

## ***Qualche riflessione in tema di giurisdizione del giudice amministrativo alla luce del nuovo Codice del processo amministrativo***

*Sommario: 1. Premessa: considerazioni preliminari e di ordine generale sul nuovo Codice del processo amministrativo. 2. L'art. 7 del Codice: giurisdizione di legittimità. 3. Giurisdizione esclusiva e sindacato sui comportamenti attribuiti al G.A. 3.1. L'ampliamento del catalogo delle ipotesi di giurisdizione esclusiva: in particolare la giurisdizione in materia di contratti pubblici 4. Giurisdizione estesa al merito. 5. Osservazioni conclusive.*

### ***1. Premessa: considerazioni preliminari e di ordine generale sul nuovo Codice del processo amministrativo***

L'emanazione (a distanza di dieci anni dalla legge n. 205/2000) del nuovo Codice del processo amministrativo<sup>1</sup> - emanato con il d.lgs. n. 104 del 2 luglio 2010, in base alla delega di cui all'art. 44, della legge n. 69 del 2009<sup>2</sup> - si pone come importante snodo ai fini della 'nuova' configurazione della giurisdizione amministrativa, tesa a realizzare a livello sempre più *sostanziale ed effettivo*, la tutela delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere dai privati nei confronti dell'illegittimo esercizio del potere amministrativo. L'attenzione alla effettività e alla concentrazione della tutela giurisdizionale emergeva già dal contenuto delle citata delega<sup>3</sup>; il secondo comma, infatti, dell'art. 44 della legge n.

---

<sup>1</sup> Per i primi commenti, v. R. CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); F. MERUSI, *Giurisdizione e amministrazione: ancora separazione dopo il codice sul processo amministrativo?* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). M. A. SANDULLI, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *Foro Amm.* - T.A.R. - 5/2010. A. PAJNO, *Il codice amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2010, pp. 885 e ss. P.L. PORTALURI, *Le "macchine pigre" ed un Codice ben temperato*, relazione al convegno: *Il codice del processo amministrativo*, Lecce, 12 e 13 Novembre 2010.

<sup>2</sup> Per mezzo della quale si era delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi in tema di riassetto del sistema processuale amministrativo, al fine di adeguarlo ai più recenti orientamenti della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, nonché di coordinarlo con le norme del codice di procedura civile per l'attuazione e assicurazione della concentrazione delle tutela

<sup>3</sup> Sul principio di effettività, A. CATANIA, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1976; Id. *Diritto positivo ed effettività, lectio magistralis* Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Editoriale scientifica, 2009; G. GAVAZZI, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989. F. MODUGNO – A. CERRI, *Rassegna critica sulla nozione di effettività*, in *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, III, Milano, 1970. N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività, lectio magistralis* Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Editoriale scientifica, 2009; R. MENEGHELLI, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padova, 1975; P. PIOVANI, voce *effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, pp. 420 e ss. Id. *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953. G. PASTORI, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. proc. civ.*, n.

69, sottolineava che: “*i decreti legislativi di cui al comma 1, oltre che ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 20, comma 3, della legge 15 marzo 1997, n. 59, in quanto applicabili, si attengono ai seguenti principi e criteri direttivi: a) assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo.*”<sup>4</sup>

Snellezza, concentrazione, effettività, nell’ottica della ragionevole durata del processo, e possibilità altresì di esperire qualunque tipologia di azione idonea a soddisfare in maniera piena ed efficace gli interessi dei ricorrenti, sono tutti elementi che accentuano e mettono in rilievo la centralità del processo amministrativo e la sua caratterizzazione sempre più ispirata (ed in linea) ai precetti costituzionali tesi alla garanzia ed alla soddisfazione sostanziale delle situazioni giuridiche soggettive, a prescindere dalla loro nomenclatura e specifica connotazione<sup>5</sup>. Ecco quindi che, la suddetta delega, si è posta come un’importante occasione per *riequilibrare*, nell’ottica della parità delle parti<sup>6</sup>, la posizione giuridica del ricorrente e la sostanziale protezione degli interessi fatti valere all’interno del processo amministrativo.

---

4/1996, pp. 919 e ss. M. PROTTO, *L’effettività della tutela giurisdizionale*, Milano, 1997. G. ROMEO, *L’effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 653 e ss. F. ROSELLI, *Il principio di effettività e la giurisprudenza come fonte del diritto*, *Riv. dir. civ.*, 1998, II, pp. 23 e ss. M. A. SANDULLI, *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all’incertezza del diritto*, in *Rass. Parl.*, 2003, pp. 125 e ss. Più di recente, sul principio di effettività nell’esperienza giurisprudenziale, v. A. LAMORGESE, *L’effettività della tutela nell’esperienza giurisprudenziale*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, n. 4/2008, p. 250 e ss. Da ultimo, per il principio di effettività nel nuovo Codice del processo amministrativo amministrativo, R. CHIEPPA, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, cit.

<sup>4</sup> La citata delega legislativa, prescriveva altresì di prevedere - con riferimento alla disciplina delle funzioni del giudice - la possibilità di “*pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*”. Siffatta previsione del legislatore della delega, era non poco singolare, posto che rinviava ad una norma dal carattere processuale, la previsione di azioni che – a differenza di quanto avviene nel diritto civile – trovano riconoscimento in norme di portata sostanziale (quali appunto il codice civile). Previsione singolare e di carattere fortemente innovativo, posto che il riferimento alle varie tipologie di pronunce (non solo costitutive) sembrava appunto affrancare il processo amministrativo dal modello impugnatorio connesso all’azione costitutiva.

<sup>5</sup> Sul punto, significativa la relazione governativa al Codice, laddove specifica appunto che: “dopo il riconoscimento della risarcibilità dell’interesse legittimo (ad opera della Cassazione, Sez. Un., n. 500 del 1999) e i successivi interventi normativi e della Corte costituzionale, è emerso con chiarezza il mutamento sostanziale dell’interesse legittimo, la cui tutela esige uno strumentario non dissimile da quello previsto per i diritti soggettivi. Sicché le norme, formalmente vigenti, ancora legate in prevalenza ad una struttura processuale di tipo impugnatorio, necessitavano di un adeguamento alla mutata struttura processuale estesa a un più ampio ambito di azioni e mezzi di tutela”. Sui rapporti tra situazioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela, si veda F. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni giuridiche soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2009, pp. 978 e ss. Sulla nozione di tutela delle situazioni giuridiche soggettive, in teoria generale, v. A. DI MAJO, voce *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, vol. XLV, p. 363.

<sup>6</sup> *Contra* P.L. PORTALURI, *Le “macchine pigre” ed un Codice ben temperato*, cit., secondo cui: “l’interesse pubblico esprime sempre un plusvalore mayeriano a quello privato”.

A conferma di quanto sopra specificato, l'art. 1 del Codice rubricato: *'Effettività'*, in cui viene sancito appunto il principio secondo cui: *"la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo"*, assume un valore fortemente simbolico. L'esigenza di dare concretezza alle situazioni giuridiche soggettive, trova dunque riconoscimento esplicito nei principi generali del Codice. All'esigenza di effettività della tutela, si collega anche quella di concentrazione del processo, e dunque la necessità di porre rimedio ai defatiganti ed equivoci meccanismi tesi alla individuazione del giudice competente, che hanno spesso caratterizzato i percorsi processuali intrapresi dai ricorrenti, finalizzati a far valere le proprie situazioni giuridiche soggettive.

E' per questi motivi che - sebbene le garanzie di effettività della tutela siano in maggior misura collegate alla *nuova sistematica delle azioni* che emerge dal nuovo Codice - in questa sede verrà fatta qualche riflessione sul tema della giurisdizione amministrativa così come disciplinata nel nuovo articolo 7 (nonché negli articoli 133 e 134) del Codice del processo amministrativo; norma che, oltre a ribadire alcuni noti principi in tema di riparto di giurisdizione (e ad avere quindi una portata in primo luogo ricognitiva delle nozioni e dei criteri guida in tema di riparto), più di ogni altra, forse, recepisce i contenuti della delega legislativa finalizzata a realizzare con la nuova disciplina legislativa l'adeguamento ai più recenti orientamenti della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori.

Come avremo modo di verificare, infatti, alcuni passaggi dell'art. 7, recepiscono pedissequamente quanto affermato dalla Corte costituzionale in importanti precedenti pronunce, in modo da determinare la definitiva affermazione del percorso di sensibile estensione sia della giurisdizione di legittimità che di quella esclusiva.

Il giudice amministrativo, come avremo modo di rilevare, è giudice della funzione amministrativa, la quale, assumendo una valenza ampia ed estensiva, comporta che il suo ambito di cognizione risulti notevolmente esteso.

## 2. *L'art. 7 del Codice: giurisdizione di legittimità*

Come accennato in premessa, l'art. 7 del nuovo Codice del processo amministrativo ha in primo luogo una portata ricostruttiva (sebbene non manchino profili di novità) dei principi e delle regole in tema di riparto di giurisdizione<sup>7</sup>; da un lato, infatti, *riassume* i poteri cognitivi del giudice amministrativo e, dall'altro lato (ai commi 1 e 4) sembra fare *maggior chiarezza* in ordine al problema della esatta individuazione della giurisdizione competente (problema che, evidentemente, ridonda sulle esigenze di effettiva protezione del ricorrente); il riparto, come noto - sulla base del 'concordato giurisprudenziale' fra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato del 1929/30 - si fonda sul criterio della *causa petendi* (petitum sostanziale<sup>8</sup>) nell'ambito del quale l'individuazione della posizione giuridica preesistente si pone in ordine di priorità logica rispetto alla scelta del tipo di tutela; il succitato criterio ha *sofferto* sia per la crisi della dicotomia connessa al problema attinente alla esatta individuazione delle situazioni giuridiche soggettive di diritto soggettivo e di interesse legittimo (come è stato acutamente evidenziato, infatti: "nella infinita varietà di situazioni che la vita presenta è difficile, a volte impossibile, stabilire con certezza se la legge disciplina un dato tipo di rapporto tra interesse pubblico e privato in maniera compiuta, senza che l'amministrazione svolga un autonomo ruolo disciplinatore, o se viceversa questo ruolo esiste, e la disciplina, l'assetto concreto del rapporto tra i due interessi, dipende quindi in misura determinante da un suo atto"<sup>9</sup>), e sia per l'astrattezza della distinzione tra carenza - cattivo uso di potere (come vedremo nel corso di queste brevi riflessioni, il legislatore sembra aver invertito l'ordine logico ai fini della individuazione dei criteri di riparto, optando - sulla falsariga dei criteri di riparto del *service public* francese - per la tesi panpubblicistica a cui si ricollega un notevole ampliamento della nozione di potere).

**2.1.** Venendo alla giurisdizione generale di legittimità, in questo ambito, come noto, siamo innanzi a *controversie di diritto pubblico*, all'interno delle quali c'è un sindacato sull'esercizio del pubblico potere lesivo di situazioni di interesse legittimo oppositivo e pretensivo; la giurisdizione amministrativa si configura alla luce dell'assetto dualistico<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Il comma tre dell'art. 7, ribadisce infatti la classica tripartizione della giurisdizione amministrativa, in giurisdizione di legittimità, esclusiva ed estesa al merito.

<sup>8</sup> Sul punto v. Cass. SS.UU. n. 21592/2005.

<sup>9</sup> Cfr. F. SATTA, *Giustizia amministrativa (ad vocem)*, in *Enc. dir., estratto dal VI agg.*, p. 7.

