

***ANCORA INCERTEZZA SUL CRITERIO DI RIPARTO DELLA GIURISDIZIONE
TRA G.O E G.A: URGENTE NECESSITA' DI UN INTERVENTO
CHIARIFICATORE E RISOLUTIVO.***

La recente sentenza della Corte Costituzionale¹ riporta in auge un tema quale quello del riparto della giurisdizione, oggetto da sempre di un ricchissimo dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che non sembra trovare una tregua o ancora meglio sarebbe un armistizio neanche alla luce dell'entrata in vigore del Codice del Processo Amministrativo² con il quale il legislatore ha posto come obiettivo principale quello di garantire al cittadino una giustizia piena ed effettiva, concentrando così innanzi il giudice amministrativo non solo l'azione che caratterizza il processo amministrativo ovvero quella annullatoria ma anche quella del soddisfacimento della pretesa al bene della vita nonché del risarcimento del danno.

Ebbene da una parte le Sezioni Unite della Cassazione con tre sentenze c.d. "gemelle"³, nell'affrontare la questione del risarcimento del danno di posizione giuridiche soggettive lese da un provvedimento favorevole ma poi annullato (nelle prime due pronuncia in sede di autotutela e con la terza in sede giurisdizionale), hanno occasione di intervenire sul delicato tema della giurisdizione intorno al quale si incentra un dibattito tuttora mai sopito e, dall'altra, il Giudice delle Leggi⁴, ha sancito l'illegittimità costituzionale delle disposizioni del nuovo Codice del processo amministrativo (cfr. D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 - Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo) "nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva amministrativa in generale, e del T.A.R. Lazio – sede di Roma in specie", le controversie relative alle sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB.

Più in particolare, con il citato intervento di riordino del processo amministrativo era stata modificata la ripartizione di competenze ed assegnate - dall'art. 133 (materie di giurisdizione esclusiva), comma 1, lettera l), del D.Lgs. n. 104 del 2010 - alla

¹ Corte Cost. sentenza 20-27 giugno 2012 n.162 a firma del Presidente Quaranta e Relatore Calabria in Guida al Diritto numero 31 del 28 luglio 2012 pp. 87 e ss.

² Dlgs 104/2010 Codice del Processo Amministrativo entrato in vigore il 16 settembre 2010.

³ Cass. Civ., SS.UU nn.6594, 6595 e 6596 del 23 marzo 2011.

⁴ Cfr.nota n.1.

giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “*le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalla Commissione nazionale per le società e la borsa*”.

Alla luce dell'intervento della Corte Costituzionale, come più avanti verrà esposto, si ritorna dunque alla situazione antecedente all'entrata in vigore del nuovo processo amministrativo, con la competenza – per le controversie derivanti dalle sanzioni inflitte dalla CONSOB – di nuovo in capo ai giudici civili.

Ebbene, prima di affrontare le sentenze in esame, brevi cenni si rendono dunque necessari da un punto di vista cronologico per far comprendere nel modo più chiaro, snello ed esaustivo possibile ad un eventuale marziano⁵ che approdasse sul nostro pianeta e volesse imbattersi nella giustizia amministrativa quale sia stato l'iter attraverso il quale si è giunti al sistema attuale.

Storicamente, per le questioni relative all'esercizio dei pubblici poteri i sudditi non avevano altro mezzo che quello di rivolgersi agli uffici superiori o eventualmente allo stesso principe in forma di *placet* (basti pensare al Piemonte le Costituzioni generali di Vittorio Amedeo II del 1770).

Più tardi, in una legislazione pre-unitaria, accolto il sistema del contenzioso amministrativo di tipo francese - in virtù del quale vennero devolute ai tribunali ordinari le questioni di diritto privato e ad alcuni collegi amministrativi locali (quali i Consigli di Prefettura con competenza sia amministrativa che giurisdizionale) - le controversie tra l'amministrazione ed il cittadino vennero riconosciute con il D.Lg 30.10.1859 n.3708, ai Tribunali del contenzioso amministrativo⁶ (che allora erano costituiti dai Consigli di governo in sede provinciale e dal Consiglio di Stato in sede di appello) e, sulle

5 Vedi anche marziano...Corriere della Sera 22 settembre 2011, Il fiato corto delle democrazie
Quando i leader europei si basano soltanto sui sondaggi incoraggiano gli egoismi nazionali e minano la stabilità, in cui Tommaso Padoa-Schioppa afferma che..... L'economia domestica è diventata quella globale. **Un marziano imparziale appena sbarcato sulla Terra** vedrebbe subito che un mercato globale a cui manca la controparte di politica economica non può che essere instabile e mal funzionante. Il raggio d'azione di ciò che è «pubblico» dovrebbe - per definizione - essere uguale o più ampio di quello degli operatori di mercato «privati». I circa 200 Stati sovrani sono «pubblici» solo all'interno dei loro confini; nell'arena globale sono operatori «privati»...

6 Su questo argomento in generale, V.Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, 1911- 1912 p.412 ess; E.Guicciardi, *Giustizia amministrativa*, 1957 p.47, Borsi, *La giustizia amministrativa* Padova 1941; M.Stipo, *Le origini del riparto di giurisdizioni verso la P.A. e la doppia tutela*; Roma 1979;

rimanenti materie, non enumerate nella L. n. 3708/1859 restava ferma la competenza dell'amministrazione che provvedeva sui reclami presentati in via amministrativa⁷.

L'evoluzione del criterio di riparto della giurisdizione può essere fatta risalire alla ormai ben nota “*legge cosiddetta sulla abolizione della legge sul contenzioso amministrativo la n.2248/1865*” **allegato E**⁸ con la quale, piuttosto che alla legislazione francese si preferì ispirare il sistema di giustizia amministrativa a quella belga la quale – sotto l'amara esperienza degli arbitri che il regime del contenzioso amministrativo aveva consentito agli amministratori napoleonici e dopo la restaurazione a quelli olandesi, aveva istituito- rifacendosi al modello inglese – **il regime della giurisdizione unica** devolvendo ai tribunali ordinari, salvo rare eccezioni, oltre alle questioni relative ai diritti privati anche quelle relative ai diritti politici, riconoscendo così ai tribunali stessi il potere di non applicare gli atti amministrativi illegittimi⁹.

Così, l'unificazione del sistema della giustizia amministrativa, sorto dopo l'Unità d'Italia (17 marzo 1861 anche se il Veneto – che avverrà con la III° guerra

⁷ Va evidenziato come all'epoca il giudice dei conflitti tra giudice ordinario e i Tribunali del contenzioso era il Re, che decideva con decreto reale, sentito il Consiglio di Stato a Sezioni Riunite e al fine di ottenere una pronuncia in via di grazie le controversie tra l'amministrazione ed il cittadino, ispirandosi al sistema della giustizia amministrativa francese

⁸ L'art. 2 della legge n.2248 del 1865 all.E attribuisce al giudice ordinario tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione ed ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa; mentre il successivo art. 3 assegna (non ad un giudice ma) alle autorità amministrative gli affari non compresi nell'art. 2. Per cui l'ambito degli “**affari non compresi**” viene a dipendere dall'interpretazione del concetto “**diritti civili e politici**”, senza alcun riferimento agli altri interessi (di cui pure si discusse nei lavori preparatori della legge del 1865) in quanto al di là dei diritti soggettivi mancavano allora situazione tutelabili davanti ad un giudice; V. anche E. Cannada Bartoli, Voce *Giustizia amministrativa*, in Digesto pubbl.,1991, 513.

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

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

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

⁹ Va evidenziato come il sistema dei “*giudici ordinari del contenzioso amministrativo*” aveva avuto la funzione di dare un giudice a questioni di diritto pubblico che sotto i regimi assoluti non ne avevano avuto alcuno, tuttavia i giudici stessi provenivano dall'amministrazione e dunque né indipendenti né inamovibili: tutto ciò era stato giustificato da un lato con l'intento che i giudici degli affari amministrativi avessero quella preparazione specifica che le loro attribuzioni richiedevano dall'altro con lo scopo di evitare l'ingerenza del Potere giudiziario nel campo d'azione del Potere esecutivo.

d'indipendenza e Roma – che avverrà con la breccia di Porta Pia il 20 settembre 1870 - dovevano ancora essere annesse al Regno d'Italia), inizia, dapprima, con l'affermarsi della giurisdizione unica sui diritti soggettivi con la legge 2248 all.E del 1865 c.d. *“legge abolitrice del contenzioso amministrativo”* in quanto unico organo giurisdizionale a conoscere delle controversie tra privato e pubblica amministrazione coinvolgenti diritti soggettivi in quanto *“il giudice ordinario conosce la lesione di diritti soggettivi ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa e comunque vi possa essere interessata la Pubblica amministrazione (art.2 legge 20 marzo 1865 n.2248 All.E)”*, e, tale potere trova il suo punto d'arresto nel divieto di annullamento¹⁰ (art.4 dell'E) bilanciato da quello di disapplicazione dell'atto amministrativo (art.5) e poi, più tardi, con l'istituzione della legge Crispi n.5992 del 1889 con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nell'attribuzione alla stessa di tutti i ricorsi *“per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti o provvedimenti di un'autorità amministrativa che abbiano per*

10 È utile sottolineare come l'on. Calamandrei propose, in Commissione prima e successivamente in Assemblea, in adesione del principio di unità della giurisdizione, un emendamento da inserire in Costituzione, che avrebbe conferito all'autorità giudiziaria una tutela veramente piena nell'ambito di ogni controversia con le pubbliche Amministrazioni: il cittadino avrebbe potuto «ricorrere alla autorità giudiziaria ordinaria non soltanto per chiedere la reintegrazione del proprio diritto soggettivo violato da un atto della pubblica amministrazione, ma anche per chiedere l'annullamento o la modificazione, per i motivi di legittimità o di merito stabiliti dalla legge, dell'atto amministrativo lesivo del suo interesse». Alla posizione di Calamandrei si opposero la gran parte dei membri della Commissione e successivamente essa fu rigettata dall'Assemblea. La maggior parte dei costituenti ribadirono con forza le ragioni per la permanenza della duplicità delle giurisdizioni e del Consiglio di Stato come organo giurisdizionale. E così, l'on. Bozzi, l'on. Ambrosini, l'on. Leone, per citare soltanto alcuni dei più autorevoli membri della Commissione, ribadirono le ragioni del Consiglio di Stato e della sua giurisdizione come quella «dominata dal criterio del pubblico interesse», chiamata a «valutare la discrezionalità della pubblica amministrazione che nello svolgimento della sua attività libera, ma tuttavia discrezionale (libertà, cioè, e non arbitrio), può ledere l'interesse di un cittadino»; come quella costituita «a difesa dello Stato e dei cittadini anche contro lo Stato», per cui mezzo «il cittadino diventa uno strumento di quella che con frase felicissima è stata detta la giustizia dell'amministrazione». D'altra parte, la soppressione del Consiglio di Stato come organo giurisdizionale avrebbe potuto essere intesa come un ritorno all'indietro come la soppressione di una conquista «liberale democratica di controllo della discrezionalità dell'amministrazione, a garanzia degli interessi dei cittadini» (così Bozzi, Ambrosini, Leone e altri). E la stessa commistione nel Consiglio di Stato di funzioni consultive e di funzioni giurisdizionali fu considerata positivamente rappresentando queste due funzioni «due manifestazioni di un'unica funzione, che non è suscettibile di divisione» come quella intesa al controllo complessivo della pubblica amministrazione. Sul punto, già l'on. Castiglia aveva osservato il pericolo della scissione delle funzioni consultive da quelle giurisdizionali (una volta affidate queste ultime alla magistratura ordinaria) perché delle stesse questioni si sarebbero occupate, in tal caso, due magistrature diverse. Il testo presentato dalla Commissione all'Assemblea, in esito a queste discussioni, riflette la posizione della maggioranza nel senso di ribadire la duplicità delle giurisdizioni e la permanenza delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

oggetto un interesse d'individui o enti morali o giuridici” (art.26 Testo Unico del Consiglio di Stato 1054/1924).

