



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
Comparazione giuridica e storico-giuridica

CICLO XX

Coordinatore Prof. Arrigo Manfredini

*LA DISAPPLICAZIONE DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI DA
PARTE DEL GIUDICE ORDINARIO*

Settore Scientifico Disciplinare IUS/10

Dottorando
Dott. Merchiori Filippo

Tutore
Prof. Pellizzer Franco

Anni 2005/2007

INDICE

Introduzione	p.	1
--------------------	----	---

CAPITOLO I

LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA IN ITALIA

I.1.	Concetto, funzione e sistema di giustizia amministrativa	p.	5
I.1.1.	L'autorità giudiziaria amministrativa.....	p.	10
I.1.2.	L'autorità giudiziaria ordinaria.....	p.	13
I.1.3.	I ricorsi amministrativi	p.	15
I.2.	Formazione del sistema italiano di giustizia amministrativa	p.	18
I.2.1.	(Segue) Sviluppo dei sistemi di giustizia amministrativa in Europa: sistemi monistici e sistemi dualistici	p.	21
I.2.2.	(Segue) L'evoluzione del sistema italiano: dagli Stati preunitari ad oggi.	p.	28

CAPITOLO II

IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE ORDINARIO E GIUDICE AMMINISTRATIVO

II.1.	La giurisdizione: evoluzione storica e concetto nel sistema italiano	p.	45
II.1.1.	(Segue) Limiti interni ed esterni di giurisdizione.	p.	55
II.2.	Il riparto di giurisdizione ed i criteri di riparto	p.	58
II.3.	Conflitti e verifica della giurisdizione	p.	73
II.3.	Il sistema della legge n. 2248/1865 tra il giudice ordinario e la pubblica amministrazione	p.	80

CAPITOLO III

LA DISAPPLICAZIONE DA PARTE DEL GIUDICE ORDINARIO

III.1.	L'istituto della disapplicazione	p.	89
III.1.1.	(Segue) Ambito di operatività dell'istituto.	p.	93
III.2.	Alcune questioni problematiche: disapplicazione e giudicato; disapplicazione ed eccesso di potere; rilievo d'ufficio della disapplicazione	p.	105

III.3. La disapplicazione nel processo penale p. 113

CAPITOLO IV

DISAPPLICAZIONE E RISARCIBILITA'

DEGLI INTERESSI LEGITTIMI

IV.1. Gli effetti della disapplicazione degli atti amministrativi nell'evoluzione del riconoscimento della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. p. 124

IV.2. Risarcibilità degli interessi legittimi e ruolo della disapplicazione nel giudizio risarcitorio del giudice ordinario..... p. 136

IV.2.1. (Segue) Rapporti tra giudizio di annullamento, giudizio risarcitorio e potere disapplicatorio del giudice p. 142

Bibliografia..... p. 149

INTRODUZIONE

L'istituto della disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi si colloca all'interno del complesso sistema di giustizia amministrativa, inteso quale insieme degli strumenti volti a tutelare i cittadini nei confronti dell'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione.

L'importanza accordata a quest'ultimo, in ragione dell'interesse pubblico perseguito, implica, in un ordinamento democratico quale il nostro, la necessità che il suo esercizio sia circondato da una serie di limiti e garanzie, sia nella fase fisiologica del suo estrinsecarsi, sia nella possibilità di mezzi di reazione avverso i suoi esiti.

La Costituzione riserva attenzione ad entrambi i predetti aspetti, disciplinando, all'art. 97, l'esercizio del potere amministrativo secondo i requisiti della legalità, imparzialità e buon andamento e riconoscendo altresì il valore della effettività e pienezza della tutela giurisdizionale avverso gli atti della pubblica amministrazione, negli artt. 24 e 113.

In quest'ultimo contesto si inseriscono le disposizioni di legge ordinaria, che in ossequio alle direttrici costituzionali, specificano modi e forme della tutela dei cittadini nei confronti del potere esercitato dall'Amministrazione, sviluppando un sistema c.d. dualistico che attribuisce a due distinti ordini giurisdizionali la tutela avverso l'attività amministrativa sulla scorta della situazione giuridica

lesa ovvero dell'appartenenza della controversia a particolari blocchi di materie.

In particolare, sul piano storico, il potere di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi, si afferma con riferimento al complesso tema delle modalità ed i limiti del sindacato del giudice ordinario nei confronti dell'azione amministrativa, in forza della previsione normativa contenuta nell'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E.

In virtù del riconoscimento e dell'attribuzione di tale potere, il giudice ordinario, pur non potendo procedere alla invalidazione e caducazione dell'atto amministrativo ove ne riscontri l'illegittimità in forza di limiti sanciti all'art. 4 della legge sopra citata, è abilitato a disapplicarlo, cioè a decidere la controversia sottoposta alla sua cognizione come se l'atto stesso non esistesse.

Ciò significa che il giudice, una volta accertata l'illegittimità del provvedimento, atto concreto o regolamento, dovrà ricostruire il rapporto prescindendo dagli effetti da esso prodotti e, quindi, giudicare come se questi non sussistessero.

È importante sottolineare che il giudice ordinario priva l'atto di efficacia soltanto limitatamente al caso deciso, cosicché al di fuori del giudizio, l'atto continua a produrre i suoi effetti. In altre parole, il potere di disapplicazione di un atto investe i suoi effetti, non toccando la sua esistenza formale.

Nel primo capitolo di questa tesi, si è cercato di definire il sistema della giustizia amministrativa nel nostro Paese, attraverso una

ricostruzione storica dei fatti che hanno caratterizzato la formazione di questa giurisdizione ed attraverso la comparazione e l'influenza dell'esperienza degli altri Stati europei nei confronti del nostro sistema.

Il secondo capitolo è dedicato all'analisi del sistema dualistico nel rapporto tra la giurisdizione amministrativa e la giurisdizione ordinaria; in particolare si è posta particolare attenzione ai limiti tra i due ordini giurisdizionali ed alle inevitabili ripercussioni sul sistema, della legge abolitiva del contenzioso amministrativo.

Il terzo capitolo mira a ricostruire il significato e la portata del potere di disapplicazione di un atto amministrativo illegittimo da parte del giudice ordinario, attraverso l'analisi delle norme di riferimento e l'applicazione delle stesse ad opera della giurisprudenza. In particolare, per un verso, si esaminano le problematiche connesse all'ambito di applicazione dell'istituto ed a talune questioni processuali legate peculiari vicende dell'atto incidentalmente conosciuto dal giudice ordinario; per altro verso, ci si sofferma sulle particolarità che tale istituto presenta in diversi contesti processuali, con specifico riferimento al giudizio penale, al fine di pervenire ad una ricostruzione unitaria della figura.

Infine, il quarto capitolo, ha lo scopo di verificare le conclusioni formulate nel capitolo precedente, che unitamente a questo costituisce l'oggetto principale del presente lavoro, con riferimento ad un ambito particolare anch'esso oggetto di rivoluzionari interventi da parte della giurisprudenza e del legislatore. Si tratta della

risarcibilità degli interessi legittimi, in relazione al quale il ruolo della disapplicazione degli atti amministrativi e la pregiudizialità del giudizio di annullamento danno luogo a dibattiti e problemi tuttora aperti e dall'incerta soluzione.

CAPITOLO I

LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA IN ITALIA

SOMMARIO: I.1. Concetto, funzione e sistema di giustizia amministrativa - I.1.1. L'autorità giudiziaria amministrativa - I.1.2. L'autorità giudiziaria ordinaria - I.1.3. I ricorsi amministrativi - I.2. Formazione del sistema italiano di giustizia amministrativa - I.2.1. (Segue) Sviluppo dei sistemi di giustizia amministrativa in Europa: sistemi monistici e sistemi dualistici - I.2.2. (Segue) L'evoluzione del sistema italiano: dagli Stati preunitari ad oggi

I.1. Concetto, funzione e sistema di giustizia amministrativa

La compiuta realizzazione dell'ideale di Stato di diritto presuppone la compresenza di alcune condizioni essenziali che comprendono: un sistema di riserve di legge a garanzia dei diritti fondamentali, una tendenziale separazione dei poteri, la sottoposizione della pubblica amministrazione alla legge ossia il principio di legalità, una tutela giurisdizionale completa ed effettiva del cittadino nei confronti degli atti della pubblica amministrazione. Prima di analizzare l'origine e l'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa in Italia nel progressivo raggiungimento di questo ideale, è opportuno premettere alcune considerazioni sul significato di tale espressione e sulla sua relativa funzione.

L'espressione "giustizia amministrativa" è stata più volte in dottrina definita polisensa e ambigua¹.