<sup>10</sup> Il sistema italiano può essere infatti definito come sistema dualistico, laddove si distingue nettamente la giurisdizione amministrativa da quella ordinaria (posto che la prima - sulla falsariga del sistema francese - è composta da magistrati distinti e separati, e connotata dalla cognizione su controversie concernenti i rapporti tra privati e pubblica amministrazione). Sebbene il criterio del *service public* francese sconti delle

come giurisdizione, in primo luogo, degli interessi legittimi, attinente alle controversie aventi ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo laddove l'interesse privato si

---

delimitazioni dovute al carattere privatistico di alcuni servizi pubblici, fenomeno che ha di conseguenza determinato l'erosione dell'esteso ambito di giurisdizione del giudice amministrativo (spezzando quindi l'automatismo servizio pubblico – interesse generale), è anche vero che il succitato criterio, nel sistema francese (ad onta di criteri integrativi e/o derogatori) mantiene una pregnante sfera di influenza sugli schemi del riparto, determinando così l'ampio spettro di cognizione del giudice amministrativo: “*tout ce qui concerne l'organisation e le fonctionnement des servic publics, soit que l'adiministrative agisse par voie del contracts, soit que procede par voie de autoritè, constitue une opertion administrtive, qui est, par sa nature, du domaine de la jiuiridiction administrative*” (C.E. 6 fevr. 1903, TERRIER, in *Le grands arrêts de la jiuiriprudence administrative*, Dalloz, 1996, p. 67), spettro che sembra appunto aver fatto breccia anche nel nostro sistema interno, alla luce dell'opzione *panpublicistica* del recente codice sul processo amministrativo in cui v'è una logica a largo raggio della nozione di potere. In definitiva, il criterio di riparto interno - senza abbandonare, almeno nominalisticamente e formalmente, quello basato sulla situazione giuridica soggettiva fatta valere - tende a rimodularsi, ora, sulla base di quello francese, assumendo quindi carattere, per così dire, *meno trasversale* rispetto al passato (fermo restando i criteri basati sull'interpretazione giurisprudenziale tendenti a delimitare l'oggetto del giudizio alla luce della qualificazione della nozione di potere e della qualificazione giuridica della parti). Anche il sistema tedesco ha carattere dualistico, nel senso che alla giurisdizione amministrativa (art. 40 VwGO) sono attribuite le controversie di diritto pubblico, mentre a quella ordinaria le controversie di diritto privato; la distinzione pubblico-privato (dicotomia, anche in questo ambito, dai contorni non sempre univoci) assume dunque valore decisivo all'interno di questo sistema; dicotomia che poggia, a livello ermeneutico, sul criterio soggettivo che si fonda sul presupposto legato alla circostanza secondo cui il soggetto di imputazione di norme di diritto pubblico può essere solo il titolare di un potere pubblico; nelle ipotesi di fattispecie a doppio stadio, in cui pubblico e privato si intersecano, se la contestazione cade sul momento pubblicistico della fattispecie (e non sul momento attuativo del rapporto giuridico) trova luogo la giurisdizione del giudice amministrativo. E' di tutta evidenza che, così come avviene nel sistema italiano, la sovrapposizione delle due sfere (pubblica e privata) determina problemi interpretativi di non poco conto; da qui la difficoltà di trovare criteri univoci di risoluzione; tendenzialmente, la presenza di un rapporto giuridico di diritto pubblico, che pone l'amministrazione in una posizione di *sovraordinazione*, varrebbe a radicare la giurisdizione amministrativa anche in fattispecie in cui la p.a. agisce mediante moduli contrattuali. La dicotomia pubblico- privato assume valore decisivo anche nel sistema belga - in cui però vale il criterio del *petitum* (integrato comunque dalle opzioni interpretative della giurisprudenza volte a delimitarne l'oggetto), e nel sistema spagnolo, in cui vige la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi (secondo l'art. 24, comma 1, della costituzione spagnola infatti: “*tutte le persone hanno diritto ad ottenere la tutela effettiva dei giudici e dei tribunali nell'esercizio dei loro diritti e interessi legittimi, in nessun caso potendo restare senza difesa*”) e dunque un criterio di riparto che distingue l'attività dell'amministrazione che si traduce in atti di imperio, da quella che si estrinseca in atti di diritto privato, in cui amministrazione e interessati si pongono su un piano di equiordinazione. Come noto, invece, il sistema anglosassone, a differenza dei sistemi di *civil law*, non prevede il doppio ordine di giurisdizioni, alla luce del principio della parità dei soggetti e dei relativi mezzi di tutela a disposizione del privato, il quale può dunque agire nei confronti dell'amministrazione con gli stessi strumenti predisposti dall'ordinamento per difendersi dagli altri soggetti, sebbene, comunque, permangano *aree di immunità* dell'amministrazione dalla sfera non poco estesa (v. al livello processuale il *cd public interest privilege* che consente la mancata ostensione di documenti, oppure sotto il profilo del giudizio di responsabilità, la circostanza secondo cui il *torts of negligence* applicato all'amministrazione - ad onta di più recenti orientamenti giurisprudenziali, i quali, anche alla luce dell'influenza del diritto comunitario, tendono ad ampliarne l'area - determina una tutela, per così dire, *più bassa*, rispetto alle fattispecie di cui all'ambito privatistico; la presenza di discrezionalità non esclude che il suo uso irragionevole arbitrario e irrazionale possa essere sindacato ai fini dell'affermazione della responsabilità della pubblica amministrazione; ad ogni modo, le valutazioni effettuate dalle corti si pongono comunque su di una piano diverso rispetto a quello di giudizio dei *normali casi* di responsabilità dei comuni cittadini). Per una completa analisi comparata della giustizia amministrativa (con annessa indagine sui profili del riparto di giurisdizione), v. *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa* (a cura di) G. RECCHIA, in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da G. Santaniello), vol. XXV, Padova, 1996.

*scontra* con il potere pubblicistico.<sup>11</sup> Nell'ottica dell'effettività della tutela, in questo ambito, come noto, il giudice amministrativo - alla luce del percorso giurisprudenziale e normativo che ha trovato l'acme nella sentenza della Cass. SS.UU. n. 500/99 e nella legge n. 205/2000 - ha cognizione anche delle azioni risarcitorie connesse alla lesione poste in essere da provvedimenti illegittimi.<sup>12</sup>

L'esigenza di stabilire in maniera maggiormente chiara e specifica - sempre nell'ottica dell'effettività della tutela - gli ambiti di competenza del giudice amministrativo, ha portato il legislatore a specificare all'art. 7 del nuovo Codice, che la giurisdizione del giudice amministrativo trova luogo sia nelle ipotesi in cui la complessiva condotta dell'amministrazione è comunque riconducibile '*mediatamente*' al potere amministrativo, sia quando l'azione si traduce in non-azione, assumendo carattere omissivo.

Siffatta specificazione non è di poco conto. Il riferimento, infatti, *all'esercizio mediato del potere e al suo omissivo esercizio*, ha delle ricadute sotto il profilo del riparto, determinando una sensibile estensione della giurisdizione del giudice amministrativo, la quale sembra dunque assumere portata onnicomprensiva, tesa ad erodere gli spazi di intervento del giudice ordinario.

La giurisdizione amministrativa - anche alla luce di quanto si dirà successivamente con riferimento alle ipotesi di giurisdizione esclusiva (giurisdizione fondata sul criterio alternativo delle *particolari materie* in luogo di quello relativo alla *causa petendi*) - nel suo complesso risulta quindi rafforzata; la valutazione tesa a rintracciare l'esercizio del potere e dunque della funzione amministrativa, assume valore centrale ai fini del riparto, venendo ad assumere carattere *assorbente*.

Alla luce del dettato normativo, secondo cui: "*sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nella quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi, o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni*", possiamo affermare che, ad onta del criterio fondato sulla situazione giuridica soggettiva fatta valere (artt. 24, comma 1, 103, comma 1, e 113, comma 1, Cost.), ciò che viene in realtà in rilievo, è in primo luogo, e

---

<sup>11</sup> Nell'ipotesi in cui si contesta l'esistenza stessa del potere laddove non si rintraccia alcuna norma attributiva del potere - carenza di potere in astratto - la giurisdizione è del giudice ordinario.

<sup>12</sup> Il comma 4 dell'art. 7 attribuisce alla giurisdizione generale di legittimità: "*le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma*".

piuttosto, la *funzione amministrativa*; sembra essere stata codificata la nota teoria della degradazione: laddove c'è potere, c'è interesse legittimo.

Se nell'ottica *ante* riforma (ed in linea ai precetti costituzionali di cui sopra) la giurisdizione si radicava sulla base della situazione giuridica soggettiva fatta valere, (interesse legittimo: G.A. - diritto soggettivo: G.O.), alla luce del nuovo disposto normativo (che in un'ottica onnicomprensiva, ingloba *atti, provvedimenti, omissioni*) ciò che sembra assumere rilievo fondante ai fini del radicamento della giurisdizione è, in un'ottica sostanzialistica, l'individuazione dell'esercizio del potere (anche mediato) da parte della pubblica amministrazione; ciò che conta è la funzione, intesa nel suo complesso<sup>13</sup>; l'esercizio del potere assume dunque valore discriminante (e decisivo) ai fini dei criteri di riparto.

Siffatta impostazione - l'inversione dell'ordine logico del riparto, che vede prevalere l'individuazione di una fattispecie di esercizio di potere, piuttosto che della situazione giuridica soggettiva che si fa valere - si connette alla tradizionale crisi della distinzione tra le figure soggettive di interesse legittimo e diritto soggettivo; l'incertezza di siffatta dicotomia, implica che la situazione giuridica soggettiva non sembra più essere concretamente funzionale allo scioglimento del nodo dei criteri di riparto; si utilizza, diversamente, *il parametro della funzione*, l'individuazione dell'esistenza del potere amministrativo come parametro idoneo ad individuare la giurisdizione del giudice amministrativo.

La *svalutazione* delle nomenclature delle posizioni fatte valere si connette altresì ad una ragione di ordine generale che vede, nell'ottica dell'effettività della tutela, la necessità di una soddisfazione sostanziale della pretesa che, in base al dettato costituzionale di cui all'art. 24 Cost.<sup>14</sup> (finalmente valorizzato nel nuovo impianto

---

<sup>13</sup> Sulle molteplici attività che costituiscono funzioni amministrative v. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2007, p. 71 e ss., in cui si distinguono le funzioni 'finali' di regolazione (che implicano la regolamentazione delle condizioni dell'agire del privato, nell'imporre divieti e limiti etc.) e di prestazione (servizi pubblici); e le funzioni strumentali (acquisto di beni e servizi mediante contratti, gestione di beni) e funzioni ausiliarie (consultive e di controllo).

<sup>14</sup> "L'art. 24 Cost. costituisce una norma sulla *effettività* della tutela giurisdizionale; discende da ciò che: a) la tutela giurisdizionale non è effettiva se non è completa, estesa cioè alle diverse situazioni soggettive; b) la concentrazione delle tutele giurisdizionali (temporale ma anche spaziale) è uno dei modi più significativi in cui si manifesta l'effettività, costituendo il superamento della regola che imponeva, ottenuta davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost.; c) la norma costituzionale pone anche un criterio interpretativo, nel senso che, ove sia possibile, nell'interpretazione delle norme di legge ordinarie sulla giurisdizione, deve essere riconosciuto un *favor* a quella che assicura e garantisce la concentrazione di tutela; d) il principio di effettività esige un rapporto di *adeguatezza* tra i poteri di cui ciascun giudice è fornito e la pienezza della protezione riconosciute a ciascuna delle situazioni soggettive; e) proprio per la ragione indicata *sub a)*, non vi è un giudice monopolista di una certa tecnica di tutela (risarcitoria e annullatoria); un esito del genere finirebbe

codicistico) non sconta (o non dovrebbe scontare) *deminutio* alcuna sotto il profilo dei mezzi e delle tecniche di protezione, indipendentemente dal giudice deputato a conoscere della controversia; la ripartizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo in ordine alle materie e alle situazioni giuridiche soggettive da tutelare, non significa infatti *diversa* tutela in termini di minore o maggiore protezione delle stesse; le giurisdizioni infatti, seppure organicamente diverse, sono comunque funzionalmente unitarie; l'ottica è quella, immanente, della soddisfazione sostanziale delle pretese dei ricorrenti, indipendentemente dal chi, e su cosa, si decida.

Con riferimento all'accennato ampliamento della giurisdizione amministrativa, che attiene anche alle ipotesi di omesso esercizio del potere, la stessa giurisprudenza amministrativa - sentenza Consiglio di Stato, sez. V, n. 65/2009 - ancor prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice, si era posta su questo solco, nel momento in cui aveva appunto affermato che il mancato esercizio del potere entro il termine previsto dalla legge procedimentale non poteva essere assimilato a un mero "comportamento" omissivo e di conseguenza: *"nelle ipotesi di mancato esercizio di un potere autoritativo, ed in quella in essa contenuta, e qui rilevante, dell'omissione compiuta rispetto al termine procedimentale di emanazione dell'atto, cioè di ritardo nella sua adozione, si configura perciò la rilevanza procedimentale specifica ed oggettiva del ritardo medesimo, alla stregua appunto di regole di azione che hanno, nella loro formulazione, una "causa" direttamente pubblicistica che sottrae l'amministrazione alla regole di diritto comune e la colloca sul piano delle determinazioni (negative) di tipo autoritativo."*

**2.2** Il nuovo dettato normativo assume dunque una valenza di non poco conto, in quanto, alla luce di quanto rilevato, tende ad estendere sensibilmente l'ambito della giurisdizione amministrativa e, per converso, a ridurre quello del giudice ordinario, che si riduce alle ipotesi in cui:

a) l'esercizio del potere si traduce in atti nulli che abbiano inciso su un diritto soggettivo preesistente<sup>15</sup>; in questa ipotesi, il provvedimento nullo assume la portata di un atto che,

---

con il non assicurare una protezione adeguata e completa alle diverse situazioni soggettive. L'art. 24 fonda, pertanto, un sistema giurisdizionale volto ad assicurare una tutela piena e completa a tutte le situazioni soggettive vantate dal cittadino, anche nei confronti dei poteri pubblici. Questa tutela può essere anche concentrata, ma in ogni caso, deve conoscere forme di collegamento o di interazione, dal momento che, in mancanza, potrebbe essere compromessa la sua qualità. La tutela ripartita (non concentrata) delle diverse situazioni soggettive non è infatti una tutela separata" cfr. A. PAJNO, *Per una lettura "unificante" delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2006, p. 458.