Così aboliti i tribunali del contenzioso amministrativo con la legge n. 2248 del 1865 all.E, salvo l'attribuzione di alcune materie al Consiglio di Stato e deferimento allo stesso della risoluzione dei conflitti tra autorità amministrativa e giudiziaria, il criterio di riparto si fondò essenzialmente sulla distinzione tra atti di imperio (di diritto pubblico o nell'interesse pubblico) e di gestione (di diritto privato o nell'interesse economico) della P.A., ammettendosi la giurisdizione ordinaria con riferimento ai secondi.

Ebbene, tale sistema, se diede disciplina unitaria alle controversie relative ai diritti soggettivi, rivelò ben presto i suoi inconvenienti in quanto lasciava in piena balia della P.A. tutte le questioni relative a interessi non protetti come diritti e inconveniente aggravato dal fatto che il sistema devolveva a un organo inserito nella P.A.- il Consiglio di Stato – quella delicatissima funzione che è la decisione dei conflitti di attribuzione tra giudici e amministrazione.

L'aspirazione liberale e legalitaria¹¹ condusse dunque a diverse riforme quali la legge 3761 del 31.3.1877 la quale, nell'istituire la Corte di Cassazione di Roma (portando dunque a cinque le Corti di Cassazione dello Stato), affidò la risoluzione dei conflitti alla Corte di Cassazione con la L.n. 3761 del 31.3.1877, accanto al criterio della distinzione tra atti di impero e di gestione venne affermandosi il principio secondo cui il giudice ordinario aveva giurisdizione anche nei confronti degli atti di impero lesivi dei diritti soggettivi dei privati purchè la controversia si limitasse alla legalità estrinseca dell'atto (forme e competenza).

Più tardi, da una parte, venne istituita, con L. n. 5592 del 31.3.1889, la IV Sez. del Consiglio di Stato – la legge n.62 del 7.3.1907 – tale legge non solo dichiarò espressamente la natura giurisdizionale della IV e della V Sezione, ma ammise contro le relative decisioni giurisdizionali il ricorso per Cassazione per assoluto difetto di giurisdizione - istituì la V° Sezione del CDS e la legge n.642 del 1948 istituì poi la VI° Sezione CDS - alla quale furono attribuiti in generale *“i ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere e violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità*

11 Si nota come i promotori delle riforme furono i più autorevoli statisti liberali dell'epoca quali Mancini, Peruzzi, Spaventa, Minghetti, De Pretis e Crispi.

*amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbia per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici*¹² quando i ricorsi medesimi non siano

12 E' utile ricordare come per la prima volta compare in un testo legislativo (in contrapposizione evidentemente ai diritti soggettivi) il termine "interesse di individui o di enti morali giuridici".

Il termine "interesse legittimo" fu invece coniato dalla dottrina dell'epoca (in particolare, Ranelletti e Cammeo e cfr. O.Ranelletti, *Diritti subiettivi ed interessi legittimi*, in Foro It., 1893, I, 481 e Id, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza giudiziaria ed amministrativa*, in Foro It., 1893, I, 470 e ss.), la quale ritenne che la categoria degli interessi legittimi coincidesse con i diritti soggettivi che fossero stati compressi dall'interesse generale, pur ammettendo altri interessi, non protetti intenzionalmente e direttamente dalla legge ma solo occasionalmente ed accidentalmente: della consapevolezza dei quali esisteva larga traccia già nelle discussioni preordinate alla riforma piemontese del 1859. In particolare viene definito l'interesse legittimo secondo la formula zanobiniana, come un interesse "individuale strettamente connesso con l'interesse pubblico e protetto dall'ordinamento giuridico soltanto attraverso la tutela giuridica di quest'ultimo": tale tesi deve considerarsi prevalente sino a Zanobini e da questi poi portata ad un'enunciazione più chiara e a tal proposito vedi G.Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954, p.189. Anche Santi Romano (Vedi Principi di diritto amministrativo, 1906, 42) aderì a tale classificazione distinguendo interessi semplici, interessi occasionalmente protetti ed interessi legittimi. Il termine interesse legittimo viene considerato accanto al diritto soggettivo in un testo di legge solo con la Costituzione del 1948, la quale ne consacra (in contrapposizione alla teoria del Guicciardi sul carattere processuale dell'interesse legittimo come interesse a ricorrere , attribuito al soggetto al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento illegittimo: l'autore distingue al riguardo le norme di azione, la cui violazione comporterebbe la lesione dell'interesse legittimo, dalle norme di relazione la cui violazione determinerebbe la lesione del diritto soggettivo) il carattere di situazione soggettiva di carattere sostanziale in quanto riferita ad un soggetto determinato e per il nesso con il buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa. Per cui l'interesse legittimo viene poi generalmente definito – e allo stato attuale è la definizione più condivisa - come "posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dall'ordinamento in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo di poteri atti ad influire sull'esercizio del potere, correggendone le deviazioni, in modo da consentire (in termini di probabilità e non di certezza) la realizzazione dell'interesse al bene: ma nel contempo l'interesse legittimo esaurisce la sua spinta vitale in questa partecipazione (che è particolarmente tutelata con la legge sul procedimento amministrativo n.241/1990 e successive modificazioni) senza attingere direttamente il bene sperato se non per il tramite dell'esercizio del potere (da parte dell'Amministrazione) ed in quanto questo glielo consenta (V. M. Nigro, *Giustizia Amministrativa*, Bologna III°Edizione, 1983, p. 127). Vedi anche F.Satta, *Introduzione ad un Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1980, p.183 in cui l'interesse legittimo viene definito "come l'interesse di fatto che ogni soggetto fa valere contro l'amministrazione in regime di legalità". Inoltre F. Ledda, *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, Foro Amm., 1999, 2715 ss.; Id, *Polemichetta breve sull'interesse legittimo*, in Giur. It, 1999, p.2211, in cui, all'indomani della pubblicazione della sentenza 500/99 delle Sezioni Unite, nel corso di un seminario di commento della storica decisione organizzato dal Centro Studi del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma in data 9.10.1999 e coordinato dal Prof. Michele Pallottino, il Prof. Ledda, tradizionale avversatore della figura dell'interesse legittimo proclamò provocatoriamente "l'interesse legittimo è morto e non è il caso di farlo risorgere".

Vedi inoltre la concezione di U.Allegretti, in *Procedura, Procedimento, Processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in Diritto amm., 2007, n.4 p.779, ove espone che ".....Né molte conseguenze sono state tratte, come si sarebbe potuto, dal collegato principio del buon andamento, fino a quello stesso percorso legislativo, che ha svolto quel principio attraverso le norme sull'efficacia, l'efficienza, l'economicità e la semplificazione dei procedimenti. Si tratta dunque di leggi che si devono dire nel loro fondamento costituzionalmente necessarie (anche se ovviamente non determinate in ogni aspetto di dettaglio dalla Costituzione), non solo costituzionalmente corrette; quindi il loro intervento è senz'altro da approvare. Ma qual è il titolo con il quale la partecipazione che esse riconoscono ai cittadini è assicurata? Il titolo è dato dall'appartenenza a essi di una posizione giuridica concreta: a prescindere dall'ampiezza con cui tale titolo è riconosciuto dare origine a diritti di intervento nel procedimento - se solo una situazione giuridica che può essere pregiudicata dall'atto in corso, o se anche

di competenza dell'autorità giudiziaria né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali" (art.3) e, dall'altra, con la legge n.6387 del 1.5.1890, attribuì alle Giunte Provinciali amministrative (istituite due anni prima in ogni provincia quali organi di controllo sugli enti locali) la competenza a decidere sulla impugnativa degli atti amministrativi degli enti locali lesivi di interessi legittimi nonché su altre controversie interessanti tali enti: vennero così attribuiti a organi collegiali la funzione di risolvere con garanzie processuali le controversie relative a quegli interessi che poi vennero chiamati dalla dottrina interessi legittimi.

Negli anni '23 e '24, sulla considerazione degli inconvenienti riscontrati posti alla base del criterio di riparto fondato sulla dicotomia diritti soggettivi -interessi legittimi e alle conseguenti difficoltà di discernere, specie per determinate materie, all'interno di una stessa controversia le questioni aventi ad oggetto l'una o l'altra situazione soggettiva, fu introdotta la c.d. "giurisdizione esclusiva" (art. 8, r.d. 30 dicembre 1923 n. 2840) con l'istituzione, per determinate materie, della giurisdizione amministrativa esclusiva diretta a concentrare presso il giudice amministrativo tutte le controversie, senza distinguere tra diritti soggettivi ed interessi legittimi.

È da notare però che, nonostante tale istituzione, veniva fatta comunque sempre salva (art. 9, r.d. n. 2840, cit. ed art. 30 T.U del 1924, cit.), la competenza del giudice

una che ne possa derivare un vantaggio, e se e quanto una formazione sociale possa (nei limiti dell'art. 9 della l. n. 241) avere analogo diritto, e a prescindere dall'intensità, davvero limitata, di un tale intervento per quanto riguarda forme e fasi - la caratteristica generale della partecipazione è data dal trovarsi del soggetto in una situazione giuridica concreta tutelata dall'ordinamento nella forma appunto di situazione soggettiva. Insomma, si tratta di una concezione del procedimento come «luogo di difesa delle posizioni sostanziali..... Quello che la legislazione riconosce è dunque un dialogo con gli interessi costituiti, costituiti in diritti (o interessi legittimi, questo non fa differenza sotto il profilo generale). Dunque un dialogo con interessi, se non soltanto proprietari (che sarebbe semplificare, almeno se la parola è usata in senso proprio e specifico) ma più in generale corporati (o qualificati, o istituzionalizzati). Né la riforma del 2005 ha nulla cambiato in quest'impostazione, anche se ha parzialmente allargato forme e modi di intervento. Caratteristiche conseguenze di quest'impostazione sono le due carenze maggiori che la dottrina più giustamente esigente ha riscontrato nella l. n. 241, mantenute ancor oggi: la mancanza dell'istituto dell'inchiesta pubblica e la sottrazione, a differenza di altri paesi, alle regole generali sulla partecipazione da essa dettate degli atti normativi, generali e di pianificazione e programmazione, non sempre (anzi abbastanza episodicamente) assoggettati neanche alle regole particolari alle quali rinvia l'art. 13 della l. n. 241; l'Autore precisa che oltre a tali interessi vi sono "ad esempio, rappresentabili in una procedura siffatta gli interessi dei semplici abitanti rispetto a quelli dei proprietari, quello dei lavoratori e degli studenti che frequentano abitualmente una località investita dalla procedura, i diritti materiali e culturali di coloro che fruiscono di un paesaggio o di un ambiente senza avere con essi un rapporto più consolidato, gli stranieri che beneficiano solo di attività amministrative generali, coloro che hanno un interesse alla sicurezza di luoghi in generale del paese, coloro che fruiscono, in qualità di semplici soggetti umani, di «beni non esclusivi»".

