un anno e cinque mesi, ha affermato il principio della "priorità logico-giuridica" della tutela costitutiva, tipica della struttura impugnatoria del processo amministrativo, rispetto a quella risarcitoria per equivalente; ha ritenuto inammissibile per la parte ricorrente l'abdicazione in corso di causa alla domanda di ripristino della situazione soggettiva lesa, "optando per la forma risarcitoria per equivalente, giudicata più conveniente"; è giunta a ritenere sussistente, pure in assenza di una esplicita richiesta di risarcimento in forma specifica *sub species* di aggiudicazione dell'appalto in luogo dell'impresa soccombente, "un'implicita domanda di ripristino della situazione giuridica lesa di pretesa al conseguimento dell'appalto"; ha quindi adottato la tesi della nullità del contratto, per contrasto con le norme imperative violate, al dichiarato (e non richiesto) scopo di "realizzare la concentrazione di tutti i rimedi innanzi allo stesso ed unico giudice amministrativo, con l'apprezzabile risultato di rendere attingibile in un unico giudizio l'intera tutela offerta dall'ordinamento al ricorrente che ha ragione", e con la rilevante conseguenza di trasformare in residuale la tutela per equivalente, in quanto suscettibile di essere favorevolmente apprezzata solo nel caso in cui l'amministrazione, in sede di esecuzione della sentenza, dovesse motivatamente ritenere impossibile ex art. 2058 c.c. il ripristino integrale della legalità tramite l'aggiudicazione dell'appalto all'impresa ricorrente. Il tenore delle argomentazioni impiegate rende evidente che il gioco delle "reciproche

¹³ Per un'equilibrata trattazione della problematica, si veda di recente S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, 129.

¹⁴ Come chi scrive aveva notato già in G.D. COMPORTELLI, *Amministrazione e cittadino*, in *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, a cura di F. MANGANARO – A. ROMANO TASSONE, Torino, 2004, 46.

¹⁵ Si tratta di TAR Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2002 n. 3177, in *Urb. e app.*, 2002, 1212, con commento di V. CERULLI IRELLI, *Nullità del contratto d'appalto, risarcimento in forma specifica e pregiudiziale amministrativa. Un'impossibile conciliazione*.

falsificazioni”¹⁶ che caratterizza la materia, ha finito per guadagnare anche il versante processuale: si parla, infatti, di sorte del contratto ma, in realtà, si prendono le misure con quel risarcimento per equivalente che ha scardinato il sistema della giustizia amministrativa¹⁷.

Sgombrato il campo da tale apparente obiezione e tornati al primo degli interrogativi sollevati, non resta che osservare come l’approccio al tema oggetto di queste giornate di studio sia meno semplice di quanto possa apparire ad un esame superficiale. Infatti, per quanto lontana dai clamori delle dispute di respiro sistematico ed a carattere (per lo più) ideologico che interessano i settori appena ricordati, e pur apparendo approdata ad una fase di “assestamento collaborativo nella quale alla polifonia dei toni fa da contrappunto la condivisione di obiettivi comuni finalizzati al miglioramento del servizio giustizia”¹⁸, la gestione delle tutele in ordine alle obbligazioni pubbliche evidenzia non pochi profili problematici. Dominano la scena indirizzi giurisprudenziali ormai consolidati da decenni, i quali sembrano però refrattari ad accogliere le istanze semplificatrici sottese alle recenti riforme processuali e poggiano ancora, per lo più, su tradizionali e risalenti categorie concettuali (come le coppie: esistenza del potere / cattivo esercizio dello stesso; potere discrezionale o vincolato; interessi legittimi / diritti soggettivi) che sono di sempre più incerta individuazione e definizione, soprattutto se si tiene conto anche della crescente complessità dei rapporti socio-economici in cui le stesse si trovano ad essere calate.

Così nel campo delle sovvenzioni, che sarà per primo analizzato, al tentativo del giudice amministrativo di evocare la giurisdizione esclusiva (peraltro non piena) di cui agli artt. 5, comma 1, e 7, comma 2, della legge TAR, considerando il denaro un bene ed il provvedimento di erogazione avente sicura natura concessoria¹⁹, è stato opposto un fermo

¹⁶ Felice espressione coniata da G. BERTI, *Il principio contrattuale nell’attività amministrativa*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, 1988, 60, e ripresa come filo conduttore dell’analisi di S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto*, cit., 41.

¹⁷ Aspetto illustrato, con la consueta finezza, da A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 622. E’ stato peraltro giustamente notato che il dibattito in tale modo apertosi, al di là delle soluzioni escogitate, può essere letto alla luce della apprezzabile esigenza della “ricerca della effettività della tutela giurisdizionale”, su cui ci si soffermerà *infra*: cfr. F.G. SCOCA, *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive: la prospettiva amministrativistica*, in *Dir. reg.*, 2004, 105.

¹⁸ Così si legge, peraltro con riferimento non specifico alle tematiche trattate, nella *Relazione sull’attività della Giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Paolo Salvatore*, Roma, 12 febbraio 2009, par. 2.

¹⁹ Si vedano, per esempio: Cons. stato, sez. IV, 19 luglio 1993 n. 727, in *Foro amm.*, 1993, 1518; Cons. stato, sez. IV, 2 agosto 2000 n. 4255, *ivi*, 2000, 2631. Peraltro, la tesi non sembra sostenuta con assoluta convinzione (si veda, infatti, la nota che segue) e viene spesso addotta ad ulteriore sostegno della preferenza accordata alla medesima giurisdizione amministrativa, sulla base dei criteri tradizionali.

rifiuto da parte della Corte di cassazione. Anzitutto, si è segnalata la qualificabilità di tali erogazioni in termini di corrispettivi ai sensi dell'art. 5, comma 2, della legge TAR, con conseguente residua permanenza della giurisdizione del giudice ordinario. Si tratterebbe, infatti, di prestazioni incumbenti all'amministrazione, poste "non nei confronti della generalità, ma a favore di concessionari... che trovano la loro causa genetica nel rapporto intercorrente tra la stessa amministrazione concedente e concessionario, e sono destinate a indennizzare i concessionari di particolari costi sostenuti per la prestazione del servizio"²⁰. Nel recente caso *Lucchini Siderurgica s.p.a. c° Ministero dell'Industria, Commercio e Artigianato* (poi delle Attività Produttive), su cui si tornerà anche in seguito, le Sezioni unite hanno poi comunque respinto la tesi avanzata dal Consiglio di stato in sede di appello avverso la sentenza di annullamento di un atto di revoca dell'erogazione per asserita contrarietà all'ordinamento comunitario²¹, escludendo l'equiparabilità tra concessione di beni ed erogazione di denaro in quanto, anche se il denaro è annoverabile nella categoria dei beni, non va confusa "la figura della concessione a privati di benefici pubblici, che presuppone l'uso temporaneo da parte del concessionario di detti beni per le indicate finalità di pubblico interesse, con quella del finanziamento, che implica un tipo di rapporto giuridico del tutto diverso, in forza del quale il finanziato acquisisce la piena proprietà del denaro erogatogli ed eventualmente assume l'obbligo di restituirlo in tutto o in parte ad una determinata scadenza". Per modo che, concludono le sezioni unite: "ben altrimenti, nell'uno e nell'altro caso, le finalità pubbliche s'intrecciano con l'interesse del concessionario o del finanziato, e le ragioni di non agevole distinguibilità tra posizioni di diritto soggettivo e d'interesse legittimo, che sottostanno alla scelta legislativa di attribuire alla cognizione del giudice amministrativo le controversie in tema di concessione di beni o servizi pubblici... non necessariamente ricorrono nei rapporti di finanziamento"²². Allo stesso modo, è stata

²⁰ Cass., sez. un., 25 ottobre 2004 n. 20645, in *Foro it.*, 2005, I, 1057, che chiarisce come lo stesso regime si estende anche agli interessi di mora, che costituiscono accessori del debito principale, e conclude nel senso che "la questione della giurisdizione deve essere risolta alla stregua del criterio generale di riparto, fondato sulla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, secondo le regole elaborate dalla giurisprudenza delle sezioni unite in tema di sovvenzioni". Conforme su punto anche parte della giurisprudenza amministrativa: cfr. Cons. stato, sez. IV, 11 aprile 2002 n. 1989, in *Foro amm.*, C.d.S., 2002, 888; Cons. stato, sez. V, 31 agosto 2007 n. 4518, in *Giornale dir. amm.*, 2007, 1211.

²¹ Cons. stato, sez. VI, 16 febbraio 2005 n. 516.

²² Cass., sez. un., 19 maggio 2008 n. 12641, in *Foro it.*, *Rep.*, 2008, voce *Giurisdizione civile*, n. 150. Limitate dunque le concessioni fatte dalle Sezioni unite in favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa. Tra queste, merita segnalare l'ipotesi della revoca ministeriale per inadempimento della società beneficiaria di un finanziamento accordato per la realizzazione di investimenti produttivi contemplati in un patto territoriale, essendosi tradotto tale strumento di programmazione negoziata in un accordo tra parti pubbliche e private che aveva assommato in sé le diverse ipotesi negoziali di cui agli artt. 11 e 15 della legge n. 241 del 1990 (Cass., sez. un., 8 luglio 2008 n. 18630,

esclusa la riconducibilità delle controversie in materia di contributi concessi per le ricostruzioni successive a calamità pubbliche alla giurisdizione esclusiva di cui all'art. 33 del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80, nel testo novellato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000 n. 205, essendosi ritenuta l'attività erogativa estranea alla funzione di protezione civile ²³. Né è parsa invocabile la giurisdizione esclusiva di cui all'art. 34 del medesimo decreto legislativo n. 80/98, considerato che dalla stessa devono ormai considerarsi escluse le ipotesi – quali sono state ritenute quelle in esame - in cui l'amministrazione agisce senza alcun potere autoritativo ²⁴.

Analoga impostazione di fondo si riscontra in tema di sanzioni amministrative. I principali interventi normativi in argomento, tanto in favore del giudice amministrativo che di quello ordinario, sono stati, infatti, per lo più, letti dalla giurisprudenza di legittimità in chiave di conferma o ricognizione di criteri dalla stessa già in precedenza posti. Inoltre, per quanto la relativa potestà sia in genere ritenuta strumentale alla funzione sostanziale di cura di determinati interessi pubblici, si è affermata la tendenza a considerare la materia come dotata di autonomia concettuale ed a leggerne i relativi caratteri di specialità in termini di incompatibilità con il nuovo assetto dei rapporti giurisdizionali introdotto dalle riforme degli anni 1998-2000. Con conseguente inapplicabilità della logica sottesa a tale assetto, salvi i singolari casi espressamente disciplinati dal legislatore ²⁵. Prova ne è la circostanza che la soluzione della giurisdizione amministrativa esclusiva è stata talvolta accolta dalle Sezioni Unite solo a condizione di fare fuoriuscire la fattispecie dalla potestà sanzionatoria e farla rifluire nel novero delle misure regolatorie, com'è accaduto per i prelievi supplementari per la fornitura di latte eccedente la quota assegnata, non a caso considerati, sulla scia della Corte di giustizia comunitaria, non sanzioni ma restrizioni dovute a regole di

ibid., voce cit., n. 190). In altro caso, però, relativo al pagamento di un contributo dovuto al comune da parte di un soggetto autorizzato all'esercizio di attività estrattiva, è stata esclusa la rilevanza della fonte negoziale ed anche l'applicabilità dell'art. 34 del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80, in quanto la fonte dell'obbligazione era una convenzione stipulata *a latere* del titolo autorizzatorio e non veniva, dunque, in evidenza un atto o provvedimento di natura autoritativa attinente al governo del territorio (Cass., sez. un., 2 luglio 2008 n. 18045, *ibid.*, voce cit., n. 191).

²³ Cfr. Cass., sez. un., ord. 20 aprile 2005 n. 8206, in *Foro it.*, 2006, I, 509; Cass., sez. un., ord. 1 aprile 2004 n. 6486, in *Foro it., Rep.*, 2004, voce *Calamità pubbliche*, n. 15.

²⁴ Cass., sez. un., ord. 20 aprile 2005 n. 8207, in *Foro it., Mass.*, 2005, 482, in controversia peraltro attinente alla mancata acquisizione al patrimonio comunale dell'area, rimasta inutilizzabile per motivi tecnici, su cui insisteva l'edificio distrutto o danneggiato dal terremoto.

²⁵ Una chiara analisi di questi indirizzi interpretativi può leggersi in V. POLI, *Ulteriori casi di giurisdizione esclusiva*, in F. CARINGELLA – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI – V. POLI, *Il riparto di giurisdizione*, II, Milano, 2005, 1147-1156. Le ragioni di specialità della materia sanzionatoria rispetto ai casi di giurisdizione esclusiva sono ribadite anche da G. SEVERINI, *Sanzioni amministrative interdittive e giurisdizione (sugli eccessi di velocità dei taxi acquei nella laguna di Venezia)*, in *Foro amm.*, TAR, 2007, 451.

politica dei mercati agricoli che si iscrivono nelle “finalità di sviluppo razionale della produzione lattiera e di mantenimento di un tenore di vita equo della popolazione agricola interessata, contribuendo ad una stabilizzazione del reddito di quest’ultima”²⁶.

In modo del tutto controintuitivo, dunque, il tema in esame risulta ancora immerso nelle problematiche fondative del sistema di giustizia amministrativa e caratterizzato dall’assillo lucidamente evocato da Arturo Carlo Jemolo negli anni ’60 del secolo scorso: “quello di sapere se si debba adire il giudice dei diritti subiettivi, il giudice ordinario, oppure il giudice degl’interessi legittimi, ossia l’organo della giustizia amministrativa”²⁷. Con la particolarità che le qualificazioni sono incerte²⁸ e, spesso, utilitaristicamente fatte per equilibrati dosaggi delle controversie più che per ragioni di giustizia sostanziale.

Le note vicende della *translatio iudicii* possono indicare una valida via di uscita dalle questioni da ultimo richiamate. Una volta chiarito, infatti, che “è lo stesso rapporto processuale che può proseguire”²⁹, senza più soluzioni di continuità tra le sue fasi³⁰ e barriere di incomunicabilità tra le varie giurisdizioni, sembrerebbe notevolmente ridimensionata la stessa portata del concetto di “difetto di giurisdizione”³¹. In realtà, il problema dei rapporti tra giurisdizioni, lungi dall’essere superato o risolto, sembra avere per il momento mutato soltanto veste: non si trarrebbe più di questione di confini, presidiati

²⁶ Corte di giustizia CE, sez. VI, 25 marzo 2004, in cause riunite C-231/00, C-303/00 e C-451/00, in *Foro it.*, 2005, IV, 250, con nota redazionale di D. BELLANTUONO. Sulla scia di tale sentenza, tanto Cass., sez. un., 14 ottobre 2004 n. 20254, *ivi*, *Rep.*, 2004, voce *Agricoltura*, n. 93, che Cass., sez. un., 18 novembre 2005 n. 23734, *ivi*, 2006, I, 2860, hanno escluso la giurisdizione del giudice ordinario ai sensi della legge n. 689/81, ritenendo corretta la scelta in favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, operata dall’art. 2-sexies della legge 25 giugno 2005 n. 109 di conversione con modificazioni del decreto legge 26 aprile 2005 n. 63, in quanto “nella materia *de qua* si apprezzano non solo situazioni giuridiche aventi la consistenza del diritto soggettivo, ma anche situazioni di interessi legittimi correlati a profili autoritativi dell’azione amministrativa, l’intreccio delle quali, determinando difficoltà di identificazione della natura delle une o delle altre, sconsiglia di affidare ad una siffatta identificazione anche la ripartizione fra giurisdizione ordinaria ed amministrativa delle controversie” (sent. ult. cit.). Alle stesse conclusioni è da ultimo giunta anche Cass., sez. un., ord. 11 agosto 2009 n. 18199, in ordine al prelievo supplementare cui è assoggettato il produttore per il latte conferito ad acquirente non riconosciuto, trattandosi anche in tal caso di “strumenti regolatori del mercato agricolo che non hanno natura sanzionatoria”, in quanto volti “a ridurre lo squilibrio tra offerta e domanda di latte e prodotti lattiero-caseari... ed a conseguire un migliore equilibrio di mercato”.

²⁷ A.C. JEMOLO, *Il giudice dei diritti ed il giudice degli interessi*, in *Studi in onore di E. Betti*, V, Milano, 1962, 259.

²⁸ Dipendendo da una questione di prospettiva, come ironicamente notava F. CARNELUTTI, *Domanda e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, II, 3: “oggetto e titolo sono due dimensioni della lite... come la lunghezza e la larghezza di una superficie: a chi salterebbe in mente di dire che la larghezza conta più della lunghezza o viceversa?”.

²⁹ C. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009 n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, 886.

³⁰ La questione non è ancora pacifica, ritenendosi da alcuno che la pronuncia dichiarativa del difetto di giurisdizione faccia venire meno la pendenza del giudizio, mancando proprio il giudice di riferimento, con la conseguenza che più che di conservazione degli effetti della domanda originaria dovrebbe parlarsi di attribuzione retroattiva di effetti alla riproposizione della domanda davanti al giudice fornito di giurisdizione: cfr. E.F. RICCI, *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 701.

³¹ M. LIPARI, *La translatio del processo nel disegno di legge governativo approvato dalla camera dei deputati (as-1082): certezze e dubbi*, in *Foro amm.*, TAR, 2008, LVI.

dalle tecniche escludenti del conflitto ³², ma di confluenza di un pluralismo di poteri decisionali entro una funzione sostanzialmente unitaria, le cui condizioni di svolgimento all'interno di un'unica sequenza processuale devono però ancora essere costruite a partire proprio dalla irrisolta dialettica tra i vari giudici competenti.

Sulla scorta di queste premesse ed avvertenze preliminari, si può passare all'esame di alcuni dei criteri offerti dal diritto vivente.

3. Il quando

La individuazione del giudice delle dispute in materia di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili *et similia* è stata per lo più orientata dalla ricerca della fonte costitutiva dell'obbligazione e del momento temporale in cui si differenzia, si perfeziona e si sviluppa il fatto generatore dei relativi effetti giuridici, cioè il potere erogatorio della p.a..