<sup>15</sup> Al giudice ordinario spettano le controversie in cui l'assenza di efficacia primaria del provvedimento nullo mantiene integra la preesistente situazione di diritto soggettivo a difesa della quale l'interessato

in quanto inidoneo a degradare il diritto, vale a radicare la giurisdizione ordinaria sui provvedimenti dell'autorità amministrativa.

In termini chiarificatori, si veda Cass. SS. UU. n. 2688/2007, secondo cui, appunto, il provvedimento nullo (dichiarazione di P.U. che non contenga l'indicazione dei termini per l'inizio ed il compimento delle espropriazioni e dell'opera) è idoneo a radicare la giurisdizione del giudice ordinario; giurisdizione che si radica altresì - come chiarito dal T.A.R. SICILIA, PALERMO, Sez. I, Sentenza n. 4958/ 2010 - in caso di provvedimento nullo (per difetto assoluto di attribuzione) siccome inidoneo a degradare la situazione giuridica soggettiva preesistente; secondo il Collegio, la nullità per difetto assoluto di attribuzione: *“implicando l'assenza nella fattispecie di profili effettuali riconducibili all'esercizio di un potere autoritativo, non consente di radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, proprio in considerazione del fatto che nessun effetto giuridico (e dunque neppure effetti suscettibili di incidere sulla posizione soggettiva del destinatario) si è prodotto in conseguenza dell'esercizio di un potere privo di una attribuzione legale, al cui atto di esercizio la legge espressamente commina la sanzione della nullità.”*. Rimangono per converso attratte nell'alveo della giurisdizione del G.A. le ipotesi in cui, a fronte di un atto nullo sussista un interesse legittimo pretensivo. In merito, TAR LOMBARDIA, Milano, sentenza n. 5456/2008, ha specificato che: *“la giurisdizione in ordine agli atti amministrativi nulli va determinata sulla base del consueto criterio basato sulla consistenza di interesse legittimo o diritto soggettivo della posizione soggettiva azionata dal soggetto che se ne ritiene leso. Conseguentemente, appartengono al GO le controversie nelle quali l'atto nullo abbia preteso di incidere su un diritto soggettivo preesistente, mentre rimangono radicate innanzi al GA i casi in cui a fronte dell'atto nullo sussista un interesse legittimo pretensivo”*.<sup>16</sup> La questione in verità rimane perplessa; ci sono infatti orientamenti

---

insorge chiedendo, oltre alla dichiarazione di nullità del provvedimento, tutte le misure restitutorie e/o risarcitorie che si rendano necessarie a rimuovere i risultati dell'esecuzione *sine titulo*. Cfr. F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, 2010, p. 174. Per la distinzione fra nullità e annullabilità dopo l'introduzione dell'art. 21-septies, v. TAR SICILIA – PALERMO – SEZ. I, n. 363/2006, secondo cui: *“il legislatore con l'art. 21 septies della Legge n. 241 del 1990, aggiunto dall'art. nell'introdurre, per la prima volta in via generale, la categoria normativa della nullità del provvedimento amministrativo, ha ricondotto a tale radicale patologia solo il difetto assoluto di attribuzione, che evoca la c.d. “carenza in astratto del potere”, cioè la mancanza in astratto della norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento amministrativo, con ciò facendo implicitamente rientrare nell'area della annullabilità per violazione di legge la categoria della c.d. nullità per carenza di potere in concreto.”*.

<sup>16</sup> Su punto, V. LOPILATO, *Art. 31, azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*, in *Il processo amministrativo, commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, p. 322, secondo cui, laddove “la parte sia titolare di una posizione giuridica di diritto soggettivo e si oppone all'adozione di un provvedimento

giurisprudenziali<sup>17</sup> e dottrinali<sup>18</sup> che tendono ad individuare al giurisdizione del G.O. in tutte le ipotesi di atti nulli (lasciando alla giurisdizione – esclusiva – del G.A. solo quelle concernenti gli atti emanati in violazione o elusione del giudicato di cui all'art. 21-septies l. n. 241/90).

b) nelle controversie in cui ci si trovi dinanzi ad un'attività materiale, totalmente svincolata dall'esercizio del potere (rappresentate dalle cd vie di fatto).

Di recente, in merito, T.A.R. UMBRIA - PERUGIA - Sentenza 1 febbraio 2011 n. 42 - ha appunto affermato che l'occupazione *sine titulo* di un suolo altrui, in assenza del procedimento espropriativo o di altro titolo abilitativo di natura pubblicistica, assurge a comportamento illecito “*neanche mediatamente riferibile all'esercizio di un potere pubblico, con la conseguente devoluzione della relativa controversia al giudice ordinario (nella specie, si trattava dell'occupazione e dell'utilizzazione, come via pubblica o comunque aperta al pubblico transito, di una porzione di terreno di proprietà del ricorrente, in assenza di qualsiasi provvedimento riconducibile ad un potere ablatorio)*”.

In tale fattispecie siamo innanzi ad una condotta materiale, radicalmente sfornita di titolo; conseguentemente, siamo al di fuori dell'alveo dei comportamenti amministrativi comunque riconducibili in senso lato alla funzione amministrativa, nella sua accezione intesa in senso ampio e connessa ad una *scorretta gestione* del procedimento amministrativo.

c) nell'ipotesi in cui, ancora, siano stati posti in essere atti dal contenuto vincolato, lesivi di diritti soggettivi.

La questione in realtà rimane perplessa, posto che, secondo la giurisprudenza, non necessariamente a fronte di un atto vincolato si è dinanzi a una situazione giuridica di diritto soggettivo. Non si può quindi assiomaticamente affermare che ci sia una necessaria corrispondenza tra provvedimento vincolato e diritto soggettivo.

---

amministrativo restrittivo della sua sfera giuridica, deve ritenersi che se tale provvedimento è nullo lo stesso non sia in grado di “affievolire” la posizione soggettiva incisa “trasformandola” in interesse legittimo oppositivo. La giurisdizione spetta pertanto al giudice ordinario.

<sup>17</sup> Si veda TAR LOMBARDIA, Milano, n. 855/2005; TAR VENETO, n. 2786/2007.

<sup>18</sup> In questo senso si veda A. LAMORGESE, *Nullità dell'atto amministrativo e giudice ordinario*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it): G. CARLOTTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo*, Padova, 2005, p. 416: “a fronte di un provvedimento nullo, non si verifica alcun effetto degradatorio in ragione dell'insussistente imperatività dell'atto. Ne consegue che, in assenza di diverse previsioni normative, in tali casi la competenza a conoscere della fattispecie spetterà esclusivamente al giudice ordinario quale giudice naturale dei diritti: la sfera giuridica del destinatario non può invero ritenersi giuridicamente incisa da un comportamento senza potere e, dunque, il provvedimento in concreto adottato, giacché inefficace, continua a fronteggiare veri e propri diritti – e non meri interessi legittimi – del cittadino”

Sul punto, v. Cass. SS. UU. n. 14079/2002, che ha individuato - nell'ambito dell'assegnazione in locazione con patto di futura vendita - un diritto soggettivo perfetto dell'assegnatario al trasferimento a suo favore del diritto di proprietà sull'alloggio assegnatogli nell'ipotesi in cui siano maturati i presupposti e le condizioni di cui al patto stesso; in tale fattispecie *“il diritto soggettivo perfetto non degrada ad interesse legittimo allorché l'istituto concedente opponga una causa di decadenza dall'assegnazione (nella specie, per l'avvenuta sublocazione a terzi dell'alloggio), atteso che essa non inerisce al rapporto pubblicistico di assegnazione, ma si ricollega esclusivamente alle successive vicende del rapporto privatistico di godimento dell'immobile, ed il relativo atto dichiarativo non è connotato da alcuna discrezionalità, essendo vincolato esclusivamente all'accertamento di detta causa sopravvenuta. Ne consegue che la tutela di tale posizione soggettiva è devoluta al giudice ordinario”*.

In tale fattispecie, il binomio provvedimento vincolato – diritto soggettivo perfetto, è ricollegato non alla sussistenza *ex se* di un atto dal contenuto vincolato, bensì in ragione delle finalità della norma, ricollegata esclusivamente alle successive vicende del rapporto pubblicistico di godimento dell'immobile.<sup>19</sup>

Sulla non immediata corrispondenza tra potere vincolato e diritto soggettivo, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato - decisione n. 18 del 1999 - ha affermato che non sono infrequenti situazioni in cui una norma, ad onta delle finalità di interesse pubblico, viene a delimitare in senso puntuale e specifico i presupposti ed il contenuto dell'azione amministrativa e che: *“tuttavia, anche in tal caso l'attività con la quale l'organo competente effettua, in modo unilaterale, il raffronto fra la fattispecie concreta e il suo modello legale è espressione, in quanto funzionale alla cura di un interesse della collettività, di un potere autoritativo ed esclusivo dell'amministrazione, con la conseguenza che l'atto soggiace al regime proprio del provvedimento amministrativo (presunzione di legittimità, inoppugnabilità dopo il decorso del termine di decadenza, soggezione alla potestà di autotutela) e la posizione di chi aspira a ricevere un'utilità sostanziale dal corretto esercizio del potere assume la configurazione dell'interesse legittimo.”*.

---

<sup>19</sup> E' di tutta evidenza che il criterio che fa riferimento alle *finalità della norma*, assumendo natura soggettiva, si presta ad interpretazioni che potrebbero incidere sul radicamento della giurisdizione alla luce della opzione ermeneutica a cui si aderisce relativamente alla fattispecie concreta.

Nello stesso senso, nella sentenza n. 8 del 2007, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha ribadito l'assenza di una inscindibile connessione fra attività di natura vincolata dell'amministrazione e corrispondente posizione soggettiva del privato in termini di diritto soggettivo. Nell'ambito delle attività di tipo vincolato, secondo il Collegio, si possono infatti distinguere quelle funzionali alla tutela, in via primaria, dell'interesse del privato e quelle che, viceversa, l'amministrazione esercita a tutela dell'interesse pubblico. Occorre in definitiva fare riferimento - anche in seno alle attività di tipo vincolato - *“alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo.”*.

Più di recente, con riferimento invece, alla giurisdizione del giudice ordinario in caso di provvedimenti dal contenuto vincolato, il T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI - Sezione III - Sentenza 31 marzo 2011 n. 1880, ha appunto declinato la propria giurisdizione in base alla circostanza legata all'assenza di contenuto discrezionale del provvedimento della pubblica amministrazione. Nella fattispecie, si trattava di una controversia avente ad oggetto un provvedimento vincolato di attribuzione di un contributo; essendo totalmente predeterminate dalla legge le condizioni per l'attribuzione, la giurisdizione è stata attribuita al giudice ordinario.<sup>20</sup>

Una successiva ordinanza delle SS. UU. della Corte di Cassazione - n. 8040, 8 aprile 2011 - ha statuito - in merito alla erogazione di contributi a concessionari di trasporto - che i relativi atti di determinazione, non attenendo ad una valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati in gioco, e non essendo connotati dunque da discrezionalità amministrativa, assumono carattere meramente ricognitivo dei presupposti concernenti l'erogazione, con la conseguenza che la relativa pretesa da parte di chi si assume creditore del contributo va qualificata in termini di diritto soggettivo, con tutto ciò che ne consegue in tema di riparto di giurisdizione.