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

A seguito di ciò, la diatriba sull'individuazione del criterio di riparto si articolò lungo due direttrici, quella del *petitum formale*, che ripartiva la giurisdizione in base al tipo di pronuncia richiesta dall'attore (GA per le domande di annullamento e GO per quelle di risarcimento), in un sistema ispirato alla doppia tutela che devolveva le stesse porzioni a entrambi i Giudici che se la ripartivano in forza della misura rivendicata e, quella della *causa petendi*, maggioritaria nella giurisprudenza delle Sezioni Unite, ispirata all'idea che fosse la qualità della posizione giuridica azionata ad esigere che la tutela fosse erogata dall'uno o dall'altro plesso giurisdizionale.

Questa ripartizione di giurisdizione trova la sua *ratio* nella individuazione, dopo un acceso dibattito durato oltre trent'anni sulla scelta del criterio di riparto tra le due giurisdizioni tra quello del *petitum formale* ovvero della domanda presentata dalla parte, o, quello del *petitum sostanziale* o *causa petendi* ovvero quello del diritto soggettivo ed interesse legittimo voluto dalla giurisprudenza amministrativa – anche se, a volte, con qualche contrasto in seno alla stessa -, della scelta del criterio del *petitum sostanziale* siglato nello storico “*Concordato giurisprudenziale D’Amelio Mariano - Santi Romano*” (rispettivamente Presidente della Suprema Corte di Cassazione e Presidente del Consiglio di Stato), con il quale, viene definitivamente consacrato il criterio del riparto tra diritto soggettivo ed interesse legittimo¹³, e, tali principi vennero più tardi affermati nella Carta Costituzionale agli articoli 103 e 113.

Il criterio della *causa petendi* si affermò, dunque, grazie al c.d. concordato giurisdizionale del 1929 raggiunto tra la Cassazione ed il Consiglio di Stato e tradottosi

13 Concordato *Santi Romano – Mariano D’Amelio del 1930: la Corte di Cassazione a sezioni unite* (sentenza del 24.3.1916, pres. Mortara) accolse il criterio del *petitum*, confermato in alcune decisioni del Consiglio di Stato (principalmente la V sezione, ad es. nella decisione n. 272 del 10.5.1929), finchè tale criterio non fu definitivamente ripudiato dal Cons. di Stato A.P.n.1 e 2 del 14.6.1930, pres. Romano, e quindi da Cass. S.U. del 25 e 30.11.1931, pres. d’Amelio, in quanto la giurisdizione doveva essere determinata dal contemperamento della causa *petendi* con il *petitum* (in effetti, prevalenza della causa *petendi*, in quanto il *petitum* viene a circoscrivere internamente le pronunce ammissibili da parte del giudice avente giurisdizione), in E.Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova 1957 n.448; V.Caianello, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino 1979, p.171-172; A.Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2002, p.107; R.Cavallo Perin, *Il riparto di giurisdizione del Concordato Romano – D’Amelio*, in *Dir.proc.amm.2004*, parte I, p.14, ove rileva come il dissenso venne composto dal Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria nn.1 e 2 del 1930) e dalla Cassazione (Sezione Unite 15 luglio 1930).

nelle note sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nn. 1 e 2 del 1930 e delle Sezioni Unite della Cassazione n. 2680 del 1930, pronunce sorrette dall'idea, poi meglio sviluppata, che la ripartizione si basa sulla valutazione, da parte del Giudice, della consistenza sostanziale della posizione in base alla qualificazione che ne dà l'ordinamento e non sulla prospettazione che della posizione offre il ricorrente in giudizio.

La questione in esame giunse in seno all'Assemblea costituente avendo alle spalle, da un lato, il raggiungimento del citato concordato giurisprudenziale, che si era dimostrato stabile, fatte salve alcune pronunce che avevano optato per la c.d. teoria della prospettazione, dall'altro l'esigenza di favorire forme di concentrazione processuale, per consentire un accesso più agevole alla tutela giurisdizionale da parte dei cittadini, quale quella seguita in tema di pubblico impiego dalla l. 248/1923, istitutiva in materia della giurisdizione esclusiva del g.a.: l'Assemblea, come noto, superata la posizione di chi riteneva il Consiglio di Stato avesse ormai esaurito il suo compito e fosse opportuno ripristinare il sistema della giurisdizione unica, confermò il mantenimento di un sistema fondato su di una doppia giurisdizione e, per l'effetto, l'art. 103 Cost., nel riprodurre fondamentalmente il testo della legge 2248/1865 Allegato E, designa il giudice amministrativo come il giudice naturale *"...per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi, e in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi."*¹⁴.

Ne consegue che, sebbene il discrimen tra le giurisdizioni resta segnato dalla natura della posizione giuridica azionata, non va trascurata una duplice circostanza ovvero che da un lato, si deve notare che l'affermazione della giurisdizione generale del g.a. avviene in ragione della "tutela" dell'interesse legittimo, nozione che come si dirà infra verrà utilizzata per spiegare l'assegnazione al g.a. della tutela risarcitoria del danno da lesione di interesse legittimo e dall'altro, l'art. 113 Cost., rinviando alla legge per l'individuazione del Giudice chiamato all'annullamento degli atti della p.a., sembra

¹⁴ Sul punto di recente vedi anche **SS. UU., n. 1139 del 19 gennaio 2007** che hanno affermato che: *"la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il petitum sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della causa petendi, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti sono manifestazione."*

escludere un monopolio in capo al GA ed ammettere tecniche di giurisdizione esclusiva del GO estesa anche alla cognizione in via principale di interessi legittimi, con potere di annullamento degli atti lesivi¹⁵.

Per completezza, va evidenziato come la competenza del giudice ordinario sui provvedimenti amministrativi lesivi di diritti soggettivi per sindacare gli aspetti vincolati dell'atto si è trascinata per lungo tempo (è significativa la circostanza che nel concordato del 1929 tra i presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato - rispettivamente d'Amelio e Romano - tale criterio è ricordato espressamente¹⁶ ma poi si è precisato (Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 1946; sez. IV, 15 aprile 1947, n. 132), che a fronte dell'esercizio di poteri amministrativi di carattere discrezionale o comunque autoritativo, le situazioni soggettive di diritto vengono tutelate nella forma propria degli interessi legittimi, cioè davanti al giudice amministrativo (c.d. dottrina della degradazione¹⁷); che di fronte al potere discrezionale della p.a. il diritto soggettivo del singolo si attenua nella sua consistenza e si trasforma in interesse legittimo (purchè un potere discrezionale di disporre di quel diritto sia conferito alla p.a.) e come tale può ricevere protezione solo dal giudice amministrativo, per cui il criterio di riparto, deve

15 Vedi inoltre, **Cass. sez. unite n. 7388 del 27 marzo 2007**, secondo cui, *“in tema di contenzioso tributario, l'art. 12, comma secondo, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, configurando la giurisdizione tributaria come giurisdizione a carattere generale, che si radica in base alla materia, indipendentemente dalla specie dell'atto impugnato, comporta la devoluzione alle commissioni tributarie anche delle controversie relative agli atti di esercizio dell'autotutela tributaria, non assumendo alcun rilievo in proposito la natura discrezionale di tali provvedimenti, in quanto l'art. 103 Cost. non prevede una riserva assoluta di giurisdizione in favore del giudice amministrativo per la tutela degli interessi legittimi, e ferma restando la necessità di una verifica da parte del giudice tributario in ordine alla riconducibilità dell'atto impugnato alle categorie indicate dall'art. 19 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, la quale non attiene alla giurisdizione, ma alla proponibilità della domanda”*.

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

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

Sulla sindacabilità del potere discrezionale nella sua evoluzione sia consentito richiamare il mio scritto *“Potere discrezionale e merito nell'attività della p.a.”* in *Il Foro Amministrativo*, 1993 , pagg. 1954 e segg.

effettuarsi secondo che sia contestato la carenza di potere della p.a. o lo scorretto esercizio del potere (Cass.s.u. n.1657 del 4.7.1949, pres. Ferrara¹⁸).

Ebbene il suddetto criterio con il potere o mancato potere della pubblica Amministrazione viene riprodotto fedelmente **nell'art.7 del Codice del processo amministrativo¹⁹**, e **nell'art.133 Materie di giurisdizione esclusiva²⁰**.

18 La teoria in esame ha trovato il primo concreto riferimento applicativo con la nota sentenza Ferrari delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 4 luglio 1949 n. 1657, nell'ambito della quale la discriminazione tra giudice amministrativo e ordinario viene così individuata: se il cittadino nega che il potere discrezionale di disporre di quel diritto sia conferito all'autorità amministrativa, la competenza a conoscere di tale controversia spetta al giudice ordinario, perché si tratta di accertare se il diritto subiettivo sia tale anche di fronte alla p.a.; se invece la controversia ha per oggetto l'esercizio, che si assume scorretto, del potere discrezionale conferito, sotto l'aspetto della competenza, della forma e del contenuto, la competenza a conoscere della controversia appartiene al giudice amministrativo. La proposizione teorica utilizzata dalla Corte di Cassazione è che quando vi è «potere», ed esso è male esercitato, vi è giurisdizione amministrativa, quando vi è carenza di potere, vi è giurisdizione ordinaria: se la norma attribuisce all'amministrazione un potere, e l'amministrazione lo esercita con atto illegittimo, vi è pur sempre provvedimento amministrativo imperativo, e conseguente effetto estintivo o modificativo dei diritti; quando però l'amministrazione pone in essere un atto in attuazione di una potestà che non ha, vi è carenza di potere e il suo atto non è un provvedimento amministrativo, per cui non può esservi né imperatività né estinzione o modificazione dei diritti: il titolare di questi ne conserva la titolarità e può chiederne tutela al giudice ordinario.

Non è raro, per altro, rinvenire nella giurisprudenza amministrativa affermazioni tese a contrastare la categoria in questione. A volte il g.a., ad esempio, qualifica come vizio di legittimità per violazione del principio di tipicità degli atti amministrativi, la mancanza di una norma che espressamente disciplini l'esercizio del potere destinato a tradursi in un dato provvedimento amministrativo. Analogamente accade nel caso di provvedimento adottato in violazione di una riserva relativa di legge, quale quella prevista dall'art. 23 cost.