Secondo un'opinione ormai consolidata il sistema cui si fa riferimento con tale espressione deve essere inteso come il complesso di mezzi di carattere giustiziale che un ordinamento concede ai singoli per difendere le proprie posizioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione². Non si deve tuttavia ritenere che gli istituti di giustizia amministrativa abbiano perduto quella funzione che una parte non trascurabile di dottrina e giurisprudenza ha considerato come la vera e propria loro funzione, volta ad assicurare la conformità dell'azione amministrativa alle leggi ed il miglior perseguimento dell'interesse pubblico nel rispetto dei principi di opportunità e ragionevolezza³.

I mezzi di carattere giustiziale sopra richiamati e definiti da autorevole dottrina con il nome di garanzie giustiziali⁴, vanno tenuti ben distinti dalle c.d. guarentigie istituzionali, cioè da quell'insieme di controlli politici ed amministrativi il cui fine è costituito dall'assicurare la conformità dell'azione amministrativa all'interesse pubblico⁵. Nell'accezione più estesa, comprendente sia le garanzie

¹ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, p. 19; CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, II, p. 2025.

² SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, II, p. 1187; MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, II, p. 352.

³ GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, rist. anast. della III ed. del 1953, Padova, 1957; NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, p. 17; CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, II, p. 2025.

⁴ SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, II, p. 1187.

⁵ Di questo aspetto si sono occupati in particolare: GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, rist. anast. della III ed. del 1953, Padova, 1957 e RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, IV ed., Milano, 1934, II,

giustiziali che le guarentigie istituzionali appena citate, il concetto di giustizia amministrativa tende a divenire “un modo di essere del diritto amministrativo sostanziale, diventa lo stesso diritto amministrativo in quanto colto nel suo spirito garantistico”⁶.

Nel quadro della repressione dell’attività amministrativa, la dottrina moderna sembra orientata verso l’esclusione dei rimedi che non vertano sull’attribuzione ad un cittadino del potere di rivolgersi ad un’autorità affinché questa inizi un processo, se autorità giurisdizionale, o un procedimento, quando sia autorità amministrativa, che avendo ad oggetto una lite possa essere qualificato come procedimento contenzioso.

Nella concezione più moderna di giustizia amministrativa, si cerca di porre in evidenza l’aspetto soggettivo della protezione di situazioni giuridiche soggettive dei privati lese dall’attività della pubblica amministrazione non conformi al diritto⁷, emarginando del tutto o quasi l’aspetto oggettivo della tutela dell’interesse generale all’osservanza da parte dell’amministrazione dei limiti giuridici e non, imposti al suo agire⁸.

La concezione soggettiva, più ristretta, di giustizia amministrativa,

in particolare pp. 188-200 dove alle guarentigie giuridiche sono affiancate le guarentigie costituzionali e quelle amministrative.

⁶ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, p. 19.

⁷ VERDE, *Ma che cos’è questa giustizia amministrativa?*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 587 ss.; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, I, p. 5, secondo il quale il fine immediato degli istituti di giustizia amministrativa è “la protezione dei diritti degli interessi individuali attraverso l’accertamento della legittimità e regolarità degli atti amministrativi”; SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, pp. 38 ss., secondo il quale la giurisdizione amministrativa d’impugnazione è una giurisdizione di “diritto subiettivo” e non di “diritto obbiettivo”.

⁸ GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, rist. anast. della III ed. del 1953, Padova, 1957, pp. 65 ss.

ponendo il cittadino in una posizione di centralità nel rapporto con la pubblica amministrazione, è anche la più conforme alla Costituzione, che agli articoli 24 e 113⁹, focalizza la propria attenzione sulla piena tutela dei diritti e degli interessi legittimi. Con questa concezione si designano gli istituti volti ad assicurare la tutela delle situazioni giuridiche dei soggetti che entrano in contatto con la pubblica amministrazione quando questa pone in essere atti e comportamenti non conformi alle leggi ed ai principi generali dell'attività amministrativa¹⁰.

Rispetto alla posizione di soggezione in cui viene a trovarsi il cittadino nei confronti della pubblica amministrazione sul piano del diritto sostanziale, la concezione soggettiva di giustizia amministrativa consente un'interpretazione più garantista dell'attività del privato, portandolo ad una posizione paritaria¹¹, una volta che questi attivi i

⁹ Si richiamano in nota gli articoli citati nel testo della Costituzione: art. 24 "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari."; art. 113 "Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa."

¹⁰ Si tratta dei rimedi propriamente giurisdizionali da esperire innanzi al giudice ordinario e amministrativo (giurisdizione amministrativa generale: Tar, Consiglio di Stato; giurisdizioni amministrative speciali: Corte dei Conti, Tribunali delle acque pubbliche, Commissioni tributarie) e in rimedi non giurisdizionali (ricorsi amministrativi).

¹¹ Si tratta della posizione paritaria tra le parti nel processo secondo il principio *Waffengleichheit* della "parità delle armi" processuali. Tale principio, che trova fondamento nel nuovo art. 111, c. 2, Cost., risulta garantito pienamente nel processo innanzi al giudice ordinario, mentre è ancora in qualche misura carente nel processo innanzi al giudice amministrativo.

rimedi giurisdizionali previsti dall'ordinamento per tutelare i propri diritti e interessi.

A conclusione si può dunque affermare che gli istituti riportabili nell'ambito della giustizia amministrativa si prestano ad essere classificati nelle due grandi categorie dei rimedi giurisdizionali e dei rimedi amministrativi; distinguendo quindi, i primi a seconda che il giudice sia costituito dall'autorità giudiziaria ordinaria, o da quella amministrativa, o da un giudice speciale; i secondi nelle due specie dei ricorsi ordinari e straordinari. Non possono essere quindi inclusi i controlli politici e amministrativi sulla pubblica amministrazione azionabili d'ufficio¹². Le due diverse forme di garanzie giustiziali non si escludono a vicenda ma formano un sistema eterogeneo condizionandosi reciprocamente, nel senso che al potenziamento e all'esaltazione dell'una corrisponde di solito il depauperamento e la svalutazione dell'altra.

In questo eterogeneo sistema il momento unificante viene ad essere rappresentato dalla finalità comune, costituita dalla tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione attraverso il riconoscimento, in capo allo stesso, del potere di rivolgersi ad un'autorità al fine di ottenere giustizia¹³.

¹² Cfr. per la loro inclusione, GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, rist. anast. della III ed. del 1953, Padova, 1957.

¹³ CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, p. 664.

I.1.1. L'autorità giudiziaria amministrativa

L'art. 103 della Costituzione¹⁴ definisce i giudici particolari del giudizio amministrativo, individuati specificamente nel Consiglio di Stato e genericamente in "altri organi di giustizia amministrativa". A tali giudici, che si differenziano dai "magistrati ordinari" così come designati dall'art. 102 della Carta Costituzionale¹⁵, è attribuito il compito essenziale di giurisdizione per la tutela degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione.

Nel 1971, con legge del 6 dicembre, n. 1034, sono stati istituiti i Tar (Tribunali Amministrativi Regionali) aventi competenza generale quanto alla materia e limitata dal punto di vista territoriale all'ambito di una Regione. Unica eccezione è costituita dal Tar del Lazio al quale è riservata una competenza su tutto il territorio nazionale per gli atti degli organi centrali dello Stato non riportabili a quelli precisati nell'art. 3, comma 2 della Costituzione.

Due particolarità sono rappresentate dal Tribunale di giustizia amministrativa per il Trentino-Alto Adige e dal Consiglio di giustizia

¹⁴ Si richiama in nota l'articolo citato nel testo della Carta Fondamentale: Art. 103 "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 indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.

La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge.

I tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate."

¹⁵ Si richiama in nota l'articolo citato nel testo della Carta Fondamentale: art. 102 "La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario.

Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura.

La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia."

amministrativa per la Regione Sicilia: il primo, pur presentando proprie peculiarità, può essere assimilato ad un Tar; il secondo, nonostante pareri dottrinali contrari¹⁶ è considerato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁷ e del Consiglio di Stato come una sezione staccata del Consiglio di Stato per gli affari concernenti la Sicilia.

Unica eccezione è invece rappresentata dal Tribunale superiore delle acque pubbliche che ha giurisdizione in unico grado per i ricorsi proposti avverso provvedimenti amministrativi in materia di acque pubbliche¹⁸ e non è caratterizzato dalla posizione di vertice attribuita al Consiglio di Stato. Tale tribunale, discostandosi dall'orientamento costituzionale che non ammetterebbe organi di giustizia amministrativa diversi da quelli delineati all'art. 125¹⁹, può essere considerato appartenente all'ordine giurisdizionale amministrativo in virtù della mancata revisione degli organi speciali di giurisdizione così come era stata imposta dalla VI disposizione transitoria della Costituzione.