---

<sup>20</sup> Con riferimento ad agevolazioni e contributi è da segnalare quanto specificato dal T.A.R. PIEMONTE, Sez. II., sentenza n. 904/2011, ovvero che: se la giurisdizione spetta al G.O. nell'ipotesi in cui la controversia attenga alla fase di erogazione del contributo o di ritiro dello stesso sulla base di un inadempimento del destinatario, la situazione si pone su un piano diverso, con conseguente giurisdizione del G.A., allorchè la controversia riguardi una fase procedimentale anteriore al provvedimento, oppure se, a seguito del provvedimento di concessione lo stesso sia stato annullato e revocato per vizi di legittimità o per contrasto con esigenze di pubblico interesse.

d) nel caso in cui si facciano valere diritti fondamentali<sup>21</sup> - *non soggetti a degradazione* - attinenti alla libertà e dignità della persona, per i quali c'è una tradizionale riserva costituzionale lasciata alla giurisdizione ordinaria.

Sebbene della giurisdizione esclusiva si tratterà nei successivi paragrafi, è opportuno però evidenziare - in merito ai criteri di riparto in tema di diritti fondamentali - la circostanza secondo cui, anche in questo ambito, lo stesso giudice amministrativo (in sede appunto di giurisdizione esclusiva), sembra aver acquisito degli spazi di non poco conto; conseguentemente, non sussiste una netta corrispondenza tra diritto fondamentale e giurisdizione del G.O. Si veda, in merito, l'art. 133, lett. p) del nuovo Codice, che appunto estende la giurisdizione esclusiva - in tema di ordinanze e provvedimenti commissariali emanati in situazioni di emergenza dichiarate ex art. 5, comma 1, legge n. 2257/1992 e in materia di gestione di rifiuti - ai casi in cui l'esercizio del pubblico potere, anche in via mediata, sia relativo a diritti costituzionalmente tutelati; nonchè la sentenza n. 140/2007 della Corte Costituzionale, con la quale si è affermato che il giudice amministrativo, anche con riferimento alla categoria dei diritti costituzionalmente garantiti, è idoneo ad offrirne una adeguata tutela; la natura fondamentale dei diritti soggettivi non implica dunque un arretramento di tutela laddove ne sia investito della relativa cognizione il giudice amministrativo. Sulla stessa scia, il TAR Lombardia, nella sentenza n. 214/2009, ha evidenziato che anche in tema di diritti fondamentali aventi copertura costituzionale, ove si versi nelle materie attratte nell'alveo della giurisdizione esclusiva, *“competete ai giudici naturali della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica la cognizione delle relative controversie in ordine alla sussistenza dei diritti vantati ed al contemperamento degli stessi in rapporto all'interesse generale pubblico sempreché, beninteso, la loro incisione sia dedotta come effetto di una manifestazione di volontà o di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi di cui si denunci la contrarietà alla legge*). *Nessun principio o norma, infatti, riserva esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti.*

In senso diverso, il TAR Lazio, nella decisione n. 8650/2009, ha declinato la propria giurisdizione (si trattava della questione relativa al diritto di rifiutare trattamenti sanitari) in base alla circostanza secondo cui, appunto, siffatto diritto, qualificabile come posizione di diritto soggettivo, appartiene alla cognizione del giudice ordinario; giurisdizione altresì

---

<sup>21</sup> Categorie di diritti la cui garanzia “viene ritenuta ‘naturalmente’ attribuita alla magistratura ordinaria” cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto*, cit., p. 142. In giurisprudenza si veda Cass. SS. UU. n. 1436/1979, Cass. SS. UU. n. 2092/1992, Cass. SS. UU. n. 11432/2006, Cass. SS. UU. n. 5402/2007.

affermata - questa volta con riferimento al diniego di rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari - dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 11535/2009.

Sempre con riferimento all'elenco attinente all'ambito di controversie che rimangono attratte nell'alveo della giurisdizione ordinaria, rimangono altresì affidate al G.O.:

e) anche alcune controversie che in realtà dovrebbero *in linea di massima* rientrare nella giurisdizione amministrativa, ma che il legislatore ha invece riservato alla giurisdizione ordinaria (l'art. 113, ultimo comma, della Costituzione, prevede infatti che la legge possa determinare: *‘quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge’*), tra le quali rientrano i provvedimenti di espulsione degli stranieri (art. 13, d.lgs. n. 286/98), i provvedimenti del Garante in materia di dati personali (art. 152, d.lgs. n. 196/03), le domande di ammissione al servizio civile (art. 5, l. n. 230/98), contestazione su giochi e scommesse (art. 11, d.P.R. n. 169/98) nonché le controversie in materia di pubblico impiego, trasmigrate ex art. 63 del d.lgs. n. 165/01 nella giurisdizione (*esclusiva*) del giudice ordinario<sup>22</sup>.

**2.3** Alla luce di quanto evidenziato, possiamo quindi concludere questi brevi considerazioni, nel senso che la dicotomia giurisdizione del giudice ordinario – giurisdizione giudice amministrativo - fondata sull'assetto normativo di cui alla legge abolitrice del contenzioso amministrativo (1865) e della legge istitutiva della IV sez. del Consiglio di Stato (1889) - fra diritti soggettivi e gli *altri affari* non compresi nelle materie nelle quali si fa questione appunto di un diritto civile politico - trova dunque un certo ridimensionamento in virtù della notevole estensione della giurisdizione del G.A., la quale viene a trovare applicazione anche in ipotesi in cui il potere amministrativo sembra porsi in una posizione piuttosto ancillare; ridimensionamento che si connette agli spazi acquisiti dallo stesso G.A. (in sede di giurisdizione esclusiva) in materia di diritti fondamentali; al radicamento della sua cognizione in relazione a fattispecie in cui vi è l'omesso esercizio del potere e dunque ci siano di comportamenti *mediati*, riconducibili pur sempre al potere amministrativo; alla nozione globale e onnicomprensiva di funzione amministrativa idonea a radicare (al netto delle ipotesi di giurisdizione esclusiva) la giurisdizione amministrativa di legittimità.

---

<sup>22</sup> Sul punto, di recente, T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI - Sez. III - Sentenza 27 settembre 2010 n. 17536, secondo cui: *“tutte le controversie relative alla assunzione in servizio di un pubblico dipendente anche se relative ad atti di macroorganizzazione (nella specie differimento della loro assunzione a causa di criticità finanziaria della P.A. e, quindi, impossibilità di sottoscrivere contratti di assunzione a dipendenti vincitori di un concorso) sono devolute alla giurisdizione esclusiva dell’A.G.O.”*

### **3. Giurisdizione esclusiva e sindacato sui comportamenti attribuiti al G.A.**

La giurisdizione amministrativa risulta rafforzata non solo - per i rilievi fatti nei paragrafi precedenti - con riferimento alla sfera di cognizione del G.A. in sede di legittimità, bensì anche con riferimento alla giurisdizione esclusiva<sup>23</sup>, all'interno della quale, situazioni di diritto soggettivo vengono ad *impattare* nell'esercizio del pubblico potere.

Il nuovo dettato normativo sembra tendere - come avvenuto per la giurisdizione di legittimità - ad allargare il suo spettro di applicazione e, conseguentemente, il suo radicamento, in modo da determinare così, un consolidamento ed un vero e proprio rafforzamento della giurisdizione amministrativa nel suo complesso.

Il riferimento infatti *all'esercizio mediato del potere amministrativo* sembra aver risolto la *vexata quaestio* circa la delimitazione della nozione di *comportamento* il quale, prevalentemente nelle materie dell'urbanistica e dell'edilizia<sup>24</sup> nonché con riferimento all'inerzia provvedimentale, viene ad essere sindacato dal giudice amministrativo alla luce di una interpretazione estensiva di siffatta nozione, che ora trova un aggancio normativo di non poco momento ai fini della risoluzione del problema dei criteri di riparto; sembra infatti emergere una nozione di *comportamento* (ex art. 7 comma 1, *riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni*) dalla portata ampia, distinta dai cd comportamenti meri, di natura eminentemente materiale, svincolati da qualunque presupposto di natura pubblicistica.

In sostanza, l'attività comunque collegata al potere<sup>25</sup> - seppure in via indiretta e mediata - è comunque oggetto del sindacato del giudice amministrativo; *la funzione*

---

<sup>23</sup> Sul punto, da ultimo, R. GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>24</sup> In merito, v. Ad. Plen. n.12/2007, secondo cui appunto, in materia urbanistica: "i 'comportamenti', cioè, che esulano dalla giurisdizione amministrativa esclusiva non sono tutti i comportamenti, ma solo quelli che, tenuto conto dei riferimenti formali e fattuali di ogni concreta fattispecie, non risultano riconducibili all'esercizio di un pubblico potere. Altrimenti detto, quando può affermarsi che nella specie sia rilevabile un obiettivo, e non meramente intenzionale, svolgersi di un'attività amministrativa costituente esercizio di un potere astrattamente riconosciuto alla pubblica amministrazione o ai soggetti ad essa equiparati, sussiste ogni elemento sufficiente ad affermare la giurisdizione amministrativa.". In dottrina v. F. CINTIOLI, *I criteri di riparto della giurisdizione in materia espropriativa*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). R. CONTI, *Il valzer delle giurisdizioni in materia di occupazioni illegittime (il diritto vivente o i diritti viventi?)* in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 579. V. DOMENICHELLI, *Occupazione espropriativa, comportamenti e giudice amministrativo, una storia italiana*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pp. 849 e ss. A. TRAVI, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazione senza titolo dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2006, III, p. 1627; R. VILLATA, *Questioni di giurisdizione sui comportamenti in materia espropriativa :osservazioni (purtroppo perplesse) a margine di un dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.* 2006, p. 871;

<sup>25</sup> In generale, sulla nozione di potere, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2010, p. 260 e ss.; M. S. GIANNINI, *Attività amministrativa (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, Milano,

*amministrativa* rientra nel sindacato di quest'ultimo (nell'ambito di questa *funzione*, possiamo far rientrare tutte quelle ipotesi di scorretta gestione del procedimento, di omesso controllo e vigilanza e di ritardo nell'esercizio del potere).

La citata disposizione, recepisce il noto orientamento del Giudice delle leggi, di cui alla sentenza n. 204/2004 e, soprattutto, quello di cui alla pronuncia n. 191 del 2006 - alla luce del quale, sussistono talune ipotesi di 'comportamenti' i quali - assurgendo ad esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi (v. gli atti connessi alle ipotesi di dichiarazione di pubblica utilità o di indifferibilità e urgenza, che alla luce dell'art. 133 comma 1, lett. g) del nuovo Codice, rientrano appunto nella giurisdizione esclusiva) - sono comunque riconducibili all'esercizio del potere pubblicistico dell'amministrazione; siffatta attività, assurge ad estrinsecazione (ancorché possa essere affetta e viziata da illegittimità) della funzione pubblica dell'amministrazione; non è quindi illegittima una disposizione che prevede la giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo in riferimento delle controversie relative a 'comportamenti' che si caratterizzano per il loro collegamento all'esercizio (anche se viziato, e dunque illegittimo) di un pubblico potere. L'alveo pubblicistico - all'interno del quale si pone una qualunque attività amministrativa - fa in modo che la stessa attività sia oggetto del sindacato del giudice amministrativo.

Siffatta teorica mira dunque ad assorbire un sostanzioso gruppo di fattispecie nelle quali l'attività posta in essere dalla p.a., è da leggere, per così dire, non isolatamente, bensì alla luce di una valutazione globale e onnicomprensiva dell'azione amministrativa, anche sotto il profilo della rilevanza giuridica degli effetti espletati dall'azione stessa, quand'anche sfornita di legittimazione sotto il profilo formale (c.d. carenza di potere) alla emanazione del provvedimento, e ancora di più, evidentemente, nelle ipotesi in cui la stessa sia astrattamente fornita del potere, difettando solo le condizioni ed i presupposti per il suo esercizio (c.d. cattivo uso del potere).

---

1958. Id. *Il pubblico potere*, Bologna, 1986; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983; STELLA RICHTER, *Atti e poteri amministrativi (tipologie)*, in *Dizionario di diritto amministrativo* (a cura di) G. Guarino, Milano, 1983. S. ROMANO, *Potere e potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

Esemplificativa, sul punto, è la fattispecie relativa alle procedure espropriative illegittime, i cui atti non v'è dubbio rientrino nella giurisdizione amministrativa (esclusiva), posto che gli stessi vengono posti in essere sempre all'interno di un alveo, per così dire, pubblicistico. Sul punto, di recente, i giudici amministrativi - T.A.R. TOSCANA - FIRENZE - Sezione I, Sentenza 5 luglio 2011 n. 1129 – hanno opportunamente evidenziato e chiarito però che, nell'ipotesi in cui: *“i provvedimenti assunti dall'Amministrazione non contengono una benché minima identificazione (attraverso i necessari riferimenti catastali e alla proprietà) dei suoli che genericamente vengono definiti "di proprietà privata", il Collegio non ritiene che l'operato del Comune sia riconducibile "anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere"; non risulta infatti possibile ricollegare l'occupazione dei suoli di cui la ricorrente lamenta l'irreversibile trasformazione con l'esercizio dei poteri ablatori comunali, connessi con la realizzazione di opere pubbliche.”*.

