

LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA: LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA (*)

(*) *Il presente lavoro costituisce una sintesi della lezione tenutasi il 5 maggio 2009, presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali della Facoltà di Giurisprudenza - Università di Salerno*

SOMMARIO

1. La giurisdizione del giudice amministrativo: natura, tipi e relativi poteri
 - 1.1.- *La giurisdizione di legittimità*
 - 1.2.- *La giurisdizione esclusiva*
 - 1.3.- *La giurisdizione di merito*
2. Storia, ambito e *ratio* della giurisdizione esclusiva.
 - 2.1. *Storia*
 - 2.2. *Le ragioni della giurisdizione esclusiva*
3. L'art. 11 comma 4 l. n. 59 del 1997 e la delega al Governo
4. Il d. lgs. n. 80 del 1998 e la l. n. 205 del 2000
5. L'intervento della Corte Costituzionale
6. Le materie di giurisdizione esclusiva
 - 6.1. *Giurisdizione esclusiva sui provvedimenti delle autorità indipendenti*
 - 6.2. *Giustizia sportiva*
 - 6.3. *Energia elettrica*
 - 6.4. *Emergenza rifiuti*
 - 6.5. *Requisizione*
 - 6.6. *Rapporti di pubblico impiego*
 - 6.7. *Altri casi*
7. Azioni possessorie. Espropriazione: occupazione appropriativa e occupazione usurpativa
8. Giurisdizione esclusiva in tema di procedure per l'affidamento degli appalti pubblici, In particolare annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto

* * *

1. La giurisdizione del giudice amministrativo: natura, tipi e relativi poteri

Il tema della giurisdizione non può prescindere dall'ambito e dai contenuti dei poteri di cui il giudice amministrativo dispone.

La giurisdizione del giudice amministrativo è delimitata esternamente dal rapporto con la pubblica amministrazione ed internamente dal rapporto col giudice ordinario.

La giurisdizione amministrativa non è unitaria, in quanto non presenta sempre gli stessi contenuti e le stesse forme di esercizio della potestà giurisdizionale.

Tre sono i tipi di giurisdizione di cui il giudice amministrativo dispone: **di legittimità, di merito ed esclusiva.**

1.1.- La giurisdizione di legittimità

La **giurisdizione di legittimità** rappresenta il nucleo storico dei poteri del giudice amministrativo. Essa nacque con la legge 31 marzo 1889, n. 5992 che istituì la IV sezione del Consiglio di Stato "per la giustizia amministrativa". In quell'occasione il legislatore compì la precisa scelta di ammettere il giudizio amministrativo come

strumento di tutela degli “interessi legittimi”, vale a dire delle posizioni giuridicamente rilevanti che il privato può opporre in via qualificata e legittima all'esercizio del potere discrezionale dell'autorità amministrativa.

Seguì poi nel 1907 la legge n. 62, istitutiva della V sezione del Consiglio di Stato, che definendo “giurisdizionali” questa e la IV Sezione, conferì alle loro decisioni l'efficacia del giudicato.

La giurisdizione amministrativa è sorta quindi “non come usurpazione al giudice ordinario di particolari attribuzioni, ma come conquista di una tutela giurisdizionale da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione”¹.

In sede di legittimità la *causa petendi* è quindi l'interesse legittimo.

Per questo tipo di giurisdizione non occorre una norma esplicita che la preveda, derivando essa direttamente dall'art. 26 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054 (testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato) e dall'art. 3 della L. 6 dicembre 1971 n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali).

Il giudice amministrativo, in sede di giurisdizione di legittimità, decide sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa che abbiano per oggetto un interesse leso dell'individuo.

Nella forma e nei limiti, la tutela giurisdizionale si risolve nel sindacato sulla sola legittimità dei provvedimenti lesivi di interessi legittimi, senza possibilità di verifica sul “merito” dell'attività, ossia sulle modalità di esercizio del potere.

In sede di legittimità il giudice ha poteri istruttori, definiti dall'art. 21 della L. 1034/1971 e successive modificazioni, e decisorio, i quali vanno dal tradizionale annullamento dell'atto illegittimo alla condanna del risarcimento del danno.

Per la tutela degli interessi legittimi, il giudice detiene infatti non solo potere di annullamento ma anche di conoscere tutte le “questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali” (rimedio originariamente riconosciuto dall'art. 35 del d. lgs. 80/1998 ed, attualmente, dall'art. 7, l. 1034/1971, come modificato dall'art. 7, l. 205/2000).

1.2.- La giurisdizione esclusiva

La **giurisdizione esclusiva**² richiede una specifica norma attributiva di potere. Si differenzia dalla giurisdizione generale di legittimità per il fatto che il giudice amministrativo conosce, in determinate materie, anche dei diritti soggettivi (art. 103 Cost.).

Vi è quindi una deroga al criterio di riparto basato sulla natura della situazione giuridica lesa (art. 29 t.u. Cons. Stato).

La giurisdizione esclusiva incide quindi sul limite interno alla giurisdizione del giudice amministrativo e quindi nei rapporti con il giudice ordinario.

1.3.- La giurisdizione di merito

Incide invece sul limite esterno nei rapporti tra pubblica amministrazione e giudice amministrativo in quanto quest'ultimo ha il potere di spingersi a sindacare l'opportunità delle scelte dell'amministrazione (art. 27 t.u. Cons. Stato citato).

La giurisdizione esclusiva e quella di legittimità si caratterizzano per il tipo di situazioni giuridiche alle quali offrono tutela, mentre la giurisdizione di merito è individuata in relazione ai diversi poteri cognitori e decisorio del giudice. A tal riguardo, la giurisdizione

¹ G. LEONE, *Intervento all'Assemblea costituente*, 1947.

² Sulla giurisdizione esclusiva v. v. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988; F. SATTA, *Giurisdizione esclusiva* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Agg. V, Milano, 2001.

di merito concerne casi in cui sono coinvolti diritti soggettivi ed altri che implicano interessi legittimi, pertanto essa costituisce un *tertium genus*³.

2. Storia, ambito e *ratio* della giurisdizione esclusiva.

La giurisdizione amministrativa esclusiva riguarda le materie in cui è “esclusa” la giurisdizione di ogni altro giudice ed, in particolare, del giudice ordinario. Essa costituisce un’asimmetria rispetto al sistema di duplicità di giurisdizioni come fissata dalla legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, la quale bilanciava perfettamente i rapporti tra giurisdizione del giudice amministrativo e giurisdizione del giudice ordinario.

2.1. Storia

La prima previsione normativa di casi di c.d. “giurisdizione esclusiva” si ebbe con il R.D. 2840/1923, trasfuso negli artt. 29 e 30 del R.D. n. 1054/1924 – Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato⁴ – confermato e riprodotto dall’art. 7, comma 2, L. 1. 6 dicembre 1971, n. 1034 istitutiva dei TAR.

L’art. 29 del R.D. 1054/1924 attribuiva “all’esclusiva giurisdizione del Consiglio di Stato” una serie di materie, molte delle quali oggi desuete: i ricorsi relativi al pubblico impiego, quelli contro i provvedimenti in materia di fondazione, statuti e trasformazione di istituzioni pubbliche di beneficenza o di istituzioni di istruzione e di educazione; le controversie tra Stato e suoi creditori nella materia del debito pubblico e quelle in materia di spedalità; i ricorsi contro i decreti mediante i quali il prefetto regoli o vieti l’esercizio di industrie pericolose.

L’art. 30 disponeva inoltre che “nelle materie deferite alla giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato, questo conosce anche di tutte le questioni relative ai diritti”.

Con ciò si afferma che le questioni sui diritti erano affrontate in via principale e non incidentale, com’è per la giurisdizione di legittimità.

Anche nella giurisdizione esclusiva alcune materie erano comunque riservate all’autorità giudiziaria ordinaria, vale a dire le questioni relative ai “diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di legittimità dell’atto” e quelle pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità dei privati, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio e della risoluzione dell’incidente di falso.

L’art. 5 l. 1034/1971 incise sulla giurisdizione esclusiva deferendole tutte le controversie in materia di concessioni di beni o di servizi pubblici, che non riguardassero esclusivamente canoni e altri corrispettivi.

La Cassazione, negli anni ’90, ha interpretato estensivamente il termine «concessione», attraendo nella giurisdizione esclusiva tutto ciò che assumesse questo termine sebbene la situazione sostanziale tradisse la natura di appalto (come nel caso delle concessioni di sola costruzione) o di complesso rapporto sinallagmatico per la realizzazione e la gestione di infrastrutture (come le concessioni di autostrade) e di servizi pubblici.

2.2. Le ragioni della giurisdizione esclusiva

Ne è discussa la *ratio*.

³ Cfr. S. CASSARINO, *Gli studi di diritto processuale amministrativo in Italia e la costruzione teorica del processo amministrativo* in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2001, fasc. 4, pp. 901-910.

⁴ Riguardo alla Sicilia, la norma è stata confermata dall’art. 5 del d. lgs. 6 maggio 1948 n. 654 con riferimento al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia (CGARS).

Secondo autorevole dottrina la giurisdizione esclusiva sarebbe giustificata dalla maggiore specializzazione del giudice amministrativo a conoscere di alcune materie caratterizzate dall'applicazione di regole sostanziali, diverse dal diritto comune⁵.

Secondo altri, invece, l'introduzione della giurisdizione esclusiva risponderebbe all'esigenza di attribuire ad un unico giudice la cognizione di controversie in materie nelle quali interessi legittimi e diritti soggettivi sono strettamente intrecciati, sicché il generale criterio di riparto sarebbe difficilmente impiegabile⁶.

Non è esclusa poi un'altra considerazione di politica del diritto: la volontà del legislatore di mantenere nell'ambito delle attribuzioni del giudice amministrativo intere materie particolarmente importanti per la vita stessa dello Stato, quali era ad esempio il pubblico impiego, a prescindere dalle posizioni giuridiche di volta in volta coinvolte.

Non vi è da trascurare poi un'esigenza di semplificazione (anche e soprattutto a favore del cittadino) in ordine all'individuazione del giudice competente, il che rende utile attribuire il complesso della materia ad un unico giudice. Il legislatore aveva in sostanza l'intento lodevole di agevolare il cammino del cittadino verso una tutela più completa davanti al giudice. Pertanto con riferimento ai casi in cui diritti soggettivi ed interessi legittimi risultino strettamente intrecciati fra di loro, la giurisdizione esclusiva è stato il rimedio più idoneo per evitare che l'interessato avesse l'onere di individuare di volta in volta il giudice competente a conoscere della causa, risparmiandogli quindi il logoramento della duplicazione dei giudizi in relazione ad una vicenda unitaria, sebbene in essa siano riconoscibili posizioni giuridiche distinte tra diritti ed interessi.

E' tuttavia necessario precisare che anche in questo caso la distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo è comunque rilevante ai fini del rispetto dei termini (di decadenza e di prescrizione) entro i quali proporre ricorso e del rito da seguire.

Il problema è particolarmente avvertito in relazione al decreto legislativo 80/1998 ed alla legge 205/2000, i quali avendo il primo introdotto e la seconda perfezionato il sistema della giurisdizione esclusiva per "blocchi di materie" ha in pratica introdotto un nuovo carattere a questo tipo di giurisdizione.

Per il passato non si è dubitato che il modello della giurisdizione esclusiva non intaccasse il criterio della *causa petendi*, vale a dire la regola che fonda la giurisdizione sulla base della posizione giuridica sottostante di cui il privato sollecita la tutela. La giurisdizione esclusiva quindi si poneva come criterio non alternativo ma al più sussidiario ed aggiuntivo a quella consueta di legittimità.

La Costituzione ha privilegiato il criterio della *causa petendi*. Infatti, l'art. 103, primo comma, statuisce che "il Consiglio di stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e in particolari materie individuate dalla legge, anche dei diritti soggettivi".

Vi è quindi la regola generale della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo il quale è il giudice dell'interesse legittimo. Ma vi è anche l'eccezione rappresentata da alcune individuate materie nelle quali alla conoscenza dell'interesse legittimo si affianca quella del diritto soggettivo.

L'art. 103 Cost. ha posto due problemi.

Il primo, se questa norma introduca una "clausola aperta" oppure attribuisca una volta per tutte investitura costituzionale alle ipotesi di giurisdizione esclusiva previste dalla normativa preesistente; trattandosi, pertanto di eccezioni al sistema (per l'appunto

⁵ Questa spiegazione è stata spesa particolarmente per la materia del pubblico impiego, indubbiamente la materia più rilevante che il legislatore del 1923 intese affidare alla giurisdizione esclusiva; per essa era emersa anche la valenza di settore particolarmente delicato per lo Stato, cfr. E CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Ed. VII, Milano, pagg. 721.