Opinabile è in ultima istanza la riconduzione a tribunali propriamente amministrativi di quei giudici la cui giurisdizione nelle controversie tra privati e pubblica amministrazione attenga alla tutela

¹⁶ SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, II, p. 1353.

¹⁷ Corte Cost., 5 marzo 1975, n. 61.

¹⁸ Si noti che tale organo speciale di giurisdizione continua ad operare in quanto la legge 10 gennaio 2003, n. 1, non ha ratificato il decreto-legge 11 novembre 2002, n. 251 nella parte in cui disponeva l'abrogazione dei Tribunali Regionali e del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche.

¹⁹ Si richiama in nota l'articolo citato nel testo della Carta Fondamentale: art. 125 "Nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito dalla legge della Repubblica. Possono istituirsi sezioni con sede diversa dal capoluogo di Regione".

di diritti soggettivi piuttosto che a quella di interessi legittimi. Ne sono esempio la Corte dei conti, alcuni giudici speciali istituiti da legge anteriore alla Costituzione ma tuttora presenti nel nostro ordinamento (Commissari regionali per la liquidazione degli usi civici, Consigli nazionali di alcune professioni e altri), nonché il Consiglio Superiore della Magistratura²⁰.

Tutte le considerazioni sopra esposte ci permettono di affermare che il giudizio amministrativo in senso proprio ed il relativo processo devono essere intesi come quelli che si svolgono davanti al complesso giurisdizionale formato dai Tar²¹ e da Consiglio di Stato, compresa quella sua particolare espressione costituita dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia e con l'eccezione del Tribunale superiore delle acque pubbliche²².

La struttura processuale così delineata viene a costituire una giurisdizione a sé, con una disciplina che si è ampliata ed articolata nel tempo fino ad assumere una consistenza prossima a quella del processo civile e del processo penale tale da permettere una autonoma considerazione in sede scientifica che si identifica nel diritto processuale amministrativo.

Nonostante il processo davanti al Consiglio di Stato ed ai Tar sia nato per la soluzione di controversie relative alla lesione di interessi

²⁰ MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, 2005, II, p. 357.

²¹ In questa accezione devono essere ricompresi anche il Tribunale di giustizia amministrativa per il Trentino-Alto Adige e la sezione autonoma sudtirolese.

²² Cfr. per tale classificazione il d.p.r. 25 novembre 1995, n. 580 dove all'art. 1, comma 2 si precisa che a parte il Consiglio di Stato, per "altri organi di giustizia amministrativa" si devono intendere quelli sopra elencati.

legittimi, questo, “per particolari materie indicate dalla legge”, si estende anche a controversie relative a diritti soggettivi²³. Grazie a tale estensione, per le materie in cui la giurisdizione attinge tanto agli interessi legittimi quanto ai diritti soggettivi, si parla di “giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”²⁴.

Pare opportuno infine ricordare che in limitati e determinati casi può essere adito il giudice amministrativo anche nelle ipotesi in cui si dubiti non tanto della legittimità di un provvedimento amministrativo, quanto del merito di questo: in tali eccezioni si parla di giurisdizione di merito del giudice amministrativo²⁵.

I.1.2. L'autorità giudiziaria ordinaria

Come è stato precedentemente esposto in tema di concetto di Giustizia amministrativa, oltre al giudizio davanti all'autorità giudiziaria amministrativa, può e forse deve essere considerato parte di questa anche il giudizio davanti al giudice ordinario per le controversie su diritti nei confronti della pubblica amministrazione. Il fondamento di tale giurisdizione può essere rinvenuto in una disposizione fondamentale nella normativa della giustizia

²³ Cfr. per il riferimento il già citato art. 103 della Costituzione in nota n.14; tale disposizione ha elevato al rango di norma costituzionale un orientamento già da tempo seguito dal legislatore ordinario.

²⁴ Con l'aggettivo “esclusiva” si vuole sottolineare appunto l'esclusione al giudice ordinario di tutte quelle materie che rientrerebbero nella sua giurisdizione. Giurisdizione questa, che invece si affianca a quella del giudice amministrativo per tutte le materie non comprese nella giurisdizione esclusiva dove il giudice amministrativo è competente per la tutela di interessi legittimi ed il giudice ordinario per quella di diritti soggettivi.

²⁵ MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, 2005, II, p.359.

amministrativa, tutt'ora in vigore e precisamente nell'art. 2 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, detta "legge sul contenzioso amministrativo". In realtà occorre premettere che quando si faccia questione di un diritto soggettivo e la giurisdizione sia dell'autorità giudiziaria ordinaria, la disciplina processuale civilistica che veda nella parte del convenuto una pubblica amministrazione, incontra dei limiti e delle differenze rispetto al procedimento ordinario.

La giustizia amministrativa concernente la giurisdizione ordinaria, infatti, tratta dell'insieme delle regole particolari che concorrono a dar disciplina al giudizio di fronte all'autorità giudiziaria ordinaria, quando esso si svolga nei confronti della pubblica amministrazione.

Tra tutte le particolarità di tale giurisdizione, particolare attenzione deve essere rivolta alle norme di contenuto limitativo della legge, sopra richiamata, n. 2248/1865, allegato E, che sanciscono appunto una limitazione dei poteri del giudice ordinario rispetto a quelli che normalmente gli competono. In particolare, l'art. 4 inibisce al giudice ordinario la possibilità di eliminare un atto amministrativo, sebbene ne abbia accertata la non conformità alla legge²⁶; mentre l'art. 5, che costituisce il riferimento normativo dell'oggetto di studio di questa tesi, riconosce in capo al giudice ordinario il potere di disapplicare un atto amministrativo. Tale potere, che si riscontra prevalentemente nelle ipotesi in cui, in un giudizio ordinario, per poter pervenire alla decisione, si debba

²⁶ In proposito occorre tenere presente fin d'ora, che la Costituzione, all'art. 113, ultimo comma, ha espressamente previsto che, in particolari casi, il legislatore possa demandare anche al giudice ordinario il potere di disporre l'annullamento di atti della pubblica amministrazione.

valutare in via incidentale la legittimità di un atto amministrativo²⁷, viene a configurare un pieno parallelismo tra i poteri di questo giudice e quelli del giudice amministrativo per quanto concerne le questioni pregiudiziali ed incidentali. Difatti, come al giudice amministrativo, al fine di poter decidere della legittimità di un provvedimento, passando attraverso la valutazione dell'esistenza o la consistenza di un diritto, è attribuito il potere di effettuare tale valutazione e di procedere quindi sulla base del risultato di questa, così al giudice ordinario, ove per giudicare di un diritto controverso debba accertare se un atto amministrativo sia o no legittimo, è attribuito il potere di effettuare tale accertamento e di tenere o non tenere conto di quell'atto, a seconda dell'esito positivo o negativo dell'accertamento stesso, sempre e solo al fine di pervenire ad una decisione sulla controversia.

I.1.3. I ricorsi amministrativi

Dopo una breve ed introduttiva argomentazione circa le branche della giustizia amministrativa che, almeno sotto il profilo terminologico, rendono più appropriata la loro riconduzione ai concetti di giudice e di giurisdizione, non può essere trascurata quella parte della giustizia amministrativa che concerne i “ricorsi amministrativi”. Sono questi dei rimedi giuridici che permettono al privato di lamentare la lesione di interessi legittimi o diritti soggettivi da parte di un provvedimento o di un comportamento

²⁷ Sul punto, in particolare cfr. infra § III.1.

amministrativo, senza però dare luogo ad un vero e proprio processo ma ad un procedimento amministrativo. Questo procedimento rientra nella nozione più ampia di quel particolare potere in capo alla pubblica amministrazione definito di “autotutela”, cioè della capacità della pubblica amministrazione di farsi giustizia da sé, sia che si tratti di eliminare gli effetti di un provvedimento amministrativo da essa stessa emanato, sia che si tratti di portare ad esecuzione i propri provvedimenti, sia che si tratti di riesaminare i propri provvedimenti sul ricorso dei diretti interessati (c.d. autotutela decisoria)²⁸.

I ricorsi amministrativi possono dunque essere annoverati tra i cosiddetti procedimenti di secondo grado, cioè tra quei procedimenti che hanno ad oggetto altre procedimenti e che sono destinati a concludersi con l’emanazione di un nuovo provvedimento amministrativo. Più precisamente essi hanno natura di procedimenti di riesame ad iniziativa di parte²⁹ con funzione giustiziale³⁰.

Quest’ultima connotazione funzionale si deve in primo luogo al fatto che il riesame tra origine da una controversia instaurata non solo su istanza della parte che si pretende lesa dal provvedimento amministrativo, ma anche nei limiti delle censure (di legittimità o di merito) fate valere dal ricorrente e dunque secondo il principio della domanda; in secondo luogo al carattere se ne contenzioso del procedimento che svolge una funzione di garanzia del

²⁸ BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 537 ss.