Ad ogni modo, e al netto delle ipotesi di cui sopra, la giurisdizione esclusiva in materia di urbanistica risulta molto ampliata; si veda il riferimento all'ampia nozione di uso del territorio che vale a radicarla. Sul punto, si veda la pronuncia n. del Consiglio di Stato, Sezione IV, del 16 febbraio 2011 n. 1014, nella quale si è appunto affermato, in un'ottica globale e onnicomprensiva, che: *“in materia urbanistica, la giurisdizione esclusiva amministrativa è estesa alla totalità degli aspetti dell'uso del territorio, per cui, oltre le attribuzioni normative, devono essere ricondotte a tale ambito anche le attività di gestione, nell'accezione onnicomprensiva di governo ed uso del territorio. Ne consegue che, ai fini dell'individuazione della giurisdizione è erronea l'indagine sulla natura asseritamente negoziale o meno del titolo fatto valere dall'Amministrazione attrice, mentre quello che è rilevante è che la controversia concerna la gestione pubblicistica del territorio urbano.”*

La nozione ampia di comportamento - idonea a radicare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui comportamenti attinenti alle materie previste dal legislatore - attiene anche al danno connesso all'omesso esercizio del potere amministrativo (cd danno da ritardo).

Il nuovo Codice ha risolto la questione relativa al *valore* da dare all'inerzia provvedimentoale, prevedendo appunto, all'art. 133, comma 1, lett. a), che le controversie in materia risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo sono

attratte nell'alveo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo posto che il ritardo, l'omessa azione, non sono assimilabili ad un comportamento mero<sup>26</sup>.

Sotto un profilo più generale, attinente al problema circa la esatta decodificazione della nozione di *comportamento* comunque connesso all'esercizio della funzione amministrativa - e dunque attratto nell'alveo della giurisdizione esclusiva - in termini *chiarificatori* si è posta la sentenza n. 35 del 2010 della Corte Costituzionale; in questa pronuncia, il giudice delle leggi ha appunto specificato (con riferimento ad una controversia che riguardava la 'materia' dei rifiuti) che i *comportamenti* che rilevano ai fini del radicamento della giurisdizione esclusiva del G.A. sono soltanto quelli costituenti espressione di un potere amministrativo e non anche quelli meramente materiali posti in essere dall'amministrazione al di fuori dell'esercizio di una attività autoritativa. Nella fattispecie, l'espressione "azione di gestione dei rifiuti" era dunque da intendere nel senso che l'attività della pubblica amministrazione doveva essere preordinata alla organizzazione o alla erogazione del servizio pubblico di raccolta e di smaltimento dei rifiuti. Conseguentemente, venendo in rilievo - nella fattispecie rimessa al sindacato della Corte - una questione dal *connotato meramente patrimoniale* connesso al mancato adempimento da parte dell'amministrazione di una prestazione pecuniaria nascente da un rapporto obbligatorio, i *comportamenti* posti in essere dall'amministrazione stessa non sono ricompresi nell'ambito di applicazione della norma impugnata, rientrando, diversamente, nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

In conclusione, il giudice amministrativo non ha una cognizione a 360 gradi sui comportamenti amministrativi (e non potrebbe del resto essere così, alla luce dei criteri di riparto), ha bensì giurisdizione sui comportamenti che anzitutto attengono a materie che la legge espressamente gli attribuisce (ambiti che grosso modo, e in maniera statisticamente più nutrita, concernono l'urbanistica e le ipotesi di ritardo nel provvedere), e che in secondo luogo rientrano, per così dire,

---

<sup>26</sup> Il Consiglio di Stato, sentenza n. 875/2005, aveva già sottolineato che l'inerzia dell'attività della p.a., l'omesso esercizio del potere, assurgesse a fattispecie speculare del suo esercizio (che può dar luogo ad un provvedimento positivo o negativo) e dunque non assimilabile ad un comportamento mero. Sul punto v. altresì Ad. Plen. n. 7/2005, secondo cui il ritardo nell'esercizio del potere non assurge a comportamento lesivo di diritti soggettivi bensì allo stesso si ricollega un adempimento pubblicistico al quale si correlano interessi legittimi pretensivi.

all'interno di un alveo pubblicistico attinente alla *gestione pubblicistica del territorio*, o che si aggancia ad una nozione lata di potere, da leggere nel suo risvolto *negativo* e cioè in termini di omesso esercizio dello stesso.

Siamo dunque in presenza di comportamenti giammai *isolati* (bensì rientranti in un ambito giuspubblicistico) che attengono a materie legislativamente demandate alla giurisdizione esclusiva. In mancanza di siffatti presupposti, v'è la giurisdizione del giudice ordinario.

### ***3.1. L'ampliamento del catalogo delle ipotesi di giurisdizione esclusiva: in particolare la giurisdizione in materia di contratti pubblici***

Oltre a quanto specificato in ordine alla giurisdizione in tema di *comportamenti* (che ha determinato un sensibile ampliamento del suo spettro applicativo), e oltre a quanto anticipato con riferimento alle 'aperture' alla cognizione del G.A. in sede di giurisdizione esclusiva in tema di diritti fondamentali, l'art. 7, comma 5, del Codice rinvia alle (nutritissime) ipotesi elencate nell'art. 133 dello stesso Codice (disposizione che non fa altro che raggruppare in un'unica disposizione normativa, tutto l'universo della giurisdizione esclusiva, che precedentemente potevamo rintracciare in singole e frammentate norme) specificando, tautologicamente, che nell'ambito di questo tipo di giurisdizione, il giudice amministrativo conosce (pure ai fini risarcitori) anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi.

Il nutrito elenco delle ipotesi di giurisdizione sui diritti soggettivi - in fattispecie nelle quali c'è un inestricabile intreccio con situazioni di interesse legittimo, e dove sussiste il potere amministrativo, seppure in termini ancillari (e che, invero, come precedentemente evidenziato, in talune ipotesi sembra in realtà non sussistere, neanche per questa via, per così dire, *collaterale*) - che ha sempre rappresentato un'eccezione rispetto alle ipotesi 'ordinarie' di giurisdizione di legittimità (anche alla luce dell'art. 103 Cost. che prevede la possibilità per il Consiglio di Stato e per gli altri organi di giustizia amministrativa di conoscere dei diritti soggettivi *solo nelle particolari materie indicate dalla legge*) sembra porsi sulla scia di quel percorso, ispirato ad una logica di concentrazione, teso a rafforzare e a rendere sempre più cospicuo (se non addirittura ad invertire del tutto il rapporto tra regole eccezione, che ha trovato comunque una opportuna limitazione, a

seguito della celebre sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale<sup>27</sup>) il catalogo delle ipotesi di giurisdizione esclusiva.

Siffatto fenomeno è da ricondursi ad una questione di ordine più generale, connessa al sistema del riparto di giurisdizione fondato sulle situazioni giuridiche soggettive (cd *petitum sostanziale*) fatte valere.<sup>28</sup>

E' di tutta evidenza che l'evoluzione normativa - la sempre maggiore attenzione alla protezione sostanziale ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive dei privati (a prescindere dalle nomenclature e dalle definizioni concettuali e categoriali) - ha messo in crisi, come in precedenza rilevato, la suaccennata dicotomia; *il sistema* della giustizia amministrativa sembra sempre più orientato ad una prospettiva che fa riferimento ai rimedi, e alle forme e tecniche più adatte a rendere quanto più effettiva la protezione degli interessi di cui si è titolari (in questo senso, esemplificativa è la normativa in materia di appalti, di recepimento della direttiva ricorsi 66/2007/CE<sup>29</sup>, confluita negli artt. 120 e ss. del Codice, all'interno della quale emerge l'attenzione alla tipologia dei rimedi che si rendono più adatti alla fattispecie concreta; si veda ad es., il giudizio di bilanciamento lasciato al giudice, lo spazio dato al risarcimento per equivalente, l'innovativo riferimento alle cd sanzioni alternative).

La prospettiva sembra dunque essere mutata; si guarda alla *praticabilità* del rimedio, nell'ottica del superamento dell'ottica dogmatica, essenzialistica, e dunque descrittiva, che attiene alla esatta delimitazione della situazione giuridica soggettiva fatta valere.

---

<sup>27</sup> Per i commenti, V. CERULLI IRELLI *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 del 6 Luglio 2004*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 3/2004, p. 820 e ss. F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale in Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*.(www.giustamm.it). M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2004. B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa Giorn. dir. amm. n. 9/2004*. A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm. n. 9/2004*. F. SAITTA, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni (d'agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204/2004*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it). F. SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004*, in *Foro amm. -C.D.S-* 2004. F.G. SCOCA, *Sopravviverà' la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 2209. A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.lgs 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Foro it.*, 2004, I, 2599, *Ibidem*, F. FRACCHIA, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione «esclusiva» alla giurisdizione del giudice amministrativo*. R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n.204 della Corte Costituzionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 3/2004, p. 832 e ss. G. VIRGA, *Il giudice della funzione pubblica (sui nuovi confini della giurisdizione esclusiva tracciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004)*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

<sup>28</sup> Sull'unitarietà della giurisdizione, v. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto - per una giustizia "non amministrativa"* - Milano, 2005.

<sup>29</sup> Con riferimento alla legge di recepimento della direttiva ricorsi, G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. 53/2010*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

Alla luce di queste brevi considerazioni, è di tutta evidenza che, ancora una volta, la *crisi* della dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi, ha dei riflessi, in punto di giurisdizione, in ordine al rapporto tra la regola (giurisdizione di legittimità) ed eccezione (giurisdizione esclusiva). Non sorprende quindi, che il catalogo delle ipotesi ‘eccezionali’ di giurisdizione esclusiva, di cui all’art. 133 del Codice, al quale rinvia l’art. 7, comma 5, risulti sempre più cospicuo e che la vecchia asimmetria, la dicotomia giurisdizione di legittimità – giurisdizione esclusiva, sembra oramai sanata e livellata anche sul piano processuale; non ci sono più differenze, neanche con riferimento ai profili attinenti ai criteri di riparto; in entrambe le tipologie di giurisdizioni, come ha chiarito il Giudice delle leggi, c’è sempre un sindacato sul potere o sul mancato esercizio del potere (posto che non tutte le manifestazioni di volontà dell’amministrazione si estrinsecano in un atto)

**3.2.** Nell’ambito del catalogo di cui al citato art. 133 del Codice, carattere indubbiamente meritevole - in quanto sotteso alla realizzazione del principio di effettività della tutela - assume la previsione di cui alla lett. e) n. 1, che estende la giurisdizione esclusiva del G.A. anche ai rapporti tra aggiudicazione e sorte del contratto<sup>30</sup>.

Come noto, infatti, la linea di confine tra giurisdizione del G.A. (fino all’aggiudicazione) e giurisdizione del G.O. (sul contratto), aveva dato luogo a complesse ed intricate vicende in merito ai rapporti tra illegittimità dell’aggiudicazione e connessa sorte del contratto sottoscritto tra l’amministrazione e (*l’illegittimo*) aggiudicatario; la ricostruzione infatti, di un corretto assetto della distribuzione dei poteri sindacatori (rispettivamente del giudice ordinario e del giudice amministrativo) alla luce del criterio del riparto di giurisdizione fondato sulle situazioni giuridiche soggettive, si rifletteva in senso limitativo sulle esigenze di protezione del ricorrente; il quale si imbatteva, è il caso di dire, in un defatigante percorso tracciato, *in primis*, dalla domanda di annullamento della procedura di gara e della relativa aggiudicazione; in questa fase, lo stesso si faceva portatore di un interesse legittimo, da qui la giurisdizione del giudice amministrativo, il cui potere era però espunto, rintracciandosi, come limite, la successiva fase di cesura, di carattere negoziale attinente alla stipula del contratto.