Dal tentativo di approfondire l'analisi della nozione di carenza di potere è gemmata grazie alla giurisprudenza della Cassazione (*il "leading case"* è Cass. n. 2481/1957) una sottodistinzione tra carenza di potere in astratto ed in concreto. Se nella prima ipotesi si contesta che vi sia una norma che attribuisce alla p.a. agente il potere esercitato, nella seconda, invece, la contestazione cade sull'esistenza in concreto di uno o più dei presupposti ai quali la norma subordina l'esercizio del potere. Questa posizione sposata dalla Cassazione (Cass. n. 36/2001) e respinta dal Consiglio di Stato (Cons. St., ad. Plen. n. 4/2003), porta, però, a rendere estremamente labile il confine tra la carenza di potere ed il vizio di legittimità, ed in particolare a dover distinguere, con tutte le difficoltà del caso, tra assenza dei presupposti di esistenza del potere e violazione dei requisiti legislativi per il legittimo esercizio del potere.

19 **Codice del Processo amm. Dlgs 104/2010 art.7** secondo cui "1. Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico. 2. Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo. 3. La giurisdizione amministrativa si articola in giurisdizione generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito. 4. Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo 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. 5. Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi. 6. Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie indicate dalla legge e dall'articolo 134. Nell'esercizio di tale

giurisdizione il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione.7. Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi.8. Il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa”.

20 **Codice del Processo amm. Dlgs 104/2010 art.133** secondo cui “1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: a) le controversie in materia di: 1) risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo; 2) formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni; 3) dichiarazione di inizio attività; 4) determinazione e corresponsione dell'indennizzo dovuto in caso di revoca del provvedimento amministrativo; 5) nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato; 6) diritto di accesso ai documenti amministrativi; b) le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche; c) le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità; d) le controversie concernenti l'esercizio del diritto a chiedere e ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni e con i gestori di pubblici servizi statali; e) le controversie: 1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative; 2) relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto; f) le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio, e ferme restando le giurisdizioni del Tribunale superiore delle acque pubbliche e del Commissario liquidatore per gli usi civici, nonché del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa; g) le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per quelle riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa; h) le controversie aventi ad oggetto i decreti di espropriazione per causa di pubblica utilità delle invenzioni industriali; i) le controversie relative ai rapporti di lavoro del personale in regime di diritto pubblico; l) **le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati**, adottati dalla Banca d'Italia, dalla Commissione nazionale per le società e la borsa, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dalla Commissione vigilanza fondi pensione, dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione, dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private, comprese le controversie relative ai ricorsi avverso gli atti che applicano le sanzioni ai sensi dell'articolo 326 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209; m) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti in materia di comunicazioni elettroniche, compresi quelli relativi all'imposizione di servitù; n) le controversie relative alle sanzioni amministrative ed ai provvedimenti adottati dall'organismo di regolazione competente in materia di infrastrutture ferroviarie ai sensi dell'articolo 37 del decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 188; o) le controversie,

In buona sostanza, per l'individuazione dell'autorità giurisdizionale da adire, seguendo la logica del processo civile per la scelta tra Giudice di Pace e Tribunale (sino a qualche tempo addietro anche il Pretore ed il Giudice Conciliatore) applicando il criterio della materia e/o del valore, occorre verificare se l'autorità amministrativa abbia sindacato e/o potere e nel caso di potere se quella materia rientri anche in una di quelle previste dall'art.133 del Codice²¹, caso in cui il Giudice amministrativo potrà spingersi sino ai diritti soggettivi.

incluse quelle risarcitorie, attinenti alle procedure e ai provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti la produzione di energia, ivi comprese quelle inerenti l'energia da fonte nucleare, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche e quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti; p) le controversie aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, e le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati; q) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti anche contingibili ed urgenti, emanati dal Sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica, di incolumità pubblica e di sicurezza urbana, di edilizia e di polizia locale, d'igiene pubblica e dell'abitato; r) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti relativi alla disciplina o al divieto dell'esercizio d'industrie insalubri o pericolose; s) le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni in materia di danno all'ambiente, nonché avverso il silenzio inadempiuto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo Ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale, nonché quelle inerenti le ordinanze ministeriali di ripristino ambientale e di risarcimento del danno ambientale; t) le controversie relative all'applicazione del prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari; u) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti in materia di passaporti; v) le controversie tra lo Stato e i suoi creditori riguardanti l'interpretazione dei contratti aventi per oggetto i titoli di Stato o le leggi relative ad essi o comunque sul debito pubblico; z) le controversie aventi ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservate agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ed escluse quelle inerenti i rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti”.

21 A tal proposito vedi anche Corte Cost. sentenza 204/2004 secondo cui “.....omissis ...I giudici rimettenti lamentano che la legge n. 205 del 2000, portando a compimento un disegno di politica legislativa volto, a partire dal 1990, ad estendere l'area della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, abbia sostituito al criterio di riparto della giurisdizione fissato in Costituzione, e costituito dalla dicotomia diritti soggettivi-interessi legittimi, il diverso criterio dei “blocchi di materie”: in tal modo sarebbe stato alterato non soltanto il rapporto tra giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo – rapporto che, pur non essendo stato realizzato il principio dell'unicità della giurisdizione, dovrebbe pur sempre essere di regola ad eccezione quanto alla cognizione su diritti soggettivi – ma anche il rapporto, all'interno della giurisdizione del giudice amministrativo, tra giurisdizione (generale) di legittimità e giurisdizione (speciale, se non eccezionale) esclusiva. L'interno della giurisdizione del giudice amministrativo, tra giurisdizione (generale) di legittimità e giurisdizione (speciale, se non eccezionale) esclusiva. La violazione degli artt. 102 e 103 Cost. (e dell'art. 100 – aggiunge l'ordinanza n. 488 del 2002 – con la trasformazione del Consiglio di Stato da giudice “nell'amministrazione” in giudice “dell'amministrazione”) non si sarebbe realizzata con i pur massicci interventi legislativi degli anni '90, in quanto le nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva concernevano pur sempre «talune specifiche controversie» caratterizzate «dall'intreccio di posizioni giuridiche riconducibili tanto al diritto soggettivo quanto all'interesse legittimo»: è con il d.lgs. n. 80 del 1998, specie come trasfuso nell'art. 7 della legge n. 205 del 2000, che il legislatore ha abbandonato il criterio

In altre parole, per l'operatore giuridico sarà necessario in una prima analisi verificare se la P.A. agisca con un potere che gli è stato attribuito a monte ovvero agisca in assoluta carenza di potere in quanto nella prima ipotesi la scelta cadrà sempre inevitabilmente nella autorità giurisdizionale amministrativa e se la materia di cui si discute rientra in una di quelle ora indicate nell'art.133 del Codice del Processo allora il G.A avrà sindacato anche sui diritti soggettivi, mentre nella seconda ipotesi ovvero quella di carenza assoluta di potere o, in altre parole, di mero comportamento allora è pacifico che l'autorità giurisdizionale sarà quella ordinaria.

In tale scenario, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, alla luce dei parametri contenuti nel Codice del processo amministrazione e, a parere di chi scrive

dello «inestricabile nodo gordiano» ravvisabile in specifiche controversie correlate all'interesse generale per accogliere quello dei «blocchi di materie», nelle quali «la commistione di diritti soggettivi ed interessi legittimi non si debba ricercare nelle varie tipologie delle singole controversie ma nell'atteggiarsi dell'azione della pubblica amministrazione in settori determinati, anche se molto estesi, connotati da una significativa presenza dell'interesse pubblico». La Costituzione, attribuendo al giudice ordinario «il ruolo di giudice naturale dei diritti soggettivi tra privati e pubblica amministrazione», avrebbe recepito e fatto propri i principi ispiratori della legge n. 2248 del 1865, All. E, così conferendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo un carattere residuale, che può giustificare «eccezioni ma non stravolgimenti» rispetto alla «tendenziale generalità ed illimitatezza delle attribuzioni del giudice ordinario»

La sentenza n. 191/2006 della Corte costituzionale sposa le premesse della sentenza n. 204/2004 e **si occupa di illuminare le ipotesi in cui l'attribuzione al g.a. della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo sia costituzionalmente legittima.** A tal fine il giudice delle leggi chiarisce che nelle ipotesi in cui i comportamenti causativi di danno costituiscono esercizio, ancorché viziato da illegittimità, della funzione pubblica, la previsione di una giurisdizione del g.a. risulta pienamente legittima. Tanto in considerazione del legame esistente tra il potere autoritativo attribuito all'amministrazione ed il danno ingiusto cagionato dalla stessa in ragione di un comportamento esecutivo del potere in questione, quindi a questo direttamente riconducibile.

Grazie alle due sentenze del Giudice delle leggi si ottiene una visione nuova della nozione di potere, utile ai fini del riparto, ed infatti, da un lato, viene evidenziata la possibilità che il potere sia incanalato verso formule convenzionali; dall'altro, si nega che l'atto amministrativo sia l'unica forma di espressione del potere, giacché lo stesso può manifestarsi anche secondo schemi comportamentali. Con la sentenza 27 aprile 2007, n. 140, invece, la Corte costituzionale opera un'ulteriore chiarificazione, escludendo che la presenza di un diritto fondamentale possa comportare ex se l'assenza di un potere amministrativo tipizzato. L'esercizio di una funzione legittima da parte dell'amministrazione può, infatti, tradursi, qualora si discosti dai parametri di legittimità, in un danno per un diritto fondamentale, la cui tutela può essere assegnata al g.a. in sede di giurisdizione esclusiva. Nella fattispecie la Corte ha respinto la censura di costituzionalità in relazione all'art. 103 cost. portata contro l'art. 1, comma 552, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2005), nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto le procedure ed i provvedimenti in materia di impianti di energia elettrica di cui al decreto-legge 7 febbraio 2002, n. 7 (Misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale), convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2002, n. 55 e le relative questioni risarcitorie. Dalla stringata motivazione si coglie la chiara affermazione della piena possibilità di coesistenza del potere amministrativo con i diritti fondamentali, la cui tutela resta confinata all'ipotesi in cui l'esercizio del potere amministrativo non si svolga legittimamente. Sembra così essere smentito l'assunto secondo il quale: “dove c'è diritto non c'è potere.”.

discostandosi da essi, a fronte di una domanda di risarcimento del danno nei confronti della Pubblica amministrazione per un comportamento legittimo della P. A., hanno occasione di intervenire per ammettere nuovamente la giurisdizione del Giudice ordinario²².