²⁹ Contrapposti a quelli d’ufficio, come per esempio la revoca.

³⁰ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, p. 549 per la nozione di procedimenti di secondo grado e pp. 583 ss. per l’inquadramento dei ricorsi amministrativi intesi come “riesame giustiziale”.

contraddittorio a favore in particolare dei contro interessati³¹.

La disciplina generale dei ricorsi amministrativi è contenuta nel d.p.r. n. 1199/1971, “Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi”, che ha riordinato una materia regolata in precedenza in modo confuso e farraginoso³². Tale disciplina regola il procedimento per la decisione del ricorso e l'istituto del silenzio-rigetto, oltre a prevedere i tre tipi fondamentali di ricorso: il ricorso gerarchico (a sua volta distinto in ricorso gerarchico proprio ed improprio), il ricorso in opposizione e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Alcune disposizioni sui ricorsi sono contenute altresì nell'art. 20 della legge n. 1034/1971 e, atteso che la decisione avviene pur sempre al termine di un procedimento amministrativo, nella legge n. 241/1990.

Il ricorso in opposizione e il ricorso gerarchico improprio si caratterizzano per il loro carattere tassativo o eccezionale; carattere generale, hanno invece due tipi principali di ricorso, cioè il ricorso gerarchico proprio, esperibile nei confronti degli atti non definitivi³³ ed il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, esperibile nei confronti degli atti definitivi³⁴.

³¹ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, pp. 583 ss. L'amministrazione non esercita pertanto una funzione amministrativa attiva, sicché, ad esempio, con la decisione di un ricorso, non può impiegare i propri poteri discrezionali di annullamento d'ufficio. Il privato ha un interesse giuridicamente protetto alla pronuncia e questo carattere vale differenziare ricorsi da altri atti (denunce, esposti) con cui semplicemente si sollecita l'esercizio di poteri di autotutela dell'amministrazione.

³² Per la disciplina vigente prima della riforma del 1971 riferita in particolare ai ricorsi gerarchici, cfr. ZANOBINI, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1958, pp. 81-82.

³³ D.p.r. n. 1199/1971, art. 1, comma 1.

³⁴ D.p.r. n. 1199/1971, art. 8, comma 1.

Questi due ultimi tipi di ricorso, nella linea di demarcazione tra la funzione di amministrazione attiva e la funzione giurisdizionale in senso proprio, si collocano su due punti alquanto distanti tra loro ma sempre all'interno di quella che può essere definita la sopra citata funzione giustiziale.

Il ricorso gerarchico si pone infatti in un ambito contiguo alla funzione di amministrazione attiva: il superiore gerarchico, al quale ha proposto ricorso, è lo stesso soggetto che potrebbe provvedere all'annullamento d'ufficio del medesimo atto e che, a monte, avrebbe potuto avocare a sé la competenza dell'organo che ha emanato il provvedimento oggetto di ricorso.

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica si colloca invece in un ambito contiguo alla funzione giurisdizionale in senso proprio, tenuto conto che, la decisione sostanziale viene assunta dal Consiglio di Stato, cioè dallo stesso organo chiamato a esercitare funzioni di giudice d'appello e che rappresenta il vertice della giurisdizione amministrativa³⁵.

I.2. Formazione del sistema italiano di giustizia amministrativa

L'attuale sistema di giustizia amministrativa in Italia è

³⁵ Questa collocazione risulta rafforzata dall'art. 3, comma 1, della legge n. 205/2000 che prevede espressamente, ratificando peraltro un indirizzo giurisprudenziale già formatosi nel silenzio della legge, che nell'ambito del ricorso straordinario possa essere richiesta la sospensione cautelare dell'atto impugnato ove siano allegati danni gravi e irreparabili. Cfr. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 61 ss.

storicamente rappresentato da un complesso processo che affonda le proprie radici in periodi storici ormai risalenti e nelle esperienze di altri Stati europei.

L'origine della giustizia amministrativa può essere fatta risalire alla più matura fase dello Stato assoluto nel quale, in connessione con la massima concentrazione del potere nel Monarca, si vede sviluppare un apparato dotato di quel tanto di regole e di organizzazione che solo consente di dare concretezza alla volontà regia di espandersi nei più diversi ambiti della vita economico-sociale.

In questa epoca inizia peraltro a farsi strada anche il convincimento che non sia legittimo lo sfruttamento dei poteri per fini propri ed egoistici del Sovrano e che invece le funzioni pubbliche debbano essere esercitate per la comune utilità, iniziando così a formarsi quello che viene definito lo Stato di polizia³⁶.

In quest'ultimo assetto istituzionale, lo Stato non è soggetto al potere giurisdizionale ogni volta in cui si faccia questione di un diritto soggettivo in quanto ciò si ha solo quando si tratti di questioni a contenuto meramente patrimoniale dove non è in gioco l'autorità dello Stato. Solo con la diffusione anche in Italia dei principi liberali e la trasformazione dello Stato da assoluto in costituzionale finirà con l'imporsi nel nostro Paese, come norma di principio quella che estende il giudizio civile, garanzia fondamentale della tutela dei diritti, ad ogni pretesa del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, che possa appunto essere ricondotta alla categoria

³⁶ MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, 2005, p.369.

dei diritti soggettivi.

E' comunque ancora nello Stato di polizia che si assiste alla comparsa di regole poste al fine di consentire a coloro che dall'opera dei funzionari regi ritengono di aver subito una lesione della loro sfera di interessi, di far giungere le loro doglianze al Sovrano e, per lui, ad organi formati da persone di sua particolare fiducia e quindi ritenute idonee a suggerirgli il comportamento più opportuno da tenere per il bene dello Stato.

Dunque sia nello Stato assoluto che in quello di polizia erano presenti meccanismi volti a sindacare il rispetto delle regole di condotta del potere amministrativo; tuttavia l'esigenza di soddisfare la domanda di giustizia dei privati si fece più pressante dopo la Rivoluzione francese ed in occasione della nascita dello Stato a regime amministrativo³⁷.

Come ampiamente descritto nel primo paragrafo di questo capitolo, la giustizia amministrativa rappresenta l'insieme degli istituti di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione diversi da quelli che assicurano la tutela dei cittadini nei rapporti tra privati, davanti a giudici diversi dal giudice ordinario. Questo particolare regime di giustizia non presenta una organizzazione unitaria e tassativa, tanto che ogni singolo Stato può avere una propria e singolarmente caratterizzata giustizia amministrativa.

³⁷ Nello Stato a regime amministrativo gli istituti di giustizia completavano lo "statuto" speciale dell'amministrazione, caratteristico di questo tipo di Stato.

I.2.1. (Segue) Sviluppo dei sistemi di giustizia amministrativa in Europa: sistemi monistici e sistemi dualistici.

Rilevante ai fini della differenziazione dei vari sistemi di giustizia è sicuramente l'aspetto della tutela giurisdizionale, ossia il cardine del sistema di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Questo aspetto è rappresentato dalla scelta che ogni Stato ha compiuto circa il se e fino a che punto lasciare alla competenza del giudice ordinario anche le situazioni giuridiche attinenti ai rapporti con la pubblica amministrazione e circa il se e con quali modalità organizzative concrete, attribuire la conoscenza di queste ultime a un giudice apposito.

La varietà e la molteplicità delle esperienze che si sono manifestate al riguardo in aderenza alle particolari caratteristiche di ciascuna società politica, rendono difficile una classificazione dei sistemi vigenti. Un tentativo utile in tal senso, può essere quello fornito dal Nigro³⁸ che ha distinto, considerando l'aspetto della tutela giurisdizionale, i sistemi di giustizia amministrativa, in due grandi branche: i sistemi monistici ed i sistemi dualistici. I primi si caratterizzano in quanto la tutela del privato contro la pubblica amministrazione è concentrata in un solo giudice o ordine di giudici, i secondi invece vedono tale tutela divisa fra il giudice ordinario ed un giudice apposito che è il giudice amministrativo. Questa classificazione ha un valore meramente descrittivo e può apparire un

³⁸ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, pp. 33 - 53.

po' squilibrata in virtù del fatto che a rappresentare i sistemi dualistici forse non è rimasto che il sistema italiano in quanto tutte le altre giustizie amministrative sono di tipo monistico.

I sistemi monistici si distinguono a loro volta, sempre secondo il Nigro, fra quelli nei quali il maggior polo d'attrazione delle liti con la pubblica amministrazione è il giudice ordinario (sistemi monistici con prevalenza della giurisdizione ordinaria)³⁹ e sistemi nei quali il giudice amministrativo ha competenza tendenzialmente onnicomprensiva (sistemi monistici con prevalenza della giurisdizione amministrativa).