In un primo tempo, tale direttrice di indagine ha condotto a privilegiare l'individuazione del potere erogatorio nella sua fase iniziale, cioè nel suo rapporto con la legge regolatrice della fattispecie ³³. In una stagione incline a guardare alla discrezionalità come cifra distintiva del potere amministrativo ³⁴, è alla coppia legge-provvedimento che si è dedicata principale attenzione, trascurando la sequenza procedimentale che funge da elemento dinamico di collegamento dei due termini. Si è così posta la distinzione fondamentale tra obbligazioni che traggono origine direttamente dalla legge, ovverosia la cui fonte sarebbe "in realtà sempre costituita da un fatto giuridico, al verificarsi del quale scaturirebbero direttamente le due situazioni correlate credito-debito in un contesto di rapporto...perfetto sin dall'origine" ³⁵, con esclusione di qualsivoglia discrezionalità da parte dell'amministrazione, i cui eventuali atti non avrebbero "altro effetto che quello di attribuire certezza giuridica al fatto giuridico previsto dalla norma" ³⁶; ed obbligazioni che nascono invece da provvedimenti amministrativi, nel senso che il legislatore pur prevedendo il contributo e stanziando i relativi fondi per il soddisfacimento di un pubblico interesse, attribuisce all'amministrazione

³² Come notato da S. BACCARINI, *I conflitti di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1057, "i nostri sono tempi di conflitti tra giudici che rivendicano entrambi la giurisdizione su determinate controversie, non la declinano".

³³ G. FALZONE, *Le obbligazioni dello Stato*, Milano, 1960, 270; M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, cit., 55-62.

³⁴ Cfr. in chiave storica la bella ricerca di M. PASTORELLI, *La discrezionalità amministrativa nel pensiero giovanile di Massimo Severo Giannini*, in *Quad. fiorentini*, 2008, 410.

³⁵ A. BARETTONI ARLERI, voce *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 404, il quale inquadra a titolo di esempio tra le obbligazioni *ex lege* i contributi che la legge attribuisce, o sotto forma di erogazioni pecuniarie, o sotto forma di assunzione di oneri finanziari altrimenti a carico del privato beneficiario; le attività relative alla pubblica istruzione; le prestazioni rese nell'ambito dei servizi di sicurezza sociale.

³⁶ *Ibid.*, 404.

la funzione di erogarlo apprezzando discrezionalmente l'*an*, il *quid* ed il *quomodo* della fattispecie. Mentre nel primo caso l'amministrazione è ritenuta vincolata alla elargizione in favore dei soggetti individuati dalla legge come meritevoli di assistenza, ed a costoro è riconosciuta una situazione di diritto soggettivo suscettibile di ricevere tutela davanti al giudice ordinario, nel secondo caso fonte del rapporto è considerato un provvedimento di natura concessoria, emesso all'esito di una valutazione comparativa degli interessi in gioco, rispetto al quale il beneficiario risulta titolare di una situazione giuridica di vantaggio che assume la consistenza tipica dell'interesse legittimo al corretto esercizio del potere e la cui tutela può farsi valere dinanzi al giudice amministrativo³⁷.

In seguito, il descritto criterio è stato integrato approfondendo le vicende attinenti allo sviluppo del potere di erogazione ed attribuendo rilievo, soprattutto, al segmento procedimentale interessato dal provvedimento oggetto di vaglio giurisdizionale.

Dall'analisi delle *fonti* del potere, si è così passati all'analisi delle *vicende di svolgimento* del medesimo potere.

In particolare, si è chiarito che occorre tenere distinti il momento statico della concessione del contributo e quello dinamico relativo alla utilizzazione e gestione dello stesso. Nella fase anteriore al finanziamento, nella quale l'amministrazione è titolare di poteri di verifica della sussistenza dei presupposti di legge e di ogni altro requisito soggettivo ed oggettivo ed è normalmente chiamata a compiere ogni valutazione discrezionale circa il rispetto della finalità pubblicistiche del trasferimento di risorse pubbliche, il privato avrebbe infatti una posizione di interesse legittimo tutelabile dinanzi al giudice amministrativo. Nella fase successiva al provvedimento di concessione del finanziamento, il beneficiario diventerebbe invece titolare di un diritto soggettivo avente ad oggetto la concreta erogazione delle somme di denaro e la conservazione degli importi già riscossi o da riscuotere, con conseguente competenza del giudizio ordinario a conoscere delle relative controversie³⁸. Così, per citare

³⁷ Cfr. riassuntivamente Cass., sez. un., 22 luglio 2002 n. 10689, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 247, con commento di L. MERCATI, *Le obbligazioni pubbliche tra legge e provvedimento*. In precedenza, si vedano: Cass., 14 marzo 1977 n. 1009 e 17 marzo 1977 n. 1069, in *Giur. it.*, 1977, I, 800 e 801; Cass., sez. un., 26 novembre 1983 n. 7101, in *Cons. stato*, 1986, II, 243; Cass., sez. un., 6 dicembre 1988 n. 6634, *ivi*, 1988, II, 415; Cass., sez. un., 15 febbraio 1994 n. 1472, in *Foro it., Rep.*, 1994, voce *Regione*, n. 352.

³⁸ Cfr. per esempio: Cass., sez. un., 13 maggio 2009 n. 10999; Cass., sez. un., 13 ottobre 2006 n. 22098; sez. un., 15 aprile 2003 n. 5991, in *Foro it.*, 2003, I, 2722; sez. un., 10 aprile 2003 n. 5617, *ivi, Rep.*, 2003, voce *Giurisdizione civile*, n. 146; sez. un., 29 luglio 2003 n. 11649, *ibid.*, voce *Calamità pubbliche*, n. 37. Con riferimento alla disciplina organica dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno, Cass., sez. un., 25 novembre 2008 n. 28041, in *Foro it., Rep.*, 2008, voce *Mezzogiorno (provvedimenti per il)*, n. 10, ha di recente chiarito che al segmento procedurale attinente al potere di erogazione attengono anche i controlli previsti per la concessione di un contributo a consuntivo, con la conseguenza che "in mancanza di un provvedimento concessorio di un maggior contributo per le variazioni di

un caso particolare, si è ritenuto che prima della stipula dell'apposita convenzione per la cessione all'Enel dell'eccedenza di energia elettrica prodotta con fonti alternative il privato non sia titolare di un diritto soggettivo né alla vendita, né alla stipulazione della convenzione, con conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione amministrativa³⁹.

Solo il diritto dell'emergenza⁴⁰ sembrerebbe rompere tale rigida scansione temporale, attribuendo rilievo tendenzialmente assoluto⁴¹ e totalizzante all'evento straordinario cui si tratta di porre rimedio. E' la forza dirompente e contingente delle cose ad imporre in questi casi la unificazione – anche sul piano processuale - dei diversi momenti in cui si articola la fattispecie, che viene di conseguenza blindata dalla giurisprudenza facendo ricorso ai tradizionali argomenti della vincolatezza del potere di soccorso e della perfezione della pretesa all'intervento straordinario. In questa ottica, si è sempre ritenuto spettanti alla giurisdizione ordinaria le controversie relative al riconoscimento ed alla quantificazione dei contributi concessi per la ricostruzione postsismica o per fare fronte ad altre evenienze calamitose, in quanto l'attività dell'amministrazione è considerata appunto rigorosamente vincolata dalla legge a tutela diretta delle posizioni soggettive dei singoli danneggiati, senza che rilevi in senso contrario la censura sulla regolarità del procedimento amministrativo volto a stabilire le priorità in ordine all'assegnazione dei contributi⁴². Più semplicemente,

investimenti e spese introdotte nel corso della realizzazione del programma di investimento, non si può fondatamente sostenere che la pretesa della società ricorrente integri una posizione giuridica di diritto soggettivo, appartenendo ancora dopo il collaudo, che...può avere soltanto...il carattere di verifica tecnica e di atto endoprocedimentale, al potere discrezionale della P.A. concedere o meno il maggior contributo". In generale, sul tema: F. FALCONI, *Le posizioni giuridiche soggettive nei finanziamenti pubblici*, in *Il processo amministrativo. Scritti in onore di G. Miele*, Milano, 1979, 269; R. DE NICTOLIS, *La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: casistica giurisprudenziale e normativa*, in F. CARINGELLA – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI – V. POLI, *Il riparto di giurisdizione*, I, Milano, 2005, 154.

³⁹ Cass., sez. un., 20 aprile 2007 n. 9356, in *Foro it.*, 2008, I, 582.

⁴⁰ Su cui si vedano AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, in Associazione dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2005*, Milano, 2006, 5-225; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008.

⁴¹ Cfr. C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in Associazione dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2005*, cit., 5.

⁴² Cfr. Cass., sez. un., ord. n. 8206/2005, cit.; Cass., sez. un., ord. 13 gennaio 2005 n. 466 e 17 settembre 2004 n. 18742, con riferimento ai contributi concessi (ai sensi del decreto legge 19 marzo 1981 n. 75, convertito in legge 14 maggio 1981 n. 219) per gli eventi sismici del novembre 1980 e febbraio 1981; Cass., sez. un., 4 febbraio 2005 n. 2204, con riferimento alle erogazioni (previste dall'art. 15-sexies, comma 3, della legge 26 febbraio 1996 n. 74, come novellato dall'art. 6-bis della legge 3 agosto 1998 n. 267) per il recupero del patrimonio edilizio danneggiato dal bradisismo nell'area flegrea; Cass., sez. un., 14 giugno 2005 n. 12727 e 17 luglio 2003 n. 11189, sui contributi in favore delle aziende agricole danneggiate dalla siccità dell'annata 1989-1990, di cui al decreto legge 6 dicembre 1990 n. 367, convertito nella legge 30 gennaio 1991 n. 31. Talvolta, peraltro, la stessa Cassazione sottolinea la distinzione fra l'intervento obbligatorio dell'amministrazione competente ed il rapporto privato con le banche, nei cui confronti è negata la sussistenza di diritti soggettivi tutelabili, posto che la normativa esclude in genere che gli istituti di credito siano tenuti a concedere i finanziamenti ai soggetti inclusi negli elenchi dei beneficiari della normativa di soccorso

tale esito avrebbe potuto giustificarsi sulla base della natura prettamente patrimoniale della vicenda controversa, alla quale pare rimanere estaneo il momento pubblicistico della gestione (anche con mezzi straordinari) dell'emergenza. Proprio tale distinzione è stata, del resto, posta a base di alcune recenti decisioni del giudice amministrativo, il quale ha declinato la propria giurisdizione in ordine alle posizioni debitorie degli enti locali verso gli organi di gestione dell'emergenza rifiuti campana. Prendendo le distanze dalla giurisprudenza costituzionale, che ha in passato ritenuto legittimo il particolare regime processuale di concentrazione in capo al TAR del Lazio, sede di Roma, delle controversie relative ai provvedimenti commissariali, in ragione del peculiare regime che connota tutte le situazioni di emergenza ⁴³, e optando per una lettura costituzionalmente orientata della nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva sulla "complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati", di cui all'art. 4 del decreto legge 14 luglio 2008 n. 123, convertito nella legge 23 maggio 2008 n. 90, il suddetto TAR ha infatti ritenuto, in coerenza con i noti principi affermati nelle sentenze nn. 204/2004 e 191/2006 della Corte costituzionale, che la propria giurisdizione dovesse essere esclusa in ordine alle questioni attinenti ai rapporti obbligatori derivanti da pattuizioni di tipo negoziale intervenute tra le parti per regolamentare la disciplina dei rifiuti, in quanto afferenti all'*an* o al *quantum* di pretese prettamente patrimoniali non attinenti al versante pubblicistico di gestione dell'emergenza ⁴⁴.

Con la veduta (parziale) eccezione, trova dunque diffusa applicazione nel settore in esame la teorica dualistica o del doppio grado che, sviluppata nella letteratura tedesca degli anni '50, proprio con riferimento alle sovvenzioni amministrative ⁴⁵, e poi estesa fino a connotare la

compilati dall'ente pubblico e riserva loro la facoltà di agire su un piano di parità con l'utilizzo di negozi di diritto privato, valutando così di volta in volta se concedere o meno il finanziamento (Cass., sez. I, 22 marzo 2007 n. 6982, in *Foro it.*, 2008, I, 582).

⁴³ In più occasioni la Corte costituzionale ha ritenuto infondate le questioni di costituzionalità sollevate con riferimento all'art. 3, comma 2-*bis*, del decreto legge 30 novembre 2005 n. 245, convertito in legge 27 gennaio 2006 n. 21. Cfr. le decisioni: 26 giugno 2007 n. 237, in *Giur. cost.*, 2007 2152; ord. 28 dicembre 2007 n. 463, *ibid.*, 4997; ord. 4 aprile 2008 n. 92, *ivi*, 2008, 1114. Su simile giurisprudenza, si vedano i commenti di: C. CACCIAVILLANI, *Competenza inderogabile del TAR Lazio, Translatio iudicii e garanzia dei diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 2007, 2383; M. GNES, *La concentrazione della competenza giurisdizionale sui provvedimenti adottati durante lo stato di emergenza*, in *Giornale dir. amm.*, 2007, 1059; F. DE LEONARDIS, *La Corte costituzionale accresce la competenza territoriale del Tar Lazio: verso un nuovo giudice centrale dell'emergenza?*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 491.

⁴⁴ Cfr. TAR Lazio, sez. I, 18 febbraio 2009 n. 1655, e 1 aprile 2009 n. 3482, sulle quali si è diffuso il commento di T. GUIARNIER, *Il riparto di giurisdizione ai confini dell'interpretazione conforme: il caso dell'emergenza rifiuti campana al cospetto del TAR Lazio*, in corso di pubblicazione in *Giur. it.*, 2009.

⁴⁵ Cfr. H. IPSEN, *Öffentliche Subventionierung Privater*, Berlin und Köln, 1956, 19 ss. e 129.

struttura dei contratti ad evidenza pubblica⁴⁶, ha inizialmente risposto all'esigenza di evitare la c.d. *Flucht ins Privatrecht*⁴⁷, cioè la fuga dal rodato sistema di vincoli e formalismi procedurali capaci di assicurare il rispetto dei valori costituzionalmente garantiti, quali in primo luogo l'imparzialità delle scelte. Da tecnica di controllo unificato delle differenti posizioni coinvolte nelle fattispecie, essa pare invece poi divenuta principalmente tecnica di governo del riparto delle giurisdizioni⁴⁸, la cesura tra momento procedimentale pubblicistico e fase negoziale privatistica fungendo da spartiacque decisivo tra lo spazio di intervento del giudice amministrativo e quello del giudice ordinario.

Simile assetto, formalizzato dal Codice dei contratti pubblici (art. 244, comma 1) e recentemente convalidato dalla convergente presa di posizione delle Supreme Magistrature in ordine ai rapporti tra aggiudicazione a contratto⁴⁹, ha condotto ad una singolare inversione del metodo di indagine: "invece di partire dall'analisi della normativa sostanziale per individuare le situazioni soggettive coinvolte e, quindi, il magistrato competente, si muove dalla considerazione del controllo giurisdizionale che si innesca per preferire l'una o l'altra ipotesi ricostruttiva"⁵⁰.

Ciò è particolarmente evidente nel settore in esame, considerato che neppure la stipula di una convenzione o di un contratto è ritenuta sufficiente a separare nettamente la fase pubblicistica da quella privatistica, e le diverse qualificazioni in termini di potestà-soggezione o corrispettività⁵¹ dei segmenti operativi che possono intervenire

⁴⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 677-680.

⁴⁷ Su cui si veda anche G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA, II, Bologna, 1993, 1566.

⁴⁸ Cfr. in merito le osservazioni di F. MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm.*, TAR, 2004, 574.

⁴⁹ Cfr. Cass., sez. un., 28 dicembre 2007 n. 27169, in *Foro it.*, 2008, I, 3617, con nota redazionale di A. TRAVI; Cons. stato, ad. pl., 30 luglio 2008 n. 9, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1154, con nota di M. RAMAJOLI, *L'Adunanza plenaria risolve il problema dell'esecuzione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione in presenza di contratto*.

⁵⁰ In questi termini, si vedano E. CROCI - G. PERICU, voce *Sovvenzioni (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 248.

⁵¹ Cfr., ad esempio, rispettivamente: F. ZANLUCCHI, *La giurisdizione in materia di sovvenzioni pubbliche: considerazioni su di una giurisprudenza monolitica*, in *Dir. ec.*, 2007, 257 ss.; S. VINTI, *Il riparto di giurisdizione in materia di finanziamenti agevolati*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2633-2634. In generale, si vedano sull'argomento: S. MAZZAMUTO, a cura di, *Il finanziamento agevolato delle imprese. Profili giuridici*, Milano, 1987; ID., *Pubblico e privato nel sistema degli ausili finanziari alle imprese*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario, Trattato diretto da Francesco Galgano*, I, Torino, 1995, 641 ss., ove si nota che, sebbene il più delle volte "l'impiego di forme mutate dall'uno o dall'altro settore dell'ordinamento può rivelarsi indifferente", in alcuni casi momenti nevralgici della materia reclamano invece una scelta precisa: "così una tutela forte del richiedente dei confronti della p.a., diversa da quella risarcitoria, si può attuare solo per il tramite del diritto pubblico; di contro, l'unica via idonea a sottrarre gli istituti di credito al rischio di una funzionalizzazione ormai fuori moda è rappresentato dal loro pieno assoggettamento al diritto privato". L'Autore conclude, dunque, nel senso che "il modello misto denota una maggiore attitudine a governare l'ampia gamma delle oscillazioni che ha sin qui contraddistinto il sistema degli ausili finanziari" (*ibid.*, 642).

successivamente alla concessione del beneficio vengono operate avendo riguardo, soprattutto, alla “conseguenza giurisdizionale” delle tesi prospettate⁵².

La giurisprudenza tende, infatti, a sottolineare che, nella fase procedimentale successiva alla emanazione del provvedimento, la posizione del beneficiario assume e mantiene una duplice consistenza: “di diritto soggettivo riguardo alla regolamentazione data al rapporto con l’atto di natura convenzionale in cui la concessione si è alla fine del procedimento tradotta con l’adesione del privato alle condizioni fissate dalla pubblica amministrazione; di interesse legittimo in correlazione al potere di autotutela spettante alla p.a.”⁵³. Con riferimento ai provvedimenti di revoca o di ritiro del contributo, che intervengano successivamente alla erogazione, ed anche quando il rapporto si sia interamente esaurito con l’integrale utilizzazione del contributo ricevuto, si sostiene così che appartengono alla giurisdizione amministrativa i ricorsi aventi ad oggetto provvedimenti adottati dalla stessa amministrazione nell’esercizio del suo potere di autotutela: l’annullamento per vizi di legittimità, la revoca per contrasto iniziale col pubblico interesse o per il venir meno dei requisiti soggettivi o oggettivi in base ai quali le agevolazioni erano state concesse (per esempio, per sopravvenuto fallimento dell’impresa beneficiaria⁵⁴) rientrerebbero, infatti, nella sfera dei poteri autoritativi di controllo riservati alla parte pubblica, a fronte dei quali la posizione del privato mantiene la consistenza dell’interesse legittimo⁵⁵. Viceversa, appartenerebbe alla giurisdizione ordinaria il sindacato su atti di decadenza, comunque diversamente qualificati, che trovino fondamento nell’inadempimento da parte del beneficiario della disciplina regolatrice del rapporto, pure in assenza di una espressa convenzione: la revoca per mancato rispetto dei termini di realizzazione dell’opera finanziata, la riduzione dell’importo erogato in relazione a spese non ammissibili, la restituzione di quello non utilizzato sono, infatti, considerate vicende che riguardano la

⁵² G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 27 e 265; E. CROCI - G. PERICU, voce *Sovvenzioni (diritto amministrativo)*, cit., 248 e 252.