22 Correttamente la Suprema Corte ha evidenziato che...”*Con riferimento alla questione di giurisdizione sottoposta all’esame di questa Suprema Corte, si osserva: se la pubblica amministrazione procede alla emanazione di provvedimenti illegittimi -contro i quali, ai sensi del primo comma dell’art. 113 della Costituzione, è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi lesi dinanzi agli organi di giustizia ordinaria o amministrativa – determina la lesione dei diritti o degli interessi in maniera diversa a seconda che l’interesse leso rientri nella categoria generale degli interessi pretensivi o in quella degli interessi oppositivi. Se l’interesse è pretensivo la sua lesione si concretizza nello illegittimo diniego o nella ritardata assunzione di un provvedimento amministrativo (legittimo); se l’interesse è oppositivo la sua lesione si concretizza nello illegittimo sacrificio di un bene o di una situazione di vantaggio. L’art. 35 del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall’art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, dispone che “il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto. “ La Corte Costituzionale, nelle sentenze n. 292 del 2000 e 281 del 2004, ha chiarito che con tale disposizione il legislatore ha inteso rendere piena ed effettiva la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, concentrando innanzi al giudice amministrativo non solo la fase del controllo di legittimità dell’azione amministrativa, ma anche (ove configurarle) quella della riparazione per equivalente, ossia il risarcimento del danno, evitando per esso la necessità di instaurare un successivo e separato giudizio innanzi al giudice ordinario; ha chiarito, però, che il risarcimento del danno ingiusto non costituisce una nuova materia attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma esclusivamente uno strumento di tutela ulteriore e di completamento rispetto a quello classico demolitorio, da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. In altre parole il legislatore ha inteso realizzare la unificazione della tutela avanti al giudice amministrativo, concentrando dinanzi allo stesso sia i poteri di annullamento dell’atto illegittimo che la tutela risarcitoria consequenziale alla pronuncia di legittimità dell’atto o provvedimento contro cui si ricorre (argomenta anche dal succitato art. 113 Cost), prima riservata al giudice ordinario. Ne deriva che la attrazione della tutela risarcitoria nell’ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo può verificarsi esclusivamente qualora il danno, patito dal soggetto che ha proceduto alla impugnazione dell’atto, sia conseguenza immediata e diretta (art. 1223 ce.) della illegittimità dell’atto impugnato; pertanto, qualora si tratti di atto o provvedimento rispetto al quale l’interesse tutelabile è quello pretensivo, il soggetto che può chiedere la tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo, perché vittima di danno ricollegabile con nesso di causalità immediato e diretto al provvedimento impugnato, è colui che si è visto, a seguito di una fondata richiesta, ingiustamente negare o adottare con ritardo il provvedimento amministrativo richiesto; qualora si tratti di atto o provvedimento amministrativo rispetto al quale l’interesse tutelabile si configura come oppositivo, il soggetto che può chiedere la tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo è soltanto colui che è portatore dello interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio, che vengono direttamente pregiudicati dall’atto o provvedimento amministrativo contro il quale ha proposto ricorso. Soltanto in queste situazioni la tutela risarcitoria si pone come tutela consequenziale e comporta, quindi, la concentrazione della fase del controllo di legittimità dell’azione amministrativa e quella della riparazione per equivalente, ossia il risarcimento del danno, dinanzi all’unico giudice amministrativo. Tra gli atti rispetto ai quali è configurabile un interesse pretensivo rientra la concessione edilizia. Appare opportuno precisare che la concessione edilizia prevista dalla legge n. 10/77 in sostituzione della licenza edilizia, nonostante il “nomen iuris”, non è una concessione. La Corte Costituzionale nella sentenza 5/1980 ha chiarito che la concessione edilizia ha struttura e funzione di autorizzazione. In detta sentenza si afferma che il diritto di edificare inerisce alla proprietà dell’area da edificare (ius aedificandi), e che tale diritto, però, può essere esercitato solo entro i limiti, anche temporali, stabiliti dagli strumenti urbanistici; che sussistendo le condizioni richieste solo il proprietario o il titolare di altro diritto reale, che legittimi a costruire, può edificare, non essendo consentito dal sistema che altri possa,*

autoritativamente, essere a lui sostituito per la realizzazione dell'opera; che, quindi, la concessione a edificare non è attributiva di diritti nuovi, ma presuppone facoltà preesistenti, sicché sotto questo profilo non adempie a funzione sostanzialmente diversa da quella dell'antica licenza, avendo lo scopo di accertare la ricorrenza delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio del diritto, nei limiti in cui il sistema normativo ne riconosce e tutela la consistenza. Il proprietario del suolo o il titolare di altro diritto reale, che legittimi a costruire, hanno, quindi, un interesse pretensivo al rilascio della concessione edilizia; se il richiedente che si trova nelle condizioni previste dalla legge per il rilascio di detta concessione, se la veda ingiustamente negare, può insorgere contro l'illegittimo provvedimento di diniego chiedendo al giudice amministrativo sia il controllo della legittimità dell'atto sia il conseguente risarcimento del danno. In questo caso è ammissibile la concentrazione di entrambe le tutele dinanzi allo stesso giudice, potendo l'avente diritto al rilascio della licenza invocare entrambe le tutele.....”

Meno condivisibile è l'affermazione resa dalle Sezioni Unite secondo cui “ Diversa è la situazione del proprietario o di altro titolare dello” ius aedificandi” che ottenuta la concessione edilizia ed iniziata l'attività di edificazione sul fondo facendo affidamento (incolpevole) sulla (apparente) legittimità dell'atto, venga successivamente privato del diritto ad edificare a seguito di annullamento di ufficio della concessione o di annullamento giurisdizionale della stessa su ricorso di un soggetto (in tal caso titolare di un interesse oppositivo), che assuma la intervenuta lesione di un suo diritto (in tal caso titolare del provvedimento impugnato.....omissis “.....viene in considerazione un danno che oggettivamente prescinde da valutazioni sull'esercizio del potere pubblico, fondandosi su doveri di comportamento il cui contenuto certamente non dipende dalla natura privatistica o pubblicistica del soggetto che ne è responsabile, atteso che anche la pubblica amministrazione, come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare nell'esercizio della attività amministrativa principi generali di comportamento, quali la perizia, la prudenza, la diligenza, la correttezza. Di quanto si è osservato sin qui si può offrire questa sintesi. In base agli artt. 103 e 113 Cost. il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela contro gli atti della pubblica amministrazione. La giurisdizione amministrativa è dunque ordinata ad apprestare tutela – cautelare, cognitoria ed esecutiva – contro l'agire della pubblica amministrazione, manifestazione di poteri pubblici, quale si è concretato nei confronti della parte, che in conseguenza del modo in cui il potere è stato esercitato ha visto illegittimamente impedita la realizzazione del proprio interesse sostanziale o la sua fruizione. Dei poteri che al giudice amministrativo è stato dato di esercitare per la tutela degli interessi sacrificati dall'agire illegittimo della pubblica amministrazione, dal d.lgs. 80 del 1998 in poi, ha iniziato a far parte anche il potere di condanna al risarcimento del danno, in forma di completamento o sostitutiva: risarcimento che è perciò volto a contribuire ad elidere le conseguenze di quell'esercizio del potere che si è risolto in sacrificio illegittimo dell'interesse sostanziale del destinatario dell'atto. Casi, come quello in esame, non prospettano un'esigenza di tutela quale quella appena delineata. La parte che agisce in giudizio non è stata destinataria di un provvedimento ablatorio, di un comportamento silenzioso mantenuto su una domanda di provvedimento favorevole o del diniego di un tale procedimento, atti o comportamenti di cui avrebbe potuto avere ragione di postulare l'illegittimità e sollecitare di tale illegittimità l'affermazione con l'ulteriore eventuale ristoro del danno che quella illegittimità gli avesse provocato. Nel caso in esame, la parte ha ottenuto il rilascio di una concessione edilizia e ha iniziato a realizzare il manufatto oggetto della concessione. Questa situazione di fatto non era tale da sollecitare alcuna esigenza di tutela contro un agire illegittimo della pubblica amministrazione. L'esigenza di tutela – risarcitoria e solo di tale tipo – affiora in questo come in analoghi casi solo per l'affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole e non richiede che per ottenere il risarcimento la parte domandi al giudice amministrativo un accertamento a proposito della illegittimità del comportamento tenuto dall'amministrazione, perché questo accertamento essa ha invece interesse a contrastarlo nel giudizio di annullamento del provvedimento summenzionato da altri provocato e può solo subirlo. La parte che invoca la tutela risarcitoria non postula dunque un esercizio illegittimo del potere, consumato in suo confronto con sacrificio del corrispondente interesse sostanziale, ma la colpa che connota un comportamento consistito per contro nella emissione di atti favorevoli, poi ritirati per pronuncia giudiziale o in autotutela, atti che hanno creato affidamento nella loro legittimità ed orientato una corrispondente successiva condotta pratica, poi dovuta arrestare. La possibilità di questa sola e, quindi, autonoma tutela porta ad escludere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, invocata dalle controparti in applicazione dell'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000, non solo, ma anche quella generale di legittimità, stante la consistenza di diritto soggettivo della situazione, nel caso di

Nei casi in esame, la Suprema Corte di Cassazione afferma che la domanda risarcitoria avanzata dal cittadino, a fronte di provvedimenti favorevoli ma poi annullati in sede di autotutela e in sede giurisdizionale, potrà essere fatta valere innanzi il G.O. in quanto ciò che è in contestazione è la lesione dell'affidamento del privato per mero comportamento della P.A.

Va evidenziato come la Suprema Corte trascura un dato ineliminabile ovvero che l'agire della P.A. è il frutto di un suo comportamento pubblicistico e non viceversa "mero comportamento" in quanto in queste ipotesi non ha agito come un soggetto di mero diritto privato ma si è avvalsa dei suoi poteri autoritativi espressione di potere pubblicistico, aggiungendo anche l'ulteriore circostanza che tutti i casi sottoposti alla sua attenzione rientrano in una di quelle materie di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art.133 c.p.a.

E' quindi necessario distinguere tra comportamenti meri che la p.a tiene come soggetto di diritto comune che viola obblighi di diritto comune, di pertinenza del GO e comportamenti amministrativi con cui la P.A. esercita il potere con comportamenti non atti riconducibili alla sua veste di autorità pubblica, comportamenti attratti al GA, specie in sede esclusiva.

Orbene, a questo punto, superato che tale potere non gli spetta o è venuto meno in quanto ha espletato tutte quelle procedure per il soddisfacimento del fine teleologico dell'interesse pubblico (procedura della scelta del contraente, procedure concorsuali) allora agisce *iure privatorum* ed in questo caso la giurisdizione spetta al G.O.

A titolo esemplificativo si può ricordare l'esecuzione di un contratto, rilascio immobile della P.A, revoca di un socio di un società di cui è socio di maggioranza, quando agisce come datore di lavoro (non a caso le riforme della Pubblica amministrazione a partire dalla 29/1993 e dalla 165 /2001 hanno escluso la giurisdizione del G.A ad eccezione di alcune categorie quali i militari, professori anche per le procedure concorsuali), terminata dunque la mera fase di perseguimento del pubblico interesse e di applicazione di scelta nella procedura allora agisce come un privato e dunque alla stessa stregua soggiace alla giurisdizione ordinaria.

specie, fatta valere. Va dichiarata, pertanto, la giurisdizione del giudice ordinario, compensando integralmente tra le parti, data la complessità della questione, le spese del giudizio di cassazione".