Ai sistemi monistici con prevalenza della giurisdizione ordinaria appartengono le giustizie amministrative dei Paesi anglosassoni ed in modo più attenuato, quella del Belgio.

In Belgio nel 1946 è stata riconosciuta, anche se la forma non è stata costituzionalizzata, una giurisdizione di annullamento degli atti amministrativi, mentre la Costituzione del 1831 aveva istituito la giurisdizione unica⁴⁰.

Attualmente sembrerebbe possibile affermare l'esistenza di una netta separazione tra il sistema continentale (fatto salvo il particolare quadro belga appena citato) ed il modello inglese, caratterizzato da una giurisdizione unica del giudice ordinario.

Nello Stato costituzionale inglese, una volta superato il sistema dei

³⁹ Impropiamente denominati "Sistemi di giurisdizione unica".

⁴⁰ La soluzione della giurisdizione unica belga, come si vedrà in seguito, ha profondamente influenzato il diritto italiano al punto che, dopo l'unificazione, nel 1865, si preferì superare il modello francese già adottato in molti Stati preunitari, abolendo i preesistenti tribunali del contenzioso amministrativo ed introducendo il giudice unico.

giudici speciali che avevano operato fino alla fine del XVII secolo⁴¹, la tradizione liberale del potere⁴² e la supremazia del Parlamento, non offrirono spazi sufficienti per la creazione di un regime specifico di giurisdizione per l'azione amministrativa. Il controllo circa l'attività dell'amministrazione e del governo si sviluppò come controllo di legalità esercitato dal parlamento, posto in posizione di superiorità nei confronti dell'esecutivo⁴³. Conseguenze di tale sistema si riscontravano nei rapporti tra privati e amministrazione, che venivano tendenzialmente equiparati a quelli tra privati ed assoggettati allo stesso diritto comune. Questo modello, riscontrabile tutt'oggi nel sistema inglese, porta come corollario la circostanza che le corti ordinarie giudichino anche nella materia amministrativa.

Soffermando l'attenzione circa il sindacato sull'amministrazione, pare opportuno delineare la struttura dell'apparato giudiziario in Inghilterra. Al vertice si colloca l'*House of Lords*, mentre al di sotto di questo livello troviamo la *Court of Appeal* (in particolare la *Civil Division*) e l'*High Court*, distinta in *Family Division*, *Chancery Division* e *Queen's Bench Division*.

In realtà, un'osservazione più attenta agli sviluppi recenti consente di temperare l'assolutezza delle precedenti affermazioni relative all'insussistenza di un diritto amministrativo e, in parte, di un sistema

⁴¹ Tale periodo corrisponde alla "glorious revolution" del 1688-1689 nel corso della quale il re Giacomo II fu sostituito dalla casa d'Orange ed il parlamento assunse un ruolo preminente rispetto al sovrano.

⁴² La tradizione liberale del potere affonda le proprie radici nella Magna Charta del 1215.

⁴³ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, p. 37.

separato di giustizia amministrativa⁴⁴.

L'esclusiva esistenza di un diritto comune, concepito come garanzia contro privilegi ed arbitri dell'amministrazione, è infatti sconfessata dall'evoluzione storica, la quale ha rivelato la presenza di settori disciplinati da regole specifiche. Sussistono inoltre *administrative tribunals*, *inquiries* e *commissions*, corpi amministrativi che operano in materie quali l'urbanistica, la previdenza e l'istruzione, esercitando sia funzioni di amministrazione attiva, sia funzioni quasi giudiziali che concorrono alla costruzione di regole derogatorie al diritto comune.

Infine, occorre sottolineare che si è gradualmente imposto un peculiare regime del sindacato giurisdizionale relativo alle materie governate dal *public law*, che rende più facile l'affermazione dell'esistenza e dell'autonomia di quest'ultimo rispetto al diritto privato. Al riguardo è essenziale il riferimento al concetto di *judicial review*, il quale indica il controllo giudiziario inglese sull'azione amministrativa: si tratta dell'esercizio dell'antica giurisdizione della *Court of King's Bench* storicamente nata per assicurare che le autorità esercitassero secondo la legge i loro poteri. Dal *judicial review* va distinto il diritto di *appeal*, riconosciuto da molti *statutes*, i quali ad esempio ammettono che un *appeal* sia rivolto ai *Tribunals*, con possibilità di ulteriore *appeal* alla *High Court*: le decisioni adottate dai *Tribunals* non costituiscono atti di *judicial review* ma

⁴⁴ CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, Cap. I, § 4.

sono atti sottoposti a *judicial review*⁴⁵.

I rimedi a disposizione del cittadino nei confronti dell'amministrazione erano costituiti, in passato, oltre che dall'azione di risarcimento del danno, anche da *remedies* di *common law*, nonché da rimedi propri del diritto pubblico, detti *prerogative orders*.

I primi, tipiche azioni di diritto privato, sono costituiti da *injunction* e *declarator action*, che consistono rispettivamente nella decisione con cui si impone alla parte di compiere o di astenersi dal compiere un atto e della pronuncia dichiarativa di rapporti giuridici tra le parti⁴⁶.

I *prerogative orders*, derivanti dagli antichi *writs* (ordini del sovrano), sono costituiti, oltre che dall'*habeas corpus*, rimedio volto ad assicurare la libertà personale mediante ordine di rilascio della persona illegittimamente detenuta, da *prohibition*, *certiorari* e *mandamus*. Questi costituiscono rispettivamente l'ordine all'autorità amministrativa o giurisdizionale di non compiere un atto illegale, l'annullamento di atto illegale delle stesse autorità e l'ordine di adempiere ad un obbligo.

Il *judicial review* è stato di recente modificato⁴⁷, prevedendo un'unica procedura utilizzabile sia per i *prerogative remedies*, sia per i rimedi di diritto comune. Con la decisione del 1983 *O'Reilly v.*

⁴⁵ CARANTA, voce "*Judicial review*", in Dig. Disc. Pubbl., IX, Torino, 1995.

⁴⁶ CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna - Dal locus standi alla justiciability*, Torino, 1996.

⁴⁷ Order 53 della Rules of the Supreme Court del 1977, confermato dal Supreme Court Act del 1981.

Mackman, inoltre, la *House of Lord* ha ritenuto che la *Judicial Review* dinanzi alla *High Court* sia l'unico modo per poter sindacare la legittimità delle *public law decisions*.

Da quanto appena argomentato, emerge quindi, almeno sotto il profilo processuale, una distinzione ,anche nel sistema anglosassone, tra il diritto privato ed il diritto pubblico, che rende più facile l'affermazione dell'esistenza e dell'autonomia di quest'ultimo.

Il modello monistico con prevalenza del giudice amministrativo ha incontrato particolare sviluppo nell'esperienza francese. L'evoluzione storica in questo Paese dimostra che solo dopo il 1789, con l'affermazione della concezione della separazione dei poteri, si consolida l'esigenza di dar vita a dei meccanismi che valgano a dare una qualche tutela al cittadino rispetto all'azione della P.A. La volontà di salvaguardare l'esecutivo da intrusioni che avrebbero potuto pregiudicare la libertà di azione, però, porta a far prevalere la tendenza a collocare dentro la stessa amministrazione quel tanto di garanzie che siano in grado di dare una qualche risposta alla domanda di giustizia del cittadino nei confronti dell'operato della P.A. In questo momento, coincidente con la fine del decennio rivoluzionario del XVIII secolo, inizia a profilarsi la soluzione costituita dal modello del contenzioso amministrativo (*contentieux administratif*). Una soluzione, questa, caratterizzata dalla creazione, nell'ambito dell'amministrazione, di un complesso organico *ad hoc*, non distaccato dal potere esecutivo e tuttavia tale da presentarsi, rispetto a questo, con una configurazione almeno in parte autonoma.

Questo sistema risultava articolato nei Consigli di prefettura a livello dipartimentale e nel Consiglio di Stato a livello centrale che, da organo di giustizia ritenuta, si tramutò in organo di giustizia delegata⁴⁸ nel 1872. Fu proprio l'opera del Consiglio di Stato che consentì l'enucleazione, nel modello francese, di un corpo di regole peculiari di diritto amministrativo. Il modello monistico con prevalenza del giudice amministrativo risulta caratterizzato dalla presenza di un giudice amministrativo, non completamente separato dall'esecutivo, che si presenta come “maggior polo di attrazione” delle liti con l'amministrazione, occupandosene con competenza tendenzialmente generale⁴⁹.