⁵³ Cass., sez. un., 23 febbraio 1990 n. 1382, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2628.

⁵⁴ Ipotesi talvolta ascritta anche tra i casi di decadenza, per impossibilità sopravvenuta di adempiere agli obblighi fissati con la concessione del contributo, trattandosi di evento espressivo dell’estremo stato di crisi economica che “rende evidente l’impossibilità di raggiungere gli scopi di rilievo primario che avevano costituito la ragione dell’ammissione alle agevolazioni finanziarie” (cfr. Cons. stato, sez. VI, 7 luglio 2008 n. 3351, in *Giurisd. amm.*, 2008, I, 960; 2 marzo 2009 n. 1167, *ivi*, 2009, I, 333); con conseguente affermazione della giurisdizione dell’a.g.o. a volte chiaramente esplicitata (cfr. Cons. stato, sez. VI, 9 settembre 2008 n. 4298, *ivi*, 2008, I, 1190).

⁵⁵ Cfr., *ex multis*: Cass., sez. un., 22 giugno 2007 n. 14572, in *Foro it.*, 2008, I, 581, in tema di sospensione in via di autotutela di finanziamenti nel campo della formazione professionale; Cass., sez. un., 30 marzo 2005 n. 6639, *ivi*, 2006, I, 509, sulla stessa materia e con richiamo di altri precedenti; Cass., sez. un., 20 maggio 2005 n. 10603, *ivi*, *Mass.*, 2005, 560, relativamente alle agevolazioni per la promozione e lo sviluppo dell’imprenditorialità giovanile.

gestione del rapporto obbligatorio scaturente dalla attribuzione del beneficio che coinvolgono diritti soggettivi e sono soggette alla disciplina civilistica⁵⁶.

Non sempre, come è facile comprendere, la ascrizione di una decisione di revoca all'una o all'altra categoria è di agevole soluzione. Talvolta, nei casi più complessi, l'impianto argomentativo delle sentenze è complicato dal contestuale richiamo di una pluralità di principi che rendono meno lineare e chiara la soluzione. Emblematico è il citato caso che vedeva opposti la Lucchini Siderurgica s.p.a., forte di un giudicato civile che aveva accertato il suo diritto alla percezione di contributi per l'ammodernamento di impianti siderurgici nel Mezzogiorno d'Italia, ed il Ministero delle Attività Produttive, che aveva revocato il contributo per pretesa contrarietà con la normativa comunitaria. Invocando il principio comunitario di cooperazione posto dall'art. 10 del Trattato CE e ritenendo che l'amministrazione intervenisse nella vicenda in adempimento di un preciso dovere comunitario e, dunque, esercitando un diritto della Comunità, quasi come *longa manus* della medesima, la Suprema Corte ha escluso trattarsi di controversia sulla legittimità dei modi di esercizio di un potere interferente con l'interesse del beneficiario e ha ritenuto che oggetto del giudizio fosse, invece, l'esistenza stessa di tale potere-dovere in presenza di una posizione del privato consacrata da un precedente giudicato. Di qui la seguente conclusione: "L'esistenza di un giudicato, da una parte, ed i vincoli derivanti dalla normativa e dalle disposizioni comunitarie, dall'altra, escludono radicalmente che possa configurarsi un qualche margine di discrezionalità nell'esercizio del potere amministrativo di revoca dell'atto in questione. La revoca di quell'atto si configura, alternativamente, come esulante dai poteri dell'amministrazione, ove si ritenga debba prevalere la regola dell'intangibilità del giudicato, o viceversa come un comportamento cui la medesima pubblica amministrazione è tenuta, ove si ritenga prevalente il dovere di rispettare gli obblighi derivanti dall'adesione alla Comunità europea, con conseguente disapplicazione necessaria di eventuali norme interne in contrasto con detti obblighi. E la nettezza della scelta è già di per sé indicativa di come, in ogni caso, ci si collochi sul terreno dei diritti soggettivi: rispettivamente, il diritto del sovvenzionato a fare valere gli effetti del giudicato ed a conservare il finanziamento ricevuto, o quello della pubblica amministrazione a ripetere un

⁵⁶ Cfr. Cass., sez. un., 12 novembre 1999 n. 758, in *Foro it., Rep.*, 1999, voce *Giurisdizione civile*, n. 147. Conforme la giurisprudenza amministrativa: cfr., per esempio, Cons. stato, sez. IV, 18 maggio 2004 n. 3186; Cons. stato, sez. IV, 1 aprile 2004 n. 1822; Cons. stato, sez. V, 6 luglio 2007 n. 3856; Cons. stato, sez. VI, 30 maggio 2007 n. 2751; Cons. stato, sez. VI, 1 ottobre 2008 n. 4741; Cons. stato, sez. V, 8 ottobre 2008 n. 4955; TAR Campania, Napoli, sez. III, 20 maggio 2009 n. 2783.

versamento da considerarsi indebito per il diritto comunitario e, per ciò stesso, necessariamente da restituire”⁵⁷.

4. Il come

A partire dalla fine degli anni '70 la Corte di Cassazione ha proposto un criterio globale e sistematico alla cui stregua regolare il riparto della giurisdizione in materia di sanzioni amministrative, al di fuori dei casi di esplicita indicazione normativa. Tale criterio assume carattere particolare ed eclettico rispetto ai più consolidati schemi argomentativi⁵⁸, perché giunge a qualificare le posizioni soggettive in campo analizzando essenzialmente il *modo* in cui la potestà sanzionatoria, che si assume accessoria rispetto a specifiche funzioni amministrative di cura e governo di determinate aree di pubblico interesse, si rapporta rispetto all'area funzionale sussidiata e, dunque, il *come* la stessa incide sugli interessi tutelati⁵⁹.

In questa ottica, si è ritenuto di potere porre la fondamentale e nota distinzione fra sanzioni c.d. ripristinatorie, da una parte, e sanzioni punitive o afflittive, dall'altra parte. Le prime, proprio perché volte a realizzare in modo diretto la cura dell'interesse pubblico al quale è ordinata la funzione amministrativa sussidiata, avrebbero come termine di riferimento la medesima situazione soggettiva correlata a tale funzione, “di questa rappresentando l'esercizio successivo al venire in essere di determinati comportamenti in principio oggetto dello specifico potere di governo della relativa area di funzione pubblica”⁶⁰. L'omogeneità di caratteri tra le funzioni implicherebbe, dunque, l'omogeneità delle situazioni soggettive che verrebbero in rilievo (interessi legittimi) nei due segmenti di azione e la devoluzione delle relative controversie al giudice amministrativo. Alla stessa giurisdizione

⁵⁷ Cass., sez. un., n. 12641/2008, cit. Di contrario avviso era stato il Consiglio di Stato nella citata sentenza n. 516/2005, ritenendo che la controversia fosse “relativa al potere di revoca della concessione, all'*an* della concessione medesima, non a modalità del rapporto di attuazione del contratto che accede alla concessione”, e che, “anche a voler ritenere che la revoca in questione non abbia profili di discrezionalità... è indubbio che essa determina un affievolimento del diritto soggettivo, in forza di un'attività vincolata ed autoritativa di recupero di un aiuto di Stato”. Con la conseguenza che la controversia sulla revoca di una sovvenzione “nella quale si deduca il difetto dei presupposti per l'adozione del provvedimento di revoca e nella quale non sia in giuoco alcun preteso inadempimento del privato sovvenzionato, ma solo la questione relativa alla concedibilità della sovvenzione spetta alla giurisdizione del giudice amministrativo”.

⁵⁸ Si vedano in proposito le considerazioni critiche di C.E. PALIERO – A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 400 ss.; M.A. SANDULLI, voce *Sanzione. IV) Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992, 17.

⁵⁹ Cfr. Cass., sez. un., 24 febbraio 1978 n. 926, in *Foro it.*, 1978, I, 1173, con nota redazionale di C.M. BARONE. Nel medesimo senso, si è poi orientata anche la giurisprudenza amministrativa, a partire da Cons. stato, ad. pl., 28 ottobre 1980 n. 42, in *Cons. stato*, 1980, I, 1290.

⁶⁰ *Ibid.*

apparerebbero anche i casi in cui sanzioni del secondo tipo siano previste dall'ordinamento in alternativa rispetto a misure ripristinatorie, non già per la possibile discrezionalità della scelta rimessa in tal senso all'amministrazione, quanto piuttosto in ragione di una supposta imprescindibile esigenza logica del sistema, postulando l'equivalenza delle sanzioni una sorta di omogeneità funzionale delle stesse e, dunque, "l'attrazione nella stessa area del potere di governo e di tutela dell'interesse pubblico direttamente curato dalla misura ripristinatoria, anche della (altrimenti ad essa estranea) situazione soggettiva incisa dalla misura alternativa": con conseguente conferimento a quest'ultima della medesima consistenza di interesse legittimo e conferma della giurisdizione amministrativa ⁶¹.

Le sanzioni punitive o afflittive, invece, sono considerate solo indirettamente ordinate alla realizzazione dell'interesse pubblico curato dalla funzione sussidiata ed insistono su situazioni soggettive esterne all'area dalla medesima presidiata, in quanto si risolvono nella compressione autonoma ed originaria della sfera di libertà del cittadino a tutela diretta della quale sono dettate le norme che fissano i presupposti ed i modi di esercizio della potestà sanzionatoria. Donde la giurisdizione del giudice ordinario, che resterebbe ferma anche nel caso in cui la sanzione punitiva sia prevista dall'ordinamento cumulativamente con una sanzione di tipo ripristinatorio: una sorta di connessione tra le due misure escluderebbe, infatti, l'attrazione della prima nell'ambito del potere discrezionale di governo dell'interesse pubblico cui si riferisce la seconda ⁶².

Alla luce di siffatte premesse, mera applicazione dei principi è stata ritenuta non solo l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva ex art. 16 della legge 8 gennaio 1977 n. 10 in materia di sanzioni edilizie, ripristinatorie e non, alternativamente previste dagli artt. 15 e 18 della medesima e di altre fonti normative, precedenti o successive ⁶³, ma anche la scelta operata dagli artt. 22 ss. della legge 24 novembre 1981 n. 689 ⁶⁴ di

⁶¹ *Ibid.* Precisa la Cassazione che anche con la sanzione alternativa si ha "cura diretta dell'interesse pubblico oggetto della funzione pubblica sussidiata dalla sanzione". Nello stesso senso, anche: Cass., sez. un., 3 febbraio 1989 n. 660, in *Foro it.*, 1989, I, 1076, in materia di sbancamento di un terreno situato in zona soggetta a vincolo geologico; Cass., sez. un., 28 aprile 1989 n. 2003, *ibid.*, 1788, nonché Cass., sez. un., 17 febbraio 1995 n. 1714, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1491, in materia di alterazione di beni sottoposti a vincolo monumentale.

⁶² Cfr., in materia di apertura e coltivazione di cave, Cass., sez. un., 7 marzo 1985 n. 1881, in *Foro it.*, *Rep.*, 1985, voce *Regione*, n. 312, nonché Cass., sez. un., 2 febbraio 1990 n. 718, in *Foro it.*, 1992, I, 1912, con nota redazionale di A. TRAVI. Sentenze nelle quali affiora, peraltro, l'argomento della discrezionalità o meno della scelta, laddove si ritiene che "non ricorrendo un problema di apprezzamento discrezionale della pubblica amministrazione circa una scelta tra due sanzioni funzionalmente omogenee, si ritorna alla situazione... in cui la norma prevede e l'autorità applica un unico tipo di sanzione".

⁶³ Con riferimento alla disciplina previgente (contenuta negli artt. 32 della legge 17 agosto 1942 n. 1150 e 13 della legge 6 agosto 1967 n. 765), si vedano già Cass., sez. un., 11 novembre 1975 n. 3781, in *Foro it.*, 1976, I, 326; Cass., sez. un., 26 aprile 1977 n. 1557, *ivi*, 1977, I, 1407, secondo cui "non è consentito distinguere i diversi tipi di

concentrare in capo al giudice ordinario una giurisdizione di tipo pieno⁶⁵ sulle sanzioni amministrative pecuniarie (non alternative, e dunque) di tipo afflittivo e su quelle accessorie⁶⁶. Tali soluzioni normative, per quanto abbiano inteso semplificare il quadro generale di riferimento, relativizzando i dibattiti sorti in ordine alla problematica distinzione tra diritti ed altri interessi giuridicamente rilevanti⁶⁷, piuttosto che in chiave eversiva sono state dunque ritenute in qualche misura ricognitive dei criteri in precedenza elaborati dalla giurisprudenza, allo scopo dichiarato di salvaguardare la coerenza ed “euritmia del sistema” inверatosi⁶⁸.

Per quanto talvolta incrinato nella sua linearità dal promiscuo (e, forse, anche disinvolto)

provvedimenti previsti, per attribuire alla posizione del privato la consistenza del diritto soggettivo quando l'intervento autoritativo avvenga, tra i modi possibili, con l'irrogazione della sanzione pecuniaria”; infatti, “nei confronti del costruttore abusivo, i due tipi di provvedimento tendono allo stesso fine, di impedire, quale che sia la scelta operata dal comune in sede di valutazione urbanistico-edilizia, che il risultato economico dell'attività illecita compiuta rimanga nel suo patrimonio, ponendolo in posizione di indifferenza rispetto all'eventualità di perdere il bene abusivamente costruito in caso di demolizione, ovvero di perdere l'equivalente del valore di esso in caso d'impossibilità di demolizione”. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è stata ritenuta operante anche dopo la sopravvenienza della nuova disciplina generale delle sanzioni pecuniarie introdotta dalla legge n. 689 del 1981, in forza del principio dell'espressa salvezza delle discipline speciali sancito dall'art. 12 della medesima legge (cfr. Cass., sez. un., 7 luglio 1988 n. 4496, in *Foro it., Rep.*, 1988, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 569). Il cennato criterio è seguito anche per le sanzioni in materia edilizia comminate da disposizioni diverse, anteriori o posteriori, rispetto a quelle contenute nella legge n. 10 del 1977, in quanto “la frammentarietà e l'eterodipendenza di ciascun episodio legislativo postula la necessità del ricorso al sistema perché il tutto abbia un senso ragionevole” (cfr. Cass., sez. un., 8 gennaio 1992 n. 106, in *Foro it.*, 1992, I, 1799, con nota redazionale di A. TRAVI, cit. 1802). Diversamente opinando, infatti, “il mero dato cronologico dell'infrazione potrebbe illogicamente ripartire tra giurisdizioni diverse... controversie della medesima natura e coinvolgenti tutte intrecci di diritti soggettivi e di interessi legittimi, in definitiva obliterando... quel regime, razionale, semplice e... semplificatore al tempo stesso, che, in materia, presceglie la giurisdizione amministrativa esclusiva” (Cass., sez. un., 24 maggio 1991 n. 5893, *ibid.*, cit. 1803)

⁶⁴ La validità del criterio generale, anche a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 689 del 1981, è ribadita con fermezza da Cass., sez. un., n. 660/1989 cit., e, prima ancora, da Cass., sez. un., 7 marzo 1985 n. 1876, in *Foro it., Rep.*, 1985, voce *Contravvenzione*, n. 46, che ha riconosciuto alla legge di depenalizzazione l'effetto di ampliare i poteri del giudice ordinario, estendendone il sindacato anche al merito, oltre che alla legittimità dei provvedimenti sanzionatori; Cass., sez. un., 7 marzo 1985 n. 1878, *ibid.*, voce *Bellezze naturali*, n. 36.

⁶⁵ In questi termini definita da Cons. stato, sez. IV, 4 febbraio 1999 n. 112, in *Cons. st.*, 1999, I, 166. Cfr. anche F. FIGORILLI, *Artt. 1, 2, 3, 4 l. n. 2248/1865*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2008, 1149. Preferisce parlare di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 1233, 1249, 1286. Altri ha invece ritenuto che l'attribuzione *esclusiva* della giurisdizione all'a.g.o. fosse spiegabile in termini di disconoscimento legislativo della imperatività dell'atto invalido, con conseguente resistenza dei diritti soggettivi e riconoscimento al giudice di un sindacato pieno sui presupposti soggettivi ed oggettivi nonché sulla forma dell'atto, “tale da consentirgli una integrale verifica della conformità della fattispecie sanzionatoria a quella prevista dalla legge” (così V. DOMENICHELLI, *Sanzioni amministrative, principio di legalità e poteri del giudice ordinario (in margine ad un nuovo intervento della Cassazione)*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 389-390).

⁶⁶ Per esempio, sono stati considerati tali, non solo l'ordine di pagamento (ex art. 23, comma 13-*quater*, del C.d.S.) delle spese sostenute per la rimozione in danno di insegne pubblicitarie abusivamente installate su suolo demaniale (Cass., sez. un., 18 novembre 2008 n. 27334), ma anche l'ordine di rimozione delle medesime insegne pubblicitarie abusive, in quanto accessorio della sanzione pecuniaria prevista dal comma 11 del medesimo art. 23 (Cass., sez. un., 14 gennaio 2009 n. 563).

⁶⁷ In questi termini, si è espressamente pronunciato Cons. stato, sez. IV, n. 112/1999 cit., che ha attribuito alla legge n. 689 del 1981 la finalità di “tagliar corto alle diatribe sorte in proposito in giurisprudenza e in dottrina”.

⁶⁸ Come si legge nella citata sentenza Cass., sez. un., n. 660/1989: “Ne emerge l'euritmia del sistema che lascia fuori dall'ambito della l. n. 689 del 1981 le sanzioni ripristinatorie come quelle tipicamente riguardanti le opere edilizie abusive, prevedendo per esse la tutela davanti al giudice amministrativo, restandone coinvolti dei meri interessi legittimi; mentre, quando la sanzione ha carattere pecuniario e incide su diritti soggettivi, resta comunque ferma, come non potrebbe non essere, la giurisdizione dell'a.g.o.”.

uso di tecniche argomentative attingenti alle risalenti categorie della esistenza o meno del potere sanzionatorio ⁶⁹ e della sua connotazione discrezionale o vincolata ⁷⁰, o ancora del suo orientamento teleologico verso una tutela diretta o indiretta degli interessi pubblici ⁷¹, lo sforzo sistematico evidenziato dalla giurisprudenza passata in rassegna si è risolto, in buona sostanza, nella enucleazione di una indicazione di fondo: la ricerca dell'intrinseco contenuto del rapporto, rispetto al quale la sanzione è accessoria e che costituisce «fonte della obbligazione» dedotta in giudizio ⁷².