Ciò che non si comprende è che il risarcimento del danno per legittimo affidamento, nel caso di specie, era comunque correlato ad un nuovo e diverso ma pur sempre esercizio del potere della P.a e peraltro in una materia in cui ha giurisdizione esclusiva e dunque a logica – anche prima dell’entrata in vigore del Codice del Processo amministrativo prima – avrebbe dovuto essere attratta nella giurisdizione del Giudice amministrativo. A ciò deve altresì aggiungersi che, in linea con quanto di recente statuito dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²³, al ricorrente - impresa non sarebbe stato

²³ Vedi inoltre **Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n.3/2011** secondo cui: “L’art. 30, comma 3, del codice dispone, infatti, al secondo periodo, stabilisce che, nel determinare il risarcimento, **“il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza, anche attraverso l’esperimento degli strumenti di tutela previsti”**. **La disposizione, pur non evocando in modo esplicito il disposto dell’art. 1227, comma 2, del codice civile, afferma che l’omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell’esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l’ordinaria diligenza**. E tanto in una logica che vede l’omessa impugnazione non più come preclusione di rito ma come fatto da considerare in sede di merito ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile. Operando una ricognizione dei principi civilistici in tema di causalità giuridica e di principio di auto-responsabilità, il codice del processo amministrativo sancisce la regola secondo cui la tenuta, da parte del danneggiato, di una condotta, attiva od omissiva, contraria al principio di buona fede ed al parametro della diligenza, che consenta la produzione di danni che altrimenti sarebbero stati evitati secondo il canone della causalità civile imperniato sulla probabilità relativa (secondo il criterio del “più probabilmente che non” : Cass., sezioni unite, 11 gennaio 1008, n. 577; sez. III, 12 marzo 2010, n. 6045), recide, in tutto o in parte, il nesso casuale che, ai sensi dell’art. 1223 c.c., deve legare la condotta antigiuridica alle conseguenze dannose risarcibili. Di qui la rilevanza sostanziale, sul versante prettamente causale, dell’omessa o tardiva impugnazione come fatto che preclude la risarcibilità di danni che sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di rituale utilizzazione dello strumento di tutela specifica predisposto dall’ordinamento a protezione delle posizioni di interesse legittimo onde evitare la consolidazione di effetti dannosi. Va aggiunto che la latitudine del generale riferimento ai mezzi di tutela e al comportamento complessivo consente di soppesare l’ipotetica incidenza eziologica non solo della mancata impugnazione del provvedimento dannoso ma anche dell’omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, quali la via dei ricorsi amministrativi e l’assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell’autotutela amministrativa (cd. invito all’autotutela). Va, del pari, apprezzata l’omissione di ogni altro comportamento esigibile in quanto non eccedente la soglia del sacrificio significativo sopportabile anche dalla vittima di una condotta illecita alla stregua del canone di buona fede di cui all’art. 1175 e del principio di solidarietà di cui all’art. 2 Cost. La rilevanza sostanziale delle condotte negligenti, eziologicamente pregnanti, è confermata anche dall’art. 124 del codice del processo amministrativo e dell’art. 243 bis del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. La prima disposizione sancisce, al comma 2, questa volta recando un riferimento esplicito alla normativa civilistica, che “la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1” (ossia la domanda di conseguire l’aggiudicazione e il contratto) “o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto è valutata dal Giudice ai sensi dell’art. 1227 del codice civile”. **omissis.....** In tal modo il codice ha suggellato un punto di equilibrio capace di superare i contrasti ermeneutici registratisi in subiecta materia tra le due giurisdizioni e, in parte, anche in seno ad ognuna di esse. Il legislatore, in definitiva, ha mostrato di non condividere la tesi della pregiudizialità pura di stampo processuale al pari di quella della totale autonomia dei due rimedi, approdando ad una soluzione che, non considerando l’omessa impugnazione quale sbarramento di rito, aprioristico ed astratto, valuta detta condotta come fatto concreto da apprezzare, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, per escludere il risarcimento dei

danni evitabili per effetto del ricorso per l'annullamento. E tanto sulla scorta di una soluzione che conduce al rigetto, e non alla declaratoria di inammissibilità, della domanda avente ad oggetto danni che l'impugnazione, se proposta nel termine di decadenza, avrebbe consentito di scongiurare..... **omissis**..... pregnante nel nostro ordinamento alla luce dell'art. 1 del codice del processo amministrativo che richiama espressamente i principi della Costituzione e del diritto europeo volti ad assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva. La soluzione è suffragata anche dall'evoluzione della legislazione nazionale - registratasi già prima dal codice del processo amministrativo e da questo armonicamente portata a compimento - in ordine alle tecniche di tutela dell'interesse legittimo ed al sistema delle invalidità nel diritto amministrativo. Una soluzione rigidamente processuale che imponga la proposizione del ricorso di annullamento quale condizione per accedere alla tutela risarcitoria anche quando la sentenza costitutiva non sia, o non sia più, necessaria ed utile per soddisfare l'interesse sostanziale al bene della vita. **Omissis** Assume rilievo, in particolare, il più volte citato disposto dell'art. 1227, comma 2, del codice civile - norma applicabile anche in materia aquiliana per effetto del rinvio operato dall'art. 2056 - che, dando seguito ad un principio già affermato dalla dottrina francese ottocentesca, considera non risarcibili i danni evitabili con un comportamento diligente del danneggiato. **L'Adunanza, riprendendo le indicazioni già in precedenza fornite, reputa che la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione e degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, oggi sancita dall'art. 30, comma 3, del codice del processo amministrativo, sia ricognitiva di principi già evincibili alla stregua di un'interpretazione evolutiva del capoverso dell'articolo 1227 cit. Come è noto, le regole di cui al primo e al secondo comma dell'art. 1227 disciplinano i due diversi segmenti del nesso causale in materia di illecito civile. In particolare, il comma 1, in combinato disposto con l'art. 1218 c.c., nell'affrontare il primo stadio della causalità (c.d. causalità materiale), inerente al rapporto tra condotta illecita (o inadempitiva) e danno-evento, valorizza il concorso di colpa del danneggiato come fattore che limita il risarcimento del danno-causato in parte dallo stesso danneggiato o dalle persone di cui questi risponde. Il comma 2, invece, operando sui criteri di determinazione del danno-conseguenza ex art. 1223 c.c., regola il secondo stadio della causalità (c.d. causalità giuridica), relativo al nesso tra danno-evento (o evento-inadempimento contrattuale) alle conseguenze dannose da esso derivanti. In questo quadro la norma introduce un giudizio basato sulla cd. causalità ipotetica, in forza del quale non deve essere risarcito il danno che il creditore non avrebbe subito se avesse serbato il comportamento collaborativo cui è tenuto, secondo correttezza. Si vuole, a questa stregua, circoscrivere il danno derivante dall'inadempimento entro i limiti che rappresentano una diretta conseguenza dell'altrui colpa. Sul piano teleologico, la prescrizione, espressione del più generale principio di correttezza nei rapporti bilaterali, mira a prevenire comportamenti opportunistici che intendano trarre occasione di lucro da situazioni che hanno leso in modo marginale gli interessi dei destinatari tanto da non averli indotti ad attivarsi in modo adeguato onde prevenire o controllare l'evolversi degli eventi (cfr., per ulteriori applicazioni del principio di causalità ipotetica, artt. 1221, comma 1 e 1805, comma 2 c.c., 369 cod nav.).**

L'articolo 1227, capoverso, costituisce allora applicazione del più generale principio di esclusione della responsabilità ogni volta in cui si provi, in base ad un giudizio ipotetico più che strettamente causale, che il danno prodottosi non rappresenta una perdita patrimoniale per il creditore o per il danneggiato in quanto l'avrebbe egualmente subita o perché avrebbe potuto evitarla. La giurisprudenza e la dottrina hanno nel tempo dilatato, in sede interpretativa, la portata ed i confini dell'impegno cooperativo gravante sul creditore vittima di un altrui comportamento illecito. Risulta così superato il tradizionale indirizzo restrittivo secondo il quale il canone della «diligenza» di cui all'art. 1227, comma 2, imporrebbe il mero obbligo (negativo) del creditore di astenersi da comportamenti volti ad aggravare il danno, mentre esulerebbe dallo spettro degli sforzi esigibili la tenuta di condotte di tipo positivo sostanzianti in un facere. La giurisprudenza più recente, muovendo dal presupposto che la disposizione in parola non è formula meramente ricognitiva dei principi che governano la causalità giuridica consacrati dall'art. 1223 c.c. ma costituisce autonoma espressione di una regola precettiva che fonda doveri comportamentali del creditore imperniati sul canone dell'auto-responsabilità, ha, infatti, adottato un'interpretazione estensiva ed evolutiva del comma 2 dell'art. 1227, secondo cui il creditore è gravato non soltanto da un obbligo negativo (astenersi dall'aggravare il danno), ma anche da un obbligo positivo (tenere quelle condotte, anche positive, esigibili, utili e possibili, rivolte a evitare o ridurre il danno). Tale orientamento si fonda su una lettura dell'art. 1227, comma 2, alla luce delle clausole generali di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. e, soprattutto, del

nemmeno imputabile l'omesso comportamento in quanto in modo solerte si era attivato per l'impugnativa degli atti.

In questo scenario, come sopra esposto, interviene anche la Corte costituzionale²⁴ bocciando la giurisdizione esclusiva del Tar Lazio sulle controversie relative alle sanzioni inflitte dalla Consob in quanto il legislatore delegato, non tenendo conto della giurisprudenza contraria delle Sezioni unite della Cassazione, ha superato i limiti della delega che lo obbligava "nel momento in cui interveniva in modo innovativo sul riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e giudici amministrativi", a tenere conto della «giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori» nell'assicurare la concentrazione delle tutele, secondo quanto prescritto dalla legge di delega (art. 44, commi 1 e 2, della legge n.69 del 2009).

La Consulta, dunque, con la sentenza n. 162/2012 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 133, comma 1, lettera l), 135, comma 1, lettera c), e 134, comma 1, lettera c), del Dlgs 2 luglio 2010, n. 104, nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del Tar Lazio - sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob), e dell'art. 4, comma 1, numero 19), dell'Allegato numero 4, del medesimo Dlgs n. 104 del 2010²⁵.

principio di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost. omissis. Un limite all'obbligazione cooperativa e mitigatrice del creditore e agli sforzi in capo allo stesso esigibili è, peraltro, rappresentato dalla soglia del c.d. apprezzabile sacrificio: il danneggiato è tenuto ad agire diligentemente per evitare l'aggravarsi del danno, ma non fino al punto di sacrificare i propri rilevanti interessi personali e patrimoniali, attraverso il compimento di attività complesse, impegnative e rischiose. L'obbligo di cooperazione gravante sul creditore, espressione del dovere di correttezza nei rapporti fra gli obbligati, non comprende, pertanto, l'esplicazione di attività straordinarie o gravose attività, ossia un "facere" non corrispondente all' id quod plerumque accidit. (così, da ultimo, Cass.civ., sez. I, 5 maggio 2010, n. 10895). 7.2. Resta allora da vedere, venendo al tema oggetto del presente giudizio, se nel novero dei comportamenti esigibili dal destinatario di un provvedimento lesivo sia sussumibile, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., anche la formulazione, nel termine di decadenza, della domanda di annullamento, quante volte l'utilizzazione tempestiva di siffatto rimedio sarebbe stata idonea, secondo il ricordato paradigma della causalità ipotetica basata sul giudizio probabilistico, ad evitare, in tutto o in parte, il pregiudizio.