⁶ Per una ricostruzione, anche delle diverse dottrine, si veda M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed. a cura di E. CARDI e A. NIGRO, Bologna, 2002, pagg. 82 e ss.

costituzionalizzato) le ipotesi di giurisdizione esclusiva non sarebbero suscettibili di ampliamento⁷.

Il secondo problema si presenta più spinoso, ponendo la domanda su cosa siano le “materie particolari”.

Sul primo problema, non sembra sostenibile la tesi che vede nell’art. 103 Cost. la norma di copertura delle sole disposizioni pregresse. La tesi è smentita dallo stesso dato testuale della norma, la quale rinvia in generale alle scelte legislative senza limitarsi espressamente agli interventi del legislatore precedenti la costituzione, escludendo quindi quelli successivi.

Sul secondo problema, la soluzione si fa più ardua, se non altro perché è semanticamente difficile individuare il concetto di “materie particolari”.

Particolare è infatti un oggetto in rapporto ad un altro con riferimento alla quantità oppure alla qualità.

Una teoria ha cercato di attribuire alla nozione di particolarità un significato prettamente quantitativo⁸, per il quale sarebbe particolare la materia specificamente indicata e separata da apposita disposizione di legge. In questo caso si amplia la discrezionalità del legislatore nell’individuare le ipotesi di giurisdizione esclusiva con il limite esclusivamente “quantitativo”, nel senso che per il dato numerico le ipotesi di giurisdizione esclusiva debbono essere necessariamente contingentate rispetto a quelle di giurisdizione di legittimità.

Un problema di costituzionalità potrebbe porsi solo se il legislatore travalicasse il limite della “particolarità” delle fattispecie fino a configurare il criterio di devoluzione “esclusiva” quale criterio generale che *de facto* individua il giudice competente.

Secondo altra teoria, oggi ormai accettata quasi all’unanimità, la distinzione è qualitativa, nel senso che la particolarità della materia va considerata di volta in volta in base a criteri oggettivi i quali siano coerenti con l’art. 103 Cost.. La particolarità delle materie è data, per l’appunto, dall’essere queste “particolari rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità”.

Secondo la Corte Costituzionale, la giurisdizione esclusiva estende il controllo del giudice amministrativo sull’operato dell’amministrazione anche ai diritti soggettivi, essendo a questo giudice già attribuita, in quella stessa materia, la giurisdizione generale di legittimità sugli interessi legittimi. Deve quindi esservi pur sempre la presenza della pubblica amministrazione che “agisce come autorità” cioè che sia titolare di poteri e che quei poteri eserciti⁹.

Non a caso la giurisprudenza negli anni quaranta aveva elaborato la categoria dell’atto paritetico, atto unilaterale della pubblica amministrazione non autoritativo e non in grado di “degradare” i diritti, allo scopo di superare lo scoglio derivante dal termine di decadenza di sessanta giorni (esistente nella giurisdizione di legittimità), qualora il ricorso avesse ad oggetto anche diritti soggettivi.

L’atto paritetico è equivalente all’atto posto in essere nei rapporti tra privati: l’azione in giudizio del privato avverso il comportamento lesivo di diritto soggettivo può infatti essere esercitata nel termine di prescrizione dello stesso. L’esame giudiziale dell’atto, infatti, è finalizzato all’accertamento della disciplina giuridica del rapporto che trova la sua fonte direttamente nella legge, di modo che non è necessaria l’impugnazione dell’atto. Atti paritetici sono stati ritenuti dalla giurisprudenza, in passato, quelli relativi alle

⁷ Sul punto, V. RUOPPOLO, *La riforma della giustizia amministrativa. Profili costituzionali sulla giurisdizione e sul processo amministrativo*, in *Giustizia civile*, 2000, fasc. 12, pt. 2, pp. 551-566.

⁸ E.M. BARBIERI, *Giurisdizione esclusiva nel giudizio amministrativo*, in *Enciclopedia Giuridica*.

⁹ Corte costituzionale, sentenza 6 luglio 2004 n. 204 in *Foro amm.* CDS 2004, 1895 e ss. con *Osservazioni* di R. IANNOTTA, 1901; note di F. SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, 1903; C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, 1908 e di D. SICLARI, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie afferenti alla vigilanza sul credito: una conferma implicita e alcune incertezze residue*, 1918.

prestazioni patrimoniali nei confronti dei pubblici dipendenti (determinazioni di stipendi e indennità) e, successivamente, anche quelli attinenti alle questioni non patrimoniali, ad esempio alla pretesa a mantenere, in particolari circostanze, un incarico di insegnamento universitario¹⁰.

Il termine decadenziale continua tuttavia a trovare applicazione nei casi in cui l'azione miri a tutelare interessi legittimi lesi dall'adozione di un provvedimento amministrativo: il problema della qualificazione della situazione giuridica lesa, risolto per individuare il giudice al quale chiedere tutela, si ripropone al momento di determinare il rito da seguire (e, in primo luogo, il termine entro cui agire), sussistendo in pratica all'interno della giurisdizione esclusiva due modelli di contenzioso.

3. L'art. 11 comma 4 l. n. 59 del 1997 e la delega al Governo

E' passato più di un decennio da quando la legge 15 marzo 1997 n. 59 (conosciuta come "Riforma Bassanini") si prefiggeva l'ambizioso obiettivo di riformare nelle radici la Pubblica amministrazione e semplificare l'attività amministrativa:

La riforma Bassanini prese spunto dalle ipotesi di riforma della Costituzione come furono elaborate dalla Commissione bicamerale e che, in minima parte e relativamente al decentramento ed al principio di sussidiarietà, sono state recepite dalla legge cost. n. 3 del 2001 che ha riformato il titolo V della Costituzione¹¹.

L'art. 1 della L. 59/1997 delegava il Governo ad emanare decreti legislativi volti a conferire alle regioni ed agli enti locali - ai sensi degli articoli 5, 118, e 128 della Costituzione - funzioni e compiti amministrativi nel rispetto del principio di sussidiarietà. In questo quadro il legislatore avvertì l'esigenza di dare una forte spinta innovatrice anche al modello della giurisdizione amministrativa, allo scopo di attribuire una tutela completa al cittadino nei confronti dell'amministrazione¹².

Così, l'art. 11 comma 4 lett. g), della l. 15 marzo 1997, n. 59 delegava il Governo ad adottare decreti legislativi, con i quali "devolvere, entro il 30 giugno 1998, al giudice ordinario [...] tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ancorché concernenti in via incidentale atti amministrativi presupposti ai fini della disapplicazione". In un'ottica di compensazione, il Governo veniva delegato contestualmente ad estendere "la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici, prevedendo altresì un regime processuale transitorio per i procedimenti pendenti".

¹⁰ Cons. Stato, Ad. plen. n. 3 del 15 febbraio 1994, Foro Amm. 1994, 348 e Giur. it. 1994, III,1, 548.

¹¹ Un intervento sul processo amministrativo era previsto dalla bozza di seconda parte della Costituzione, preparata dalla Commissione bicamerale istituita con l. cost. 24 gennaio 1997, n. 1. La bozza attribuiva alla giurisdizione del giudice amministrativo il sindacato per "blocchi di materie" che il legislatore avrebbe avuto il compito di individuare. La disposizione conteneva elementi di grande novità perché, in tali materie, la giurisdizione non sarebbe stata esclusiva, nel senso tradizionale del termine non riguardando questioni di diritto, ma avrebbe compreso il risarcimento del danno. In questo modo i TAR ed il Consiglio di Stato non sarebbero più stati i depositari della giurisdizione generale di legittimità nei confronti della pubblica amministrazione, con poteri di mero annullamento, ma avrebbero avuto una giurisdizione attribuita a discrezione del legislatore per blocchi di materie, e non in via generale per tutti gli atti discrezionali. In queste materie la giurisdizione sarebbe stata, più che esclusiva, unica: il giudice amministrativo avrebbe conosciuto anche del risarcimento del danno, cioè di pretese rimaste estranee fino a quel momento al suo sindacato. Se questa ipotesi fosse divenuta effettiva, sarebbe stato necessario dettare norme di procedura, per consentire al giudice amministrativo di esercitare una giurisdizione divenuta completamente diversa. Per una più approfondito esame sulla vicenda, cfr. COSTANZO, FERRARI, FLORIDIA, ROMBOLI e SICCARDI, *La Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, Padova, 1998.

¹² Per un approfondito commento sulla legge 59/1997 si veda: L. CARBONE, F. CARINGELLA, F. ROMANO, *Il nuovo volto della Pubblica amministrazione tra federalismo e semplificazione*, III ed., Napoli, 2001.

La delega, come può facilmente osservarsi, era molto ampia.

La perdita della giurisdizione da parte del giudice amministrativo nella materia del pubblico impiego, attribuita al giudice ordinario, si spiegava con la progressiva contrattualizzazione del rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrative per effetto della riforma introdotta dalla legge 421/1992 e dal decreto legislativo di attuazione 29/1993, poi riformato nel vigente d. lgs. 165/2001, il che comportava la graduale trasformazione da interessi legittimi a diritti soggettivi delle posizioni del pubblico impiegato nei confronti della propria amministrazione, datrice di lavoro.

Un punto rilevante ed innovativo della legge di delega è stato nell'aver individuato alcune materie nevralgiche quali edilizia, urbanistica, servizi pubblici, nelle quali la giurisdizione amministrativa si sarebbe estesa al potere di condanna al risarcimento del danno per la lesione dei cosiddetti diritti patrimoniali consequenziali, ossia i diritti dipendenti dalla dichiarazione di illegittimità del provvedimento.

La svolta epocale era evidente perché in queste tre materie s'introduceva una forma di giurisdizione esclusiva di carattere pieno, diversa quindi da quella sinora intesa secondo la tradizione normativa.

4. Il d. lgs. n. 80 del 1998 e la l. n. 205 del 2000

La delega – relativamente alla giustizia amministrativa – è stata esercitata dal Governo con gli art. 33, 34 e 35 del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80 contenente “Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa.”¹³.

Alla luce della delega, il d. lgs. 80/1998 ha devoluto le tre materie indicate dalla legge delega 59/1997 (edilizia, urbanistica, servizi pubblici) alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Il legislatore delegato ha inteso unificare la tutela dinanzi al giudice amministrativo nelle materie di giurisdizione esclusiva, eliminando il doppio binario di tutela, per il quale essendo al giudice ordinario riservata la cognizione dei diritti consequenziali, vi era il conseguente onere del privato di sottoporsi ad un doppio giudizio: prima, davanti al giudice amministrativo per l'annullamento dell'atto, in seguito, davanti al giudice ordinario per la relativa condanna al risarcimento dei danni.

L'art. 35, comma 4, d. lgs. 80/1998 - modificando l'art. 7, comma 3, L. TAR - eliminava la riserva di giurisdizione del giudice ordinario con riferimento ai diritti patrimoniali consequenziali, traghettando la giurisdizione esclusiva verso contenuti più moderne di giurisdizione piena¹⁴.

¹³ Per i commenti al d.lgs. n. 80/1998 v., in particolare: V. CAIANIELLO, *Il giudice amministrativo ed i nuovi criteri di riparto delle giurisdizioni*, in Foro amm., 1998, 1943 ss.; S. CASSARINO, *Novità legislative in tema di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (prime impressioni sugli artt. 33-35 del D.L. n. 31 marzo 1998 n. 80)*, in I TAR, 1998, II, 173 ss.; E. FOLLIERI, *Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi alla luce del d.leg. n. 80/1998*, in Riv. dir. priv., 1998, 453 ss.; ID., *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in Dir. proc. amm., 1999, 295 ss.; *Funzione ed oggetto della giurisdizione amministrativa. Nuove e vecchie questioni* (Atti del Convegno promosso dalla fondazione CESIFIN, Firenze, 8-9 maggio 1998) a cura di G. MORBIDELLI, Torino, 2000; M. LIPARI, *La nuova giurisdizione amministrativa in materia edilizia, urbanistica e dei pubblici servizi*, in *Appalti urbanistici edilizia*, 1998, 592; L. MOSCARINI, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in Dir. proc. amm., 1998, 803 ss.; *Risarcibilità dei danni da lesione degli interessi legittimi* (Atti del XLIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1997), Milano, 1998; A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Diritto amministrativo*, 1998, 1 ss.; R. VILLATA, *Prime considerazioni sull'art. 33 del d. lgs. n. 80 del 1998*, in Dir. proc. amm., 1999, 281 ss.