Con la legge 125/1995, il Consiglio di Stato (*Conseil d'Etat*) è stato trasformato da giudice d'appello in giudice di cassazione, mentre i giudici d'appello risultano essere le *Cours administratives d'Appel* (alle quali, già in precedenza, la l. 1127/1987, aveva attribuito alcune rilevanti competenze). A differenza di quanto precedentemente descritto in ordine al sistema tedesco, in Francia la regola del riparto tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria è stata affinata dalla giurisprudenza, la quale ha fatto ricorso

⁴⁸ SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sott'ordinati*, Napoli, 1963, p. 3, definisce giustizia ritenuta quella esercitata dagli stessi organi di Governo, sia pure assistiti da uffici qualificati da una particolare competenza giuridica o da organi facenti capo al Governo, e giustizia delegata quella espressa in forma giurisdizionale da organi (i giudici) investiti della relativa funzione dalla potestà suprema. Facendo peraltro presente che la stessa giustizia ritenuta, che negli Stati assoluti non poteva essere considerata come una giustizia esercitata in via graziosa, nei regimi liberi veniva a configurarsi, per gli organi cui era demandata, come un vero e proprio dovere giuridico.

⁴⁹ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, pp. 44-52.

inizialmente al criterio del servizio pubblico⁵⁰, mentre più di recente si va imponendo il richiamo alla natura della disposizione (di diritto pubblico o privato) che deve essere applicata nel caso in cui il giudice è chiamato a pronunciarsi⁵¹.

Occorre infine ricordare che accanto ai ricorsi per l'annullamento dell'atto, sono ammissibili ricorsi di piena giurisdizione, mediante i quali si chiede al giudice anche la condanna dell'amministrazione al pagamento di una somma a titolo di risarcimento.

Il modello francese fu progressivamente esteso in alcuni Paesi dell'Europa continentale (ad esempio in Austria, Svizzera, Danimarca) e non solo, come l'esempio del sistema adottato da alcuni Paesi latino-americani (Uruguay e Colombia) consente di constatare.

I.2.2. (Segue) L'evoluzione del sistema italiano: dagli Stati preunitari ad oggi.

Nel nostro Paese interessanti esperienze relative al contenzioso maturarono in alcuni Stati preunitari (in particolare nel regno di Napoli). Nonostante la maggiore influenza sull'evoluzione successiva fu prodotta dalla legislazione piemontese, è nel regno di Sardegna che si è avvertita in modo decisivo l'influenza francese.

In particolare, per poter meglio cogliere l'influenza che la legislazione di altri Paesi ha avuto sul formarsi di quella italiana, è

⁵⁰ Il criterio del servizio pubblico riconduceva alla giurisdizione del giudice amministrativo tutte le controversie che involgessero questioni di servizio pubblico.

⁵¹ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, p. 51.

opportuno soffermare l'attenzione su tre avvenimenti verificatisi nel biennio 1830 - 1831:

1. la rivoluzione francese del luglio 1830 che portò al trono di Luigi Filippo d'Orlèans e ad una svolta in senso decisamente liberale dello Stato francese;
2. la nascita di un nuovo Stato, il Belgio, qualificato ancor più della Francia da una Costituzione, avente data 7 febbraio 1831;
3. nel regno sardo, nell'aprile del 1831, l'avvento al trono del Principe di Carignano, Carlo Alberto.

In particolare, con il regio editto del 18 agosto 1831, venne istituito da Carlo Alberto in Piemonte il Consiglio di Stato: tale organo sarebbe divenuto in seguito il punto di riferimento essenziale del sistema di giustizia amministrativa, anche se inizialmente era provvisto di sole funzioni consultive. Esso era diviso in tre sezioni e fu mantenuto dallo statuto del Regno concesso dallo stesso Carlo Alberto nel 1848⁵².

Le attribuzioni contenziose erano invece riconosciute a livello periferico ai Consigli di intendenza, qualificati dal regio editto 29 ottobre 1847 come giudici ordinari del contenzioso amministrativo. La competenza a giudicare in appello le decisioni di tali Consigli era attribuita ad un organo di antica istituzione, la Camera dei conti⁵³. Le decisioni della Camera dei conti potevano essere impugnate per incompetenza dinanzi al Consiglio di Stato, il quale doveva

⁵² Tale statuto sanzionò il trapasso dalla Monarchia assoluta alla Monarchia costituzionale.

⁵³ Denominata Corte dei conti a partire dal 1859.

pronunciarsi a sezioni unite.

Nel quadro di un insieme di leggi, tutte recanti data del 30 ottobre 1859, il ruolo di “giudice supremo del contenzioso” viene attribuito al Consiglio di Stato, cui viene spostata la competenza a conoscere, in sede di appello, di tutta una serie di controversie relative a diritti civili (ad esempio in tema di appalti), di diritto pubblico (attinenti ad imposte, tasse provinciali e comunali) e relative contravvenzioni, demandate, in primo grado, ai Consigli di governo⁵⁴. Il Consiglio di Stato giudicava in unico grado sulle controversie relative al debito pubblico e alle pensioni.

La linea di demarcazione tra la competenza dei Tribunali del contenzioso e quella dei giudici ordinari (che si occupavano delle restanti questioni di diritto civile tra cittadino e Stato e di alcune controversie di diritto pubblico in materia, ad esempio, di espropriazioni e di elettorato), non era individuabile alla luce di un principio generale, bensì derivava dalle scelte concrete della legge.

Altre controversie (ad esempio in materia di responsabilità contabile) erano devolute alla cognizione della Corte dei conti, che costituiva il più importante tra i giudici speciali del contenzioso.

Il quadro che ne risultava era dunque molto complicato, prevedendo che le controversie attinenti ai rapporti di diritto privato fossero devolute al giudice ordinario, mentre molte di quelle

⁵⁴ CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, p. 656. Tali organi, che vengono ad assumere nel loro insieme il ruolo di Tribunali ordinari del contenzioso amministrativo, erano in sostanza subentrati nelle attribuzioni dei Consigli di intendenza anche a seguito della sostituzione dell'intendente con il governatore, a sua volta destinato ad essere sostituito dal prefetto.

riguardanti rapporti di diritto pubblico spettavano ai tribunali del contenzioso.

Raggiunta l'unità politica del Paese, proclamata il 17 marzo 1861 con l'assunzione del titolo di Re d'Italia da parte di Vittorio Emanuele II, si imponeva al nuovo Stato italiano il compito di unificare l'Italia anche dal punto di vista giuridico ed in particolare, il sistema di giustizia amministrativa.

La questione venne risolta nel 1865 con l'emanazione della legge n. 2248/1865. Con tale legge, composta di un solo articolo, il Parlamento accoglie e fa proprio un insieme di atti predisposti e discussi in precedenza, denominati "allegati" e contraddistinti da una lettera dell'alfabeto, disciplinanti appunto, i principali settori del diritto amministrativo⁵⁵. Qui interessano in particolare gli allegati D ed E, la cui importanza deriva dal fatto che la disciplina ivi contenuta è ancora in vigore.

Il legislatore post-unitario finì per accogliere il modello belga: in quello Stato, come ricordato in precedenza, con la Costituzione del 1931, erano state devolute alla giurisdizione dei tribunali ordinari sia le questioni relative ai diritti privati, sia quelle attinenti ai diritti "politici". Tale è dunque la fonte ispiratrice della legge del 1865 che fu detta "legge abolitrice del contenzioso amministrativo", o meglio, di quel contenzioso che faceva capo ai tribunali del contenzioso sopra richiamati. Essa aboliva soltanto il contenzioso amministrativo

⁵⁵ L'allegato A comprendeva la legge comunale e provinciale; l'allegato B, la legge sulla pubblica sicurezza, l'allegato C, la legge sulla sanità pubblica; l'allegato D, la legge sul Consiglio di Stato; l'allegato E, la legge sul contenzioso amministrativo e l'allegato F, la legge sui lavori pubblici.

“ordinario”, lasciando invece sopravvivere alcune giurisdizioni amministrative “speciali”⁵⁶.

La legge devolveva poi al giudice ordinario non solo tutte le cause in materia penale per contravvenzioni ma anche le “materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque possa essere interessata la pubblica amministrazione, ancorchè siano emanati provvedimenti del potere esecutivo e dell'autorità amministrativa”⁵⁷: il criterio per individuare la giurisdizione era dunque quello della natura della situazione giuridica di cui si affermasse la lesione.

In particolare, la linea di demarcazione della tutela giurisdizionale coincideva con la distinzione tra diritti soggettivi (uniche situazioni tutelabili) e altri “affari”⁵⁸ e la tutela delle posizioni soggettive di cui non poteva conoscere il giudice ordinario era affidata ai soli ricorsi amministrativi.

⁵⁶ Tra i numerosi esempi di speciali commissioni o consigli, vanno in particolare ricordate le competenze della Corte dei conti in materia contabile e di pensioni e quelle del Consiglio di Stato in relazione ad alcune controversie tassativamente indicate, nonché ai ricorsi per l'annullamento avverso le decisioni della Corte dei conti.