²⁴ Cfr. nota n.1.

²⁵ Nello specifico *Con ordinanza emessa dalla Corte d'appello di Torino, in data 25 marzo 2011, nel procedimento civile promosso da INPROGRAMME s.a.s., A.C. e P.D. contro la Commissione nazionale per le società e la borsa (d'ora in poi, CONSOB), è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), nonché degli artt. 133, comma 1, lettera l), 134, comma 1, lettera c), e 135, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 2 luglio 2010, n.*

104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), «nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva amministrativa in generale, e del T.A.R. Lazio – sede di Roma in specie», le controversie relative alle sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB. Inoltre, è stata contestualmente sollevata questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 1, numero 19), dell'Allegato numero 4, del medesimo d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), nella parte in cui abroga l'art. 187-septies, comma 4, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52). Secondo il giudice rimettente, tali disposizioni sarebbero configgenti con gli artt. 3, 76, 103, primo comma, 113, primo comma, 111, commi secondo, settimo e ottavo, della Costituzione.....4.1.— Con particolare riferimento alla ritenuta violazione dell'art. 76 della Costituzione, il giudice rimettente ritiene che le disposizioni censurate eccedano la delega conferita. Infatti, l'art. 44, commi 1 e 2, della legge n. 69 del 2009 delegava il Governo al «riassetto del processo» amministrativo (...) riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni», al fine di adeguare le medesime «alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori». Tale direttiva deve interpretarsi, ad avviso del giudice a quo, nel senso che essa legittimi solo le modificazioni strumentali delle norme vigenti rispetto allo scopo di comporre in un testo normativo unitario, così come già precisato dalla giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 112 del 2008). Il nuovo codice amministrativo ha, invece, profondamente inciso sulla precedente ripartizione di giurisdizione e competenze, sottraendo importanti settori alle Corti d'appello e concentrandoli nella competenza funzionale e territoriale di un unico ufficio giurisdizionale amministrativo. Inoltre, in base alla delega si sarebbe dovuto procedere ad un adeguamento alla giurisprudenza della Corte costituzionale che, ad avviso del rimettente, avrebbe già statuito l'illegittimità costituzionale dell'assegnazione al giudice amministrativo di interi blocchi di materie (sentenza n. 204 del 2004). Il giudice rimettente rileva ulteriormente come, in base alla delega, si sarebbe dovuto attuare il principio della ragionevole durata del processo, mentre il legislatore delegato ha di fatto diminuito le possibilità di rapida decisione concentrando in un unico ufficio giudiziario (il TAR Lazio – sede di Roma) controversie prima distribuite tra le varie Corti d'appello italiane. Osserva poi il giudice rimettente che, ove si fosse inteso il riferimento, contenuto nel citato art. 44, comma 2, lettera b), numero 1), della legge di delega, al «riordino delle norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo anche rispetto alle altre giurisdizioni», non già come una direttiva al legislatore delegato «entro il perimetro della delega di cui al comma precedente» (vale a dire il riassetto del processo avanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e di assicurare la concentrazione delle tutele), ma come «un'autonoma direttiva che concorresse a delimitare il perimetro stesso» della delega, allora si sarebbe dovuta ravvisare la violazione del canone di specificità della delega quale fissato dall'art. 76 Cost., con conseguente questione di illegittimità costituzionale al riguardo. 4.2.— In riferimento alla denunciata violazione degli artt. 103, primo comma, e 113, primo comma, della Costituzione, il giudice a quo osserva che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 204 del 2004, ha già fissato un triplice limite all'espansione della competenza del giudice amministrativo, precisando che ogni ulteriore ampliamento della sua giurisdizione esclusiva deve anzitutto riguardare materie particolari; in secondo luogo tali materie particolari debbono vedere la pubblica amministrazione agire in forza dei suoi poteri autoritativi, con conseguente insufficienza, ai fini del radicamento della giurisdizione del giudice amministrativo, sia della mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio, sia del generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia; infine, si deve trattare comunque di ambiti in cui si verifica un intreccio di situazioni soggettive, interessi legittimi e diritti soggettivi. Nella specie, secondo il rimettente, mancherebbe proprio l'intreccio di situazioni soggettive, dato che in relazione al profilo della attività di vigilanza svolta dalla CONSOB – che per gli aspetti di discrezionalità amministrativa che la caratterizzano è soggetta giustificatamente alla giurisdizione amministrativa – il soggetto può vantare solo interessi legittimi, mentre in relazione al profilo sanzionatorio, significativamente attivabile anche su segnalazione di terzi e indipendentemente dall'attività di vigilanza, il sanzionato è titolare di diritti soggettivi. Trattandosi di controversie aventi ad oggetto il profilo sanzionatorio di condotte realizzate da chiunque – e non solo da soggetti sottoposti alla vigilanza della CONSOB – deve osservarsi che l'atto sanzionatorio, dal lato dell'autorità indipendente, è caratterizzato dalla doverosità e che, dal lato del soggetto sanzionato, è invece caratterizzato dalla incidenza su posizioni di diritto soggettivo, ciò che non consentirebbe la

devoluzione della giurisdizione al giudice amministrativo, secondo i criteri stabiliti nella citata sentenza della Corte costituzionale. La legge impugnata, ad avviso del rimettente, ha invece proceduto ad attribuire al giudice amministrativo una giurisdizione esclusiva soltanto *ratione personae*, cioè in quanto la CONSOB è parte della pubblica amministrazione, e non per il contenuto degli atti emanati. Quanto poi al bene giuridico protetto dalla sanzione, ovvero la tutela del mercato, questo è ritenuto costituire solo un generico riferimento al pubblico interesse, invero sotteso a qualsiasi attività sanzionatoria, inidoneo a giustificare la sussistenza di una “speciale materia” da devolvere interamente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, considerata l’esplicita previsione dell’art. 113, primo comma, della Costituzione sulla ripartizione di competenza tra giudice ordinario e giudice amministrativo, derogabile solo a fronte di evidenti ragioni di tutela del cittadino non ravvisabili nella specie. D’altro canto, poiché l’attività sanzionatoria doveva ritenersi esulare dalla materia della vigilanza (affidata a quell’autorità indipendente) e trattandosi di attività incidente esclusivamente sulla materia dei diritti soggettivi (così come ritenuto dal diritto vivente, quale espresso dalla Corte di cassazione, sezioni unite civili, 29 novembre 2007, n. 24816), neppure può configurarsi alcun intrinseco o inestricabile collegamento con pubblici interessi tale da poter configurare una “particolare materia” nella quale attribuire la giurisdizione agli organi di giustizia amministrativa anche sui diritti soggettivi, ai fini di quanto previsto dall’art. 103 della Costituzione.....Considerato in diritto”.....**la Corte Costituzionale per un verso ha ritenuto infondata la questione della legittimità costituzionale dell’art.44 della legge 69/2009 in quanto sufficientemente specifica e determinata secondo i canoni della giurisprudenza costituzionale relativa all’art. 76 Cost. (da ultimo sentenza n. 80 del 2012)**

mentre “quanto ai decreti legislativi adottati in attuazione della delega sopramenzionata, il giudice rimettente dubita anzitutto della legittimità costituzionale del “combinato disposto” degli artt. 133, comma 1, lettera l), 134, comma 1, lettera c), e 135, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 104 del 2010, nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del TAR Lazio – sezione di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla CONSOB, per avere il legislatore delegato ecceduto dai limiti stabiliti dalla legge di delega (art. 44 della legge n. 69 del 2009), con conseguente violazione dell’art. 76 Cost. Contestualmente il giudice rimettente dubita della legittimità costituzionale anche dell’art. 4, comma 1, numero 19), dell’Allegato numero 4, del d.lgs. n. 104 del 2010, da intendersi censurato nella parte in cui abroga le previgenti disposizioni attributive della giurisdizione in materia alla Corte d’appello.

4.1.— Nel merito, la questione è fondata con riferimento al parametro di cui all’art. 76 Cost. In riferimento alle deleghe per il riordino o il riassetto di settori normativi – tra le quali, come si è detto poco sopra, deve essere annoverata la delega contenuta nell’art. 44 della legge n. 69 del 2009 – questa Corte ha sempre inquadrato in limiti rigorosi l’esercizio, da parte del legislatore delegato, di poteri innovativi della normazione vigente, non strettamente necessari in rapporto alla finalità di ricomposizione sistematica perseguita con l’operazione di riordino o riassetto. La Corte ha sempre rimarcato che, a proposito di deleghe che abbiano ad oggetto la revisione, il riordino ed il riassetto di norme preesistenti, «l’introduzione di soluzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente è (...) ammissibile soltanto nel caso in cui siano stabiliti principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato», giacché quest’ultimo non può innovare «al di fuori di ogni vincolo alla propria discrezionalità» esplicitamente individuato dalla legge-delega» (sentenza n. 293 del 2010), specificando che «per valutare se il legislatore abbia ecceduto [i] – più o meno ampi – margini di discrezionalità, occorre individuare la ratio della delega» (sentenza n. 230 del 2010). Questi principi, costantemente affermati dalla giurisprudenza di questa Corte e ribaditi da ultimo nella sentenza n. 80 del 2012, impongono, nel caso di deleghe per il riordino o il riassetto normativo, un’interpretazione restrittiva dei poteri innovativi del legislatore delegato, da intendersi in ogni caso strettamente orientati e funzionali alle finalità esplicitate dalla legge di delega. Alla luce di tali principi, in merito alla questione oggi all’esame della Corte, occorre ricordare che la delega – che deve essere qualificata come una delega per il riordino e il riassetto normativo – abilitava il legislatore delegato a intervenire, oltre che sul processo amministrativo, sulle azioni e le funzioni del giudice amministrativo anche rispetto alle altre giurisdizioni e in riferimento alla giurisdizione estesa al merito, ma sempre entro i limiti del riordino della normativa vigente; il che comporta di certo una capacità innovativa dell’ordinamento da parte del Governo delegato all’esercizio della funzione legislativa, da interpretarsi però in senso restrittivo e comunque rigorosamente funzionale al perseguimento delle finalità espresse dal legislatore delegante. 4.2.— In base alla delega conferitagli, il legislatore delegato, nel momento in cui interveniva in modo innovativo sul riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e giudici