¹⁴ L'originaria formula dell'art. 7 statuiva che «Il Tribunale amministrativo regionale nelle materie deferite alla sua giurisdizione esclusiva conosce anche di tutte le questioni relative a diritti. Restano tuttavia sempre riservate all'Autorità giudiziaria ordinaria le questioni patrimoniali consequenziali alla pronuncia di illegittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre».

Veniva poi modificato l'art. 5 l. Tar, espungendo dal suo campo di applicazione la concessione di servizi pubblici, presa in considerazione dall'art. 33 d. lgs. 80/1998.

L'art. 35 d. lgs. 80/1998 ampliava considerevolmente in sede di giurisdizione esclusiva i poteri istruttori e decisorio del giudice amministrativo estendendo quanto ai primi tutti i mezzi di prova del processo civile, con esclusione delle prove legali, e prevedendo esplicitamente il potere di pronunciare sentenze di condanna al risarcimento dei danni anche in forma specifica.

Tutto ciò poneva due ordini di considerazioni critiche.

La prima riguardava la definizione delle materie ed i loro confini. Non era ben chiaro, in particolare, cosa si dovesse intendere per la materia dei "servizi pubblici": si poneva in pratica la spinosa questione della legittimità costituzionale della legge di delegazione, sotto il profilo della determinazione insufficiente dei criteri direttivi per l'esercizio della delega.

La seconda, connessa alla prima, investiva direttamente il nuovo modello di giurisdizione esclusiva. L'art. 11 l. n. 59 del 1997 aveva realmente delegato il Governo ad introdurre una giurisdizione, più che esclusiva, piena e completa del giudice amministrativo nelle tre materie, edilizia, urbanistica, servizi pubblici, oppure in queste materie si era limitato ad estendere la giurisdizione generale di legittimità alle questioni patrimoniali consequenziali, compreso il risarcimento del danno?

Era quindi prevedibile che venissero sollevate numerose questioni di legittimità costituzionale relativamente sia all'art. 11 l. n. 59, cit., sia agli art. 33, 34 e 35 d.lgs. n. 80/1998¹⁵.

La Corte costituzionale, con sentenza del 17 luglio 2000 n. 292¹⁶, respinse le questioni relative all'art. 11, mentre ritenne che l'art. 33 commi 1, 2 e 3, del d.lgs. 80/98 violasse l'art. 76 cost., perché l'art. 11 della legge di delegazione "non consentiva l'ampliamento della giurisdizione esclusiva all'intero ambito della materia dei servizi pubblici".

Si era creato, anche per i profili di diritto transitorio¹⁷, un vuoto che fu tuttavia colmato in tempi inconsuetamente rapidi per il legislatore italiano.

L'attuale formula è invece la seguente: "Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali. Restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità dei privati individui, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso".

¹⁵ Cfr., Trib. Vibo Valentia 12 gennaio 2000, n. 195; Trib. Roma 16 settembre 1999, n. 659 e 26 luglio 1999, n. 704; Pret.; Giudice di pace Palermo 11 maggio 1999, n. 495; TAR Lazio, sez. Latina, 15 aprile 1999, n. 394; Roma 29 gennaio 1999, n. 252.

¹⁶ Cfr. Cons. St., 2000, II, 1211. Va osservato che prima dell'intervento della Corte Costituzionale l'Ad. plen. del Cons. Stato (ord. n. 1 del 31 marzo 2000, Foro Amm. 2000, 768, 2555 con nota di DAMONTE; Giust. civ. 2000, I, 1291, 2163 con nota di SASSANI, ANTONIOLI; Foro it. 2000, III, 365 con nota di FRACCHIA) aveva accolto una nozione molto ampia di servizio pubblico, ritenendo superato il tradizionale criterio di riparto. Nel senso invece del carattere eccezionale della giurisdizione esclusiva, che ne impedirebbe una indiscriminata estensione si era espressa la Cass. SS. UU: n. 72 del 20 marzo 2000, D&G - Dir. e giust. 2000, 14, 40 con nota di EVANGELISTA; Giust. civ. 2000, I, 1291 con nota di SASSANI; Corriere giuridico 2000, 592 con nota di CARBONE; Foro it. 2000, I, 2210: Urbanistica e appalti 2000, 728, con nota di DE PALMA.

¹⁷ La l. 205/2000 - che come si vedrà in seguito ha dato copertura legislativa alla carenza di delega del d. lgs. 80/1998 - non contiene però disposizioni transitorie relative ai processi pendenti nel momento in cui la Corte costituzionale si è pronunciata con la sentenza 292/2000, tanto che la Commissione affari costituzionali del Senato, il 19 luglio 2000, votò un ordine del giorno impegnando il governo "ad assumere ogni opportuna iniziativa che, al fine di evitare rischi di un contrasto giurisprudenziale, conduca all'emanazione di norme interpretative idonee a cristallizzare il principio di rilevanza della giurisdizione sopravvenuta già affermato dal diritto vivente".

Il problema, in sintesi, era quello della sorte dei processi pendenti incardinati sul d.lgs. 80/98, potendosi opinare nel senso che, per gli stessi, in conseguenza della sentenza della Corte, il giudice amministrativo dovesse declinare la propria giurisdizione. Nei fatti, prevalse l'orientamento pragmatico delle sezioni unite della Corte di cassazione (nn. 516/99 e 580/99), secondo cui l'art. 5 c.p.c. non impedisce la "convalida" della giurisdizione nell'ambito di un processo pendente (principio della *perpetuatio jurisdictionis*).

Le Camere discutevano proprio in quel periodo un disegno di legge di riforma del processo amministrativo¹⁸ i cui istituti, immutati dalle origini della giustizia amministrativa, necessitavano di una serie di aggiornamenti tali da adeguarli alle esigenze di una società radicalmente mutata. In questo senso, gli adattamenti operati dalla giurisprudenza amministrativa, pure costanti e significativi, non apparivano più sufficienti.

Vi era poi la necessità di tenere conto della storica pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione civile, n. 500 del 22 luglio 1999, che aveva ammesso la risarcibilità del danno provocato dalla lesione degli interessi legittimi.

Nel testo del disegno di legge fu inserito anche un art. 7 che dava copertura legislativa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, introdotta con l'art. 33 d. lgs. 80/1998, proprio mentre la Corte, con la richiamata sentenza 292/2000, ne dichiarava l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega.

Fu così approvata, con diversi rimaneggiamenti rispetto al progetto originario, la legge 21 luglio 2000 n. 205, grazie alla quale il processo amministrativo, da un lato, acquistava in via definitiva nuove aree di giurisdizione esclusiva e, dall'altro, disciplinava quest'ultima in termini prima sconosciuti.

Le novità principali contenute nel d. lgs. 80/1998, ribadite e perfezionate dalla L. 205/2000, sono così sintetizzabili:

1. l'art. 6, comma 1, della legge 205/2000 attrae nella giurisdizione esclusiva anche le procedure di affidamento degli appalti pubblici, previsione che indubbiamente introduce una delle novità di maggiore pregio;
2. l'art. 6, comma 2, legge 205/2000 estende per tutta la giurisdizione esclusiva la possibilità di tutela arbitrale per i diritti soggettivi;
3. l'art. 7, comma 1, lett. c) della L. n. 205/2000 – modificando l'art. 35 del d. lgs. 80/1998 - attribuisce innovativi poteri decisorii ed istruttori al giudice amministrativo, esplicitamente estesi a tutte le materie di giurisdizione esclusiva, anche diverse da quelle introdotte dagli artt. 33 e 34 d. lgs. 80/1998.
4. l'art. 7, comma 4, della legge 205/2000 - modificando l'art. 7, comma 3, della legge 1034/1971, istitutiva dei TAR - ha esteso la cognizione delle questioni risarcitorie relative ai diritti consequenziali anche alla giurisdizione di legittimità che, in adesione all'indirizzo espresso dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 500/1999, assume anch'essa il ruolo di giurisdizione che tende ad assicurare una tutela piena, nei limiti beninteso delle posizioni di interesse legittimo;
5. l'art. 8 della legge 205/2000 estende ai diritti patrimoniali le tecniche di tutela urgente e sommaria sia *ante causam* sia in corso di giudizio.

L'opinione, sostenuta dalla Consulta, secondo cui nella giurisdizione esclusiva ancorché vi sia un intreccio tra diritti e interessi, l'amministrazione agisce come autorità, non compromette la tesi secondo cui potere e diritto sono incompatibili. Essi infatti possono convivere nell'ambito della stessa materia posto che la relazione tra privato ed amministrazione può risultare composita.

5. L'intervento della Corte Costituzionale

La giurisdizione per blocchi di materie avrebbe dovuto assicurare la concentrazione della tutela presso un unico giudice e quindi una forma di garanzia più efficace e rapida per il cittadino. Anche per questo il legislatore aveva ampliato gli strumenti a disposizione del giudice amministrativo che diventava il giudice anche dei diritti, peraltro in settori significativi della politica e dell'economia nazionali. Si spiega quindi il potenziamento delle tutele cautelare e monitoria, dei mezzi istruttori, di quelli probatori a disposizione del giudice amministrativo.

¹⁸ Atti parl. Sen., XIII legislatura, doc. 2934 presentato il 19 dicembre 1997.

Sin dall'inizio sono tuttavia sorti dubbi sulla conformità ai canoni della Costituzione della tendenza del legislatore ad aggiungere sempre nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva per "blocchi di materia", avendo l'art. 103 Cost. posto il fondamento della giustizia amministrativa nella tutela degli interessi legittimi e solo "in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi".

Il temuto intervento della Corte costituzionale non si è fatto attendere.

Con l'importante pronuncia additiva di accoglimento n. 204 del 6 luglio 2004¹⁹, la Corte ha infatti considerato non conforme alla Costituzione la disciplina dettata nella parte in cui sostituisce gli artt. 33 e 34, del d.lgs. n. 80 del 1998, nel testo derivante dalle modifiche e sostituzioni prodotte dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto "gli atti, i provvedimenti e i comportamenti" anziché "gli atti, i provvedimenti" delle Pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparate in materia²⁰.

Ad avviso della Corte, la cui pronuncia attinge in misura rilevante ai lavori della Costituente, il legislatore ordinario del 1998-2000, ha elaborato una nozione di giurisdizione esclusiva ancorata alla sussistenza in determinati settori dell'ordinamento di un rilevante pubblico interesse. La Corte osserva che questa nozione s'identifica con quella del progetto di riforma²¹ dell'articolo 103 della Costituzione, secondo il quale «la giurisdizione amministrativa ha ad oggetto le controversie con la pubblica amministrazione nelle materie indicate dalla legge». Il progetto, tuttavia, non si è mai tradotto in legge costituzionale, sicché i parametri di riferimento non possono che essere quelli contenuti nel vigente articolo 103 Cost..

Il primo comma del richiamato art. 103 Cost. ha conferito al legislatore ordinario non già un'assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuire al giudice amministrativo materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma il più limitato potere di indicare "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" interessa anche diritti soggettivi.

Tali materie devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità, nel senso che devono partecipare della loro medesima natura.

E' necessario quindi che la pubblica amministrazione agisca pur sempre come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo.

¹⁹ Per una sintetica analisi della sentenza si rinvia a F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in www.giustamm.it.

²⁰ Per una esatta comprensione della pronuncia si riporta di seguito il dispositivo della sentenza 204/2004 in commento: "La Corte costituzionale, riuniti i giudizi, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59), come sostituito dall'art. 7, lettera a, della legge 21 luglio 2000, n. 205 (Disposizioni in materia di giustizia amministrativa), nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli» anziché «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 disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché»; dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 2, del medesimo decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, lettera a, della legge 21 luglio 2000, n. 205; dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 1, del medesimo decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, lettera b, della legge 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto «gli atti, i provvedimenti e i comportamenti» anziché «gli atti e i provvedimenti» delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparati, in materia urbanistica ed edilizia.

²¹ Atto Camera 7465 XIII Legislatura.

Il legislatore ordinario può quindi ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in questo senso, particolari) che, in assenza di estensione della giurisdizione al sindacato sui diritti soggettivi, contemplerebbero pur sempre la giurisdizione generale di legittimità, per la ragione che la pubblica amministrazione agisce come autorità. In definitiva, la Corte esclude, da un lato, che la mera evocazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo, non essendo costui il giudice “della” pubblica amministrazione bensì degli interessi legittimi; dall'altro, il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia sia sufficiente perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo²².