Inoltre, la possibilità di ottenere la tutela risarcitoria in forma specifica (in aggiunta a quella caducatoria, di annullamento dell’aggiudicazione, e ad essa non meramente accessoria e complementare, bensì centrale ai fini della tutela sostanziale del ricorrente)

---

<sup>30</sup> Sul punto, V. CERULLI IRELLI – F. LUCIANI, *Brevi note in tema di giurisdizione amministrativa esclusiva nel settore degli appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 12/2009.

era vanificata dalla situazione di diritto soggettivo connessa alla efficacia del contratto, incidente sulla fase negoziale e contrattuale. A questo punto, era compito del giudice ordinario sindacare la tipologia di invalidità del contratto (nullità<sup>31</sup>, annullabilità, inefficacia, nelle sue diverse accezioni<sup>32</sup>) connessa all'annullamento della procedura di gara. Completato il giudizio civile, se il contratto aveva avuto esecuzione, o l'inefficacia dello stesso trovava un *limite* nella applicazione del principio di tutela della buona fede del terzo contraente, l'interessato poteva richiedere il risarcimento, per equivalente, nuovamente al giudice amministrativo, in quanto connesso alla lesione dell'originario interesse legittimo.

---

<sup>31</sup> Sul punto, in dottrina, V. CERULLI IRELLI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 1195 e ss.

<sup>32</sup> E' ampiamente noto il dibattito circa la natura di invalidità del contratto successivo ad una aggiudicazione annullata, sviluppatosi prima della legge di recepimento della direttiva. Alla tesi, più tralaticia, che affermava la annullabilità del contratto (Cass. n.2842/1996; n. 4296/1996; n. 14901/2000; Cons. St. n. 570/2002), sulla base della circostanza secondo cui gli eventuali vizi del procedimento amministrativo non si riverberano sulla conseguente e successiva fase negoziale, non dando luogo a nullità del contratto, bensì alla semplice annullabilità relativa (ex art. 1441 c.c.) rilevabile dal solo ente pubblico, si aggiungeva la tesi della nullità assoluta ex art. 1418 c.c. (Cass. n. 193/2002; Cons. St. n. 1218/2003), secondo cui l'annullamento dell'atto di aggiudicazione determina la nullità del contratto per mancanza del requisito essenziale dell'accordo. Alla tesi della nullità e della annullabilità (relativa), si aggiungeva quella della inefficacia automatica e della inefficacia sopravvenuta (relativa). Alla luce della prima impostazione (Cons. St. n. 1518 e n. 2332 del 2003, Cons. st. n. 3465/2004), i vizi della procedura pubblicistica si riflettono sul successivo contratto stipulato, determinandone la caducazione automatica, senza necessità di pronunce costitutive. Per la seconda impostazione (Cons. st. n. 6666/2003) l'annullamento dell'aggiudicazione rende inefficace il contratto, ma non in via automatica, bensì sulla base dell'iniziativa giurisdizionale del contraente pretermesso, fatti salvi i diritti acquisiti dal contraente in buona fede. Per una disamina della questione v. F. CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); L. MOSCARINI, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 606; F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*.([www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)). E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro amm.*, 2006, p. 3721. C'è da sottolineare che in merito alla qualificazione giuridica delle conseguenze del contratto connesse all'annullamento dell'aggiudicazione la Direttiva "ricorsi" 2007/66, rimaneva *neutra* nel momento in cui prevedeva che: "*le conseguenze di un contratto considerato privo di effetti sono previste dal diritto nazionale*". E' stato sottolineato tuttavia, sul punto, che: "La circostanza che la privazione degli effetti costituisca un rimedio oggettivo, collegato alla riscontrata violazione del diritto comunitario, con una forte componente sanzionatoria nei riguardi dell'Amministrazione, rende poco plausibile soluzione normative interne basate sulla teoria dell'annullabilità del contratto (nelle sue diverse varianti della incapacità, del difetto di legittimazione, dell'errore di diritto), pronunciata su iniziativa processuale riservata alla sola stazione appaltante. Questo profilo dogmatico si riflette, ovviamente, sul dato essenziale della legittimazione alla azione diretta ad accertare la privazione di effetti, che non potrebbe essere circoscritta alla sola Amministrazione, ma deve essere riconosciuta di una platea più ampia, comprensiva almeno dei soggetti lesi dalla violazione della disciplina sostanziale. Per altro verso, la normativa comunitaria in molte parti, potrebbe sembrare ricondotta all'idea della "risoluzione del contratto", specie nella parte in cui si ammette la possibilità di una privazione di effetti non retroattiva, si contempla il concetto di "cessazione degli effetti", si riconosce la possibilità di sottoporre l'azione ad un termine decadenziale o di prescrizione anche molto breve." Cfr. M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, n. 1/2008, p. 42.

Orbene, alla luce dell'estensione della giurisdizione esclusiva del G.A. ai rapporti tra aggiudicazione e contratto - art. 133, comma 1, lett. e) del nuovo Codice - il giudice dell'annullamento (il giudice amministrativo) che annulla appunto l'aggiudicazione definitiva, può altresì pronunciarsi in ordine alla inefficacia del contratto (dichiarazione di inefficacia<sup>33</sup>) nell'ipotesi in cui lo stesso sia stato successivamente stipulato; questa cognizione onnicomprensiva anche sulle sorti del contratto, che come accennato, non è comunque scevra da profili di complessità e di criticità, da riconnettersi sia alla graduazione dei vizi (da quelli gravi a quelli *meno gravi*), sia all'ampio potere sindacatorio dell'organo giudicante in ordine alla situazione fattuale, potere che sembra dunque implicare - per il carattere oltremodo discrezionale - una valutazione di *merito* (v. *infra*, paragrafo successivo) traducendosi in una *scelta di amministrazione* che, comunque, non tutela l'amministrazione stessa, bensì gli interessi pubblicistici che la stessa persegue, sembra ad ogni modo semplificare la vicenda fattuale e giuridica, con evidenti (positivi) riflessi sulla tutela processuale del ricorrente, posto che la stessa non sconta più la dicotomia (sotto il profilo del riparto di giurisdizione) aggiudicazione/contratto.

---

<sup>33</sup> E' stato sottolineato, in merito, che siffatta pronuncia assume carattere costitutivo, e non assurge, conseguentemente, a pronuncia di mero accertamento, "non solo perché è collegata all'azione di annullamento dell'aggiudicazione, a sua volta vincolata all'osservanza di termini di decadenza (che si consumano, a seconda dei casi, entro 30 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva o dalla sua pubblicazione o entro 180 giorni dalla stipulazione del contratto: art. 245, c. 2, e c. 2 *quinquies*, lett. a). Ma anche perché tale pronuncia non si limita a "fotografare" un assetto di rapporti compiutamente stabilito dalla legge (basta considerare che, dovendo il Giudice scegliere tra inefficacia *ex nunc* ed inefficacia *ex tunc*, già tale determinazione presenta connotati innovativi sulla situazione preesistente). Cfr. G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, cit, p. 3.

#### **4. Giurisdizione estesa al merito**

Se la giurisdizione esclusiva attiene al rapporto tra giurisdizioni - nel senso che quella esclusiva va eccezionalmente a limitare - nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge - la giurisdizione del giudice ordinario (che in definitiva può rintracciarsi, ad onta delle evidenziate perplessità che si pongono negli ambiti elencati, nelle ipotesi in cui l'esercizio del potere si traduce in atti nulli, nelle controversie in cui siamo innanzi ad un'attività materiale - totalmente svincolata dall'esercizio del potere, le cd vie di fatto - e ancora, nell'ipotesi in cui ci siano atti vincolati lesivi di diritti soggettivi, nonché, infine, nel caso in cui si facciano valere diritti fondamentali) - la giurisdizione estesa al merito<sup>34</sup> attiene ai rapporti tra amministrazione e giurisdizione nel senso che nell'ambito della stessa, il giudice può valutare (contrariamente alla regola generale), l'opportunità e la convenienza dell'operato della p.a. attraverso un sindacato di tipo sostitutivo. Il giudice viene qui coinvolto in *compiti di pubblica amministrazione*, ponendo in essere un giudizio teso a rintracciare la regola del caso concreto (*ex art. 114 comma 4 lett. a)* del codice del processo, il giudice ordina l'ottemperanza, prescrivendo appunto le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione; *ex lett. c)* del comma 4 della citata disposizione, nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, determina le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano.).

Con riferimento a siffatta tipologia di giurisdizione (anch'essa derogatoria, ed eccezionale, rispetto a quella ordinaria di legittimità) all'interno della quale il giudice non si limita a verificare la legittimità dell'atto, il comma 6 dell'art. 7 del Codice, ribadisce il noto principio secondo cui, in tale ambito, il giudice amministrativo '*può sostituirsi all'amministrazione*'; la norma è da leggere in connessione, oltre alla disposizione citate, con l'art. 34 del Codice (rubricato: 'sentenze di merito), il cui comma 1, lett. d), specifica che nell'ambito della giurisdizione di merito '*il giudice adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato*') nonché con l'art. 134 Cod. cit., all'interno del quale sono elencate le ipotesi di giurisdizione estesa al merito, ovvero:

---

<sup>34</sup> Sul punto, G.B. GARRONE, *Giurisdizione amministrativa di merito*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VII, Torino, 1991. V. POLI, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in Caringella - de Nictolis - Garofoli - Poli, *Il riparto di giurisdizione*, Milano, 2008. G. VACIRCA, *La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

- a) attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell'ambito del giudizio di ottemperanza, esecuzione della sentenza di primo grado e delle relative misure cautelari.
- b) atti e operazioni elettorali nelle materie attribuite al G.A.
- c) sanzioni pecuniarie su cui ha giurisdizione il GA, comprese quelle applicata dalle autorità amministrative indipendenti.
- d) contestazioni sui confini territoriali.
- e) diniego di rilascio di nulla osta cinematografico.

Nell'ambito delle fattispecie citate, un sindacato sostitutivo - in termini di esercizio di un potere discrezionale - è rintracciabile nella fase dell'ottemperanza<sup>35</sup>, ora dettagliatamente disciplinata dagli artt. 112 e ss. del Codice (all'interno della quale, come emerge chiaramente da dato normativo, si può dire sussista la 'vera' giurisdizione estesa al merito, e dunque nell'ambito dell'esecuzione del giudicato, delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti del giudice amministrativo, delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione, dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato).

Nella suddetta ipotesi, c'è un più ampio tasso di discrezionalità rispetto, ad es., all'ambito delle operazioni elettorali, all'interno delle quali l'attività del giudice, in quanto *sub-lege*, si pone in termini sensibilmente differenti rispetto alla giurisdizione di merito di cui al giudizio di ottemperanza; la necessità dell'organo giudicante di attenersi pedissequamente alla normativa che disciplina e regola lo svolgimento delle operazioni di voto, fa sì che la sua attività sia vincolata, non residuando, conseguentemente, margini di discrezionalità<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Sul punto si veda L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003. F. GARRI, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1984, II. A. TRAVI, *Il giudizio di ottemperanza e il termine per l'esecuzione del giudicato*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995.

<sup>36</sup> Sul riparto di giurisdizione in tema di operazioni elettorali, v. Consiglio di Stato, Ad. Plen. n 10/2005, che ha chiarito, in merito, la sussistenza di "un netto discrimine tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa, spettando alla prima le controversie concernenti la ineleggibilità, le decadenze e le incompatibilità, ossia le questioni che vertono su diritti soggettivi perfetti. Alla giurisdizione amministrativa restano affidate, invece, tutte le decisioni relative all'annullamento degli atti amministrativi attinenti alle operazioni elettorali, nell'ambito delle quali sono ricomprese anche le deliberazioni dei competenti uffici elettorali in ordine all'ammissione o riconsunzione dei candidati e dei relativi simboli."

Stesso discorso può farsi per quanto concerne le contestazioni sui confini degli enti territoriali, laddove il giudice deve limitarsi all'accertamento dei confini esistenti; *maggior discrezionalità* può rintracciarsi, invece, in riferimento al sindacato sostitutivo sull'entità delle sanzioni pecuniarie (comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti)<sup>37</sup>.

Sempre con riferimento alla giurisdizione estesa al merito, si impongono alcune riflessioni sui poteri del giudice amministrativo relativamente all'accennata tematica concernente i rapporti tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto stipulato tra amministrazione e privato. Come anticipato infatti, alla luce della disciplina di recepimento della direttiva comunitaria 2007/66/CE, successivamente refluita nel nuovo codice del processo amministrativo (artt. 121 – 125 c.p.a.), al giudice amministrativo sono stati attribuiti rilevanti poteri in ordine ai rapporti tra contratto stipulato a seguito di un'aggiudicazione illegittima.