Può così schematicamente notarsi che per le sanzioni propriamente dette, cioè quelle pecuniarie a carattere afflittivo, rileverebbe esclusivamente il rapporto obbligatorio che deriva dall'illecito ⁷³, rapporto in cui l'amministrazione versa una potestà punitiva consistente nell'accertamento dell'avvenuta trasgressione di un dovere imposto ad un soggetto dall'ordinamento e nella conseguente pretesa ad una determinata prestazione finalizzata alla reintegrazione dell'ordinamento nella sua obiettività, mentre il cittadino vanta e mantiene una posizione non di soggezione ma di diritto alla protezione della propria sfera personale e patrimoniale. Pretesa sanzionatoria ⁷⁴ e diritto sono le situazioni soggettive che, attraverso l'impugnazione dell'ordinanza che costituisce "occasione" per l'instaurazione del processo ⁷⁵, si fronteggiano anche nel giudizio di opposizione. In questo

⁶⁹ Come, per esempio, si evince dalla motivazione di Cass., sez. un., 3 aprile 1980 n. 2148, in *Foro it.*, 1980, I, 930, che, in materia di pretesa restituzione di somme esatte dall'amministrazione comunale a titolo di trasporto e custodia di un veicolo rimosso per violazione al codice della strada, pure ricollegandosi alla ipotesi ricostruttiva in materia di sanzioni ripristinatorie avanzata due anni prima dalla sentenza n. 926/1978, e dunque definendo il provvedimento di rimozione come "espressione di un potere, specifico ed autonomo... per la cura del puntuale interesse pubblico connesso alla circolazione stradale", si discosta dal noto precedente nella parte in cui pretende poi di impostare "il problema di giurisdizione... nei classici e noti termini di (in)esistenza o di esercizio (il)legittimo del potere... attraverso la individuazione, nell'ambito della fattispecie astratta... dei presupposti attinenti alla stessa attribuzione in concreto del potere, e di quelli attinenti, invece, alla sola correttezza del suo esercizio".

⁷⁰ Sull'intreccio di tali profili con il contenuto del potere sanzionatorio, è emblematica la posizione di E. Casetta, voce *Sanzione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 604. Sulla rilevanza di tali tematiche, soprattutto nella giurisprudenza precedente alla svolta del 1978, in materia di sanzioni valutarie (es. Cass., sez. un., 30 luglio 1953 n. 2594, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, 151, con nota di E. Guicciardi, *Pene pecuniarie per infrazioni valutarie e competenza giurisdizionale*) e sanzioni pecuniarie a tutela di beni di interesse artistico e storico, si veda R. Villata, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 392-395.

⁷¹ Su cui si vedano, soprattutto, le notazioni critiche di E. Cannada Bartoli, *Sanzioni amministrative e tutela giurisdizionale*, in *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1982, 185.

⁷² Cass., sez. un., n. 2148/1980, cit.

⁷³ Cfr. E. Cannada Bartoli, voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 122.

⁷⁴ Che tale sia l'oggetto principale del giudizio ex art. 23 della legge n. 689 del 1981, piuttosto che l'ordinanza ingiunzione, è chiarito da V. Andrioli, *Il contenzioso civile delle sanzioni amministrative*, in *Dir. giur.*, 1981, 776-778, argomentando in modo particolare dalla articolazione del contenzioso in due «stati», amministrativo il primo e giurisdizionale il secondo, e dalla codificazione del principio *in dubio pro reo* da parte dell'ultimo comma del citato art. 23, che "ha fatto getto della tradizionale presunzione di legittimità dell'atto amministrativo".

⁷⁵ Così F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, *I processi speciali*, 2° ed., Milano, 1999, 271, che considera un "errore di prospettiva" considerare oggetto del processo la validità dell'atto che è impugnato. Secondo E. Rosini, *Le*

caso, dunque, “quello che decide, non è la natura del rapporto preesistente all’infrazione, ma la natura di quello che da essa deriva”⁷⁶. Per le misure ripristinatorie, invece, a rilevare sarebbe il rapporto amministrativo originario, che si costituisce per il governo di determinate aree di pubblico interesse; rapporto nel quale l’amministrazione può intervenire sia in via preventiva con le determinazioni tipicamente preordinate alla cura dell’interesse in questione, sia in via successiva ed eventualmente repressiva per rimediare in forma specifica alla inosservanza delle regole del rapporto e realizzare in concreto, sul piano operativo, l’effetto statuito. Come ha notato la giurisprudenza in una importante pronuncia del 1975: “ci si trova, in entrambi i casi, in presenza di una funzione amministrativa nella cui orbita di imperatività le situazioni dei soggetti che intraprendono o svolgono attività... sono attratte e costituite in posizione di soggezione quali interessi legittimi”⁷⁷. Ciò che qui rileva, in fin dei conti, è la «gestione amministrativa» di una funzione che è “strettamente collegata al potere di intervento preventivo e quasi costituente una proiezione di esso”⁷⁸. Questo spiega una serie di note conseguenze: un certo affievolimento della prospettiva dell’illecito e delle situazioni che tipicamente al medesimo si collegano⁷⁹; il conseguente assorbimento del procedimento di gestione della tecnica ripristinatoria nella giurisdizione propria del giudice del rapporto preesistente; il rilievo in tal senso attribuito alla alternatività delle sanzioni, quale indice di omogeneità funzionale dei poteri.

Le considerazioni svolte consentono anche di spiegare, in qualche misura, il non lineare indirizzo seguito dalla giurisprudenza in ordine alla giurisdizione sulle sanzioni adottate in materia di cave ed attività estrattiva. Per quanto, infatti, la Suprema Corte non abbia mai dubitato che detti settori afferissero all’uso del territorio e, quindi, rientrassero nella materia urbanistica attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si sono poi formati orientamenti distinti in ordine alla riconducibilità alla medesima giurisdizione anche delle misure sanzionatorie⁸⁰, oppure alla salvezza della giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi dell’art. 22-*bis* della legge n. 689 del 1981, aggiunto dall’art. 98 del decreto

sanzioni amministrative. La giurisdizione ordinaria, Milano, 1991, 172, il giudizio in esame sarebbe riconducibile al modello delle impugnazioni rescindenti, caratterizzato dalla presenza di un momento rescindente e di un momento rescissorio. In generale sul tema, si veda di recente G. SEVERINI, voce *Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, 1005.

⁷⁶ G. ZANOBINI, *Rapporti fra il diritto amministrativo e il diritto penale* (1921), in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 140.

⁷⁷ Cfr. Cass., sez. un., n. 3781/1975, cit.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ E. CANNADA BARTOLI, *Sanzioni amministrative*, cit., 184 e 189.

⁸⁰ Cfr. in particolare la sentenza Cass., sez. un., 19 aprile 2004 n. 3474, in *Corr. giur.*, 2004, 1186.

legislativo 30 dicembre 1999 n. 507 ⁸¹. Sulla questione, su cui è stato chiesto in via interlocutoria anche un approfondimento da parte dell'Ufficio Massimario ⁸², sono di recente intervenute due decisioni che sembrano avere fatto chiarezza. Con la prima, pubblicata nel marzo 2008, e riguardante una sanzione pecuniaria comminata in via alternativa rispetto alla rimessione in pristino in conseguenza della realizzazione di sbancamenti di roccia e movimenti di terreno maggiori di quelli autorizzati, si è ritenuto rientrante nella giurisdizione esclusiva di cui all'art. 34 del decreto legislativo n. 80/98 tanto l'attività oggetto dell'autorizzazione quanto i provvedimenti sanzionatori adottati dall'autorità amministrativa in relazione alla difformità delle opere realizzate rispetto al contenuto dello stesso titolo. Ciò, in quanto non è apparso possibile "distinguere detti provvedimenti per il solo elemento della loro funzione sanzionatoria, peraltro strumentale all'esercizio dei poteri di vigilanza strettamente connessi alle potestà autoritative riconosciute per la tutela dell'interesse pubblico sotteso alla salvaguardia dei vincoli imposti sulle aree interessate alle opere" ⁸³. Da ultimo, la giurisdizione del giudice ordinario in ordine ad una sanzione pecuniaria per violazione della normativa sulle attività estrattive è stata invece giustificata in base alla circostanza che nella specie non si discuteva di vicende attinenti alla gestione del territorio ma di "provvedimenti sanzionatori emessi dalla p.a. come reazione a comportamenti del privato assunti come illegittimi", in relazione ai quali non si poneva la difficoltà – alla base della previsione di giurisdizione esclusiva – di distinguere gli aspetti concernenti diritti soggettivi da quelli riguardanti interessi legittimi, poiché "la situazione giuridica soggettiva di chi deduce di essere stato sottoposto a sanzione in casi o in modi non stabiliti dalla legge ha consistenza di diritto soggettivo perfetto" ⁸⁴.

La divisata centralità assunta dal rapporto, a vario titolo sussidiato dal potere sanzionatorio, è ben evidenziata anche dalla dibattuta vicenda del giudice delle sanzioni tributarie che solo recentemente pare avere trovato soluzione. Prendendo le distanze dalla giurisprudenza di legittimità, incline ad attribuire alla giurisdizione tributaria – in forza dell'esplicito disposto dell'art. 2, comma 1, del decreto legislativo 331 dicembre 1992 n. 546 – non solo le controversie concernenti i tributi ma anche quelle relative alle sanzioni comunque irrogate

⁸¹ Cfr., in particolare, Cass., sez. un., ord. 4 luglio 2006 n. 15222, in *Foro it.*, *Rep.*, 2006, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 154.

⁸² Cfr. la Relazione n. 132 del 7 dicembre 2007, poi seguita dalla Relazione n. 107 del 1° settembre 2008.

⁸³ Cass., sez. un., ordinanza 12 marzo 2008 n. 6525, in *Riv. giur. amb.*, 2008, 809.

⁸⁴ Cass., sez. un., 2 luglio 2008 n. 18040, in *Giur. it.*, 2009, 984, con nota di P. FIMIANI, *Cave, urbanistica e giurisdizione esclusiva*.

da uffici finanziari in relazione alla violazione di normative strettamente connesse con la materia fiscale ⁸⁵, la Corte costituzionale ha, infatti, inteso valorizzare il collegamento imprescindibile con la «natura tributaria del rapporto» (cfr. già le ordinanze nn. 34, 35 e 94 del 2006), giungendo infine a dichiarare contrastante con l'art. 102, comma 2, cost. e con la VI° disp. trans. il diritto vivente creato dalla Suprema Corte in quanto finisce per individuare la giurisdizione tributaria “unicamente sulla base del mero criterio soggettivo costituito dalla natura finanziaria dell'organo competente... e, dunque, a prescindere dalla natura tributaria del rapporto cui tali sanzioni ineriscono” ⁸⁶.

5. Il chi

Con riferimento ai provvedimenti sanzionatori adottati a vario titolo dalle autorità amministrative indipendenti, il legislatore ha assunto nel tempo un orientamento che appare derogatorio rispetto ai criteri sopra illustrati. Per quanto le soluzioni adottate siano eterogenee e per lo più casuali ⁸⁷, sembra comunque assumere una certa decisiva rilevanza il profilo soggettivo della indipendenza organizzativa e funzionale che connota tale genere di amministrazioni. In effetti, come è stato a suo tempo notato, a mano a mano che si accentua il fondamentale profilo dell'indipendenza delle autorità di regolazione dal potere governativo e via via che si radica nei loro procedimenti la garanzia di un contraddittorio effettivo, i rapporti con gli organi della giurisdizione ordinaria e amministrativa finiscono per subire una significativa alterazione rispetto ai modelli tradizionali, nel senso che risulta “conveniente concentrare in un unico giudice la cognizione delle controversie, in modo da favorire la specializzazione e l'acquisizione di una sensibilità particolare per la specifica materia ed evitare indirizzi giurisprudenziali troppo difformi” ⁸⁸ in tematiche particolarmente “sensibili” dal punto di vista costituzionale.

Il primo, noto, dato normativo che ha formalizzato simile tendenza è rappresentato dall'art.

⁸⁵ Come quelle previste per l'impiego di lavoratori non in regola con le scritte o altra documentazione obbligatorie, su cui si vedano: Cass., sez. un., 10 febbraio 2006 n. 2888, in *Foro it.*, 2006, I, 1283, e 14 giugno 2007 n. 13902, *ivi*, 2007, I, 824.

⁸⁶ Corte cost., 14 maggio 2008 n. 230; nonché ord. 30 gennaio 2009 n. 22.

⁸⁷ Indicazioni e valutazioni critiche possono leggersi in: R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE – C. FRANCHINI, Bologna, 1996, 168 ss.; D.M. TRAINA, *La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo (note minime sui profili non penalistici della sanzione pecuniaria depenalizzata alla luce del D.Lgs 30 dicembre 1999 n. 507)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 379; G. SCARSELLI, *Unità e riparto della giurisdizione nel controllo sui provvedimenti delle autorità garanti*, in *Foro it.*, 2002, V, 143.

⁸⁸ M. CLARICH, *Le sanzioni amministrative nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: profili sostanziali e processuali*, in *Banca, impresa e società*, 1995, 74.

33 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, che ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo i ricorsi avverso i provvedimenti emanati dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato, riservando al giudice ordinario le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi d’urgenza. Simile disposizione ha proiettato il giudice amministrativo nel nuovo ruolo di giudice del mercato e degli strumenti di regolazione del medesimo⁸⁹ e, allo stesso tempo, piuttosto che fissare un criterio di riparto della giurisdizione, ha delineato al secondo comma un “doppio sistema di intervento, amministrativo e giurisdizionale, a tutela del mercato e della concorrenza”⁹⁰.

Altrettanto note sono le scelte normative che hanno fatto seguito a quella appena indicata, scelte sulle quali non merita dunque soffermarsi in questa sede⁹¹.

Quello che può essere invece utile considerare nell’economia delle presenti note, è che tutte le volte in cui la giurisprudenza è stata sollecitata a chiarire questioni interpretative particolari o dubbie la soluzione è stata individuata facendo ricorso ai collaudati principi sopra esaminati. Così è stato, anzitutto, allorchè si è trattato di chiarire il senso del rinvio alle disposizioni contenute nella legge n. 689/81 operato, in ordine al regime delle sanzioni amministrative pecuniarie antitrust, dall’art. 31 della legge n. 287/90. La scelta coraggiosa del TAR Lazio di affermare la propria giurisdizione per via implicita anche in questi casi⁹²,

⁸⁹ Secondo una tendenza auspicata da F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2002*, Milano, 2003, 194; ed analizzata da M. CLARICH, da ultimo in *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 183 ss.

⁹⁰ Cfr. M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, 310. Sulle problematiche relative al carattere composito e duale della tutela della concorrenza a livello comunitario e nazionale, si veda ora l’analisi di A. SCOGNAMIGLIO, *Concorrenza e coordinazione delle tutele nel diritto antitrust*, Campobasso, 2009, 11 ss.

⁹¹ Possono in sintesi ricordarsi, come ulteriori ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.a.: i ricorsi in materia di pubblicità ingannevole, salvo gli atti di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c. (art. 7, commi 11 e 13, del decreto legislativo 25 gennaio 1992 n. 74); i ricorsi contro gli atti delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (art. 2, comma 25, della legge 14 novembre 1995 n. 481); i ricorsi avverso i provvedimenti dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (art. 1, comma 26, della legge 31 luglio 1997 n. 249); i ricorsi aventi ad oggetto i provvedimenti del ministero e dell’autorità in materia di comunicazioni elettroniche (art. 9 del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259); le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori emessi dall’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (art. 244, comma 2, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163); i ricorsi contro i provvedimenti sanzionatori adottati dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pratiche commerciali scorrette (art. 27, comma 13, del decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206, recante Codice del consumo, come modificato dall’art. 1, comma 1, del decreto legislativo 2 agosto 2007 n. 146). Come ipotesi di giurisdizione dell’a.g.o. rilevano invece: l’opposizione avverso le sanzioni pecuniarie comminate per la violazione del divieto di esercizio del diritto di sciopero (argomentata ex art. 9, comma 4, della legge 12 giugno 1990 n. 146, da Cass., sez. un., 27 febbraio 1998 n. 2185, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1155, con nota di R. LOMBARDI); i ricorsi inerenti i provvedimenti, o mancati provvedimenti, del Garante in materia di protezione dei dati personali (art. 152 del decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196).

⁹² Cfr. Tar Lazio, sez. I, 21 luglio 1993 n. 1157, in *Foro it.*, 1994, III, 147, sulle cui motivazioni di fondo si veda la testimonianza di M. SCHINAIA, *Le sanzioni amministrative dell’autorità garante della concorrenza e del mercato. La giurisprudenza del TAR Lazio*, in *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, II, Padova, 2001, 1248. Cfr. anche G. DE MINICO, *Profili della tutela giurisdizionale avverso gli atti dell’autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Jus*, 1996, 380.

è stata alla fine convalidata dalla Corte di cassazione sulla base di due argomenti di fondo⁹³. In primo luogo, il carattere provvedimentoale dell'atto irrogativo della sanzione è stato ritenuto indice del carattere complesso e discrezionale dello stesso potere esercitato, non riducibile alla mera quantificazione e riscossione della sanzione per un credito sorto *ex lege* in conseguenza della operazione vietata dalla legge. In secondo luogo, la mancata diversificazione tra l'organo cui compete l'accertamento della violazione e l'organo che, valutata la fondatezza della stessa, è chiamato ad infliggere la sanzione, è stata considerata indizio della stretta connessione esistente tra il provvedimento sanzionatorio e quello di accertamento della violazione e, dunque, confermativa della natura non meramente punitiva della potestà sanzionatoria in esame. Di qui l'osservazione conclusiva per cui risulterebbe del tutto razionale l'attribuzione ad uno stesso giudice (quello amministrativo, ex art. 33 legge n. 287/90) della cognizione dell'intero rapporto controverso, "indipendentemente anche dalla consistenza delle posizioni soggettive tutelate". Come dire che, per una ragione logica, prima ancora che giuridica, di connessione e concentrazione delle sedi deputate all'esame della medesima vicenda controversa, all'unità del procedimento amministrativo, resa palese dalla chiara strumentalità del potere sanzionatorio alla ottimale gestione degli interessi pubblici istituzionalmente affidati alla cura dell'autorità ed emersi nella prima parte dell'attività, è opportuno che corrisponda un unico giudice presso il quale concentrare tutti i mezzi di tutela.