È questa la ragione fondamentale per la quale la Corte costituzionale ha ritenuto di dovere espungere dall'art. 34 comma 1 d.lgs. 80/1998 la parola “comportamenti” conservando invece i termini “atti” e “provvedimenti”, quale oggetto della controversia nell'ambito delle materie di giurisdizione esclusiva. Questo perché laddove vi è un “comportamento” la p.a. non esercita, nemmeno mediatamente, alcun pubblico potere, ma si avvale semplicemente della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici. In questo senso non si possono configurare interessi legittimi tali da incardinare la giurisdizione esclusiva²³.

6. Le materie di giurisdizione esclusiva

Sono attribuite alla giurisdizione esclusiva, le controversie in tema di concessioni, contributi e sanzioni edilizie (art. 16 l. 10/1977, oggi riassorbite nell'ambito della materia dell'edilizia ai sensi del d.lgs. 80/1998 e succ. modific.) e quelle in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi stipulati tra amministrazioni e privati o tra amministrazioni (art. 11 e segg. l. 241/1990).

6.1. Giurisdizione esclusiva sui provvedimenti delle autorità indipendenti

In tema di autorità indipendenti, la tendenza non priva di eccezioni è di attribuire alla giurisdizione esclusiva le relative controversie.

Una previsione di un certo rilievo si ebbe già negli anni '90 con la legge n. 287 del 10 ottobre 1990, contenente “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”, che all'art. 33 attribuì alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo²⁴ i provvedimenti dell'**Autorità garante della concorrenza**, pur nella consapevolezza che gli stessi non possono che riguardare i diritti dei soggetti coinvolti nelle misure di tutela della concorrenza. Si segnala poi, in materia di pubblicità ingannevole, l'art. 7 comma 11 del D. lgs n. 74 del 25 gennaio 1992, norma sostituita dall'art. 27, comma 13, del d.lgs. n.206 del 6 settembre 2005.

²² A questa sentenza ha fatto poi seguito, sempre sul tema della giurisdizione esclusiva per blocchi di materie, Corte cost. 28 luglio 2004 , n. 281: Foro amm. CDS 2004, 1977; Appalti Urbanistica Edilizia 2004, 486; Riv. corte conti 2004, 4, 184, la quale ha in sostanza ribadito gli stessi principi della sentenza n. 204/2004.

²³ Prima dell'intervento della sent. n. 204/2004, la giurisprudenza aveva affermato che la materia urbanistica concernerebbe non soltanto la disciplina dell'uso del territorio attraverso l'esercizio dei poteri di pianificazione, ma anche il profilo gestionale consistente nella realizzazione delle scelte urbanistiche: v. Cass., n. 494/2000 (si pensi alle controversie relative all'approvazione di un piano per insediamenti produttivi e alla relativa convenzione di attuazione), che riconduce alla giurisdizione esclusiva anche le controversie attinenti ai comportamenti costituenti illecito extracontrattuale, contrattuale e precontrattuale.

²⁴ Vi è in più la particolarità dell'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del TAR Lazio. I ricorsi intesi ad ottenere i provvedimenti di urgenza, le azioni di nullità e di risarcimento del danno sono peraltro promossi davanti alla Corte d'appello competente per territorio; pure devoluti alla giurisdizione del giudice ordinario sono le controversie relative ai provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali e ai procedimenti in opposizione avverso le sanzioni comminate da quest'ultimo.

Per i provvedimenti dell'**Autorità di garanzia delle comunicazioni** la giurisdizione esclusiva è fissata dall'art. 1, comma 26, della legge n. 249 del 31 luglio 1997 (Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo). La competenza di primo grado è attribuita in via esclusiva ed inderogabile al tribunale amministrativo regionale del Lazio

La norma è stata confermata perché non abrogata dal decreto legislativo n.259 del 1 agosto 2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche).

Per quelli dell' **Autorità per i servizi di pubblica utilità** (energia elettrica e gas), provvede l'art. 2, comma 25, della l. 14 novembre 1995, n. 481 ad attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo i ricorsi avverso gli atti e i provvedimenti dell'autorità i quali devono essere proposti presso il tribunale amministrativo regionale ove questa ha sede²⁵.

L'art. 244, d.lgs. n. 163 /2006 (codice dei contratti pubblici), devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori dell'**Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici** ed anche quelle relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, alla clausola di revisione del prezzo ed al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica.

Va ancora ricordato che l'art. 33, d.lgs. 80/98, come sostituito dall'art. 7, l. 205/2000 attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie afferenti alla vigilanza sul credito, alle assicurazioni ed al mercato mobiliare... e ai servizi di cui alla l. 14 novembre 1995, n. 481». Il riferimento alla « vigilanza » sui settori sensibili ivi indicati conferma l'applicabilità della norma alle controversie relative alle autorità o amministrazioni indipendenti.

6.2. Giustizia sportiva

Il decreto legge n. 220 del 19 agosto 2003 - convertito, con modificazioni, nella legge 17 ottobre 2003, n. 280 - attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione di ogni controversia avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo. La competenza di primo grado, anche per l'adozione delle misure cautelari, è del Tar Lazio.

6.3. Energia elettrica

L'art. 1, comma 555, legge 30 dicembre 2004 n. 311 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2005) devolve alla giurisdizione esclusiva le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti in materia di impianti per la produzione di energia elettrica.

6.4. Emergenza rifiuti

L'art. 2 bis del decreto legge n. 245 del 30 novembre 2005 - norma introdotta dalla legge n.21 del 27 gennaio 2006, recante misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dei rifiuti nella regione Campania - stabilisce che "In tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, la competenza di primo grado a conoscere della legittimità delle ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti commissariali spetta in via esclusiva, anche per l'emanazione di misure cautelari, al tribunale amministrativo regionale del Lazio, con sede in Roma.".

²⁵ F. SATTA, *Giurisdizione esclusiva*, cit. ha autorevolmente affermato che la situazione in queste due ultime ipotesi legislative è diversa dalle altre relative all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, essendo molto più coerente al sistema tradizionale atteso che accanto a funzioni di pura garanzia del mercato - che non curano interessi pubblici diversi dall'interesse concreto dei competitori, e quindi riguardano solo i loro diritti soggettivi -, le due ultime Autorità tutelano gli interessi degli utenti in un settore industriale che produce e vende servizi pubblici. Ciò conferisce loro anche poteri autoritativi, quali quelli relativi alla disciplina tariffaria.

La norma ha dato origine ad una serie di perplessità, in particolare per quanto riguarda la competenza funzionale del TAR Lazio, tanto che diversi giudici amministrativi²⁶ hanno promosso questioni di legittimità costituzionale per violazione, tra gli altri, del principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost.).

Questioni ravvisate manifestamente infondate dalla Corte costituzionale,²⁷ dovendo considerarsi che nel peculiare regime che connota le situazioni di emergenza - e particolarmente in quelle di cui all'art. 2, comma 1, lett. c) l. n. 225 del 1992 - "i provvedimenti posti in essere dai commissari delegati sono atti dell'amministrazione centrale dello Stato, emessi da organi che operano come *longa manus* del Governo, finalizzati a soddisfare interessi che trascendono quelli delle comunità locali coinvolte dalle singole situazioni di emergenza, e ciò in ragione tanto della rilevanza delle stesse, quanto della straordinarietà dei poteri necessari per farvi fronte".

6.5. Requisizione

In tema di giurisdizione per le questioni relative alla **requisizione** di beni immobili, si è registrato un contrasto interno alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione le quali con la sentenza n. 463 del 13 gennaio 2005 hanno affermato sussistere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 34 del d. lgs. 80/1998, mentre con la sentenza n. 15203 del 3 luglio 2006 hanno reputato che le domande di restituzione del terreno requisito e di risarcimento del danno per il protrarsi dell'occupazione rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario.

In proposito, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 10 del 30 luglio 2007) ha invece chiarito:

- a. che le controversie relative a provvedimenti di requisizione (con la connessa domanda di risarcimento dei danni) non rientrano nelle materie dell'edilizia e dell'urbanistica e, pertanto, non sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 34 d. lgs. 80/1998, atteso che a differenza dell'occupazione d'urgenza preordinata all'esproprio, tendono a soddisfare bisogni transitori non collegati all'uso del territorio e che non si risolvono necessariamente nell'ablazione del bene;
- b. sebbene l'occupazione del bene sia proseguita dopo la scadenza del termine di requisizione sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sulle domande di risarcimento del danno anche se derivante dalla condotta dell'amministrazione successiva alla scadenza del termine, atteso che l'illecito consegue pur sempre all'adozione del provvedimento illegittimo.

Quest'ultimo punto merita una precisazione, non potendo essere condivisa l'attribuzione al giudice amministrativo delle controversie relative al risarcimento del danno derivante dal protrarsi dell'occupazione dell'immobile oltre il termine della requisizione. In questo caso, infatti, sembra realizzarsi più correttamente un fatto illecito dell'amministrazione, collegato ad un comportamento completamente avulso dall'esercizio del potere amministrativo. La circostanza che l'occupazione consegua a quella legittimata dal provvedimento di requisizione costituisce un mero dato temporale che non può porsi come occasione, collegamento o sviluppo del precedente provvedimento.

²⁶ Consiglio di giustizia amministrativa Regione Sicilia, ordinanza del 18 maggio 2006 la quale ha in particolare rilevato che, a prescindere dall'ampio dibattito sviluppatosi intorno alle ordinanze di necessità ed urgenza ed alla loro compatibilità con diversi principi costituzionali, l'indeterminatezza tanto delle situazioni di emergenza alle quali si riferisce la norma interessata, quanto delle specifiche consequenziali attività amministrative occorrenti per fronteggiarle, comporterebbe - secondo il giudice a quo - che la materia devoluta alla competenza del TAR del Lazio presenti "contorni talmente ampi ed imprecisi da sfuggire ad ogni possibile preventiva individuazione", confermando così che la disciplina recata dalle norme censurate "configura una previsione incongrua rispetto al sistema di distribuzione territoriale delle competenze tra tribunali amministrativi" (v. anche TAR Palermo ord. n. 129 del 2006; Tar Catania ord. n. 293 del 2006 e TAR Veneto ord. n. 394 del 2006).

²⁷ Corte costituzionale n. 237 del 26 giugno 2007, Foro amm. CDS 2007, 6, 1721 (solo massima), Giur. cost. 2007, 3; 28 dicembre 2007 n. 463, Giur. cost. 2007, 6.

Non va trascurato d'altronde che se l'apposizione del termine caratterizza il provvedimento di requisizione, un suo difetto potrebbe addirittura comportare non la mera annullabilità per illegittimità, ma la nullità dell'atto per mancanza di un elemento essenziale ai sensi dell'art. 21 septies della legge 241/1990 e quindi la carenza di potere. In precedenza già la giurisprudenza amministrativa aveva attratto nell'ambito della giurisdizione esclusiva la domanda di risarcimento del danno derivante da attività od omissioni in contrasto con gli utilizzi contemplati negli atti amministrativi²⁸.

6.6. Rapporti di pubblico impiego

Il settore **pubblico impiego** tradizionalmente più importante tra quelli rientranti nella giurisdizione esclusiva e che, come s'è visto, era stato in buona misura alla radice della istituzione della stessa, è ora in gran parte sottratto al giudice amministrativo, ad eccezione dei rapporti residuali del personale in regime di diritto pubblico contemplati in via tassativa dall'art. 3, comma 1.

L'art. 63 d.lgs. 165/2001 ha infatti disposto la devoluzione al giudice ordinario in funzione del giudice del lavoro di tutte le controversie riguardanti il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, ad eccezione di quelle relative alla materia dell'assunzione dei dipendenti e di quelle attinenti ai rapporti di lavoro di alcune categorie di soggetti (magistrati ordinari, amministrativi e contabili, avvocati e procuratori dello Stato, personale militare e delle forze di polizia dello Stato, personale di carriera diplomatica e prefettizia — a partire dalla qualifica di vice consigliere di prefettura — e, temporaneamente, professori e ricercatori universitari).

Con riferimento alle controversie relative ai rapporti di lavoro sottratte alla privatizzazione, l'art. 63 afferma la sussistenza della giurisdizione esclusiva (che si aggiunge a quella prevista in via transitoria dall'art. 45, comma 16, d.lgs. 80/1998, in relazione alle controversie attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998), specificando che il giudice amministrativo decide anche delle controversie attinenti ai diritti patrimoniali connessi.