⁵⁷ Legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E: art. 1 “I Tribunali speciali attualmente investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo, tanto in materia civile quanto in materia penale, sono aboliti, e le controversie ad essi attribuite dalle diverse leggi in vigore saranno d'ora in poi devolute alla giurisdizione ordinaria, od all'Autorità amministrativa, secondo le norme dichiarate dalla presente legge”; art. 2 “Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'Autorità amministrativa”.

⁵⁸ Legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E: art. 3 “Gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle Autorità amministrative, le quali, ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei Consigli amministrativi che pei diversi casi siano dalla legge stabiliti. Contro tali decreti che saranno scritti in calce del parere egualmente motivato, è ammesso il ricorso in via gerarchica in conformità delle leggi amministrative”.

Il potere del giudice ordinario era dunque limitato alla conoscenza degli effetti dell'atto in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, escluso dunque quello di revocare o annullare l'atto stesso. Inoltre si sanciva l'obbligo del giudice ordinario di applicare solo gli atti amministrativi ed i regolamenti conformi a legge⁵⁹.

La soppressione dei tribunali del contenzioso amministrativo mostrò ben presto come fosse grave la lacuna di tutela che si era aperta in relazione alle situazioni dei privati che non avessero la dignità di diritti soggettivi. Il giudice ordinario, in particolare, escludeva la propria giurisdizione nei casi in cui, pur in assenza di un formale atto amministrativo, il comportamento del soggetto pubblico coinvolgesse in qualche modo le funzioni amministrative, ritenendo che ciò fosse sufficiente a determinare l'estinzione del diritto soggettivo. Di conseguenza, le ipotesi nelle quali sopravviveva un sindacato giurisdizionale risultavano estremamente limitate, mentre per il resto la tutela era destinata ad essere soltanto amministrativa.

In tale contesto iniziarono a fiorire le prime voci critiche in relazione al sistema adottato con la legge del 1865.

Una prima importante innovazione⁶⁰ di questo, si realizzò con la

⁵⁹ Legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E: art. 4 “Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'Autorità amministrativa, i Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti Autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso; art. 5 In questo come in ogni altro caso, le Autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi”.

⁶⁰ Questa innovazione non fu tale da modificare il sistema creato con l'allegato E, anzi “con essa” venne “coronandosi il sistema della giurisdizione unica”, così NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, p. 72. Il CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d. (ma 1910), pp. 442-443, rileva che, nel

legge 31 marzo 1877, n. 3761, “Norme sui conflitti di attribuzione”, la quale demandò alle sezioni unite della Corte di Cassazione di Roma⁶¹, la competenza a risolvere i conflitti di attribuzione tra giudice ordinario e pubblica amministrazione, già devoluti alla giurisdizione propria del Consiglio di Stato.

Ma la vera grande riforma del sistema, così come configurato dalla legge del 1865, avvenne con l’approvazione della legge 31 marzo 1889 n. 5992. Tale legge, che venne rapidamente coordinata con l’all. D della legge 20 marzo 1865 (sul Consiglio di Stato) in un Testo Unico approvato con r.d. 2 giugno 1889, n.6166, istituendo la quarta sezione del Consiglio di Stato, divise la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione tra due ordini giurisdizionali, venendo a caratterizzare il nostro sistema di giustizia come “dualistico”. Tale riforma non incise sulle attribuzioni del giudice ordinario, che continuò a conoscere delle controversie in materia di lesione dei diritti soggettivi, mentre sollevò una problematica in merito alla natura giurisdizionale della IV sezione del Consiglio di Stato. Opinioni contrastanti vedevano confrontarsi chi intendeva attribuire alla nuova istituzione carattere propriamente giurisdizionale e chi propendeva invece per una soluzione che mantenesse l’istituto nell’ambito del potere esecutivo⁶². Fino al

pensiero dell’epoca, la riforma doveva essere il completamento di quella attuata nel 1865.

⁶¹ La Cassazione di Roma venne istituita con la l. 12 dicembre 1875, n. 2832. La pluralità delle Corti di cassazione, uno dei pochi retaggi della preesistenza allo Stato unitario di diversi Stati, continuò peraltro a sussistere fino al 1923, quando ogni altra Corte, salvo la romana, fu soppressa con la l. 24 marzo 1923, n. 601.

⁶² Il più illustre assertore della tesi che la IV Sezione doveva considerarsi l’organo

momento in cui si consolidò la tesi della natura giurisdizionale della IV sezione, la sua istituzione non aveva infatti inciso sul precedente sistema dei conflitti, in quanto al giudice ordinario continuava a contrapporsi la sola amministrazione, nel cui ambito si collocava anche la IV sezione del Consiglio di Stato. La natura amministrativa di tale organo, non permetteva neppure di configurare l'ipotesi di conflitto tra Consiglio di Stato ed altre autorità amministrative. Fu la stessa IV sezione a proporre, subito dopo la sua istituzione, un riparto di giurisdizioni secondo il criterio del *petitum*⁶³; tale criterio venne invece rifiutato dalla Cassazione con la sentenza 24 luglio 1891 (caso Lauren) e 24 giugno 1897 (caso Trezza), ove si affermò che il riparto doveva essere operato avendo come riferimento la natura della situazione giuridica dedotta in giudizio: il giudice ordinario continuava a conoscere della lesione dei diritti soggettivi mentre il giudice amministrativo si occupò della sola legittimità degli atti amministrativi derivanti dalla violazione di norme che disciplinano l'azione della pubblica amministrazione.

Con la legge 62/1907 fu istituita la V sezione del Consiglio di Stato alla quale fu attribuita unicamente la giurisdizione di merito, mentre il suo coordinamento con la IV sezione fu affidato alle sezioni unite.

supremo della giustizia nel campo interno dell'Amministrazione e non un'autorità giurisdizionale fu ORLANDO (*La giustizia amministrativa*, capo II, pagg. 769-776, in ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, I ed., Milano, 1907).

⁶³ In forza di esso il giudice amministrativo avrebbe avuto giurisdizione ove si fosse chiesto l'annullamento dell'atto, prescindendo dal tipo di norme violate, mentre il giudice ordinario avrebbe dovuto decidere le controversie allorché si fosse chiesta una sentenza di condanna o di assoluzione. Cfr. § II.2.

Negli anni 1923-1924⁶⁴ venne abolita la distinzione di competenza tra IV e V sezione, introducendo la c.d. giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato. In ordine ad alcune materie tassativamente indicate, tra cui ha particolare rilievo quella del pubblico impiego, in cui appariva difficile distinguere diritti soggettivi e interessi legittimi, strettamente compenetrati e in cui i conflitti di giurisdizione erano particolarmente frequenti, si decise la devoluzione della giurisdizione al giudice amministrativo, competente a sindacare anche della di diritti, con “esclusione” della giurisdizione del giudice ordinario. Fu altresì riconosciuto al giudice amministrativo il potere di giudicare, con efficacia limitata al caso deciso, delle questioni pregiudiziali e incidentali relative ai diritti, ad eccezione delle questioni di stato e di falso documentale.

Nel 1948 con d.lgs. n° 642, fu infine istituita la VI sezione del Consiglio di Stato e sempre nello stesso anno con d.lgs. n° 654, il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia.

Con la nuova Costituzione della Repubblica, entrata in vigore in data 1 gennaio 1948, si può dire che ad un periodo di stasi normativa viene a sostituirsi uno caratterizzato dall'introduzione nel sistema di innovazioni anche di rilevante portata⁶⁵. La Costituzione, pur

⁶⁴ Con d.lgs. 2840/1923, il cui coordinamento con le fonti precedenti dette vita ai r.d. 1054/1924 e 1058/1924, il primo dei quali, quello per il Consiglio di Stato, ancora in vigore.

⁶⁵ La Costituzione si è inserita in un contesto caratterizzato dalla presenza di due giurisdizioni: quella del giudice ordinario, delineata dalla legge abolitrice del contenzioso del 1865 in ragione del criterio della situazione giuridica lesa e quella del giudice amministrativo, nata nel 1889 e assestata quasi immediatamente nel senso della competenza a sindacare in generale la lesione di interessi legittimi. A ciò si aggiunga la presenza di giurisdizioni amministrative speciali, quali la Corte dei

avendo confermato nella sua impostazione generale il sistema creato con le leggi del 1865 e del 1889, ha dato espresso riconoscimento⁶⁶, quale criterio fondamentale di ripartizione della giurisdizione ai due ordini di giudici, aventi la funzione di decidere delle controversie nei confronti della pubblica amministrazione, a quello basato sulla diversità della situazione lesa che demanda, in linea di principio, al giudice ordinario la tutela dei diritti e al giudice amministrativo la tutela degli interessi legittimi (artt. 24, 103 e 113 Cost.).