A non diverse considerazioni, seppure impiegate per giungere ad opposti esiti in punto di giurisdizione, si è richiamata anche la giurisprudenza in tema di sanzioni nei settori mobiliare e creditizio. L'orientamento favorevole alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 33 del d. lgs. n. 80/98, in ragione della supposta stretta inerenza dell'attività sanzionatoria alla vigilanza sul credito, di cui non costituirebbe altro che garanzia di effettività in funzione del corretto esercizio delle funzioni bancarie e creditizie da parte dei soggetti preposti⁹⁴, è stato respinto dalla Cassazione, la quale ha questa volta

⁹³ Cfr. Cass., sez. un., 5 gennaio 1994 n. 52, in *Foro it.*, 1994, I, 732, con nota di A. BARONE.

⁹⁴ In tal senso, si erano inizialmente orientate Tar Lazio, sez. I, 7 settembre 2001 n. 7236, in *Foro it.*, 2002, III, 94, con nota redazionale di F. FRACCHIA, e in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002, II, 369, con nota di A. TRAVI, *La giurisdizione amministrativa per le sanzioni pecuniarie previste dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*; confermata da Cons. stato, sez. VI, 13 maggio 2003 n. 2533, in *Cons. stato*, 2003, I, 1101; App. Napoli, 5 luglio 2001, in *Foro it.*, 2002, I, 2129, con nota di M. DE MARI – L. SPADA, *Orientamenti in tema di intermediari e promotori finanziari*. In generale, Cons. stato, ad. pl., ord. 30 marzo 2000 n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, 366, con nota di F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, aveva sostenuto, citando Cass. n. 52/1994, che l'art. 33 del d. lgs. n. 80/98 aveva parzialmente abrogato le differenti disposizioni processuali della legge n. 689/81.

ritenuto che il rinvio alla legge n. 689/81 operato dall'art. 196, comma 3, del T.U. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (approvato con decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58) comportasse anche l'applicazione della normativa processuale contenuta negli artt. 22 e 23. L'opzione in favore della giurisdizione del giudice ordinario è stata in tal caso giustificata dalla considerazione sistematica che la scelta della sanzione da parte della Consob dipenderebbe soltanto dall'entità dell'illecito ascritto al promotore finanziario sotto il profilo oggettivo e soggettivo (recidiva) e, non tenendo conto di interessi pubblici diversi come l'interesse generale del mercato, sarebbe dunque strettamente vincolata⁹⁵. La diversità di caratteri tra l'attività punitiva e quella di vigilanza, le cui modalità di esercizio non risulterebbero rigidamente predeterminate e sarebbero riservate all'apprezzamento discrezionale dell'autorità, escluderebbe dunque l'assimilazione delle due funzioni giustificando il mantenimento di due distinte giurisdizioni⁹⁶.

Altro settore che merita di essere ricordato è quello assicurativo. Infatti, la differente scelta operata dall'art. 326, comma 7, del Codice delle assicurazioni private (approvato con decreto legislativo 7 settembre 2005 n. 209, riproduttivo sul punto di quanto già previsto dall'art. 6 della legge 5 marzo 2001 n. 57) di devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai decreti ministeriali applicativi delle sanzioni pecuniarie e disciplinari è stata giustificata dal Consiglio di stato in ragione della maggiore o minore aderenza delle singole fattispecie sanzionatorie al modello sistematico prefigurato dalla legge n. 689/81. La configurazione di una disciplina repressiva che si

⁹⁵ Cass., sez. un., 11 luglio 2001 n. 9383, in *Foro it.*, 2002, I, 2128, che da tali argomenti desume la natura ugualmente punitiva delle sanzioni previste dal citato T.U.: richiamo scritto, sanzione pecuniaria, sospensione dall'albo, radiazione dallo stesso. In tale modo facendo riferimento alla consueta distinzione esaminata sopra al par. n. 3. In senso conforme, si veda Tar Lazio, sez. I, 2 maggio 2006 n. 3055, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1537, con nota di M. POTO, *Poteri sanzionatori e questioni di giurisdizione*.

⁹⁶ Cfr. Cass., sez. un., 23 gennaio 2004 n. 1235, in *Foro it.*, 2004, I, 781, ove si cita a titolo confermativo dell'indirizzo seguito l'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 5, sulla disciplina delle controversie in materia societaria, bancaria e finanziaria. Nello stesso senso, dopo Corte cost. n. 204/2004 e con riferimento all'art. 195 del T.U.F. ed all'art. 145 del T.U.B., si sono rispettivamente pronunciate Cass., sez. un., 31 gennaio 2005 n. 1830, in *Cons. stato*, 2005, II, 121, con nota di S. MAZZA, *La giurisdizione in materia di sanzioni adottate nell'esercizio dei poteri di vigilanza*; Cass., sez. un., ord. 31 gennaio 2005 n. 1831, *ibid.*, II, 127. Il dualismo delle giurisdizioni abilitate ad intervenire nella materia permane anche dopo che l'art. 24, comma 5, della legge sulla tutela del risparmio 28 dicembre 2005 n. 262 (anche nella versione aggiornata dall'art. 4, comma 3, del decreto legislativo 29 dicembre 2006 n. 303) ha esteso la giurisdizione esclusiva del Tar Lazio per gli atti individuali adottati da Banca d'Italia, Consob, Isvap e Covip, restando però sempre ferme le disposizioni processuali previste per l'impugnazione dei citati provvedimenti sanzionatori (cfr. anche Cons. stato, sez. VI, 17 dicembre 2007 n. 6474, in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2008, 2221, con nota di E. COMI, *La giurisdizione sull'impugnazione delle sanzioni inflitte dalla Consob ai promotori finanziari*). Per valutazioni critiche sulla codificazione di simile assetto, che rende "di difficile comprensione la pseudo regola generale sancita dal primo periodo del co. 5, che appare priva di oggetto reale", cfr. V. POLI, *Ulteriori casi di giurisdizione esclusiva*, in F. CARINGELLA – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI – V. POLI, *Il riparto di giurisdizione*, II° ed., Milano, 2008, 1053.

colloca decisamente fuori dall'area sanzionatoria o punitiva pura, finendo per assumere una connotazione per lo più di tipo disciplinare, ha indotto l'organo consultivo ad evidenziare lo scostamento dal modello indicato di attività caratterizzate da notevoli profili di discrezionalità valutativa e, dunque, non ristretta, come avviene nel procedimento paradigmatico della legge n. 689/81 al quale sono ritenuti pur sempre riconducibili i settori finanziario e creditizio, all'individuazione vincolata della sanzione irrogabile all'interno del ventaglio tra il minimo e il massimo edittale⁹⁷.

In definitiva, nelle vicende passate in rassegna la giurisprudenza ha mostrato di interpretare il criterio del *chi*, in qualche modo seguito dal legislatore, alla luce del criterio del *come*, attribuendo così rilievo essenziale non tanto ai profili soggettivi che caratterizzano l'amministrazione agente quanto a quelli oggettivi che distinguono la funzione esercitata e disvelano i suoi cangianti rapporti con gli interessi adiuvati. Per quanto gli esiti di tale metodologia non possano considerarsi pienamente soddisfacenti in termini di certezza delle soluzioni e di coerenza ed organicità di sistema⁹⁸, gli stessi rivelano comunque la particolare resistenza nel tempo di costrutti rispetto ai quali appare forse più utile e produttivo porsi in chiave di dialogo critico che non di rifiuto.

E' probabilmente nell'indicata direzione che potrebbero ricevere soluzione anche gli interrogativi di recente sorti in ordine a fattispecie di nuovo conio, come la c.d. revoca di sistema prevista per l'emissione irregolare di assegni⁹⁹ o gli impegni ed i programmi di clemenza introdotti nel diritto della concorrenza¹⁰⁰. Per la prima, sarebbe così ipotizzabile la giurisdizione del giudice ordinario¹⁰¹, atteso il carattere vincolato ed automatico del

⁹⁷ Cfr. Cons. stato, parere 14 febbraio 2005 n. 11603, punto 19.2, nonché M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative e penali*, in *Il nuovo Codice delle assicurazioni. Commento sistematico*, a cura di S. AMOROSINO – L. DESIDERIO, Milano, 2006, 567. In tal senso appaiono superate le diverse considerazioni svolte, con riferimento all'art. 6 della legge n. 57/2001 dopo la sentenza della Corte cost. n. 204/2004, da Trib. Roma, 30 settembre 2004, in *Foro it.*, 2004, 3205.

⁹⁸ Il punto è, con particolare incisività, sottolineato dalla Commissione di studio per la riforma del sistema delle autorità indipendenti, nominata nel novembre 2006. Nella Relazione conclusiva si legge, infatti, che relativamente alle sanzioni previste dal t.u.b. e dal t.u.f. vengono normalmente in rilievo "vicende la cui ricostruzione può comportare un apprezzamento tecnico-discrezionale (legato spesso all'uso, nella legge, di concetti giuridici indeterminati) relativo all'esatta qualificazione della condotta del soggetto e alla sussistenza dei presupposti costitutivi della fattispecie... sicché, rispetto ad una siffatta attività amministrativa, appare più consono il ricorso al giudice amministrativo... in linea con quanto già previsto dal codice delle assicurazioni e dal codice dei contratti pubblici" (cfr. Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le riforme istituzionali, Riforma del sistema delle Autorità indipendenti, *Relazione conclusiva della Commissione di studio*, Luglio 2007, 34-41).

⁹⁹ Su cui si veda F. MERUSI, *Sanzioni amministrative e revoca di sistema nella disciplina dell'assegno*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, 1, *Teoria e storia. Diritto amministrativo generale*, Padova, 2007, 235.

¹⁰⁰ Sui quali in generale si può fare rinvio al volume *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, a cura di F. CINTIOLI – F. DONATI, Torino, 2008.

¹⁰¹ Così come recentemente previsto in ordine al procedimento per la cancellazione del nominativo del debitore che abbia provveduto a pagare nei tempi la cambiale o il vaglia protestati dal registro informatico dei protesti (art. 4 della

relativo procedimento, che è articolato nella sequenza: redazione di un verbale di protesto per difetto di provvista, preavviso di revoca non seguito da pagamento liberatorio, ordine telematico di iscrizione nella Centrale d'allarme interbancaria (C.A.I.). La natura meramente certativa di tale provvedimento emesso da un concessionario di funzione pubblica¹⁰² segna, infatti, il distacco tra la funzione repressiva della sanzione che allo stesso consegue ed i poteri regolatori e di vigilanza attribuiti alla Banca d'Italia per assicurare il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento. Diversamente, le controversie in materia di impegni e programmi di clemenza sembrano riconducibili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi della generale clausola contenuta nell'art. 33 della legge n. 287/90¹⁰³, in quanto si tratterebbe di misure a metà strada tra le agevolazioni e le sanzioni che segnano comunque l'esaurimento del procedimento sanzionatorio inizialmente avviato e la trasformazione della potestà afflittiva nello stesso versata in una inedita funzione a carattere discrezionale che, senza trasmodare in un generico potere di conformazione del mercato¹⁰⁴, assume nondimeno una colorazione latamente regolatoria nella misura in cui appare rivolta ad introdurre un nuovo elemento di *deterrence*, integrativo degli altri strumenti di cui si avvale l'ordinamento *antitrust*, che opera nel senso di scoraggiare la formazione di cartelli diffondendo la consapevolezza di un elemento di "instabilità strutturale indotta"¹⁰⁵.

6. Il prima e il dopo: possibili indicazioni *de iure condendo*

Un diritto vivente quale quello passato in rassegna, essenzialmente alimentato dalla giurisprudenza e (episodicamente scosso) dalla legislazione riflette, dunque, un sistema di tutele imperniato su una persistente logica dualistica di tipo instabile ed ineguale, nel senso

legge n. 77 del 1955, come sostituito dall'art. 2 della legge n. 235 del 2000). Le Sezioni Unite, con sentenza 25 febbraio 2009 n. 4464, in *Foro it.*, 2009, I, 1410, con nota di E. SCODITTI, *Giudice ordinario e tutela costitutiva nei confronti degli atti della pubblica amministrazione*, hanno qualificato in termini di diritto soggettivo perfetto la posizione del richiedente la cancellazione e hanno ritenuto che la corrispondente attività della Camera di Commercio assume i connotati di "una operazione materiale di verifica della regolarità dell'adempimento o della sussistenza della illegittimità o dell'errore del protesto"; attività che, senza alcun potere discrezionale, si risolve in "comportamenti che rientrano nella categoria degli atti materiali posti in essere all'infuori di una potestà amministrativa".

¹⁰² F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 238.

¹⁰³ In proposito richiamata da F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, cit., 33; A. POLICE, *I "nuovi" poteri dell'Autorità garante della concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, *ibid.*, 122.

¹⁰⁴ Cfr. G. MORBIDELLI, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, in *Recenti innovazioni*, cit., 2; F. CINTIOLI, *op. cit.*, 38.

¹⁰⁵ Così F. DENOZZA, *I programmi di clemenza*, in *Recenti innovazioni*, cit., 92; M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, Freshfields Bruckhaus Deringer, Marzo 2007, par. 3.

che gli assetti cui la stessa dà vita risultano mutevoli nel tempo e, per quanto tendenzialmente ispirati allo spirito concordatario delle origini, non sembrano idonei ad assicurare equivalente peso alle giurisdizioni che si contendono il campo. Si tratta peraltro di una logica che poco ha ormai a vedere con il modello del doppio stadio elaborato dalla dottrina. Se quest'ultimo, infatti, serviva ad evitare – come si è veduto – fughe di irresponsabilità onde meglio assicurare, attraverso il rispetto di regole di azione e procedure particolari, la protezione delle posizioni soggettive in campo, la versione attuale appare rispondente a contingenti esigenze corporative delle magistrature, in funzione del mantenimento delle prerogative in atto: il divieto di fuga si risolve così in un ostacolo al possibile trattamento unificato e semplificato di vicende giuridiche unitarie, che limita notevolmente la certezza delle tutele.

Sembra così perpetuarsi uno dei tratti caratteristici del nostro sistema giudiziario: “la lotta tra le giurisdizioni s’impone sempre e comunque sulla scelta della maggiore adeguatezza di tutela”¹⁰⁶.

La dottrina, quando non si fa entusiasta paladina di uno dei due ordini a discapito dell'altro, tende a concentrare la propria missione in operazioni di taglio prevalentemente ricostruttivo e classificatorio¹⁰⁷, denunciando così sui due versanti il proprio ruolo subalterno ed una crescente difficoltà di dialogo costruttivo con i formanti sopra ricordati.

Non meno responsabile di questo stato di cose è una classe forense che appare condizionata talvolta dall'intento malizioso di usare la questione di giurisdizione come “diversivo processuale” per impedire o anche solo rallentare la realizzazione delle tutele; più spesso, forse, da una sorta di ignoranza “oggettiva o effettuale”, ossia dovuta a difetti intrinseci di chiarezza, semplicità e percepibilità delle materie non adeguatamente corretti da una “preparazione specifica per poterla decifrare”¹⁰⁸, o da una sufficiente dose di fantasia “nella

¹⁰⁶ Così B. SORDI, *Ritorno al futuro: pietrificazioni storiche e trasfigurazioni ermeneutiche nelle vicende costituzionali della giustizia amministrativa*, in *Quad. fiorentini*, 2004/2005, 1340.

¹⁰⁷ Si mostra, sotto tale aspetto, resistente nel tempo la categoria dei «giuristi espositori» lucidamente isolata dal Giannini degli anni '60 in questi termini: “Espositori culti, se si vuole, nel senso che la lettura delle loro opere mostra alta coscienza e serietà di propositi, ma pur sempre espositori, poiché la ricchissima problematica che nel medesimo tempo la scienza del diritto processuale civile andava elaborandosi, rimane a costoro estranea, quasi non servisse” (M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 524). Ne dà prova lo stesso B. SORDI, *op. cit.*, 1336, il quale nota, con sensibilità di storico: “Il flusso è così intenso che si sta perdendo l'abitudine, non dico alla costruzione sistematica... ma persino alla messa in ordine e alla rassegna dei tanti dati individuali: avvertiamo l'intensità delle trasformazioni, ne registriamo in linea diretta le innovazioni anche le più minute, ma quasi mai invece ne risusciamo a percepire la direzione di senso, l'incidenza sulle matrici disciplinari consolidate”.

¹⁰⁸ In questi termini individuava una delle c.d. “fonti della questione di giurisdizione” M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, III, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 223-224, dal quale sono tratte le citazioni nel testo.

individuazione dei mezzi migliori per ottenere da un vecchio processo aiuto e tutela per la situazione che... interessa”¹⁰⁹.

La gerarchia delle forze in campo pare esattamente colta e riprodotta dall’art. 44 della legge n. 69/2009 che, nel delegare il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per il riassetto della disciplina del processo amministrativo, prevede (al quarto comma) la possibilità di avvalersi del qualificato supporto consultivo del Consiglio di stato, il quale è a sua volta facoltizzato ad utilizzare, ai fini della stesura dell’articolato normativo, nell’ordine: magistrati dei tribunali amministrativi regionali, non meglio qualificati “esperti esterni” e, infine, rappresentanti del libero foro e dell’Avvocatura generale dello Stato. Come dire che, a parte la ovvia e necessaria partecipazione istituzionale dei consiglieri di stato alla redazione del futuro Codice della giustizia amministrativa, il coinvolgimento della altre componenti citate è ipotizzato come soltanto eventuale e già graduato per ordine di importanza¹¹⁰.

L’occasione del presente convegno pare, dunque, particolarmente propizia per riequilibrare le posizioni, fare sentire la propria voce ed offrire utili indicazioni in vista del processo di riforma appena avviato.

L’autore delle presenti note non ha, tuttavia, né il compito né le capacità di indicare soluzioni *de iure condendo*. Più modestamente, ed anche al fine di alimentare il dibattito che seguirà, può essere piuttosto tentata una ricognizione di alcuni principi guida che conviene tenere presenti.

Alcuni di essi, sono esplicitati già nella legge delega n. 69/2009 (art. 44, comma 2, cit.). Tra questi, meritano in questa sede particolare menzione i seguenti: a) il coordinamento con le norme del codice di rito, in quanto espressamente ritenute capaci di esprimere principi generali di riferimento; b) la concentrazione ed effettività delle tutele, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo; c) il riordino delle norme vigenti sulla

¹⁰⁹ Così M. NIGRO, *L’avvocato amministrativista* (1989), ora in *Mario Nigro giurista*, Milano, 1998, 56. L’esattezza ed attualità del rilievo paiono confermati da recenti ricerche che, relativamente al fronte problematico della tutela risarcitoria, denunciano “inerzie e fattori culturali” che concorrono a limitare le condanne, e rilevano come “il deficit di dimestichezza pesa sui difensori, oltre che sui giudici” (cfr. M. CAFAGNO, *Efficienze ed inefficienze nei modelli di responsabilità della P.A.*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 768). E’ del resto noto che il cap. XXI del libro I° degli *Essais* di Montaigne si apre con la tesi attribuita ai dotti dell’epoca: *fortis imaginatio generat casum*, in tale modo sottolineando la capacità realizzativa e materializzante dell’immaginazione/fantasia: cfr. sul punto M. DE MONTAIGNE, *L’immaginazione*, introduzione, traduzione e note di N. PANICHI, Firenze, 2000.