6.7. Altri casi

Dottrina e giurisprudenza hanno poi fatto rientrare nella giurisdizione esclusiva alcuni casi benché non contemplati come tali espressamente dalla legge: tra queste, per importanza, le controversie in tema di indennità di buonuscita degli impiegati dello Stato e delle aziende autonome fissate dalla Legge n. 75 del 20 marzo 1980, ed almeno secondo parte della giurisprudenza non superata dal d.lgs. 165/2001²⁹

Secondo parte della giurisprudenza³⁰, la devoluzione di una materia alla giurisdizione esclusiva si estende anche alle controversie sulle relative sanzioni pecuniarie irrogate dall'amministrazione in quella materia, con conseguente parziale abrogazione dell'art. 23 l. 689/1981, che attribuisce al giudice ordinario la giurisdizione.

La Cassazione³¹ ha ritenuto sussistere la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie poste a tutela dei c.d. diritti incompressibili. L'assunto di fondo è che la pubblica amministrazione, sebbene agisca per motivi di interesse pubblico, è priva del

²⁸ Tar Campania, Napoli, sez. I, 23 maggio 2005 n. 6842.

²⁹ Cass. civ., sez. un., n. 6343 del 18 aprile 2003 e n. 10978 del 9 agosto 2001, Giust. civ. Mass. 2001, 1582; Nuova giur. civ. commentata 2002, I, 524, con nota di ANTONUCCI.

³⁰ Cass. Civ., SS. UU., n. 52 del 5 gennaio 1994: Foro it. 1994, I, 732 con nota di BARONE; Cons. Stato, ad. plen., ord. n. 1 del 30 marzo 2000 cit.. Secondo Cass. Civ., SS. UU., n. 13703 del 22 luglio 2004, anche a seguito della nuova disciplina di cui all'art. 33 d. lgs. 80/1998 come riformulato dall'art. 7 l. n. 205/2000, la giurisdizione a conoscere delle opposizioni (art. 196 d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58) avverso le sanzioni inflitte dalla Consob ai promotori finanziari, anche se di tipo interdittivo, spetta all'autorità giudiziaria ordinaria.

³¹ Cass. Civ., SS.UU., 8 novembre 2006, n. 23735, Riv. it. medicina legale 2007, 3 895; D&G - Dir. e giust. 2006, 47 28; Giust. civ. Mass. 2006, 11.

potere di affievolire o di pregiudicare diritti costituzionalmente garantiti i quali non tollerano interferenze esterne che ne mettano in discussione l'integrità: è il caso, ad esempio, del diritto alla salute (art. 32 Cost.). Il principio vale secondo la Cassazione anche nel nuovo quadro di riparto della giurisdizione in materia di pubblici servizi, di cui all'art. 7 l. n. 205 del 2000.

Quest'orientamento - che si pone tuttavia come un dogma non dimostrato ed anzi non corretto - è stato decisamente smentito dalla Corte costituzionale con la sent. 140/2007, secondo cui alla validità costituzionale del sistema di riparto non si oppone la natura "fondamentale" dei diritti soggettivi oggetto delle controversie, non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario - con esclusione del giudice amministrativo - della tutela dei diritti costituzionalmente protetti.

In materia di **rapporti individuali di utenza** si applica il normale criterio di riparto basato su interessi legittimi e diritti soggettivi (cfr. Cass., sez. un., nn. 9389/2005 e 8212/2005) Rientra quindi nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia risarcitoria promossa dagli investitori che abbiano subito perdite finanziarie nei confronti degli organi di vigilanza in caso di omissioni o manchevolezza nello svolgimento dei relativi compiti (cfr. Cass., sez. un., ord. nn. 15916/2005 e 6719/2003). Tuttavia la Cassazione (ord. n. 1144/2007) attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative al rapporto di utenza in assenza di un contratto e in presenza di un provvedimento di ammissione.

Il Consiglio di Stato³² ha espresso il condivisibile orientamento secondo cui rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia avente per oggetto il **diritto di prelazione** esercitato dall'amministrazione su beni di proprietà privata ma di rilievo storico o artistico, ai sensi dell'art. 59 TU 29 ottobre 1999 n. 490, oggi sostituito dal d. lgs. 42/2004 (codice dei beni culturali), atteso che la loro acquisizione non avviene per il tramite di un rapporto negoziale bensì in forma procedimentalizzata; pertanto il diritto soggettivo potestativo da esercitarsi entro termini decadenziali concorre con lo stato di soggezione alla potestà amministrativa avente natura sostanzialmente ablatoria. Secondo Cass., sez. un., n. 7108/2007 rientrano nella giurisdizione esclusiva le controversie risarcitorie originate da **ritardi** dell'amministrazione (v. altresì n. 13028/2006).

Ricordiamo infine che gli artt. 19, 21-*quinquies*, 21-*septies*, 25, l. 241/1990 (come modific. dalla l. 80/2005) hanno attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie attinenti rispettivamente alla **dichiarazione di inizio attività**, alla determinazione e corresponsione dell'**indennizzo in caso di revoca**, alla **nullità dei provvedimenti** adottati in violazione o elusione del giudicato e al diritto d'accesso.

7. Azioni possessorie. Espropriazione: occupazione appropriativa e occupazione usurpativa.

Alla luce dell'intervento della ormai nota sentenza 204/2004 della Corte costituzionale, che ha rimosso il riferimento ai comportamenti dall'art. 33 d. lgs. 80/1998, viene meno oggi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie ad essi inerenti, quali ad esempio il comportamento assunto dall'amministrazione in ordine alle **azioni possessorie**.

Si ricorda che in precedenza la Cassazione aveva fatto rientrare la tutela possessoria nella giurisdizione esclusiva, sul presupposto del carattere onnicomprensivo di quest'ultima³³.

³² Sez. VI, n. 5643 del 12 novembre 2008.

³³ Cass., sez. un., sez. un., 11 marzo 2004, n. 5055: Dir. & Formazione 2004, 829; D&G - Dir. e giust. 2004, 14 119 la quale aveva affermato che il possesso non sarebbe riconducibile a diritti soggettivi o interessi

Molto delicato è poi il tema dell'espropriazione, sul quale il problema del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario rimane un punto critico del nostro sistema di tutela giurisdizionale.

A seguito delle note pronunce n. 204 e 281 del 2004 della Corte Costituzionale si sono riproposti vecchi e nuovi problemi interpretativi e divergenti orientamenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, con particolare riferimento alle azioni di risarcimento danni ed all'individuazione del concetto di "comportamento" dell'Amministrazione.

Un intervento determinante è rappresentato dalla sentenza 11 maggio 2006 n. 191³⁴ con cui la Corte Costituzionale - confermando quanto già chiarito con la sentenza 204/2004 ed alla luce degli sviluppi successivi a questa conseguenti - ha tuttavia ritenuto opportuno condurre un ragionamento più sofisticato in merito ai "comportamenti".

La Corte ha chiarito che la previsione contenuta nell'art. 53, comma 1, del Dpr 327/2001 (testo unico delle espropriazioni), il quale individua anche nei "comportamenti della Pubblica amministrazione il fatto causativo del danno ingiusto, è costituzionalmente illegittima nel punto in cui devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai "comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati", comprende anche quelli non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere.

Sviluppando quindi le argomentazioni già poste a fondamento della sua precedente sentenza n. 204/2004, la Corte ha affrontato il nodo della giurisdizione conseguente ai fenomeni di occupazione "usurpativa" e di occupazione "acquisitiva" (ovvero appropriativa), nodo sul quale sussiste un acceso contrasto tra le Sezioni unite della Corte di cassazione e l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

L'occupazione appropriativa, secondo la Corte costituzionale, si "verifica quando il fondo è stato occupato a seguito di dichiarazione di pubblica utilità, e pertanto nell'ambito di una procedura di espropriazione, ed ha subito una irreversibile trasformazione in esecuzione dell'opera di pubblica utilità senza che, tuttavia, sia intervenuto il decreto di esproprio o altro atto idoneo a produrre l'effetto traslativo della proprietà".

L'occupazione usurpativa si caratterizza, invece, "dall'apprensione del fondo altrui in carenza di titolo: carenza universalmente ravvisata nell'ipotesi di assenza *ab initio* della dichiarazione di pubblica utilità, e da taluni anche nell'ipotesi di annullamento, con efficacia *ex tunc*, della dichiarazione inizialmente esistente ovvero di sua inefficacia per inutile decorso dei termini previsti per l'esecuzione dell'opera pubblica".

Il problema si sposta allora verso l'esigenza di identificare la natura di questo comportamento al fine di individuare se ci si trova di fronte ad un'ipotesi di occupazione appropriativa, con conseguente giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ovvero usurpativa, con giurisdizione del giudice ordinario.

La differenza è quindi decisiva ai fini del riparto di giurisdizione (oltre che del risarcimento del danno).

Nel primo caso, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo perché i comportamenti causativi di danno ingiusto costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi (dichiarazione di pubblica utilità e/o indifferibilità e urgenza) ed in quanto tali costituiscono pur sempre manifestazione ancorché viziata della funzione pubblica. In tal caso, sempre che si abbia l'irreversibile trasformazione del bene ablato, si produce l'acquisto della proprietà a favore dell'amministrazione, peraltro tenuta a risarcire il danno, onde al privato è preclusa la possibilità di ottenere la sua restituzione. Pertanto, anche la domanda risarcitoria, in forma specifica o per equivalente, è correlata all'impugnazione di provvedimenti dei quali viene chiesto al giudice amministrativo l'annullamento.

legittimi, ma costituisce una posizione autonoma. Orientamento opposto aveva espresso in precedenza, Cons. St., sez. V, 15 settembre 2001 n. 4826: Riv. giur. edilizia 2001, I,1210.

³⁴ D&G - Dir. e giust. 2006, 24,97 nota PROIETTI; Giur. it. 2006, 8-9, 1729.

Nel caso dell'occupazione usurpativa, invece, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario trattandosi di comportamenti meramente materiali non riconducibili ad esigenze di pubblica utilità e che quindi non sono espressione della funzione pubblica. In tal caso, l'occupazione non è in grado di incidere sul diritto di proprietà ed il proprietario ha diritto ad una tutela reale che si attua con la restituzione dell'area, lasciando quindi integra la sua facoltà di agire in via restitutoria fino a quando, rinunciando esplicitamente o implicitamente al bene, non scelga il conseguimento dell'equivalente in denaro.

Il problema non è stato tuttavia definitivamente risolto perché, anche dopo la pronuncia n. 191/2006 della Corte Costituzionale, permane un forte contrasto tra la Suprema Corte e il Consiglio di Stato nell'individuare esattamente le rispettive nozioni di occupazione usurpativa ed acquisitiva (detta anche espropriativa o acquisitiva, ovvero ancora accessione invertita).

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione – a partire dalle fondamentali sentenze 196/1987 e 3940/1988 - hanno precisato che l'istituto della c.d. occupazione acquisitiva o espropriativa non deve confondersi con il fenomeno dell'occupazione usurpativa, consistente nell'apprensione *sine titulo* da parte di un ente pubblico, per qualsivoglia ragione o fine pubblico, di un bene immobile privato.

L'occupazione acquisitiva del diritto dominicale, denominata anche accessione invertita, è illecito di carattere istantaneo. Essa ha pertanto quale indefettibile punto di partenza una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera e quale indefettibile punto di arrivo la realizzazione di un bene demaniale o patrimoniale indisponibile (art. 823 e 826 cod.civ.). Tra questi due momenti s'inserisce un'attività manipolatrice sul bene altrui che ne comporta l'inserimento in un nuovo ed inscindibile contesto, anche in senso giuridico, e che è peraltro realizzata in modo non conforme al modello dettato dalle leggi in materia, che richiede la preventiva acquisizione dell'immobile mediante l'adozione del decreto ablativo o la conclusione di un contratto di cessione volontaria (cfr. Cass. Civ., sez. I, 15 settembre 2005 n. 18239; 21 settembre 2004 n. 18916; 6 maggio 2003 n. 6853). La ricorrenza alternativa di uno di detti momenti non è allora sufficiente ad attrarre il fondo privato nella disciplina giuridica dei beni pubblici, né è la mera attività di costruzione o manipolazione del fondo altrui da parte di un ente pubblico che giustifica il sacrificio del diritto dominicale del privato, perché ciò sarebbe in grave contraddizione con l' art. 42 Cost. il quale pone la regola che la proprietà privata può essere espropriata soltanto "per motivi di interesse generale", e perciò richiede che l'attività di trasformazione avvenga in attuazione di un vincolo di scopo e cioè di rispondenza in concreto ad un fine di pubblica utilità predeterminato dalla legge. Sicché la relativa dichiarazione diviene il primo e fondamentale presupposto per procedere al trasferimento coattivo dell'immobile mediante espropriazione (rituale o atipica).