L'ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 121, secondo cui: *“il contratto resta efficace anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti”* pur non radicando una giurisdizione di merito del G.A. (visto che non si versa nelle ipotesi tassative previste dall'art. 134 del c.p.a.), tuttavia - posto che al giudice è lasciato il concreto apprezzamento delle imprescindibili esigenze di carattere tecnico (o di diverso tipo) che rendano necessaria la prosecuzione contrattuale con l'esecutore attuale dell'appalto - sembrano avere attribuito pregnanti poteri decisorii tendenti a

---

<sup>37</sup> Sul punto, di recente, v. TAR Lazio, n. 2084/2011, secondo cui: *“nelle controversie aventi ad oggetto le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione amministrativa, comprese quelle applicate dalle autorità amministrative indipendenti, il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito ai sensi dell'art. 134, lett. c), d.lgs. 104/2010, all'accertata illegittimità, per quanto sopra, della misura della sanzione irrogata consegue l'esercizio da parte del Collegio del potere giurisdizionale di merito di cui al citato art. 134, lett. c), del codice del processo amministrativo. Per l'effetto, il Collegio stima equa l'irrogazione alla ricorrente di una sanzione pecuniaria complessiva pari a di € 50.000,00 in luogo della sanzione complessiva di € 80.000,00 rinveniente dal provvedimento impugnato. Tar Lazio n. 451/2011: “il Collegio - tenuto conto che, in ordine all'irrogazione della sanzione pecuniaria, il giudice amministrativo esercita giurisdizione estesa al merito, prima ai sensi dell'art. 23 l. 689/1981, applicabile in virtù del richiamo contenuto nell'art. 31 l. 287/1990, ora, ai sensi dell'art. 134, co. 1, lett. c), d.lgs. 104/2010 - rileva, di conseguenza, che, relativamente alla quantificazione della sanzione, il provvedimento non può essere annullato per difetto di motivazione, dovendo il giudice compiere direttamente, sulla base degli elementi disponibili, tutti gli apprezzamenti del caso, pervenendo egli stesso, se ritiene fondate le relative censure, alla riforma o alla sostituzione in parte qua dell'atto [...]. In definitiva, il Collegio ritiene che l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicata alla Società ricorrente sia conforme ai criteri dettati dalla normativa di settore e non sia sproporzionato né eccessivo – non potendo certo l'attuazione di parte degli impegni proposti ex art. 14 ter l. 287/1990 (segnatamente, la rinuncia al ricorso proposto al TAR Campania n. 2960/2008), respinti dall'amministrazione precedente, essere considerata una condotta volta ad eliminare o attenuare le conseguenze della violazione - per cui devono essere respinte anche le censure proposte avverso la lett. c) della delibera impugnata, relativa alla quantificazione della sanzione.”*

debordare da uno stretto giudizio di legalità (in cui il giudice risolve in conflitto sulla base di 'ciò che doveva essere e non è stato' così determinando la norma applicabile al caso concreto), per porsi diversamente (secondo un tipico approccio in termini di *giudizio di amministrazione* che guarda 'al cosa dovrà essere' anche alla luce di valutazioni fattuali) in un'ottica che tende a risolvere la fattispecie sulla base di valutazioni di opportunità, funzionali alla regolazione futura del concreto assetto dei rapporti giuridici posti al vaglio giurisdizionale.

In sostanza, il giudice amministrativo - anche in presenza di violazioni cd gravi (di cui alle lettere a, b, c e d, dell'art. 121 comma 1 del codice) - potrebbe ritenere che esigenze di carattere generale (connesse primariamente ad esigenze tecniche e, solo eccezionalmente, a quelle economiche) impongano il mantenimento del contratto; siffatta valutazione sembra dunque appalesarsi come giudizio di merito, nel momento in cui, siffatto sindacato, viene a svincolarsi da un giudizio di stretta legittimità, ponendosi diversamente in termini di valutazione di concrete circostanze, le quali, per esigenze generali che travalicano i rispettivi interessi delle parti, possono rivelarsi idonee al mantenimento della fattispecie contrattuale. "Normalmente, andranno mantenuti i contratti relativi a infrastrutture strategiche o insediamenti produttivi, per le quali è interesse generale la celere realizzazione delle opere. Ancora, un interesse generale può essere ravvisato in caso di opere pubbliche fruibili da parte di intere collettività, p.es. una strada, una scuola, un ospedale, mentre più difficile sarà ravvisare un interesse generale in caso di opere pubbliche di interesse di una singola amministrazione, p.e. la ristrutturazione di un edificio adibito a pubblici uffici, se il ritardo non intralci l'assolvimento di pubbliche funzioni rivolte alla collettività."<sup>38</sup> . Seguendo questi esempi citati, non si può fare a meno di mettere in evidenza che il sindacato è molto flessibile nel momento in cui, con riferimento al ritardo nella costruzione dell'edificio, la valutazione concernente *l'intralcio all'assolvimento delle pubbliche funzioni* si avvicina molto di più ad un *giudizio di amministrazione* che non di stretta legalità.

Sembra assumere ancora maggiore pregnanza, e ancora maggiore flessibilità, il sindacato giurisdizionale nel momento in cui ci si trovi al cospetto di ipotesi di *violazioni diverse da quelle gravi* (di cui al citato art. 121).

---

<sup>38</sup> Cfr. R. DE NICTOLIS, *Artt.- 121-125 in Il processo amministrativo - commentario al D. lgs 104/2010* – (a cura di) A. Quaranta e V. Lopilato, Milano, 2010, p. 1022-1023.

L'art. 122 del Codice del processo amministrativo<sup>39</sup> lascia infatti (a differenza delle ipotesi di infrastrutture strategiche e insediamento produttivi, nelle quali il potere giurisdizionale è irreggimentato, posto che, ex art. 125, comma 3, c.p.a., in caso di violazioni non gravi la legge direttamente stabilisce l'assetto di interessi, prevedendo il mantenimento del contratto ed il risarcimento per equivalente) ampia discrezionalità al giudice in merito alla scelta se dichiarare o meno l'inefficacia del contratto, alla luce di considerazione che - prescindendo da canoni di stretta legalità - attengono invece ad apprezzamenti di opportunità<sup>40</sup> e di bilanciamento delle situazioni giuridiche coinvolte nella fattispecie concreta, da riconnettersi, in un'ottica piuttosto flessibile, agli interessi (complessivamente intesi) delle parti, all'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, nonché allo stato di esecuzione del contratto ed alla possibilità di concreto subentro nello stesso<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Circa la dubbia legittimità della tecnica legislativa relativa di siffatta disposizione normativa, v. FERRARI, *Art. 122 Inefficacia del contratto negli altri casi*, in GAROFOLI – FERRARI, *Codice del processo amministrativo (annotato con dottrina giurisprudenza e formule)*, Tomo III, Roma, 2010, p. 1715 e ss., secondo cui: “è probabile che il legislatore delegato abbia inteso perseguire obiettivi di pragmatismo e di concretezza, ma la flessibilità, che in tal modo si è inteso riservare alla decisione che il giudice doveva adottare caso per caso, mal si concilia con il carattere tassativo delle ipotesi di inefficacia del contratto previste dall'art. 121, in assenza delle quali sarebbe stato ragionevole per l'interprete concludere nel senso che gli effetti del contratto dovevano intendersi mantenuti per carenza di presupposti. Con l'art. 122 si è voluto invece creare un duplice e concorrente sistema, il primo interamente codificato nei presupposti e negli effetti, il secondo (quello introdotto, appunto, dall'art. 122) “in bianco”, nel quale il *dominus* è il giudice, completamente libero (tranne i limiti che derivano alla sua attività, in qualunque settore esplicata, dalla doverosa applicazione dei criteri di adeguatezza e ragionevolezza) non solo di decidere se mantenere o non in vita il contratto, ma preliminarmente di valutare se, a suo avviso, esistevano vizi, ulteriori rispetto a quelli che avevano condotto all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione ovvero che, pur rientrando fra di essi, erano di gravità inferiore a quelli previsti dall'art. 121 ma che, ciò nonostante, potevano condurre ad una declaratoria di inefficacia del contratto, cioè ad un risultato escluso dal cit. art. 121[...]. In sostanza si tratta (come già era accaduto con l'art. 245-ter del Codice dei contratti pubblici) di una norma in bianco, che disattende il principio fondamentale di ogni ordinamento giuridico per il quale la predeterminazione della regola costituisce presupposto ineludibile di ogni intervento sanzionatorio, crea uno stato di incertezza sulla sorte del contratto che prova la stazione appaltante, l'aggiudicatario e il ricorrente vittorioso della regola della certezza del diritto.

<sup>40</sup> In senso contrario, R. De NICTOLIS, *op. cit.*, p. 1024, secondo cui: “il giudice, in caso di violazione non gravi, per stabilire se mantenere il contratto o privarlo di effetti, deve tenere conto degli interessi delle parti in gioco, onde valutare, sulla base di elementi giuridici, e non di mera opportunità amministrativa, se vi sia la possibilità che il ricorrente possa agevolmente ed effettivamente subentrare nel contratto”

<sup>41</sup> In merito ad una ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione, con conseguente subentro del ricorrente illegittimamente pretermesso, v. TAR Calabria - RC- n. 817/2010; TAR Lazio, n. 33406/2010 il quale, sulla base di valutazioni concrete in relazione all'interesse delle parti e alla possibilità effettiva di subingresso, ha optato, appunto, per la rimodulazione della fattispecie contrattuale: “*per le esposte considerazioni, quindi, si ritiene che, trattandosi di un global service della durata di 5 anni dall'aggiudicazione (con scadenza indicata negli atti di gara al 3 dic. 2012) il residuo periodo di gestione costituisca ancora per la ricorrente, gestore uscente e progettista del precedente servizio per oltre 5 anni, un'occasione imprenditoriale di indubbio interesse, specie sotto il profilo della presenza nell'ambiente dell'ingegneria informatica applicata alla attività sanitaria e, quindi, dell'acquisizione di specifiche referenze curriculari sia per la tipologia dei servizi sia per il fatturato specifico nel settore.*” Per un'altra ipotesi di subingresso, v. TAR Lazio n. 18131/2010: “*quanto, in particolare, al subentro nel contratto (ipotesi sostanziale di risarcimento in forma specifica) esso è reso possibile dalla sussistenza dei*

La valutazione del giudice sembra dunque atteggiarsi a vera e propria valutazione di opportunità sulla conservazione o meno della fattispecie negoziale. Ponderazione che non sembra soggetta a limiti così rigorosi e stringenti, nel momento in cui i presupposti