¹¹⁰ Per indicazioni critiche, a prima lettura, sulla disparità di trattamento riservata, anche sotto il profilo retributivo, ai soggetti contemplati dalla citata disposizione normativa, si veda M. OCCHIENA, *Processo amministrativo: al via la mini-riforma*, in *Diritto e pratica amm.*, Il Sole-24 ORE, n. 7/8 - 2009, 13.

giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni, con: d) aggiornamento dei casi di giurisdizione estesa al merito; e) ridefinizione delle azioni esperibili; f) previsione di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa.

Altri, non meno rilevanti, criteri direttivi sono indicati nella quasi coeva legge comunitaria 2008 che, in attuazione della nuova direttiva ricorsi 2007/66/CE¹¹¹, ha tra l'altro previsto: a) la definizione di una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva e di merito in materia di contratti pubblici, nell'ambito della quale al giudice che annulla l'aggiudicazione della scelta, spettano: b) nei casi più gravi (aggiudicazione senza previa pubblicazione del bando; violazione dell'obbligo di *standstill* con conseguente privazione dell'offerente della possibilità di tutela giurisdizionale prima della conclusione del contratto, cui si aggiunga una violazione delle direttive sostanziali del 2004 che abbia influito sulle opportunità di ottenere l'appalto; violazione di un accordo quadro o di un sistema dinamico di acquisizione che prevedano la deroga al termine sospensivo), la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire; c) negli altri casi, e sempre operato il bilanciamento di cui sopra, la scelta tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza e sanzioni alternative, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato (art. 44, comma 3, lett. h, della legge 7 luglio 2009 n. 88).

Simili principi sembrano convergere verso una ambiziosa direttrice di fondo: la ridefinizione delle funzioni dei giudici, e delle azioni presso i medesimi esperibili, in funzione della adeguata soddisfazione delle pretese fondate vantate verso i pubblici poteri. Poiché però l'esperienza dimostra che il legislatore che si accosta al sistema di giustizia amministrativo difficilmente riesce a liberarsi dei pesanti condizionamenti della storia e dei suoi particolari equilibri, è facile prevedere che i criteri direttivi appena indicati dovranno fare i conti con il sistema¹¹² immobile forgiato dalla giurisprudenza e saranno filtrati ed

¹¹¹ Su cui si vedano: A. BARTOLINI – S. FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. app.*, 2008, 1093; A. MASSERA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le molte facce di un dialogo asincrono tra i giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 330.

¹¹² Di "parasistema" foriero di ingiustizia e disordine sociale parlavano M.S. GIANNINI – A. PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 294. Dubbi circa la possibilità di parlare di un vero e proprio sistema, vale a dire "di un insieme di principi e istituti ordinato secondo un disegno razionale e coerente, funzionale ed adeguato rispetto alle esigenze di tutela delle situazioni soggettive riconosciute... dall'ordinamento", sono stati di recente riproposti da V. GASPARINI CASARI, *Le nuove frontiere della giustizia amministrativa. La giurisdizione*, in *Dir. ec.*, 2008, 820-821, il quale ha altresì riconosciuto che, a ben vedere, "un vero e proprio sistema non lo è mai stato, nemmeno nel suo nucleo centrale costituito dai due ordini

interpretati alla luce dei meta-principi, vere e proprie tavole di riferimento, in quanto rappresentanti il portato ultimo della clausole generali delle leggi del 1865 e del 1889 e “dell’incredibile rovello esegetico da esse sollevato”¹¹³, desumibili dagli orientamenti principali della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori degli ultimi lustri¹¹⁴, non a caso richiamati per primi tra i criteri direttivi della prossima riforma (art. 44, comma 1, della legge n. 62/2009).

Sotto questo aspetto, pare possibile individuare un meta-criterio in grado di indirizzare l’interprete che voglia ricostruire la cornice entro cui inquadrare le nuove regole processuali: *il prima e il dopo*, in tale modo facendo riferimento all’importante processo di aggiornamento dei paradigmi portanti che è maturato nel corso dell’ultimo decennio (1998-2008) e che, non risparmiando categorie consolidate come quella dei diritti non degradabili in quanto costituzionalmente protetti¹¹⁵ o settori particolari, costituenti vere e proprie

di giurisdizioni principali”. Cfr. altresì S. GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa e gioco delle tre carte*, in *Giurisd. amm.*, 2009, IV, 11-12.

¹¹³ B. SORDI, *op. cit.*, 1337, che bene ha reso l’impressione di un legislatore “incatenato alla storia e... anche ai suoi equilibri”. La rilevanza del metodo storico nell’approccio alla giustizia amministrativa, sottolineata sin dagli studi classici di A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, 1904, 89; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 3° ed., Padova, 1954, 46, è stata di recente ripresa anche in termini di ammonimento contro i rischi di un eccessivo “imbrigliamento in una gabbia di regole di carattere rigoroso e dettagliato”, impliciti nelle tendenze di civilprocessualizzazione, dall’attuale Presidente del Consiglio di Stato, il quale ha osservato: “La necessità di un adeguamento a livello normativo del processo amministrativo, ormai sempre più avvertita, va condotta con equilibrio e prudenza non potendosi negare che proprio la disciplina scarna ed elastica di cui fino ad oggi ha potuto fruire il giudice amministrativo, ne ha esaltato la sua capacità creativa – la capacità cioè di porsi in sintonia con le richieste della società civile” (P. SALVATORE, *Principi ed effetti nella giustizia amministrativa*, in *Giurisd. amm.*, 2008, IV, 201).

¹¹⁴ Sottolinea P. DE LISE, *La pienezza della tutela del cittadino come obiettivo “condiviso” delle magistrature supreme*, in *Il ruolo del giudice. Le magistrature supreme*, a cura di M.A. SANDULLI, in *Foro amm., TAR*, suppl. al n. 7-8/07, 107, come i cambiamenti del diritto vivente prodotti dalla giurisprudenza delle magistrature superiori “costituiscono una svolta epocale” e stanno provocando “una modifica della costituzione materiale in tema di tutela giurisdizionale”. Nello stesso senso, si era tra gli altri pronunciato anche V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004, II, 3042.

¹¹⁵ Categoria elaborata dalla giurisprudenza, a cominciare da Cass., sez. un., 6 ottobre 1979 n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, 2303, in tema di diritto alla salute, e in realtà poggiante su una motivazione inespressa, rappresentata dall’esigenza di ovviare all’ormai rimossa preclusione al risarcimento dei danni (così F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, cit., 195, il quale nota come tale tesi servisse un tempo “a perseguire risultati pratici non altrimenti raggiungibili”). Si vedano in proposito Corte cost., 27 aprile 2007 n. 140, in *Foro it.*, 2008, I, 435, con nota di G. VERDE, *E’ ancora in vita l’art. 103, 1° comma, Cost.?*, sulla giurisdizione esclusiva sui provvedimenti relativi agli impianti di generazione di energia elettrica; Cass., sez. un., 28 dicembre 2008 n. 27187, *ibid.*, I, 766, con nota redazionale di A. PALMIERI, sulla giurisdizione esclusiva in tema di discariche di rifiuti urbani, nella quale si enuncia chiaramente (al punto 5.2 della motivazione) la scansione temporale indicata nel testo tra un “prima”, allorchè “il riparto di giurisdizione si fondava solo sulla tradizionale bipartizione tra diritti soggettivi e interessi legittimi e sulla individuazione del c.d. *petitum* sostanziale”, e un “dopo”, allorchè cioè, successivamente alle riforme degli anni 1998-2000, non vi sarebbe più ragione di denegare la cognizione dei giudici amministrativi ove, “in materia di giurisdizione esclusiva, vi sia una controversia avente ad oggetto comportamenti materiali che siano effetto di atti della pubblica amministrazione o espressione di poteri di questa e ledano diritti anche se fondamentali e tutelati dalla Costituzione”. Lo stesso riferimento ad un prima e un dopo, quale “momento storico di discriminazione”, compare anche in Cons. stato, ad. pl., 30 luglio 2008 n. 3, che pure, nell’affermare la giurisdizione esclusiva sul riparto delle spese sanitarie tra amministrazioni in quanto questione rientrante nei pubblici servizi di natura sanitaria già *ante legem* n. 205 del 2000,

enclaves impermeabili ai principi generali, come il veduto diritto dell'emergenza, ha nel complesso condotto ad una rivisitazione di portata storica dei concetti portanti del diritto amministrativo.

Tale processo, per semplicità di esposizione, può essere schematicamente suddiviso in due grandi tornanti.

Il primo tornante, avviatosi nel 1999 con la sentenza n. 500 delle Sezioni unite e culminato (anche se non ancora concluso) nel 2008 con la sentenza delle medesime Sezioni unite n. 30254, si è sviluppato con riferimento precipuo alla tutela risarcitoria e ha condotto alla enucleazione del seguente principio fondamentale: poiché la tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale offerta dall'ordinamento, è indifferente la scelta del giudice al quale attribuire la cognizione delle domande, mentre è essenziale che siano comunque ugualmente disponibili e praticabili tutte le azioni corrispondenti all'effettivo e concreto interesse dei soggetti lesi. Il che consente di chiarire una volta per tutte un aspetto essenziale: la concentrazione delle tutele, ripetutamente (e spesso anche strumentalmente) evocata, tanto in giurisprudenza, quanto tra i criteri direttivi dettati per la redazione del futuro Codice della giustizia amministrativa, come decisiva chiave di volta di un sistema ideale al quale ispirarsi, non è un valore in sé, potendolo diventare solo a certe condizioni. Illuminante è in proposito, anzitutto, l'esperienza europea, nel quale l'esistenza di sistemi binari di giustizia pare essere la regola, e dal quale riceviamo l'ammonimento ad affrontare con estrema cautela la troppo facile associazione tra aspetti non necessariamente coincidenti quali unificazione delle tutele ed efficacia dei processi ¹¹⁶. Lo stesso settore dei pubblici appalti, che come è noto ha fortemente risentito degli effetti conformativi prodotti dalle direttive comunitarie emanate fin dalla fine degli anni '80 al fine di armonizzare i sistemi

rigetta l'argomento prospettato dalla sezione remittente circa la pretesa prevalenza della sopravvenuta normativa generale del 1998 su quelle speciali precedenti contenenti isolate attribuzioni di frammenti di materie.

¹¹⁶ Cfr. la recente ricerca comparata, condotta dalla missione "Diritto e giustizia" del Governo francese unitamente all'Associazione dei Consigli di stato e delle giurisdizioni amministrative supreme dell'Unione europea, *La justice administrative en Europe*, PUF, Paris, 2007, 20 ss., ove viene notato che "il semble que l'existence d'une jurisdiction administrative autonome constitue la règle, même dans des pays dont le droit est réputé d'inspiration anglo-saxonne. Sur les vingt-cinq pays membres de l'Union européenne, quatorze disposent de cours administratives suprêmes. Et parmi les onze pays restants, cinq sont dotés de sections ou chambres spécialisées en droit administratif au sein d'une cour suprême unique". Si vedano altresì: J. MORAND-DEVILLER, *La bonne administration de la justice en France: la célérité et l'efficacité du proces*, in *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia*, a cura di V. PARISIO, Milano, 2009, 33; sulla evoluzione dei tribunali amministrativi inglesi: M. MACCHIA, *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 209; G. LIGUGNANA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa inglese: la riforma dei tribunals*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 432; S. NASON, *Regionalisation of the Administrative Court and the tribunalisation of judicial review*, in *Public Law*, 2009, 440; P. CANE, *Judicial Review in the Age of Tribunals*, *ibid.*, 479.

rimediali degli Stati membri, evidenzia come la crescente giustiziabilità degli atti di scelta del contraente non si è necessariamente tradotta né nella pubblicizzazione della relativa disciplina né nella preferenza per un assetto giurisdizionale piuttosto che per un altro, essendo essenziale nella prospettiva comunitaria solo che il giudice (quale che sia) investito di tali controversie disponga comunque di tutti gli strumenti di tutela (cautelare, di tipo costitutivo e risarcitorio) per “proteggere efficacemente e celermente i soggetti... pregiudicati”¹¹⁷.

Ma non meno importanti indicazioni sono desumibili anche dalla giurisprudenza costituzionale in tema di individuazione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario. Una recente sentenza, sul sistema di tutela giurisdizionale avverso le delibere di decadenza dalla carica dei consiglieri comunali e provinciali per incompatibilità, ha chiarito che i principi costituzionali di effettività e pienezza della tutela “non impongono certo di attribuire allo stesso giudice controversie aventi oggetti diversi e suscettibili di insorgere in momenti differenti, quali quelle relative alle operazioni elettorali e quelle relative alla decadenza dell’amministratore locale”. Non vi sarebbe, dunque, una soluzione costituzionalmente obbligata, “spettando alla legge la scelta in ordine all’*eventuale concentrazione* della tutela e all’individuazione del giudice competente”¹¹⁸. Anni addietro, relativamente alle differenti forme di tutela previste avverso i provvedimenti prefettizi di espulsione degli extracomunitari dal territorio nazionale e gli altri provvedimenti in ordine al permesso di soggiorno¹¹⁹, la sessa Corte costituzionale aveva avuto modo di ribadire la riserva di discrezionalità del legislatore ordinario circa la ripartizione, a seconda della tipologia e del contenuto degli atti, della giurisdizione tra il giudice ordinario ed amministrativo, avvertendo: i) che “non esiste sul piano costituzionale un’esigenza inderogabile che, una volta iniziato un giudizio tra due soggetti, tutti i rapporti e le pretese successive debbano subire una concentrazione avanti ad un unico giudice, in deroga ad ogni diversa previsione di riparto di giurisdizione ed al principio di precostituzione del giudice”; ii) che “non sono isolate le differenziazioni di tutela giurisdizionale nei confronti della

¹¹⁷ B. MARCHETTI, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 134. Della stessa Autrice si veda anche l’efficace affresco reso nella relazione al presente convegno, dal titolo *Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni: profili di diritto comparato*.

¹¹⁸ Corte cost., 20 novembre 2008 n. 377, in *Foro amm.*, C.d.S., 2008, 2914, con nota di C. E. GALLO, *L’attribuzione della giurisdizione nella più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale* (corsivi nel testo aggiunti).

¹¹⁹ Problematiche in ordine alle quali si può leggere Cass., sez. un., 26 giugno 2006 n. 14702, in *Foro it.*, 2007, I, 162; Cass., 25 novembre 2005 n. 25027, *ivi*, 2006, I, 2077, e relative note redazionali di richiami.

pubblica amministrazione, secondo le fasi procedurali e la posizione fatta valere dal privato”; iii) che non è configurabile una violazione dell’art. 24 cost., “quando il sistema giurisdizionale preveda, in termini chiari e conoscibili, un’*effettiva ed ampia possibilità di tutela* per tutti i provvedimenti che possono ledere un soggetto, ripartendola tra distinti procedimenti giurisdizionali, per alcuni atti avanti al giudice ordinario e per altri innanzi al giudice amministrativo”¹²⁰.

Dalle superiori considerazioni, discende che la chiave di volta del sistema della tutela giurisdizionale è rappresentata dall’art. 24 cost.¹²¹, che pone i due principi guida della effettività e della pienezza: nel senso che esiste una sola forma costituzionalmente possibile di protezione giurisdizionale, ed è quella resa da giudici capaci di assicurare uguale e completa soddisfazione alle diverse posizioni giuridiche riconosciute dall’ordinamento. In questa ottica, l’art. 24 cost. costituisce anche la norma fondamentale sulla giurisdizione, in quanto, assicurando la effettiva disponibilità di tutti i rimedi processuali idonei ad attribuire in termini chiovendiani proprio le utilità che a ciascuno spettano¹²², esprime la confluenza di ogni tipo di processo nella unitaria cultura della giurisdizione e nel carattere necessariamente individualistico e soggettivo della relativa funzione¹²³; ciò che rende, in linea generale, indifferente la divisione del carico di lavoro tra i vari giudici e la distribuzione delle tecniche di tutela, discrezionalmente operate dal legislatore ai sensi degli artt. 103 e 113/3 cost.

Solo a tali condizioni, può ritenersi parte integrante del sistema anche il valore della

¹²⁰ Corte cost., ord. 18 dicembre 2001 n. 414, in *Foro it.*, 2002, I, 1291 (corsivi nel testo aggiunti).

¹²¹ Così, molto chiaramente, V. ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella costituzione della Repubblica italiana* (1954), ora in *Scritti giuridici*, I, *Teoria generale del processo. Processo civile*, Milano, 2007, 6-7. La “stretta connessione di significato” fra la norma citata e l’art. 113 cost. ed il “parallelismo evolutivo” della loro applicazione sono sottolineati da L.P. COMOGLIO, *Sub art. 24*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Rapporti civili. Art. 24-26*, Bologna-Roma, 1981, 13, il quale ribadisce come, “al di là di ogni diaframma teorica, il problema cruciale dell’accesso alla giustizia sta, in ultima analisi, nell’«effettività» della tutela giudiziaria” (*ibid.*, 10).

¹²² Sul senso e l’attualità del magistero di Chiovenda, si rinvia a A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema di Giuseppe Chiovenda*, in *Foro it.*, 2002, V, 125.

¹²³ Si tratta di uno dei più importanti passaggi della sentenza delle Sezioni unite n. 30254/2008, che proprio dall’art. 24, comma 1, cost. trae il seguente principio fondamentale: “che dei diritti e degli interessi, di cui è titolare, ognuno è arbitro di chiedere tutela e che perciò a ciascuno spetta non solo di scegliere se chiedere tutela giurisdizionale, ma anche di scegliere di quale avvalersi, tra le diverse forme di tutela apprestate dall’ordinamento, per reagire al fatto che l’interesse sostanziale della parte, protetto dall’ordinamento, sia rimasto insoddisfatto” (punto 12.1 della motivazione). Tale concezione deve fare i conti con il retaggio storico e culturale del giudice amministrativo, magistralmente tratteggiato da A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Atti del Convegno celebrativo: Cento anni di giurisdizione amministrativa*, Milano, 1996, 118, e la cui differente mentalità è da ultimo ben rappresentata da G. ROMEO, *Giustizia ordinaria e amministrativa: due ispirazioni a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 24. Essa è comunque consapevolmente sostenuta da un consistente filone dottrinale che da V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella costituzione italiana*, Milano, 1966, 18, giunge almeno sino a A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa” (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 46.

concentrazione delle tutele implicito nell'esigenza di economia dei mezzi e dei tempi processuali sottesa al complementare principio del giusto processo di cui all'art. 111 cost.¹²⁴. Il che significa che soltanto i mezzi di tutela divenuti effettivamente disponibili nell'ottica della piena soddisfazione delle pretese di chi ha interesse a reagire ad una lesione subita, sono suscettibili di essere eventualmente concentrati presso un unico giudice. Di ciò mostra consapevolezza la stessa Corte costituzionale che, nel quadro della paventata lettura combinata e progressiva degli artt. 24 e 111 cost., finisce per apprezzare in termini positivi le recenti scelte legislative di concentrazione davanti ad un unico giudice dell'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica proprio a condizione che quel giudice sia ritenuto "idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa"¹²⁵.