L'occupazione acquisitiva comporta l'obbligo dell'amministrazione espropriante di risarcire il danno nei confronti del privato (Cassazione civile, ordinanza 21 gennaio 2005 n. 1235).

Sono invece **usurpative** (Cassazione sez. I civ., sentenze 12 dicembre 2001 n. 15710³⁵; sez. un. 6 maggio 2003 n. 6853³⁶, ordinanza 23 gennaio 2006 n. 1207³⁷) non solo le occupazioni dell'immobile prive *ab inizio* di qualsivoglia dichiarazione di pubblica utilità (classica figura di carenza di potere in astratto secondo sez. un. 19 febbraio 2007 n. 3723³⁸) ma anche le occupazioni in cui la dichiarazione di pubblica utilità, inizialmente presente, sia successivamente annullata con effetti *ex tunc* dal giudice amministrativo

³⁵ Cfr. su Giust. civ. Mass. 2001, 2140.

³⁶ Cfr. su Giust. civ. Mass. 2003, 5.

³⁷ Cfr. D&G - Dir. e giust. 2006, 10 79 con nota di PROIETTI.

³⁸ Cfr. su Giust. civ. Mass. 2007, 2.

ovvero diventi inefficace per inutile decorso dei termini previsti per l'esecuzione dell'opera pubblica (quelli richiesti dall'art. 13 L. n. 2359/1865 per il compimento delle espropriazioni e dei lavori: in questo caso si segnala che per sez. un. ord. 7 febbraio 2007 n. 2688 la dichiarazione è radicalmente nulla) il che si verifica quando: il decreto di esproprio non sia emesso, sia emesso dopo la scadenza dell'occupazione legittima ovvero sia annullato in sede giurisdizionale (carenza di potere in concreto ovvero carenza cosiddetta relativa, ipotesi che potremmo definire occupazione usurpativa "spuria")³⁹.

Riepilogando, la Corte di Cassazione nel suo indirizzo più radicale (v. recenti pronunce Sez. un. 7 febbraio 2007 nn. 2688, 2689, 2691; 13 febbraio 2007 n. 3048; 19 febbraio 2007 n. 3723; 12 aprile 2007 n. 9323)⁴⁰ configura la giurisdizione ordinaria non solo (e questo è pacifico anche per il Consiglio di Stato) qualora l'amministrazione agisca in via di fatto al di fuori di ogni procedimento espropriativo, ma anche nei casi in cui la dichiarazione di pubblica utilità risulti "radicalmente nulla", il che accade per omessa indicazione dei termini per l'espropriazione o per scadenza degli stessi, per imprecisa indicazione delle aree interessate, ovvero nel caso di realizzazione di opera pubblica su aree non comprese nel progetto approvato nei modi di legge e nel piano particellare di esproprio. A questi deve aggiungersi, sempre secondo la Corte di Cassazione, il caso del decreto di espropriazione emesso fuori termine.

Nell'occupazione usurpativa, rilevandosi violazione dell'art. 42 Cost., si presenterebbero vizi di maggiore consistenza di quelli che, in altri casi, inducendo il giudice amministrativo all'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità o del decreto di espropriazione, legittimerebbero, sia pure per sole esigenze di concentrazione, la giurisdizione amministrativa (v. Sez. un. 2 luglio 2007, n. 14594).

Ad avviso della Suprema Corte, pertanto, non deve guardarsi alla circostanza dell'avvenuta esplicazione di un (qualsiasi) potere, ma all'esistenza della causa di pubblica utilità: qualora la procedura non sia sorretta da questa causa legalmente dichiarata, vi è carenza di potere in concreto con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, tanto sia per l'assenza della dichiarazione di pubblica utilità sia per la mancanza di un termine che vizia in radice la procedura, atteso che l'originaria invalidità si traduce in giuridica inesistenza per carenza di un suo carattere essenziale tipico.

L'occupazione usurpativa realizza una detenzione illecita dell'immobile privato, fonte di responsabilità per l'amministrazione ai sensi dell'art. 2043 c.c., con le necessarie implicazioni per gli aspetti sia della prescrizione del diritto al risarcimento del danno, derivante dalla permanenza dell'illecita occupazione, sia dell'esperibilità di azioni reipersecutorie a tutela della proprietà del bene. L'occupazione usurpativa avrebbe come conseguenza il diritto del cittadino ad una tutela reale che si attua con la restituzione dell'area anche se utilizzata per opere pubbliche. Non è quindi in grado di incidere sul diritto di proprietà collegandosi a comportamenti non riconducibili ad esigenze di pubblica utilità ed, in definitiva, alla funzione pubblica. Lascia pertanto integra la facoltà del proprietario di agire in via restitutoria.

Quest'ultima può, tuttavia, trovare ostacolo nell'eccessiva onerosità della reintegrazione in forma specifica ovvero nel pregiudizio arrecato dalla distruzione dell'opera all'economia nazionale, circostanze per le quali all'interessato è data la possibilità di lasciare l'immobile danneggiato all'amministrazione occupante, ottenendo in cambio l'integrale risarcimento del danno (in senso conforme, anche Cass. Civ., sez. I, sentenze 16 maggio 2003 n. 7643 e 21 settembre 2004 n. 18916; ordinanza 21 gennaio 2005 n. 1235).

L'irreversibile trasformazione del bene, esaurito il periodo di occupazione legittima, si risolve in un comportamento della P.A. che non trova collegamento con il progresso

³⁹ Cfr. sul punto, Cass. Civ., sez. un. 17 novembre 2005 n. 23241; Giust. civ. Mass. 2005, 11; 30 maggio 2005 n. 11335; Giust. civ. Mass. 2005,5; Foro amm. CDS 2005, 1683; 14 gennaio 2005 n. 600; Giust. civ. Mass. 2005; Danno e resp. 2005, 1199, con nota di FOFFA; 19 maggio 2004 n. 9532; Giust. civ. Mass. 2004, 5; Foro amm. CDS 2004, 1314; 17 ottobre 2003 n. 15559; Giust. civ. Mass. 2003, 10.

⁴⁰ Questo indirizzo radicale non è tuttavia seguito all'unanimità; cfr. medesime Sezioni Unite 20 dicembre 2006, n. 27190 e 27192.

esercizio del potere, atteso che il privato perde la proprietà del suo bene non per effetto di un tempestivo decreto di esproprio ma per un fatto illecito (la cosiddetta accessione invertita).

Invero, la Suprema corte afferma al riguardo che l'effetto degradatorio della posizione soggettiva, pur quando venga tardivamente emesso il decreto di esproprio, diventa irrilevante se la perdita del diritto di proprietà si sia già verificata in conseguenza dell'irreversibile trasformazione dell'immobile (Cass. Civ., sez. un., 600/2005 e 9532/2004).

In altri termini, ad avviso della Cassazione la linea distintiva della giurisdizione va individuata non sulla base del tipo di comportamento ma della natura della posizione giuridica soggettiva che si assume lesa.

Riecheggiano in questa posizione le considerazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo la quale ha più volte affermato come la causa di pubblica utilità non è una qualsiasi ragione di interesse pubblico, ma una causa legalmente dichiarata; non è possibile ravvisare un'espropriazione nel caso in cui la pubblica utilità difetti, sia scaduta o annullata.

Sempre secondo l'orientamento della Cassazione, **l'occupazione acquisitiva** (o appropriativa) si realizza invece allorché vi sia trasformazione irreversibile del fondo, con destinazione ad opera pubblica o ad uso pubblico in assenza di decreto di esproprio. L'occupazione acquisitiva ha carattere illecito che si consuma alla scadenza del periodo. Ad avviso della Suprema Corte, l'art. 43 del Dpr 327/2001⁴¹ è applicabile soltanto nel caso in cui l'impugnazione proposta dal privato avverso l'atto di acquisizione sia accolta e la Pa (qualora non intenda restituire l'immobile al privato) faccia richiesta del risarcimento del danno, né ai sensi dell'art. 34 del d. lgs. n. 8'/1998 (come modificato dall'art. 7 L. n. 205/2000, nel testo risultante dalla sentenza della Corte cost. n. 204/2004) o dell'art. 53 del Dpr n. 327/2001 (nel testo risultante dalla sentenza della Corte cost. n. 191 del 2006); ciò sempre che vi sia una dichiarazione di pubblica utilità che attesti la destinazione pubblicistica dell'opera (Cass. Civ. SS. UU., ord. 5 marzo 2008 n. 5925⁴²; sentenza 6 maggio 2003 n. 6853).

Essa comporta l'obbligo dell'amministrazione espropriante di risarcire il danno nei confronti del privato (Cassazione, ordinanza 21 gennaio 2005 n. 1235).

Opposta la posizione del Consiglio di Stato, secondo cui, al contrario, solo l'ipotesi di appropriazione del bene in totale assenza di preventiva dichiarazione di pubblica utilità costituisce occupazione usurpativa.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n 4 del 2005⁴³ afferma l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative al risarcimento del danno da occupazione acquisitiva, aventi ad oggetto diritti soggettivi quando la lesione di questi ultimi sia eziologicamente causata da fattori riconducibili all'esercizio di un pubblico potere che si sia esplicato con atti ancorché siano, "ope legis", divenuti inefficaci per la mancata conclusione del procedimento.

⁴¹ Si riporta il testo dell'art. 43, comma 1, dpr 327/2001 (*Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*): "Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni".

⁴² Cfr. in Giust. civ. Mass. 2008, 3 358; Foro amm. CDS 2008, 4 1038 (massima).

⁴³ Consiglio Stato ad. plen., 30 agosto 2005, n. 4: Foro amm. CDS 2005, 7/8 2089 con nota di SAITTA; Corriere del merito 2005, 1108; Foro amm. CDS 2006, 2 417, con nota di PAOLANTONIO; D&G - Dir. e giust. 2005, 37, 81 con nota di PROIETTI.

Anche le successive decisioni dell'Adunanza plenaria (9/2005⁴⁴ e 2/2006⁴⁵) ribadiscono che vi è occupazione appropriativa - e, pertanto, giurisdizione del giudice amministrativo - anche nei casi in cui la procedura espropriativa non è più retta da provvedimenti amministrativi per effetto dell'annullamento giurisdizionale della dichiarazione di pubblica utilità o del decreto di occupazione di urgenza. In questo caso, i “comportamenti materiali dell'amministrazione”, fonte di illecito aquiliano, sono pur sempre riconducibili all'esercizio di un potere funzionale benché illegittimo al perseguimento dell'interesse pubblico.

In sostanza, secondo l'orientamento del giudice amministrativo, condiviso da una parte rilevante della dottrina⁴⁶, l'annullamento giurisdizionale della dichiarazione di pubblica utilità non reciderebbe il collegamento tra il potere e il provvedimento (effetto, invece, sostenuto dalla Cassazione), perché il collegamento medesimo andrebbe valutato *ex ante* e non a posteriori.

Per il giudice amministrativo, la giurisdizione va determinata non sulla base della situazione di diritto al momento della proposizione della pretesa risarcitoria, bensì a quello in cui il provvedimento è stato effettivamente adottato e che esprime la sua modalità di esercizio, pur se illegittimo, di una potestà autoritativa.

Anche in queste ipotesi, le situazioni soggettive dei privati assumerebbero la veste di interessi legittimi all'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità ed al riconoscimento del risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente. In altri termini, l'illegittimità dell'azione amministrativa non esclude il collegamento tra comportamento dell'amministrazione e pubblico potere tale da costituire il fondamento dell'attribuzione della giurisdizione piena al giudice amministrativo.

Sulla base di queste considerazioni, sussisterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo anche riguardo alle occupazioni usurpative per così dire spurie - ossia quelle per le quali l'occupazione e l'irreversibile trasformazione del fondo sono avvenute in assenza o a seguito dell'annullamento del decreto di esproprio ma in presenza di una dichiarazione di pubblica utilità, sebbene quest'ultima sia stata in seguito annullata dal giudice o dall'amministrazione stessa in autotutela.

Il contrasto tra Cassazione e Consiglio di Stato si spiega con la diversa interpretazione dell'art. 43 del Dpr 327/2001 e dell'art. 34 d. lgs. 80/1998.

La Corte costituzionale, con la nota pronuncia n. 204/2004, ha considerato che i “comportamenti” non potessero essere oggetto della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, perché in questi casi non si è in presenza dell'esercizio di una pubblica funzione.