Ebbene, alla luce di quanto descritto, emerge come gli sforzi normativi e pretori compiuti in questi ultimi anni sino all'approdo al Codice del Processo amministrativo dimostrino inequivocabilmente come, superato l'entusiasmo iniziale per la nascita del Codice – alla cui stesura hanno partecipato Autorevoli giuristi sia in campo civile che amministrativo - e del buon risultato ottenuto sotto il profilo del dialogo tra le due magistrature²⁶, occorre tuttavia constatare con amarezza come a distanza di due anni

amministrativi, doveva tenere conto della «giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori» nell'assicurare la concentrazione delle tutele, secondo quanto prescritto dalla legge di delega (art. 44, commi 1 e 2, della legge n.69 del 2009).Attribuendo le controversie relative alle sanzioni inflitte dalla CONSOB, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (con la competenza funzionale del TAR Lazio – sede di Roma, e con cognizione estesa al merito), il legislatore delegato non ha invece tenuto conto della giurisprudenza delle sezioni unite civili della Corte di cassazione, formatasi specificamente sul punto .La Corte di cassazione ha, infatti, sempre precisato che la competenza giurisdizionale a conoscere delle opposizioni (art. 196 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) avverso le sanzioni inflitte dalla CONSOB ai promotori finanziari, anche di tipo interdittivo, spetta all'autorità giudiziaria ordinaria, posto che anche tali sanzioni, non diversamente da quelle pecuniarie, debbono essere applicate sulla base della gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale recidiva e quindi sulla base di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa (Corte di cassazione, sezioni unite civili, 22 luglio 2004, n. 13703; nello stesso senso 11 febbraio 2003, n. 1992; 11 luglio 2001, n. 9383). Anche il Consiglio di Stato ha riconosciuto che, in punto di giurisdizione sulle controversie aventi per oggetto sanzioni inflitte dalla CONSOB, sussistessero precedenti giurisprudenziali nel senso della giurisdizione ordinaria, affermando da ultimo la giurisdizione del giudice amministrativo solo sulla base dell'insuperabile dato legislativo espressamente consolidato nell'art. 133 (materie di giurisdizione esclusiva), comma 1, lettera l), del d.lgs. n. 104 del 2010, che prevede testualmente che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati (...) dalla Commissione nazionale per la società e la borsa» (Consiglio di Stato, sezione VI, 19 luglio 2011, n. 10287), vale a dire sulla base proprio delle disposizioni impugnate in questa sede. Precedentemente all'intervento legislativo qui in esame, invece, lo stesso Consiglio di Stato aveva aderito all'impostazione della Cassazione, secondo cui doveva attribuirsi al giudice ordinario la giurisdizione sulle sanzioni inflitte dalla CONSOB (Consiglio di Stato, sezione VI, 6 novembre 2007, n. 6474; cfr. in precedenza, sezione VI, 19 marzo 2002, n. 4148).

La citata giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale esclude che l'irrogazione delle sanzioni da parte della CONSOB sia espressione di mera discrezionalità amministrativa, unitamente alla considerazione che tali sanzioni possono essere sia di natura pecuniaria, sia di tenore interdittivo (giungendo persino ad incidere sulla possibilità che il soggetto sanzionato continui ad esercitare l'attività intrapresa), impedisce di giustificare sul piano della legittimità costituzionale l'intervento del legislatore delegato, il quale, incidendo profondamente sul precedente assetto, ha trasferito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alle sanzioni inflitte dalla CONSOB, discostandosi dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, che invece avrebbe dovuto orientare l'intervento del legislatore delegato, secondo quanto prescritto dalla delega. Di conseguenza, deve ritenersi che, limitatamente a simile attribuzione di giurisdizione, siano stati ecceduti i limiti della delega conferita, con conseguente violazione dell'art. 76 Cost.”

²⁶ Cfr. Pasquale De Lise nella sua Relazione tenuta al Convegno di Varenna il 22-23-23 settembre 2010 sul Codice del Processo amministrativo Dlgs 104/2010 ove manifestava e riportava con entusiasmo la svolta epocale del Codice frutto del dialogo tra le due magistrature quella civile e quella amministrativa.

dalla sua entrata in vigore con ulteriore correttivo, gli enormi sforzi compiuti non abbiano tuttavia portato ai risultati sperati²⁷.

Si pone dunque l'esigenza immediata di stabilire definitivamente dei criteri e/o un criterio esaustivo o anche una linea da seguire tra le due giurisdizioni sulla base degli strumenti attuali onde evitare che l'utente finale di tutta questa "giostra" ovvero il cittadino debba continuare a pagare non solo in termini economici ma anche di ritardo della giustizia soprattutto in una fase storica **come quella attuale ove ciò di cui non si ha proprio bisogno è uno stato di incertezza anche giuridica.**

In tal senso, si potrebbe ipotizzare la nascita di un Tribunale dei Conflitti²⁸, ovvero, nell'ottica di una riforma costituzionale, attraverso una giurisdizione unica ovvero completare quel processo di riparto per blocchi di materia già avviato con il dlgs 80/98 e poi 205/2000 sul quale, a fronte di un possibile snaturamento o viceversa di attribuzione ad altro Giudice di strumenti e logiche che storicamente appartengono al Giudice amministrativo, mi permetto di sollevare alcune criticità concrete.

Per dare conto di quanto appena affermato basti pensare a quello che è accaduto nelle aule del Tribunale quando con la riforma già in parte attuata con il dlgs 80/98 e poi con la legge 205/2000 appunto dei blocchi di materia è stato attribuito al giudice del lavoro tutto il pubblico impiego – ad eccezione di alcune categorie e delle procedure concorsuali in generale – comprensivo più tardi anche dei concorsi interni (inizialmente senza distinguere tra passaggi delle diverse aree) laddove, pur dovendo riconoscere al giudice del lavoro estrema competenza e conoscenza di tutte le problematiche afferenti la sua materia quali licenziamento, differenze retributive, qualifiche, inquadramento ed altro, pur tuttavia sfuggono a tale autorità giurisdizionale dinamiche e logiche proprie

²⁷ Cfr. Pasquale De Lise nella sua recente *Relazione sull'attività della Giustizia Amministrativa per l'anno 2012 tenuta il 1 febbraio 2012 presso Palazzo Spada del Consiglio di Stato* in cui al contrario, già a distanza di appena un anno, ha esposto come le pronunce recenti e della Cassazione e del Consiglio di Stato dimostrino ancora una volta come tale dialogo sia stato minato e si riporta un estratto "...Se vi è un'idea che ho ripetuto costantemente e che non mi stancherò mai di ribadire è quella della necessità di un dialogo istituzionale costruttivo con i Colleghi della giurisdizione ordinaria, avendo presente che l'ordinamento si fonda sulla cooperazione tra i poteri. Dispiace molto, invece, dover rilevare come, anche di recente, alcune pronunce sia del Consiglio di Stato che della Cassazione si siano poste in distonia con tale esigenza".

²⁸ Cfr. R. De Nictolis, *Del cittadino spaesato nel gran suK normativo. Note a margine di un Convegno sul dialogo tra le due giurisdizioni* pubblicato su Giustamm 20.01.2012; A.Quaranta, *Presidenza e Conclusioni* al Convegno Potere, Mercato e Giudice amministrativo nella Costituzione che si è svolto il 18 novembre 2011 presso l'Auditorium A.G.C.M.; A.Police, *Costituzione e riparto di giurisdizione*, nel suo Intervento che si è tenuto durante il Convegno Potere, Mercato e Giudice amministrativo nella Costituzione che si è svolto il 18 novembre 2011 presso l'Auditorium A.G.C.M.;

del giudice amministrativo quali quelle sulle procedure concorsuali (siano esse interne) costringendolo dunque a delle pronunce che, pur apprezzabili per lo sforzo compiuto, non possano tuttavia con estrema onestà essere condivise sotto il profilo dell'iter seguito confermando quanto appena esposto.

Basterebbe dunque applicare, a parere di chi scrive, correttamente il Codice del Processo amministrativo che, nel rispetto della Carta Costituzionale, con il suo art.7 sancisce e determina uno spartiacque chiaro e nitido tra le due giurisdizioni²⁹.

In ogni caso, qualunque intervento deve e dovrà essere fatto rapidamente altrimenti sarà proprio il caso di affermare con dispiacere ed estrema sincerità che il Codice è servito a ben poco e, dunque ricordando l'espressione «*False rivoluzioni e vere riforme necessarie nel campo dell'amministrazione pubblica*»³⁰, occorrerà intervenire dopo il decreto “Salva Italia, “Cresci Italia”, “Semplifica Italia” (ma che di semplificazione ha ben poco) con un maxi decreto “ABROGA ed ORDINA Italia” al fine di poter avviare il miracolo da tempo auspicato del superamento di tutte quelle leggi, leggine, emendamenti, sub – emendamenti e quant'altro, espressione di un errato sistema di fare politica radicatosi negli anni, e piaga da sempre di questo Nostro splendido Paese.

Avv. Alessandra Monaldi

²⁹ cfr. R.Caponigro nella Relazione che Convegno sul tema “*Azione risarcitoria nei confronti delle pp.aa. e l'eterno dibattito sulle giurisdizioni*” che si è tenuto l'11 maggio 2011 organizzato dalla Facoltà degli Studi di Roma Tre – Facoltà di giurisprudenza – Cattedra di Giustizia Amministrativa e che si è tenuto presso l'Aula I della Università degli Studi Roma Tre. La Cassazione afferma una lesione del diritto soggettivo da comportamento della P.A. e dunque non si evidenzia la giurisdizione di legittimità in quanto nelle 3 sentenze della Cassazione non si discute della legittimità (interesse pretensivo nei tre casi della Cassazione domanda alla concessione e poi partecipazione alla gara) della P.A. nel senso che non si discute dell'interesse legittimo (che è già stato soddisfatto) ma di un diritto soggettivo in quanto al soggetto è stata concessa la domanda di concessione ma dopo l'annullamento ciò che viene leso è il “principio dell'affidamento del terzo” (F.Merusi: *La Buona fede ed Il principio dell'affidamento*) ovvero la integrità del patrimonio e dunque è di diritto soggettivo in quanto l'interesse legittimo è già stato soddisfatto. L'indagine dunque ad avviso del Relatore deve essere condotta in primo luogo verificare se la materia rientri nella giurisdizione esclusiva in quanto se così non è indubbio che la giurisdizione appartenga al G.O. e conseguentemente, nel caso in esame, occorre verificare se i casi sottoposti all'attenzione della Cassazione rientrino nell'art.133 Codice lett.c) ed h) ma siccome si parla di atti e provvedimenti C. afferma che si ledono comportamenti ma in questo caso un comportamento non afferente all'esercizio del potere amministrativo deve dunque, come è stato, attribuito alla giurisdizione del G.O. (cfr. sentenze della Corte cost. in particolare art.34 della legge 80/98 in quanto si trattava di un comportamento non afferente all'esercizio del potere.

³⁰ F. LEDDA, *AGONIA E MORTE INGLORIOSA DELL'INTERESSE LEGITTIMO*, Intervento al convegno, Il sistema della giustizia amministrativa dopo il d.lg. 31 marzo 1998 n. 80 - Roma - Consiglio di Stato - 18 novembre 1999, in Foro amm. 1999, 11-12, 2713.