In definitiva, la concentrazione è un valore soltanto integrativo dell'effettività e pienezza della tutela, la cui realizzazione dipende non tanto e non solo dall'ennesimo intervento sulle regole di riparto¹²⁶, quanto da un deciso ripensamento delle azioni esercitabili verso i pubblici poteri.

Il secondo tornante si è sviluppato nell'arco temporale che va dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 204/2004 e 191/2006 fino alla sentenza delle Sezioni unite n. 24883 del 2008, e ha condotto ad una notevole rivisitazione del concetto di giurisdizione, che ha finito per superare le stesse posizioni di partenza. Una giurisprudenza sempre più incline ad assicurare la preminenza dell'evidenziato *jus constitutionis* rispetto allo *jus litigatoris*¹²⁷, ha

¹²⁴ Meditate ed utili indicazioni in tale senso possono leggersi in: A. PAJNO, *Per una lettura « unificante » delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 457; P. DE LISE, *La pienezza della tutela del cittadino*, cit., 108; A. LAMORGESE, *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Foro amm., C.d.S.*, 2009, 1109 ss., il quale mette bene a fuoco l'esigenza di superare una concezione *ideologica* del principio di concentrazione della tutela "intesa come valore solo se dinanzi al g.a., prescindendo da una analisi e da una verifica dell'adeguatezza dei modelli di tutela" (*ibid.*, 1111). Secondo Corte cost., 17 luglio 2002 n. 353, in *Giur. it.*, 2003, 228, il novellato art. 111 cost. avrebbe rafforzato garanzie già implicite nella Costituzione. Secondo N. TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M.G. CIVININI – C.M. VERARDI, Milano, 2001, 49, la disposizione avrebbe rafforzato soprattutto una lettura relazionale delle garanzie inerenti alla tutela giurisdizionale. Sulla portata della riforma costituzionale del 1999 si veda la ricostruzione di M. CECCHETTI, voce *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Agg.*, V, Milano, 2001, 595.

¹²⁵ Cfr. Corte cost., n. 140/2007, cit.

¹²⁶ Non a torto, è stato notato che i recenti interventi legislativi sul riparto "sembrano ispirati da logiche diverse, talora di convenienza, talaltra di opportunità, quando non siano dettati da spinte di potere", e che si è perso un criterio di riferimento, tanto che bisogna dire che il giudice amministrativo "è il giudice nelle materie che la legge gli affida" (G. VERDE, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 351-352).

¹²⁷ Cfr. Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del Massimario e del ruolo, *La presenza dello jus constitutionis nella giurisprudenza della Corte di cassazione: gli approdi alla luce dell'art. 111 Cost.; qualche profilo di criticità*, relazione tematica n. 35 del 13 marzo 2009, par. 7.13.2.

nel tempo preso atto del venir meno dell'originaria incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi, costituenti veri e propri mondi autonomi, separati ed ispirati a meccanismi su cui le parti non potevano influire, e della raggiunta piena equivalenza dai medesimi raggiunta alla luce dell'art. 24 cost.; esito che impedisce che l'organizzazione in chiave pluralistica della giurisdizione possa "risolversi in una minore effettività o addirittura in una vanificazione della tutela"¹²⁸. Il riconoscimento della *translatio iudicii*, cui si è giunti – vale la pena ricordarlo – "affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta"¹²⁹, ha implicato una sorta di riconduzione delle questioni di giurisdizione a questioni di competenza¹³⁰: secondo una visione funzionale, a suo tempo prefigurata da Autori quali Cammeo e Bracci¹³¹, che implica il naturale approdo verso una giurisdizione intesa "non più espressione esclusiva del potere statale, ma servizio per la collettività"¹³² e, dunque, categoria da leggere non attraverso la deformante, e storicamente datata, figura dogmatica del conflitto¹³³, ma come

¹²⁸ Corte cost., 12 marzo 2007 n. 77, in *Foro it.*, 2007, I, 1009, con nota di R. ORIANI, sulla *translatio iudicii*.

¹²⁹ *Ibid.*, punto 5 della motivazione.

¹³⁰ Come immediatamente avvertito da Cons. Stato, sez. VI, 13 marzo 2008 n. 1059, in *Urb. e app.*, 2008, 855, con commento di A. TRAVI.

¹³¹ Cfr. F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d., 910 e nota 3; M. BRACCI, *Le questioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzioni nel nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, 172 ss., sul cui sostrato ideologico, tra le righe volto a difendere i principi dello Stato liberale di diritto in un regime autoritario e ad attualizzarne la valenza attraverso la dovuta valorizzazione "del grandioso fenomeno della giurisdizione amministrativa", ritenuto l'aspetto processuale della "influenza irresistibile dei nuovi orientamenti sociali" che conducono alla "evoluzione o involuzione dei diritti soggettivi verso le categorie degli interessi legittimi" (*ibid.*, 175 e 204), si leggano le dense pagine di G. CIANFEROTTI, *Ufficio del giurista nello Stato autoritario ed ermeneutica della reticenza. Mario Bracci e Piero Calamandrei: dalle giurisdizioni d'equità della Grande Guerra al Codice di procedura civile del 1940*, in *Quad. fiorentini*, 2008, 299.

¹³² Come si legge in Cass., sez. un., 9 ottobre 2008 n. 24883, in *Corr. giur.*, 2009, con commento di R. CAPONI, che, sulla base della citate premesse e dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo, reinterpreta l'art. 37 c.p.c. nel senso che "la decisione di merito implica la decisione sulla giurisdizione e, quindi, se le parti non impugnano la sentenza o la impugnano ma non eccepiscono il difetto di giurisdizione, pongono in essere un comportamento incompatibile con la volontà di eccepire tale difetto e, quindi, si verifica il fenomeno dell'acquiescenza per incompatibilità con le conseguenti preclusioni sancite dagli art. 329, 2 comma, c.p.c. e dall'art. 324 c.p.c.". Nella stessa ottica di rigorosa rilevazione della formazione del giudicato implicito, Cass., sez. un., 18 dicembre 2008 n. 29523, in *Urb. e app.*, 2009, 813, con commento di G. DE MARZO, ha precisato che l'eccezione di difetto di giurisdizione proposta nelle note di replica alla comparsa conclusionale avversaria nel giudizio di secondo grado, in quanto tardiva, non può essere esaminata dal giudice di appello ed è inammissibile nel giudizio di legittimità. Diverso, com'è noto, l'orientamento del Consiglio di Stato, incline ad ammettere la rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione ai sensi dell'art. 30 della legge Tar, nelle ipotesi in cui il giudice di primo grado non si sia espressamente pronunciato sulla questione, restando altrimenti necessario un espresso gravame di parte (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 30 agosto 2005 n. 4, in *Foro amm.*, C.d.S., 2005, 2089; Cons. Stato, ad. pl., 5 settembre 2005 n. 6, in *Foro it.*, 2009, III, 124, con nota redazionale di A. TRAVI; Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2008 n. 6049, in *Giornale di dir. amm.*, 2009, 741, con commento di R. URSI).

¹³³ Figura che, per essere approdata in una dimensione astratta "al di fuori del tempo e dello spazio ossia...senza qualsiasi eco dei mutamenti politico-costituzionali nel frattempo intervenuti e riconoscibili... *ex iure* positivo", si è venuta caricando di una valenza eminentemente retorica ed ideologica che ha finito per condizionare l'interpretazione degli assetti normativi (come notato da E. CANNADA BARTOLI, voce *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, XIX,

strumento di effettività delle tutele relativamente ai singolari frammenti della vita in cui viene negata la conformità all'ordinamento¹³⁴. Il superamento della nozione organica di giurisdizione, quale espressione della sovranità statale¹³⁵, segna la conversione della giurisdizione-potere in interesse alla effettività dei rimedi ed alla tempestività del prodotto-sentenza; interesse che è nella piena disponibilità delle parti del giudizio, alle quali unicamente spetta il potere di conformare il modello di processo conforme alle proprie concrete aspirazioni ed esigenze di giustizia.

Ancora una volta, dunque, il vero problema sul tappeto pare essere non di distribuzione di ambiti di potere ma di predisposizione-offerta di un sistema articolato e mobile di rimedi che, in una prospettiva scevra di petizioni di principio, consenta ai cittadini la possibilità di scegliere “il meccanismo migliore per realizzare l'obiettivo di una tutela giurisdizionale effettiva”¹³⁶.

Milano, 1970, 295). Per indagini penetranti sugli sviluppi della nozione si possono ancora utilmente leggere le belle pagine di L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, I, *Teoria e sistema della giurisdizione civile*, 2° ed. riveduta, Milano, s.d., 127 ss., nonché di S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, III, Milano, 1907, 1180 ss., ove si chiarisce come, già a seguito della riforma del 1865, non avesse più senso logico parlare di un conflitto vero e proprio in un ordinamento che sottoponeva gli atti amministrativi al sindacato dell'autorità giudiziaria e configurava il rapporto tra le due competenze in termini di concorrenza, venendo solo in rilievo un problema di estensione del controllo giurisdizionale del tutto identico a quello esistente a fronte dei diritti dei privati; di modo che il giudice “allorquando incontra un potere discrezionale o un diritto individuale di cui riconosce la legittimità, si arresta dinanzi ad essi e non invade la sfera di libertà attiva che implicano l'uno non meno dell'altro” (*ibid.*, 1193). Lo stesso Autore notava altresì come, anche per effetto della legge del 1877, che coscientemente evitava di parlarne usando l'espressione “ambigua e di per sé stessa insignificante” di «mezzo straordinario per promuovere...», poteva dirsi scomparso dal diritto italiano “l'istituto dei conflitti nella sua configurazione classica” (*ibid.*, 1194 ss.).

¹³⁴ Secondo la classica definizione di S. SATTI, voce *Giurisdizione (Nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 224, cui pare riferirsi anche Cass., sez. un., n. 30254/2008, cit.: “nel tessuto della Costituzione non è oggi possibile dubitare che per giurisdizione deve essere inteso non in sé il potere di conoscere di date controversie, attribuito per una specifica parte a ciascuno dei diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma quel potere che la legge assegna... ai giudici perché risulti attuata nel giudizio la effettività dello stesso ordinamento” (punto 10.1 della motivazione).

¹³⁵ Sulle origini e l'evoluzione di tale concezione, si vedano le belle pagine di: G. VERDE, *Sul monopolio dello stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 379; N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 41; ID., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 165. Di recente G. ALPA, *Le giurisdizioni nella costituzione*, in *Rass. forense*, 2008, 582, ha sottolineato il “notevole relativismo storico, culturale, ed anche politico-sociale” della nozione. Da ultimo, una importante rivisitazione della tematica, condotta nell'ottica della liberazione di alcuni istituti cardine del processo dal loro “tradizionale manto metafisico”, si deve a R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, dal titolo “Corti europee e giudici nazionali”, Verona, 25-26 settembre 2009, il quale ha ben sottolineato la distorsione prospettica che ha portato “a ricostruire lo scopo del processo civile dal punto di vista dello Stato che rende giustizia, piuttosto che da quello dei cittadini che la chiedono” e, nel rilevare come attualmente tale scopo sia principalmente colto nell'attuazione dei diritti dei cittadini e nell'utilità che gli stessi si ripromettono di conseguire nel momento in cui intraprendono un'azione giurisdizionale, ha notato che “di conseguenza la giurisdizione non è da concepire tanto come una funzione dello Stato moderno diretta all'attuazione del diritto oggettivo nel caso concreto, quanto piuttosto come servizio pubblico diretto alla composizione delle controversie secondo giustizia” (par. 6 del cap. V, considerazioni in parte anticipate in ID., *Il giudicato civile dimensionato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 952).

¹³⁶ Così N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1208, il quale, avvalendosi anche della prospettiva comunitaria, ammonisce: “nel modulare l'apparato della

6. Concludendo: dal giudice delle obbligazioni pubbliche alle azioni a tutela delle obbligazioni pubbliche

Le prospettate linee di tendenza sembrano delineare un comune scenario di riferimento: la giurisdizione come funzione che unifica e non divide, come «luogo»¹³⁷ in cui convivono elementi di accoglienza, convergenza ed integrazione per la migliore protezione delle situazioni soggettive fatte valere. Si assiste così ad un radicale ribaltamento della prospettiva di partenza, di cui è traccia anche nella sentenza n. 204/2004: dal potere dei giudici l'accento tende, infatti, sempre più a spostarsi sulle azioni, ossia su quei particolari poteri¹³⁸ delle parti di postulare¹³⁹ e strutturare¹⁴⁰ giudizi in cui versare “un interesse concreto che aspira al suo riconoscimento”¹⁴¹. Dalla tanto dibattuta questione del migliore giudice si passa a quella degli strumenti messi a disposizione dei cittadini per ottenere giustizia effettiva¹⁴².

In questa ottica, che guarda alla pretesa del cittadino dinamicamente orientata alla produzione di una certa modificazione giuridica, appare certamente problematico il mantenimento delle varie concezioni dualistiche passate in rassegna. Queste, infatti, si risolvono in un artificioso frazionamento di unitarie vicende della vita imposto in funzione della preservazione di determinati assetti organizzativi del potere giudizio, laddove invece la domanda di giustizia “mira a far ottenere ai titolari delle situazioni di vantaggio gli stessi risultati (o, se questo è impossibile, risultati equivalenti) che avrebbero dovuto ottenere attraverso la cooperazione spontanea da parte dei consociati”¹⁴³. La giurisdizione ed il

tutela occorre guardarsi da pericolose petizioni di principio: di fronte all'infinita articolazione dei casi della vita reale, non è possibile stabile a *priorie* una volta per tutte quale sia... il meccanismo migliore per realizzare l'obiettivo di una tutela giurisdizionale effettiva”. Come la prospettiva rimediata sia risultata implementata dall'incontro tra culture processuali differenti, è stato dallo stesso A. illustrato in “*Civil law*” e “*Common law*” nella formazione del diritto processuale europeo, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, a cura di S. PAGLIANTINI – E. QUADRI – D. SINESIO, III, Milano, 2008, 2703.

¹³⁷ Cfr. C. GLENDI, *La giurisdizione nel quadro evolutivo di nuovi assetti ordinamentali*, in *Il giusto proc. civ.*, 2009, 339.

¹³⁸ Che in tal senso convergono le diverse angolazioni della complessa teoria è sottolineato da V. DENTI, voce *Azione I*) *Dir. proc. civ.*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, 3.

¹³⁹ Secondo la classica definizione di S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, *Disposizioni generali*, Milano, 1959, 18, 43.

¹⁴⁰ Con una serie di poteri e facoltà ulteriori su cui richiama l'attenzione E. FAZZALARI, *La dottrina processualistica italiana: dall'«azione» al «processo» (1864-1994)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 922.

¹⁴¹ S. SATTA, *Commentario*, cit., 46.

¹⁴² Per similari considerazioni si vedano le pagine iniziali di A. ZITO, *Tendenze della giustizia amministrativa negli anni novanta e prospettive di riforme*, in *Jus*, 1997, 237-239.

¹⁴³ A. PROTO PISANI, *I rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 43.

processo – atteso il loro carattere tipicamente strumentale – seguono il diritto sostanziale e si adattano alla consistenza e conformazione degli interessi; non viceversa. Anche l’azione, quale strumento idoneo a “raccordare tutti i diritti previsti dalla legge sostanziale al processo”¹⁴⁴, si modella sul contenuto della sanzione: il fatto che questa sia chiesta ad un giudice, anziché realizzata direttamente dal soggetto, non implica anche una trasformazione dei caratteri delle pretese fatte valere. Come ha notato Satta, con insuperabile chiarezza: “non c’è nessuna ragione perché nello sdoppiamento operatosi sul potere originario, questo muti direzione ed oggetto: tanto è il potere di produrre quanto il potere di far produrre, sotto questo punto di vista”¹⁴⁵. A non dissimili considerazioni sembrano essersi di recente ispirate anche le Sezioni unite della Corte di cassazione che, nel censurare la disarticolazione giudiziaria “dell’unità sostanziale del rapporto”, hanno sottolineato il valore-guida dell’interesse sostanziale “che segna il limite, oltreché la ragione dell’attribuzione, al suo titolare, della *potestas agendi*”¹⁴⁶. Con il che, “la disciplina di diritto sostanziale ritorna a costituire l’orizzonte valutativo fondamentale per l’esercizio del potere di azione, il modello che ne orienta il modo di essere e ne traccia i limiti”¹⁴⁷.

Anziché guardare alle conseguenze giurisdizionali occorre, dunque, muovere dalla presupposta natura del potere pubblico di cui si controverte e ricercare nel nesso teleologico tra lo stesso e gli interessi serviti quel principio guida unificante alla cui luce individuare l’estensione della *res* deducibile in giudizio e configurare corrispondenti rimedi processuali. In questa operazione, possono risultare utili due elementi che si sono rivelati caratteristici delle figure passate in rassegna: il dualismo (veduto con particolare riferimento alle sovvenzioni) e la strumentalità (riscontrata soprattutto con riferimento alle sanzioni). L’uno rimanda all’altro, nel senso che la struttura articolata del procedimento è data per la cura di determinati interessi pubblici finali¹⁴⁸ e funge, appunto, da elemento di collegamento dinamico e strumentale con la materia trattata. Contrariamente alle applicazioni correnti, non si tratta dunque di un fattore negativo di divisione ma di un elemento positivo che lega

¹⁴⁴ *Ibid.*, 68.

¹⁴⁵ S. SATTA, *L’esecuzione forzata*, Milano, 1937, 18.

¹⁴⁶ Cass., sez. un., 15 novembre 2007 n. 23726, in *Foro it.*, 2008, I, 1514, che ha giudicato contraria alla regola generale di correttezza e buona fede ed al canone del giusto processo il frazionamento giudiziale di una unitaria pretesa creditoria.

¹⁴⁷ Come è stato giustamente notato, seppure in un contesto critico verso l’impianto argomentativo della sentenza, da R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2008, I, 1521. Sulla complessa problematica, si vedano anche S. MENCHINI – A. PROTO PISANI, *Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuniari*, in *Foro it.*, 1989, I, 2945.