La Cassazione ha ricondotto nell'ambito dei “comportamenti”, e quindi nella nozione di occupazione usurpativa, gran parte delle ipotesi di illegittimità del procedimento espropriativo tra le quali la stessa illegittimità della dichiarazione di pubblica utilità o la mancanza del decreto di esproprio ovvero la sua inefficacia sopravvenuta per decorso dei termini massimi, in quanto evenienze in grado di declassare l'azione dell'amministrazione a meri comportamenti.

Il Consiglio di Stato non è dello stesso avviso ritenendo che, in materia di procedimenti

⁴⁴ Consiglio Stato ad. plen., 16 novembre 2005, n. 9: Foro amm. CDS 2005, 11 3234; Foro amm. CDS 2006, 2, 416 con nota PAOLANTONIO, La decisione della plenaria ribadisce che l'art. 34, d.lgs. 80/1998, come sostituito dall'art. 7, l. 205/2000, nella parte in cui parla di "comportamenti" della p.a. (espressione questa espunta dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 204 del 2004, per arginare l'ambito della giurisdizione amministrativa), non si riferiva a quelle condotte che costituiscono attuazione di potestà amministrative manifestatesi attraverso provvedimenti autoritativi che hanno spiegato *secundum legem* i loro effetti pur se successivamente rimossi, in via retroattiva, da pronunce di annullamento, ma a condotte poste in essere dalla p.a. mosse (magari anche in vista del perseguimento di interessi pubblici) fuori dell'esplicazione del potere (con attività materiale, *voilà de fait*, manifestazioni abnormi del pubblico potere) produttivi del danno.

⁴⁵ Consiglio Stato ad. plen., 9 febbraio 2006, n. 2: D&G - Dir. e giust. 2006, 9, 61 con nota di CHIEPPA

⁴⁶ F. CARINGELLA, M. DE PALMA, Potere espropriativo e proprietà privata, Milano, 2005, p. 396 e seguenti.

espropriativi, i “comportamenti” cui fa riferimento l’art. 34 d.lgs. 80/1998 nella relativa versione originaria, anteriore alla pronuncia n. 204/2004 e l’art. 53 DPR 327/2001, devono assumersi riferiti non già ad attività materiali della PA sorrette dall’esplicazione del potere – sia pure manifestatosi attraverso l’adozione di atti illegittimi, di poi caducati – quanto piuttosto a conegni posti in essere dalla parte pubblica (sia pure funzionali al perseguimento dell’interesse pubblico, ma) al di fuori dell’esplicazione del potere, come nelle ipotesi della pura attività materiale (non sorretta da provvedimento), delle vie di fatto, delle manifestazioni abnormi di potestà.

Da ciò consegue, lo ribadisce l’Adunanza plenaria, che in questi casi sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche sulle domande di risarcimento del danno per perdita del possesso e per perdita del diritto di proprietà⁴⁷.

E’ vero che l’eventuale statuizione di annullamento di un atto della procedura espropriativa da parte del giudice amministrativo rimuove con efficacia ex tunc gli atti emanati nell’esercizio del potere amministrativo, tuttavia questo non può comportare il declassamento dell’azione pubblicistica e funzionale dell’amministrazione a mero comportamento.

Il potere sussiste, perché è conferito da una norma di legge, ma è, semplicemente, esercitato non correttamente. Questo vale anche quando sia annullato il decreto di occupazione o quello di esproprio, con conseguente esaurimento della procedura illegittima.

L’indagine sulla legittimità dell’azione amministrativa risulta infatti pregiudiziale, sia in termini processuali sia in termini sostanziali, ad una verifica sulla illiceità del comportamento dell’amministrazione, il quale è pur sempre il derivato dell’esercizio della funzione pubblica. Questo è il senso di lesione del diritto in concomitanza con la dissoluzione dell’atto con cui il potere si era manifestato, di cui parla l’Ad. plen 4/2005.

Le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza 22 aprile 2004 n. 10978, hanno chiarito che nella controversia avverso l’occupazione ed il tentativo di espropriazione, il petitum sostanziale consiste nella restituzione del bene (per l’ipotesi di occupazione usurpativa) ovvero nel risarcimento per equivalente (per l’ipotesi di occupazione appropriativa), pretese che non possono farsi valere nell’ambito del giudizio di ottemperanza, afferendo il risarcimento ad un “diritto nuovo che trae origine e fondamento dal giudicato di annullamento della dichiarazione di pubblica utilità e non da un bene della vita già attribuito agli interessati da detto giudicato”.

Questa costruzione si basa tuttavia su una non divisibile scissione tra il bene della vita (diritto di proprietà sul bene aggredito dalla procedura espropriativa) e la richiesta di reintegrazione dello stesso. E’ vero che l’interesse all’annullamento della procedura espropriativa nasce per il privato dall’esigenza di tutelare il suo diritto di proprietà sul bene, tuttavia non è affatto divisibile la tesi secondo cui la restituzione del bene costituisca un “diritto nuovo”. Essa infatti non è altro che un effetto dell’annullamento, il quale può prodursi o nella forma della reintegrazione in forma specifica, se ancora possibile ed economicamente conveniente (anche per l’economia nazionale, ai sensi dell’art. 2933, comma 2, cod. civ.), oppure per equivalente.

La soluzione circa le modalità della reintegrazione non può che essere affrontata nel giudizio di merito, comportando essa una valutazione sulla situazione di fatto e di diritto e sull’attività autoritativa dell’amministrazione, senza le quali il giudizio di ottemperanza non sarebbe il rimedio strutturalmente idoneo. E ciò non perché non sarebbe la sede idonea per dare esecuzione ad un “diritto nuovo” ma semplicemente perché col giudizio di ottemperanza – che, si ricorda, è un rimedio di attuazione del giudicato – non si potrebbe dare esecuzione ad un aspetto che nella pronuncia definitiva del giudice è rimasto sostanzialmente non precisato ed indeterminato. E’ questa la ragione per cui il

⁴⁷ Va tuttavia segnalata, fuori dal coro, la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. IV, 26 maggio 2006 n. 3191: D&G - Dir. e giust. 2006, 33, 87; Guida al diritto 2006, 25, 99 con nota di PAPPALARDO, secondo cui va affermata la sussistenza della giurisdizione ordinaria nei casi in cui alla procedura di occupazione d’urgenza dell’immobile non abbia fatto seguito la procedura di espropriazione nel termine di validità del decreto di occupazione d’urgenza.

privato ricorrente ha l'onere, nello stesso giudizio di merito, di indicare con quali modalità intende ottenere il ristoro dei danni subiti.

8. Giurisdizione esclusiva in tema di procedure per l'affidamento degli appalti pubblici, In particolare annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto

Un altro tormentato contrasto tra la giurisprudenza della Corte di cassazione e quella del Consiglio di Stato si registra anche in tema di giurisdizione sulla **sorte del contratto** in caso di **annullamento dell'aggiudicazione** e/o della procedura di scelta del contraente che ha condotto alla stipula dello stesso.

In queste note si sorvola sull'annoso dibattito relativo agli effetti dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sulla sorte del contratto⁴⁸.

L'argomento delle conseguenze che l'annullamento dell'aggiudicazione produce sul contratto, pur interessando le procedure di affidamento dei pubblici appalti, non appartiene propriamente al tema della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, attenendo infatti a quella zona intermedia che collega la procedura di evidenza pubblica alla fase contrattuale privatistica.

Non a caso, il problema della sorte del contratto assume in realtà aspetti differenti non perfettamente assimilabili tra di loro. Il vizio che individua la sentenza di annullamento può riguardare sia direttamente l'atto di aggiudicazione che chiude la fase concorsuale pubblica. Esso può anche discendere da un atto precedente della serie procedimentale, il quale si propaga su quelli successivi e su quello conclusivo per invalidità derivata. Può inoltre trattarsi di un vizio formale o sostanziale, di contrasto con la normativa comunitaria ovvero nazionale. Può inoltre coinvolgere la completa omissione della procedura ad evidenza pubblica essendo l'appalto affidato alla procedura negoziata in assenza dei presupposti di legge. Può infine attenersi alla stipulazione di un contratto di appalto, ma anche di un contratto diverso, del quale la procedura comparativa ne costituisca presupposto necessario, o ancora della scelta di un socio privato o del rilascio di una concessione amministrativa⁴⁹.

La recente giurisprudenza amministrativa ha ribadito la tesi elaborata nel recente passato, secondo cui l'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione comporta la caducazione automatica del contratto a valle, caducazione sulla quale sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2007, n. 41⁵⁰; sez. VI, 4 giugno 2007 n. 2950⁵¹).

⁴⁸ Per una sintetica ma completa ricostruzione delle diverse posizioni della dottrina si rinvia all'autorevole scritto di F. G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in www.giustamm.it.

⁴⁹ Cfr. sul punto F. CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, nota a Cons. Stato sez. VI 30 maggio 2003, n. 2992, in *Diritto e Formazione*, 2003, fasc. 10, pp. 1445-1453.

⁵⁰ Foro amm. CDS 2007, 1, 118; Riv. giur. edilizia 2007, 3, 1076.

⁵¹ Foro amm. CDS 2007, 6, 1885. Con particolare riferimento al d. lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici) si segnala il TAR - Lombardia che ha adottato due interessanti soluzioni di segno opposto:

- con la sentenza 21 febbraio 2007 n. 335, in considerazione del superamento dell'equivalenza tra aggiudicazione e contratto, ha ritenuto che l'annullamento dell'aggiudicazione non comporta direttamente l'effetto di eliminare il contratto; quest'ultimo resta invece valido, salvo il suo eventuale annullamento in esito ad azioni che la parte pubblica in via di autotutela, o gli altri interessati, ritengano di intraprendere;
- con la sentenza 14 giugno 2007 n. 5201, ha invece affermato che alla stregua dell'art. 246 d. lgs. 163/2006, l'annullamento dell'aggiudicazione, assumendo la fisionomia di una condizione legale di efficacia del contratto, ne determina, con effetto caducante, la perdita di efficacia.

Nel dibattito interno alla giurisdizione amministrativa, la Corte di cassazione è intervenuta di prepotenza (SS.UU. 28 dicembre 2007, n. 27169⁵²; vedi anche 23 aprile 2008 n. 10443 e 18 luglio 2008 n. 19805⁵³) affermando che:

- gli articoli 6 e 7 della legge 205 del 2000, nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, hanno riguardo alla sola fase pubblicistica dell'appalto (in essa compresi i provvedimenti di non ammissione alla gara o di esclusione dalla stessa), ma non si riferiscono alla successiva fase dell'esecuzione del rapporto, nella quale resta operante la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice dei diritti;
- spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta ad ottenere tanto al dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o l'annullamento del contratto di appalto, a seguito dell'annullamento della delibera di scelta dell'altro contraente, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica giacché siffatte controversie non hanno ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta suddetta, ma il successivo rapporto di esecuzione che si concreta nella stipulazione del contratto di appalto, del quale i soggetti interessati chiedono di accertare un aspetto patologico, al fine di impedirne l'adempimento.

La Corte di cassazione ha, infatti, ritenuto che il provvedimento di aggiudicazione che individua il contraente privato costituisce l'ultimo atto della fase pubblicistica della scelta del contraente, attribuita alla giurisdizione esclusiva, successivamente alla quale se ne apre una seconda.

Quest'ultima è di certo intimamente connessa alla precedente ed è ad essa consequenziale, avendo inizio con l'incontro delle volontà delle parti per la stipulazione del contratto e proseguendo con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione.

Nella fase esecutiva, i contraenti - amministrazione e privato - si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi e di obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto.

La costituzione del rapporto giuridico contrattuale è lo spartiacque fra le due giurisdizioni, essendo il primo, atto di diritto comune sulle cui controversie interviene la giurisdizione ordinaria.

Nell'ambito della giurisdizione ordinaria rientra anche l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, ovvero estranee e/o alla stessa sopravvenute: come nel caso di carenza di uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'amministrazione (deliberazione di contrarre, bando, aggiudicazione) a seguito dell'annullamento disposto dal giudice amministrativo.

Il Consiglio di Stato con le Adunanze plenarie n. 9 e 12 del 2008 ha preso atto dell'orientamento delle Sezioni unite, ma ha precisato peraltro che, sussistendo l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi alla decisione giurisdizionale definitiva, il giudice amministrativo in sede di ottemperanza al giudicato, nel quale vi è cognizione piena estesa anche al merito, può sostituirsi all'amministrazione inerte ed adottare, direttamente o tramite commissario ad acta, tutti i provvedimenti necessari per adeguare la situazione di fatto a quella di diritto e sostituire il precedente contraente con il legittimo aggiudicatario vittorioso in giudizio.