---

*presupposti partitamente enunciati dalla difesa della società ricorrente, cui vanno aggiunti, sulla base delle proposizioni normative di cui si compone il più volte menzionato art. 245-ter, gli ulteriori e necessari presupposti dell'effettiva possibilità per la ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati nel giudizio, dello stato di esecuzione del contratto (in relazione ad eventi fieristici autonomi tra di loro e da svolgersi nell'arco del biennio 2010-2011), nonché della circostanza che l'aggiudicazione illegittima, nei termini accertati, non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. In relazione al momento operativo del subentro, esso va correlato agli eventi fieristici da svolgersi nel periodo di riferimento, a decorrere dalla notificazione della presente decisione a cura della parte ricorrente. La società aggiudicataria porterà a conclusione l'evento che eventualmente sia in corso di svolgimento al momento della detta notificazione.*". Sempre in merito al subingresso nel contratto da parte del ricorrente vittorioso, alla luce di una valutazione di bilanciamento degli interessi giuridici e fattuali sottesi alla fattispecie in giudizio, v. altresì TAR Lazio, n. 2122/2011: *"attesa la natura delle prestazioni dedotte (attività di supporto alla direzione dei lavori), dalla prospettazione della difesa della resistente, non emergono situazioni di irreversibile compromissione dello stato del contratto, né ragioni di interesse pubblico o di natura tecnica rilevanti ai fini dell'art.121 e 122 c.p.a."*; nonché Consiglio di Stato n. 6638/2011, che ha accolto una domanda di subentro *"sussistendo i presupposti per la dichiarazione di inefficacia del contratto ex art. 122 c.p.a. (non rientrando la fattispecie nell'ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione per gravi violazioni ex art. 121, comma 1, c.p.a. ), dal momento che il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo per la stazione appaltante di rinnovare la gara ma lo scorrimento della graduatoria, nella quale la ricorrente si è classificata seconda, con offerta peraltro successivamente valutata come non anomala dall'Amministrazione; a tale dichiarazione non ostano poi né la natura dell'appalto ( di servizi, nel quale classicamente un appaltatore può sostituirsi all'altro nella esecuzione delle prestazioni di capitolato senza particolari disfunzioni, peraltro in nessun modo emerse nelle difese delle resistenti ), né lo stato di esecuzione del contratto, la cui durata triennale verrà a scadere, secondo le non contestate deduzioni dell'appellante, nel febbraio 2013. Il conseguente subentro nella esecuzione dello stesso da parte della ricorrente è interamente soddisfacente dei danni correlabili alla quota di servizi ( residui ), che essa andrà a eseguire."*. Per una ipotesi di mantenimento della fattispecie contrattuale, alla luce di valutazioni concrete connesse all'assetto di interessi posti all'attenzione dell'organo giudicante, si veda Consiglio di Stato, VI, n. 3759/2010, il quale, facendo applicazione dei criteri citati, ad onta della illegittimità della procedura di evidenza pubblica, ha optato per il mantenimento del contratto alla luce dello stato di esecuzione del contratto nonché in virtù della ponderazione, anche, di profili attinenti ad interessi generali: *"nel caso di specie, essendo la ricorrente seconda classificata, e non essendo insorte questioni sulla sua ammissione e sulla congruità della sua offerta, essa avrebbe titolo a conseguire l'aggiudicazione e il contratto in luogo del Consorzio. Tuttavia si tratta di contratto ad avanzato stato di esecuzione, iniziata ad aprile 2009 e destinata a concludersi a dicembre 2010. Il subentro nel contratto per residui sette mesi alla data della camera di consiglio odierna (che probabilmente si riducono a cinque se si considerano i tempi tecnici di pubblicazione, notificazione ed esecuzione della presente decisione) non appare conforme all'interesse della stazione appaltante, né all'interesse generale a garantire la continuità del servizio in corso. Pertanto appare corretto mantenere il contratto e accordare il risarcimento solo per equivalente"*. Ha optato per il mantenimento della fattispecie negoziale, sulla base della valutazioni concrete e di opportunità (il venir meno di servizi fondamentali dell'amministrazione) il TAR Sardegna, n. 429/2011, secondo cui appunto: *"l'annullamento dell'intera procedura comporta che la stazione appaltante debba rinnovarla integralmente, sicché l'accoglimento della domanda di declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con effetto immediato o addirittura retroattivo causerebbe la cessazione di un servizio fondamentale per l'Amministrazione, stante l'impossibilità per il ricorrente di subentrare nell'esecuzione. Si ritiene quindi di mantenere l'efficacia del contratto per il tempo presuntivamente necessario all'espletamento di una nuova gara per l'affidamento del servizio in discussione, depurata dai vizi sopra riferiti. Tale periodo può essere fatto coincidere con il 31 luglio 2011, data dalla quale cesserà l'efficacia del contratto de quo. Ciò in quanto, nel bilanciamento degli interessi in gioco ai fini della declaratoria di inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 122 del Codice del processo amministrativo conseguentemente ad una pronuncia di annullamento dell'intera procedura di gara, l'interesse del ricorrente vittorioso può ragionevolmente essere bilanciato con quello della continuità del servizio oggetto del contratto illegittimamente aggiudicato mediante il mantenimento dell'efficacia del contratto stesso per il tempo presuntivamente necessario a svolgere una nuova procedura di aggiudicazione."*.

sopra elencati (*esigenze di carattere generale, gli interessi delle parti, la possibilità concreta di subentro*) sembrano lasciare, piuttosto, ampi margini valutativi e di apprezzamento sotto il profilo della rimodulazione dell'assetto contrattuale dopo l'annullamento dell'aggiudicazione.

A titolo esemplificativo, l'ipotesi in cui il giudice ha optato per il mantenimento del contratto ad onta della illegittimità della procedura di evidenza pubblica, sulla base della circostanza legata al fatto che, diversamente, sarebbe venuto meno un *servizio fondamentale* per l'amministrazione, si pone (pur in applicazione di una norma giuridica, l'art. 122 c.p.a.) come esempio di tecnica sindacatoria tendente ad una valutazione svolta in termini di opportunità; in sostanza, il citato art. 122, alla luce del riferimento a criteri alquanto elastici e flessibili, sembra rinviare ad un sindacato che guarda, per così dire, alla *buona amministrazione* (il riferimento *all'essenzialità del servizio* ne è appunto un esempio, così come il riferimento all'interruzione della *continuità del servizio*).

La flessibilità del sindacato sembra quindi risultare davvero ampia, soprattutto nel caso in cui non sia certo che il ricorrente possa conseguire l'aggiudicazione, e l'esecuzione non sia ancora iniziata oppure sia appena iniziata. In tal caso, il giudice, ha estesi e rilevanti margini di valutazione, che sembrano andare oltre i limiti della stretta legalità, per far posto ad una valutazione concreta, caso per caso, all'interno della quale refluiscano, in un *unicum* inscindibile, elementi di opportunità e giudizio prognostico.

In definitiva, il rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto - che può collocarsi, a livello dogmatico, nell'alveo dell'inefficacia sopravvenuta (non relativa) - non è mai scontato (neppure in ipotesi di violazioni gravi); non c'è infatti automatismo tra annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia del contratto; i poteri giurisdizionali sono infatti ampi, flessibili e penetranti, tali da far propendere per una tipologia di giurisdizione, nella suddetta fattispecie, non solo di tipo esclusivo, bensì anche, per le ragioni illustrate, di vero e proprio merito, ad onta delle tassative ipotesi previste dal citato art. 134 del nuovo codice del processo amministrativo.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> In questo senso, V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni sulla bozza del legislativo attuativo della delega di cui all'art. 44 L. n. 88/2009 (presentate alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati l'11 febbraio 2010)* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), secondo cui appunto: "resta il fatto che il giudice è chiamato, dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, ad entrare nel merito dell'assetto degli interessi stabiliti contrattualmente dalle parti, determinandone uno nuovo e quindi sovrapponendo la sua valutazione a quella delle parti in base agli interessi in gioco, come dallo stesso giudice valutati.". Nello stesso senso, G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, cit., secondo cui: "anche se il Consiglio di Stato ha escluso che si tratti di giurisdizione di merito, il compito così come configurato dalla norma presenta tutte le caratteristiche della scelta funzionalizzata: essa, infatti, è una scelta diretta alla salvaguardia di 'un interesse generale' e, dunque, di un interesse la cui

Per quanto concerne il meccanismo delle sanzioni alternative - previsto dall'art. 123 del codice del processo amministrativo - non sembra invece porsi il problema dello sconfinamento del sindacato in valutazione di merito, posto che l'ambito di intervento giurisdizionale sembra piuttosto irreggimentato in relazione all'esito della valutazione dello stesso organo giudicante (efficacia del contratto o inefficacia temporalmente limitata). La legge prevede infatti parametri percentuali (in ordine alle sanzioni pecuniaria e alla riduzione della durata del contratto, art. 123 lett. a e b, c.p.a.) piuttosto definiti, sia in relazione ai presupposti che alla graduazione delle sanzioni stesse.

Sebbene i criteri sopra indicati siano quelli tipici delle sanzioni, è stato diversamente affermato che, tuttavia, "sia da ritenere che nella sua applicazione il giudice, almeno di fatto, sarà mosso da considerazioni analoghe a quelle che svolge quando priva di effetti il contratto. Formalmente, la riduzione della durata del contratto differisce ontologicamente dalla declaratoria di inefficacia del contratto stesso, ma in concreto gli effetti potrebbero essere molto simili."<sup>43</sup>

##### ***5. Osservazioni conclusive***

La giurisdizione del giudice amministrativo, così come configurata e, per le ragioni evidenziate, così come meglio perimetrata e definita dall'art. 7 e dalle (richiamate) ulteriori disposizioni del nuovo Codice del processo amministrativo, sembra dunque essere sempre più funzionale alla reale, effettiva e piena

---

soddisfazione è normalmente riservata all'azione amministrativa e alla Pubblica Amministrazione". Sottolinea invece l'impossibilità di inquadrare i poteri giurisdizionali del G.A. in materia, come ipotesi di giurisdizione di merito 'innominata', M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, relazione al convegno "il codice del processo amministrativo", Lecce, 12 e 13 Novembre 2010. nello stesso senso C. LAMBERTI, *La caducazione del contratto tra cognizione ed esecuzione*, relazione tenuta al Convegno "Riforme della giustizia e giudice amministrativo" Siena, Certosa di Pontignano, 11-12 giugno 2010, secondo cui: "che sia consentito al giudice di sostituirsi all'amministrazione nel compiere determinate scelte non significa attribuzione di potere di merito, nell'esercizio del quale il sindacato si sposta sull'opportunità e sulla convenienza dell'atto e non è costretto da presupposti predeterminati dal legislatore, come avviene nel nuovo art. 245-ter del codice". In tema di poteri del giudice alla luce della disciplina di cui al d.lgs. n. 53/2010 v. altresì LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010*, in *ww. giustamm.it.*, nonché R. DE NICTOLIS, *Artt.121-125*, in *Il processo amministrativo - commentario al D. lgs 104/2010 - cit.*, p. 1019, la quale sottolinea appunto, in merito alla problematicità della questione, che: "il giudice amministrativo viene chiamato in tutte le ipotesi contemplate, in cui il contratto deve o può essere caducato, a svolgere un delicato ruolo di valutazione comparativa di tutti gli interessi in gioco. Egli tuttavia rimane, di regola, un giudice, e non un "amministratore" non compiendo valutazioni di opportunità politica, ma pur sempre valutazioni giuridiche. Tuttavia, la decisione sulla sorte del contratto può implicare in casi peculiari, una sostituzione del giudice all'amministrazione, sostituzione che non è una novità del sistema, essendovi da sempre nel giudizio di ottemperanza."

<sup>43</sup> Cfr. R. DE NICTOLIS, *Artt.121-125*, in *Il processo amministrativo - commentario al D. lgs 104/2010 - cit.*, p. 1031.

realizzazione della soddisfazione delle pretese di chi viene ad essere leso dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo; nell'ottica delle affettività della tutela, il discorso sul riparto di giurisdizione sebbene non abbia una portata, per così dire, centrale (posto che ciò che più rileva, come detto, è la nuova sistematica delle azioni) comunque assume un punto di partenza ed un presupposto essenziale del discorso ricognitivo circa le forme e di metodi di protezione dei diritti e degli interessi dei privati.

L'esatta perimetrazione della competenza, ridonda infatti sulle esigenze di effettività della tutela, sebbene bisogna tener presente, come dato di fondo, che la giurisdizione amministrativa (a prescindere dalle specifiche connotazioni e peculiarità), è funzionale a dare 'semplicemente' ragione a chi dimostri in giudizio di avere diritto alla tutela a cui aspira; sembra infatti essere definitivamente superata la anacronistica, e tradizionale idea, tesa a intravedere il processo amministrativo quale giudizio in cui veniva in rilievo 'anche' l'interesse pubblicistico dell'amministrazione, secondo una logica compromissoria che teneva conto di più variabili, spesso in contrasto.

Il processo amministrativo è un processo di parti, in cui non c'è un *bene superiore* da proteggere, bensì c'è una situazione giuridica soggettiva di interesse pretensivo o oppositivo, e in talune ipotesi, di diritto soggettivo (ma le nomenclature hanno una portata relativa, più che altro classificatoria e definitoria) da tutelare per mezzo degli strumenti previsti dall'ordinamento nell'ipotesi in cui risulti essere stata ingiustamente lesa.

La giurisdizione è quindi un *unicum* all'interno della quale, quella del giudice amministrativo, ha ora trovato - alla luce del nuovo Codice del processo amministrativo - rinnovata linfa e forza. Starà alla sensibilità, anche pratica, degli stessi giudici amministrativi, dare una connotazione sostanziale al nuovo e organico impianto normativo che, ad onta della (inevitabile) criticità di alcune disposizioni, sembra comunque, nel complesso, attuare le richiamate esigenze e finalità di tutela giurisdizionale in termini di pienezza ed effettività<sup>44</sup>.

(Federico Francesco Guzzi)

---

<sup>44</sup> Un passo in avanti importante nell'ottica dell'effettività della tutela è rappresentato dalla pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 15/2011, che ha riconosciuto - nell'ottica dell'atipicità dei rimedi e delle forme di tutela - la generale operatività sia dell'azione di adempimento (di condanna pubblicistica) e sia dell'azione di accertamento.