¹⁴⁸ Il punto è ben evidenziato da M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, cit., 53, 73.

ed unifica un complesso di vicende afferenti ad un medesimo episodio della vita; funzione che contraddistingueva già la capostipite nozione di prestazione amministrativa, alla cui teorizzazione si pervenne nel corso dell'800 proprio per il lodevole intento "di ridurre ad unità" un insieme di rapporti, e che condusse fatalmente alla dimostrazione della sua inautonomia¹⁴⁹.

Sulla scorta di tali elementi, non sarà allora difficile notare che il potere di attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti (art. 12 legge n. 241/90), colto nell'ottica funzionale ed obiettiva della finalità in concreto perseguita¹⁵⁰, piuttosto che ponendo l'accento "sulla dislocazione reciproca di interessi pubblici e di interessi privati nell'atto di ausilio"¹⁵¹, si riduce nella sostanza a due distinti ambiti materiali: la regolazione pubblica dell'economia o di altri settori (es. l'ambiente) e la prestazione di servizi a soggetti bisognosi¹⁵². Nel primo caso, l'ausilio finanziario "si lega" a comportamenti dei privati, nel senso che costituisce il "veicolo" per indirizzare indirettamente le loro attività verso obiettivi di tipo economico (quali, ad esempio: la crescita del tessuto industriale, specialmente nelle aree depresse; il sostegno a determinate categorie di soggetti, come l'imprenditoria femminile; l'incentivo di attività trasversali rientranti in diversi settori¹⁵³); o di altro genere, come il miglioramento delle condizioni ambientali perseguito attraverso la diffusione di energie rinnovabili o il risparmio energetico¹⁵⁴. Qui l'intento redistributivo è

¹⁴⁹ *Ibid.*, 45, nonché A. BARETTONI ARLERI, voce *Obbligazioni pubbliche*, cit., 386.

¹⁵⁰ Prospettiva battuta tra i primi da V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo* (1962), ora in *Opere giuridiche*, II, Napoli, 2001, 60; ID., *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati* (1964), ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 2001, 378. Sul punto, si veda S. CASSESE, *Recensione*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, 487; ID., *Vicende del diritto pubblico dell'economia verso la metà del secolo XX*, in V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Opere giuridiche*, I, cit., XXXVII.

¹⁵¹ Indirizzo su cui ha richiamato l'attenzione D. SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Milano, 1971, 21.

¹⁵² La distinzione è già presente in V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati*, cit., 378. Cfr. anche: R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1998, 1506; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1999, 312; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2000, 96, 143.

¹⁵³ Per tale classificazione, elaborata sulla base delle Relazioni sugli interventi di sostegno alle attività economiche e produttive presentate dal Ministero dello sviluppo economico negli anni 2004-07, si veda D. AGUS, *Gli ausili alle imprese tra dispersione degli interventi e frammentazione delle competenze*, in *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. TORCHIA, Bologna, 2009, 111. I procedimenti amministrativi concernenti simili interventi di sostegno per lo sviluppo delle attività produttive sono stati disciplinati con il decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 123. La materia è sempre più permeata dalla prospettiva dei vincoli comunitari in materia di aiuti di stato, sulla quale si è di recente soffermata B. LUBRANO, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica nel contesto del diritto europeo*, Torino, 2008.

¹⁵⁴ Cfr. C. BUZZACCHI, *Aiuti di stato in forma di incentivi ed esenzioni fiscali: il nuovo paradigma della politica ambientale europea*, in *Dir. ec.*, 2008, 325. In generale, sulla evoluzione dei rapporti tra energia ed ambiente sia consentito rinviare a G.D. COMPORI, *Energia e ambiente*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. ROSSI, Torino, 2008, 253.

perseguito mediante trasferimenti di risorse a territori o settori particolari ¹⁵⁵. Dovrebbero essere, pertanto, il settore o l'attività (o, secondo altra diffusa terminologia, l'operazione ¹⁵⁶) oggetto di regolazione a costituire il fulcro della fattispecie, il fatto unitario (per quanto complesso) intorno al quale costruire l'interesse a ricorrere ¹⁵⁷, la domanda e l'oggetto del giudizio. Nel secondo caso, l'interesse pubblico è soddisfatto per mezzo del puro e semplice incremento patrimoniale del beneficiario, senza che assuma rilevanza l'attività del medesimo. Qui la risorsa serve a consentire l'espletamento di servizi alla persona in quanto tale, per esigenze di carattere sociale. E', dunque, il soggetto a rappresentare l'elemento ideale di aggregazione del fascio di situazioni giuridiche che possono venire in rilievo.

Anche la potestà sanzionatoria, questa volta intesa in senso lato sì da comprendere anche le misure riparatorie o interdittive, sempre più impiegate per rispondere in funzione socialpreventiva agli illeciti compiuti ¹⁵⁸, denota una naturale strumentalità rispetto alla cura dell'interesse pubblico cui è ordinata la funzione amministrativa sussidiata ¹⁵⁹. Di questa essa rappresenta un semplice prolungamento, ovverosia una differente modalità di svolgimento in relazione allo stadio evolutivo delle posizioni in campo le quali, quindi, dovrebbero mantenere l'originaria consistenza ed essere comunque assorbite nella medesima area di governo.

Resta qui impregiudicato il problema della via migliore per raggiungere l'obiettivo della unificazione delle tutele. In proposito, si può soltanto ricordare che la scelta per via

¹⁵⁵ Cfr. G. CORSO, *Welfare State e finanziamento pubblico delle imprese*, in *Il finanziamento agevolato delle imprese*, cit., 158.

¹⁵⁶ Termine polisenso, che nel linguaggio comune denota un'attività "che si caratterizza per il suo prevalente aspetto tecnico o pratico, e insieme, è costituita da una serie di atti, coordinati a un fine o comunque giustificati da una funzionalità" (cfr. G. SALA, voce *Operazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 319-320), e che nel diritto amministrativo è talvolta impiegata per "indicare l'insieme delle attività necessarie per conseguire un determinato risultato" (cfr. F.G. COCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, 84; D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, 207); nel diritto dei negozi "identifica una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano" (cfr. E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 916), finendo anche per operare come limite all'autonomia privata in funzione protettiva degli interessi dei contraenti deboli e del mercato regolato (Cass., 11 giugno 2007 n. 13580, in *Giust. civ.*, 2008, I, 729, con nota di E. GABRIELLI, *Il «contratto frazionato» e l'unità dell'operazione economica*).

¹⁵⁷ Sul quale si veda da ultimo G. ABBAMONTE, *L'interesse a ricorrere oggi*, in *Foro amm.*, TAR., 2009, 1273-1274.

¹⁵⁸ Sul punto insiste, in modo particolare, G. SEVERINI, *Sanzioni amministrative interdittive e giurisdizione*, cit., 449 e 451, ove si nota: "che la tralaticia *accessorietà* della misura interdittiva ad una sanzione pecuniaria sia qualificante del tipo di risposta dell'ordinamento è ormai smentito dalla risolutiva innovazione dell'art. 22 bis, comma 2, lett. c), l. n. 689 del 1981".

¹⁵⁹ Sintomatico è il contenuto della delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas 2 ottobre 2008 n. 144, recante "Linee guida sull'applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità", che, dopo avere notato come "il potere sanzionatorio dell'Autorità serve a garantire il rispetto della regolazione, afferma senza mezzi termini il "carattere strumentale dell'attività sanzionatoria rispetto alla regolazione del mercato".

legislativa del giudice migliore non è senza alternative¹⁶⁰ e che appare anche percorribile la strada della valorizzazione di tutti gli strumenti che consentano alle parti di esprimere liberamente la scelta di concentrare dinanzi al medesimo giudice, e fare dunque oggetto della medesima *res iudicanda*, tutte le azioni a tutela delle varie situazioni che afferiscono al rapporto giuridico complesso legandosi in chiave ausiliaria alla posizione “principale o fondamentale o centrale”¹⁶¹. Prendendo atto del riallineamento in atto della giurisdizione rispetto alla competenza e del carattere recessivo dei criteri attributivi di poteri decisionali rispetto dell'emergente valore guida del coordinamento delle tutele afferenti a rapporti giuridici sostanziali connessi, si potrebbe ipotizzare un intervento legislativo che, sulla scia di quanto accaduto in materia di risarcimento del danno¹⁶², preveda la possibilità di derogare alle regole di riparto della giurisdizione per ragioni di connessione. Si affiderebbe così al normale esercizio del potere dispositivo delle parti la rimozione di un limite¹⁶³ alla realizzazione del *simultaneus processus* in funzione della unitaria valutazione di vicende variamente collegate¹⁶⁴. Sempre nell'ottica della valorizzazione del principio della domanda, che implica la scelta della situazione soggettiva da dedurre in giudizio e della

¹⁶⁰ E non è certamente né la più semplice, come dimostrano le tormentate vicende recenti, né forse la più auspicabile. Come notavano, infatti, M.S. GIANNINI – A. PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 294, il difetto del meccanismo è radicale, perché esistono due ordini di giudici che si limitano a vicenda, e non è riformabile con interventi parziali volti a renderlo meno macchinoso. È stato altresì notato che la scelta del giudice è “una scelta di vita; un atto di fede” in relazione a diverse idee di giustizia, che “può comportare una forte rigidità della soluzione adottata nel caso concreto con altrettanto forte resistenza ad un tempestivo adeguamento dinamico alla realtà concreta, con conseguente possibile divergenza tra mondo del diritto e mondo reale” (S. GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa e gioco delle tre carte*, cit., 3).

¹⁶¹ Già G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, IV ed. inalterata, Napoli, 1928, 1162, notava che “nei rapporti complessi bisogna distinguere fra i vari diritti che ne fanno parte quelli che han carattere *principale* o *fondamentale* o *centrale*, poiché quando questi son fatti valere, deve ritenersi che oggetto della domanda e del giudicato sia senz'altro e direttamente, insieme col diritto fatto valere, anche il rapporto giuridico stesso”.

¹⁶² Su simile lettura del novellato art. 7, comma 3, della legge n. 1034/1971 si veda F.P. LUISO, *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 47-48.

¹⁶³ In questi termini riassunto da Cass., sez. un., n. 27169 del 2007, cit.: “vige nell'ordinamento processuale il principio generale dell'inderogabilità della giurisdizione per ragioni di connessione, salve deroghe normative espresse”.

¹⁶⁴ Cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla connessione*, in *Dir. giur.*, 1993, 1 ss.; G. FABBRINI, voce *Connessione. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 3, il quale mette pure in luce il vigente principio secondo cui “non esiste criterio attributivo di competenza tanto forte da non subire mai deroga per ragioni di connessione” e chiarisce bene le opzioni che si presentano a seconda dei valori che si ritengono prevalenti (*ibid.*, 9). Particolari sviluppi ha avuto la tematica in esame nel diritto processuale internazionale, settore non a caso richiamato nella sentenza delle Sezioni unite n. 24883/2008 che evidenzia una maggiore specializzazione dei fori ed una più accentuata flessibilità dei titoli attributivi di giurisdizione. Si veda, dopo le modifiche di cui alla legge 31 maggio 1995 n. 218, l'ampia disamina di N. TROCKER, *La disciplina dell'ambito della giurisdizione italiana nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1996, 37 ss., il quale mette bene in evidenza il problema del difficile equilibrio tra esigenze di certezza-prevedibilità, maggiormente sentite dai sistemi continentali, e giustizia sostanziale, maggiormente avvertite dai Paesi di *common law* i quali diffidano della predeterminazione normativa dei criteri di giurisdizione e preferiscono riservare all'analisi dei singoli elementi della fattispecie “l'accertamento caso per caso della sussistenza di collegamenti «sufficienti», «ragionevoli» o «adeguati» tra il giudice e la controversia in concreto avviata” (*ibid.*, 45). Per una diffusa trattazione dell'argomento, si rinvia a N. PISANESCHI, *La connessione internazionale. Struttura e funzioni*, Milano, 2006.

conseguente ampiezza del giudicato, si potrebbe, inoltre, individuare negli accertamenti incidentali lo strumento diffuso a cui rimettere la regolazione decentrata ed adattiva dei rapporti tra giurisdizioni ritenuti più confacenti agli interessi maturati in relazione ad determinato stadio evolutivo della fattispecie. E' così ipotizzabile un uso graduato di tale strumento che, conformemente alle indicazioni generali desumibili dagli artt. 34 c.p.c. e 28 t.u. Cons. st.¹⁶⁵ e 8 l. Tar, potrebbe essere anzitutto impiegato in funzione del mantenimento di una pacifica "convivenza" dei due giudici, come è stato proposto con riferimento ai giudizi risarcitori¹⁶⁶ e va accadendo nelle vicende negoziali, ove si tende ad ammettere la concentrazione dinanzi al giudice amministrativo di azioni incidentali di accertamento della nullità o inefficacia del contratto, la cui permanenza costituisce un fatto impeditivo per la realizzazione della pretesa principale all'aggiudicazione degli appalti¹⁶⁷. Ma potrebbe giungere anche fino alla elezione in via esclusiva di un giudice al quale chiedere l'accertamento in via definitiva di tutti i profili del rapporto controverso, essendo notorio che la domanda che trasforma un punto in questione/causa pregiudiziale esprime una cogente esigenza di unificazione delle tutele a cui devono adeguarsi il giudice adito ed il relativo giudicato¹⁶⁸.

¹⁶⁵ La cui comune matrice chiovendiana è stata illustrata da A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 197, 411.

¹⁶⁶ Cfr. in particolare I. PAGNI, *Giurisdizione del giudice amministrativo e risarcimento del danno: il nuovo volto dei rapporti tra tutela risarcitoria e tutela demolitoria*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 809; ID., *La responsabilità della Pubblica Amministrazione e l'assetto dei rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l'intervento delle sezioni unite della Cassazione*, in corso di pubblicazione in *Foro it.*, 2009.

¹⁶⁷ Cfr. in tale direzione TAR Lombardia, sez. I, 8 maggio 2008 n. 1380, in *Urb. app.*, 2008, 1026, con commento di L. GAROFALO, che si muove nell'ottica della valorizzazione della giurisdizione esclusiva come "giurisdizione piena ed effettiva sul rapporto controverso" e, pure dando atto della riserva alla giurisdizione ordinaria delle questioni concernenti i requisiti di validità e/o efficacia del contratto a prescindere dal vizio che lo inficia, evidenzia la possibilità, ai sensi dell'art. 8 l. Tar, di una cognizione indiretta o incidentale da parte del giudice amministrativo sulle medesime questioni ed avverte che la relativa pronuncia incidentale "dovrà essere considerata attentamente dall'amministrazione chiamata a conformarsi alla sentenza, altrimenti potendo essere valorizzata nella successiva sede dell'ottemperanza, dove il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione rimasta inerte esercitando una giurisdizione di merito". Simile legame tra accertamento incidentale e giudizio di ottemperanza era stato, ancora prima, valorizzato da Cons. stato, sez. VI, 3 marzo 2008 n. 796, e 27 novembre 2007 n. 6071, in *Urb. app.*, 2008, 751, con commento di D. BECCARI. Le stesse Sezioni unite della Corte di cassazione, dopo avere censurato in termini di eccesso di potere giurisdizionale esterno una sentenza del Consiglio di stato che si era pronunciato in via incidentale sulla caducazione degli effetti del contratto senza che ci fosse stata una esplicita domanda in tal senso da parte della società ricorrente (sent. 23 aprile 2008 n. 10443, in *Urb. app.*, 2008, 1083, con commento di C. LAMBERTI), hanno ritenuto ammissibile in sede di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la domanda di accertamento incidentale della nullità del contratto che sia proposta in via strumentale alla declaratoria di illegittimità di un rapporto concessorio (relativo al servizio di mensa scolastica), ed in alternativa rispetto all'impugnazione del provvedimento costitutivo dello stesso di cui si chiede la sola disapplicazione, configurando tale *petitum* come richiesta di un risarcimento reintegrativo in forma specifica volto ad ottenere la cessazione del servizio illecitamente reso mediante la fornitura di cibi non coltivati biologicamente (ord. 7 novembre 2008 n. 26790, in *Urb. app.*, 2009, 26, con commento di C. LAMBERTI).

¹⁶⁸ Cfr. L. MONTESANO, *In tema di accertamento incidentale e di limiti del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 335; in forma riassuntiva, A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato e sui suoi limiti oggettivi* (1990), ora in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Sudi, Napoli, 2003, 299.

Resta comunque l'auspicio che, per una via o per l'altra, da questo prestigioso palazzo, che ha diffuso nei secoli scienza e conoscenza, emergano indicazioni utili per completare anche sul versante processuale la sovranità amministrativa del cittadino ¹⁶⁹, relativizzando la incerta portata dogmatica dei criteri distintivi che ha tormentato la generazione di Betti e Jemolo, e rischia di tormentare ancora per molto le generazioni future se – come ebbe ad indicare lo stesso Jemolo in chiusura del suo saggio – si continuerà ad indugiare sulle formule anziché sulle necessità pratiche alle stesse sottese. Per quanto sia vero, infatti, che “il tormento dello studioso che non riesce mai ad adeguare interamente la realtà in quelle figure ch'egli ha creato, è al tempo stesso la nobiltà del suo compito” ¹⁷⁰, pare di poter dire che dei miseri panni del nobile decaduto finirà per rimanere vestito chi continuerà a prestare ossequio ad una giustizia-sfinge ¹⁷¹, alimentata di simboli e figure senza sufficiente attrito con la realtà.

¹⁶⁹ Come auspicava G. BERTI, *Sub art. 113*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *La magistratura*, IV, *Art. 111-113*, Bologna-Roma, 1987, 87, prefigurando “l'immagine di un cittadino signore della propria garanzia, abilitato a indirizzarla verso un giudice o un altro, a seconda di ciò che egli crede di poter ottenere da questo giudice. Parallelamente, un'immagine di giurisdizione al servizio dei cittadini, disponibile insomma ad impartire... il tipo di giustizia voluta o prescelta dal singolo cittadino in un singolo caso”; e notando che le “divisioni, se non sono signoreggiate dal cittadino, non si risolvono in un potenziamento della sua libertà, ma, come dimostra l'esperienza sin qui compiuta, in un dimezzamento della sua persona”.

¹⁷⁰ A.C. JEMOLO, *Il giudice dei diritti ed il giudice degli interessi*, cit., 275.

¹⁷¹ In questi termini, veniva denunciata negli anni '50 la presenza di un “processo paludato e solenne dinanzi a un giudice-sfinge, estraneo alla ricerca attiva della verità”; e si lanciava ai posteri la seguente esortazione: “Debbono cadere non pochi orpelli, e la giustizia avvicinarsi alla vita” (cfr. E. ALLORIO, *La vita del diritto in Italia*, in *Jus*, 1950, 49-50).