⁵² Per un'analisi della sentenza delle Sezioni Unite si rinvia allo scritto di S. S. SCOCA, *La Cassazione "mette le mani" sugli appalti pubblici. Nota a Cass. SS.UU. civ., sentenza 28 dicembre 2007, n. 27169*, in www.giustamm.it. Ad avviso dell'autore la soluzione delineata dalla Cassazione relativamente alla giurisdizione, se appare la più convincente sotto l'aspetto giuridico, risulta tuttavia la meno incisiva ai fini di una tutela effettiva e dell'economia processuale, in termini di concentrazione. L'autore auspica quindi una rimediazione sulla disciplina, in modo da indicare "un unico giudice che possa fornire una definizione veloce della (intera) questione".

⁵³ Resp. civ. e prev. 2008, 4, 930; Riv. giur. edilizia 2008, 1, 239 con nota di PAPETTI; Dir. proc. amm. 2008, 2, 514, con nota di RAMAJOLI

Le conclusioni alle quali giunge l'Adunanza plenaria – pur formalmente rispettose dell'orientamento delle Sezioni unite - destano tuttavia forti dubbi.

Il massimo consenso della giustizia amministrativa cerca di recuperare con lo stratagemma del giudizio di ottemperanza ciò che, secondo le indicazioni delle Sezioni unite, non appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Nella fase di merito, quella relativa alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione, il contenuto della pronuncia del giudice, stando all'orientamento delle Sezioni unite, non può che avere ad oggetto la sola domanda di annullamento dell'atto impugnato o, in caso di nullità o inefficacia del contratto, la domanda di accertamento della nullità o inefficacia del contratto.

Nel primo caso, è vero che l'amministrazione deve porre in essere ulteriori attività volte a conformare la situazione alla sentenza di annullamento, tuttavia la sentenza, proprio per il difetto di giurisdizione, non si è potuta pronunciare proprio in ordine alla sorte del contratto.

Nel secondo caso, sempre alla luce delle pronunce delle Sezioni Unite, il giudice amministrativo non potrebbe che dichiarare il difetto di giurisdizione sulla relativa domanda, con conseguente impossibilità di una decisione suscettibile di passare in giudicato e formare il presupposto di un eventuale successivo giudizio di ottemperanza.

È vero che l'amministrazione, la quale si trova in presenza di un proprio atto (l'aggiudicazione) dichiarato illegittimo e pertanto annullato dal giudice amministrativo, deve valutare le conseguenze giuridiche che discendono sul contratto dall'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione. Tuttavia anche la pronuncia di annullamento presenta oggettivamente un problema difficilmente sormontabile: può l'amministrazione incidere in via unilaterale sul contratto senza che, in un rapporto paritetico, l'altro contraente possa a sua volta legittimamente opporsi?

Non è ancora ben chiaro, nonostante il lungo e mai sopito dibattito, se l'effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione produca "inefficacia" del contratto, come ritenuto in prevalenza dalla giurisprudenza amministrativa, ovvero la sua "nullità", rilevabile anche dal terzo estraneo al rapporto contrattuale ma ricorrente vincitore nel giudizio amministrativo, ovvero ancora la mera annullabilità, azionabile solo dalle parti contrattuali le quali, presumibilmente, non avranno interesse a farlo.

Inoltre, non va trascurato che il risarcimento del danno conseguente all'annullamento dell'affidamento può essere liquidato dal giudice amministrativo solo "per equivalente", qualora il contratto abbia già avuto seguito o si sia addirittura concluso.

Eppure vi sono testuali dati normativi che depongono in senso contrario e non consentono di abbracciare la soluzione prospettata dalla Corte di Cassazione.

L'art. 246 del codice dei contratti pubblici (d. lgs. 163/2006), al comma 4, dispone che la sospensione o l'annullamento dell'affidamento dell'appalto in controversie relative alle infrastrutture ed agli insediamenti produttivi, non comporta la caducazione del contratto già stipulato e che l'eventuale risarcimento del danno avviene solo per equivalente: questa previsione consente di affermare che, in tutti gli altri casi, l'annullamento dell'aggiudicazione o della gara determina la caducazione automatica del contratto, come ripetutamente affermato dai giudici amministrativi, senza alcuna necessità di ulteriori giudizi, tanto meno di altro giudice.

L'art. 244 del codice, recependo sempre la normativa previgente, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, comprese quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolte da soggetti tenuti al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica, nonché quelle relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti ed alla revisione prezzi.

Appare allora chiara la volontà del legislatore di concentrare davanti ad un unico giudice il contenzioso in materia di appalti pubblici in considerazione della stretta connessione ed interdipendenza tra procedura di gara, finalizzata in modo trasparente ed oggettivo ad individuazione il contraente ed a definire, anche nei minimi aspetti, il complessivo assetto contrattuale. L'affidamento dell'appalto, che avviene con la stipula del contratto, vede il coinvolgimento di posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, in quanto è

condizionata e non può prescindere dalla precedente fase pubblicistica; circostanza dalla quale appare corretto affermare, anche per la stipula del contratto, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Questo peraltro in stretta adesione all'orientamento della Corte Costituzionale di cui alla nota sentenza n. 204 del 2004 e successive pronunce in tal senso.

In altri termini, le procedure di affidamento degli appalti, alle quali fa riferimento la norma, non si esauriscono con l'aggiudicazione bensì con la stipulazione del contratto poiché solo con questa si ha l'affidamento dell'appalto.

Va poi ricordato che l'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990 demanda alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alla revoca di atti amministrativi che incidono sui rapporti negoziali, il che appunto è quello che si verifica in caso di revoca o di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione.

La soluzione prospettata dalla Corte di Cassazione conduce poi a conseguenze incongrue ed a situazioni difficilmente districabili.

L'annullamento dell'aggiudicazione fa venire meno tutti gli elementi essenziali del contratto (soggetti contraenti, oggetto, corrispettivi, etc.) il quale non può non rimanere travolto. Se così è, e ciò appare difficilmente contestabile, al giudice ordinario non rimarrebbe che prenderne atto con una pronuncia di accertamento di contenuto sostanzialmente confermativo di quanto già statuito dal giudice amministrativo.

Nel contempo, tuttavia, il giudicato amministrativo di annullamento dell'aggiudicazione non può non essere eseguito dall'amministrazione (spesso già con la sentenza di primo grado esecutiva) ed è suscettibile di ricorso per esecuzione o per ottemperanza con conseguente aggiudicazione in favore del concorrente vittorioso in giudizio.

Alla nuova aggiudicazione dovrebbe fare seguito la reintegrazione in forma specifica mediante stipula del contratto e subentro nell'esecuzione dell'appalto, ciò rappresentando l'effettiva e piena tutela dell'interesse dedotto in giudizio, ossia il conseguimento del bene della vita inciso. Ma a tanto osterebbe il contratto con l'originario contraente ancora *sub iudice* innanzi il giudice ordinario.

Potrebbe invece farsi luogo alla condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno per equivalente pecuniario; in tal caso però rischierebbe di sovrapporsi la pronuncia del giudice ordinario di annullamento o d'inefficacia del contratto con l'originario aggiudicatario.

In ogni caso, si avrebbe un appalto non eseguito o eseguito parzialmente ed un doppio esborso di danaro pubblico per l'amministrazione, a titolo di risarcimento per equivalente del danno subito e del corrispettivo per la prestazione effettuata in relazione al contratto "caducato". Senza considerare, altresì, i vari gradi di giudizio, i relativi tempi ed i possibili contrastanti esiti, il tutto con evidente dispendio di attività giurisdizionale, duplicazione e sovrapposizione di pronunce, appalti parzialmente e male eseguiti, spreco di danaro pubblico e privato. Tutto questo, non sembra che possa essere stato nelle intenzioni del legislatore, anche alla luce della riforma costituzionale che ha modificato l'art. 111 introducendo norme più stringenti sul giusto processo.

In senso completamente diverso va invece considerata la **fase dell'esecuzione del contratto**, la quale presuppone ma non comprende la stipulazione del contratto.

In tale fase, essendo coinvolti diritti ed obblighi derivanti dal contratto medesimo, amministrazione e privato versano in posizione perfettamente paritetica con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, come previsto dagli artt. 239 e ss. del codice.

Rientrano pertanto nell'ambito di tale giurisdizione:

- le controversie concernenti la risoluzione unilaterale di contratti⁵⁴;
- le controversie riguardanti il recesso ovvero il rifiuto dell'aggiudicatario di stipulare il contratto, attenendo queste alla tipica fase del rapporto⁵⁵

⁵⁴ Cons. St., sez. V, 18 settembre 2008 n. 4455; Red. amm. CDS 2008, 09; Cass. SS. UU. 26 giugno 2003, n. 10160.

⁵⁵ Cons. St., sez. V, 29 novembre 2004 n. 7772; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 31 ottobre 2007, n. 1780; Foro amm. TAR 2007, 10, 3283 (massima).

Particolare interesse rivestono infine le controversie relative alla **revisione dei prezzi**.

La giurisprudenza della Cassazione, seguita per questo aspetto anche dalla maggioranza della giurisprudenza amministrativa, ha chiarito che le richieste dell'appaltatore di revisione del prezzo hanno natura di diritto soggettivo con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, limitatamente alle ipotesi in cui l'amministrazione appaltante abbia riconosciuto il relativo diritto con atto formale o comportamento concludente proveniente da soggetti a ciò abilitati⁵⁶.

Occorrerà tuttavia vedere come questo orientamento possa conciliarsi con la previsione contenuta nell'art. 244, comma 3, del codice dei contratti pubblici la quale devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, senza alcuna ulteriore precisazione, le controversie relative alle clausole di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo, nei contratti ad esecuzione continuativa o periodica, in tema di adeguamento dei prezzi (artt. 115 e 133 d. lgs. 163/2006)⁵⁷.

L'art. 244 riproduce nella sostanza il contenuto dell'abrogato art. 6, comma 19, della L. 537/1993 (legge finanziaria per il 2004) che a suo tempo già fissava, in materia di revisione dei prezzi, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Quest'ultima norma, tuttavia, doveva coordinarsi con la disposizione contenuta nel precedente comma 4 il quale – nell'ambito del generale divieto di rinnovo tacito dei contratti – imponeva che tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa dovessero recare una clausola di revisione periodica del prezzo. Era stabilito che la revisione potesse intervenire in esito ad un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili della acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati oggettivi, individuati secondo i rilievi Istat e delle Camere di commercio. Vi era quindi l'attribuzione della giurisdizione esclusiva, interessante anche il diritto soggettivo all'adeguamento del prezzo dell'appaltatore, sempreché l'amministrazione avesse condotto un'attività di carattere istruttorio e provvedimentale.

Di queste indicazioni non vi è più traccia nell'attuale art. 244 del d. lgs. 163/2006, il quale sembra attrarre tutte le ipotesi di revisione dei prezzi nell'alveo della giurisdizione del giudice amministrativo, a prescindere dal formale riconoscimento della stazione appaltante o da un suo comportamento concludente.

Salerno, 4 maggio 2009

Gianmario Palliggiano
Magistrato TAR Salerno

⁵⁶ Cass. Civ., sez. un., 31 ottobre 2008 n. 26298; Red. Giust. civ. Mass. 2008, 10; 21 aprile 2008 n. 1815; 3 novembre 2005 n. 21293; Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2008 n. 2191; Foro amm. CDS 2008, 5 1413 (massima); sez. IV, 21 aprile 2008 n. 1815. Ad avviso del TAR Veneto, sez. I, 22 settembre 2008 n. 3028; Red. amm. TAR 2008, 09, va esclusa la giurisdizione del g.a nel caso in cui l'amministrazione abbia negato il riconoscimento della revisione prezzi, pur se implicitamente accordabile, sulla base di calcoli effettuati e dei parametri liquidatori utilizzati atteso che il provvedimento di diniego non assume alcun carattere autoritativo (ma semplicemente ricognitivo).

⁵⁷ Cfr. Tar Bari, sez. I, 2 ottobre 2008 n. 2259 ha affermato, anche se relativamente ad una controversia precedente l'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici che "le controversie attinenti alla spettanza del diritto alla revisione dei prezzi, anche in relazione all'articolo 6, comma XIX, della legge n. 537/1993, rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, come del resto confermato anche dall'art. 244, terzo comma, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163".