L'art. 24 dispone infatti che “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”, sancendo in tal modo l'azionabilità delle situazioni soggettive dei privati nei confronti dell'amministrazione ed escludendo esenzioni o privilegi di questa in ordine alla legittimazione passiva. A tale articolo, letto in combinato disposto con l'art. 113, si collega anche il principio dell'effettività della tutela.

L'art. 103 contempla funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, individuandone l'estensione, e costituzionalizza la preesistente attribuzione al giudice amministrativo “in particolari materie indicate dalla legge”, della cognizione anche di diritti soggettivi (c.d. “giurisdizione esclusiva). In tale modo si ribadisce la possibilità di spostamento del limite interno di

conti e il Tribunale superiore delle acque pubbliche, e di rimedi amministrativi, in ordine ai quali vanno in particolare ricordati: il ricorso straordinario al capo dello Stato, sorto come ricorso straordinario al Re, deciso previo parere del Consiglio di Stato a far data dalla sua istituzione nel 1831, e il ricorso gerarchico, in parte disciplinato dal t.u. della legge comunale e provinciale del 1934.

⁶⁶ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, pp. 80-81; nell'interpretazione dell'autore, la Costituzione avrebbe in un certo modo “rinnovato lo spirito degli istituti”.

giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo a favore di quest'ultimo, a fronte della sottrazione della cognizione dei diritti al primo. Si tratta però di una deroga, sicché il nostro legislatore non potrebbe generalizzare il sistema della giurisdizione esclusiva.

Si consideri, inoltre, che l'allargamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva esclude l'assoggettabilità al sindacato della Cassazione per violazione di legge (art. 111 Cost.) delle controversie attribuite al giudice amministrativo, atteso che avverso le decisioni del Consiglio di Stato è possibile il ricorso per Cassazione soltanto per motivi attinenti alla giurisdizione, mentre questi limiti non sussisterebbero ove la pronuncia sui diritti fosse rimasta al giudice ordinario: in tal modo non è però garantita l'uniforme applicazione del diritto. La ragione della scelta effettuata dalla Costituzione si comprende chiaramente ponendo mente ad un sistema nel quale il giudice amministrativo si occupa di questioni diverse da quelle giudicate dal giudice ordinario: ove invece il primo conosca anche di diritti soggettivi, la limitazione del sindacato operato dalla Suprema corte può aprire la via a orientamenti contrastanti dei due ordini giurisdizionali.

Nel senso dell'aumento dei casi di giurisdizione esclusiva si era spinto troppo disinvoltamente il legislatore in relazione alle controversie che involgono pubbliche amministrazioni⁶⁷: in tal modo il giudice amministrativo, in netta contrapposizione rispetto al

⁶⁷ Al riguardo si era sostenuto che il tradizionale criterio di riparto era ormai divenuto residuale; nel senso invece della necessità di limitare i casi di giurisdizione esclusiva a "particolari materie", vedi Cass. n. 72/2000).

modello cui si era ispirato il legislatore del 1889, tendeva ormai a configurarsi come il giudice dell'amministrazione, che, per altro verso, si occupa di controversie del tutto analoghe a quelle spettanti alla cognizione del giudice ordinario, pur mantenendo la possibilità di sindacare le modalità di esercizio del potere amministrativo.

Sussistono invero casi in cui, al contrario, pur in presenza di atti dell'amministrazione, si afferma la giurisdizione del giudice ordinario: in tema di tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali; in materia degli illeciti depenalizzati, dove la disciplina della l. 689/1981 prevede il potere del giudice civile di annullare in tutto o in parte l'ordinanza-ingiunzione ovvero di modificarla, con scelta che, secondo parte della dottrina, comporterebbe l'attribuzione al giudice ordinario pure della cognizione degli interessi legittimi; in tema di rapporto di lavoro presso le pubbliche amministrazioni ed in materia di "espulsione amministrativa" con riferimento al fenomeno dell'immigrazione, per la quale si prevede che avverso il decreto prefettizio di espulsione dello straniero può essere presentato unicamente ricorso al giudice ordinario.

Pare opportuno fin da ora ricordare che la Corte costituzionale con sentenza n. 204/2004 (il cui contenuto è stato ripreso dalla sentenza n. 191/2006), ha "ridimensionato" questo ampliamento, statuendo che la giurisdizione esclusiva può essere introdotta soltanto nelle materie in cui l'amministrazione agisce come autorità, cioè quelle materie che possono essere caratterizzate come "particolari"

rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità. In tal modo, prosegue la Corte, viene anche evitato il conflitto con l'art. 111 Cost., nel senso che sono sottratte al vaglio della Corte di Cassazione soltanto le pronunce che investono diritti soggettivi attinenti a materie "particolari".

In ogni caso, l'ampliamento della giurisdizione esclusiva ha imposto di adeguare il processo e la tutela alle caratteristiche del diritto soggettivo. In questa prospettiva si è mossa la legge 205/2000, che ha attribuito al giudice amministrativo la possibilità di conoscere, "nell'ambito della sua giurisdizione", anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno e agli altri "diritti" patrimoniali consequenziali.

L'art. 113 Cost. si occupa espressamente della sindacabilità degli atti della pubblica amministrazione indicando il tipo di tutela garantita nei confronti degli stessi. Questa tutela "è sempre ammessa" e "non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti".

La determinazione degli organi che possono annullare gli atti della pubblica amministrazione spetta invece alla legge, che deve indicarne anche i "casi" e gli "effetti". I limiti del potere del giudice ordinario fissati dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, cioè il divieto di revocare o modificare l'atto, non sono dunque stati costituzionalizzati, sicché non è preclusa alla legge l'attribuzione anche al giudice ordinario di poteri di annullamento di atti amministrativi, attribuzione che, infatti, è stata operata in numerose

occasioni.

L'art. 113 Cost., spesso letto in combinato disposto con l'art. 24 Cost., riveste altresì un'importanza notevole sotto il profilo della esclusione della legittimità di norme che limitino i “mezzi” di tutela. La Corte costituzionale, in particolare, ha censurato le norme che limitavano in modo irragionevole la possibilità per il giudice di disporre la sospensione cautelare⁶⁸.

L'art. 113 Cost., comma 2, dispone altresì che la tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata “per determinate categorie di atti”, sicché è ormai superata la precedente disciplina che precludeva, per alcuni atti, la possibilità di dedurre vizi di legittimità o taluni di essi.

La Carta Costituzionale espressamente contempla, garantisce e disciplina la giurisdizione del giudice ordinario (art. 102, comma 1), e quella del giudice amministrativo (art. 103, comma 1) e dei giudici speciali (VI disp. fin.), mentre nulla dice del mezzo di tutela costituito dai ricorsi amministrativi proponibili davanti alla stessa amministrazione.

Un riferimento alla giustizia amministrativa è da ultimo contenuto nell'art. 117, comma 2, lett *h*), che ne attribuisce la disciplina alla potestà esclusiva dello Stato.

La Costituzione, agli artt. 101, u.c. e 108, c.2, sancisce poi l'indipendenza di ogni giudice e quindi anche di quello

⁶⁸ Vedi Corte cost., 27 dicembre 1974, n. 284 e Corte cost., 1 febbraio 1982, n. 8 (rispettivamente in *Foro it.*, 1975, I, pp. 263 ss. e *ivi*, 1982, I, pp. 329 ss.), entrambe relative a disposizioni con le quali il legislatore, per determinate fattispecie, aveva cercato di limitare la tutela cautelare.

amministrativo, nonché l'indipendenza degli "istituti" e dei componenti della Corte dei conti e del Consiglio di Stato. Proprio invocando tale principio e visto il mancato intervento del legislatore che non ha provveduto alla revisione delle preesistenti giurisdizioni speciali nel termine di cinque anni fissato dalla VI disposizione transitoria e finale Cost., la Corte costituzionale ha censurato la mancata indipendenza di svariati organi giurisdizionali fino ad allora sopravvissuti (ministero della marina militare in veste di giudice sulle indennità di requisizione di navi, consigli di prefettura, giunte provinciali amministrative e giunta giurisdizionale amministrativa della Valle d'Aosta).

Dopo la soppressione delle giunte provinciali amministrative, con legge 6 dicembre 1971, n. 1034, furono istituiti i Tribunali amministrativi regionali quali giudici amministrativi di primo grado, con la conseguenza che il Consiglio di Stato venne ad assumere pressoché esclusivamente⁶⁹ la funzione di giudice di appello.

La riforma operata dalla legge 1034/1971 è di fondamentale importanza, rigorosamente aderente al principio del doppio grado di giurisdizione, con la quale sono state pure introdotte significative modifiche alla precedente normativa, tra le quali spiccano l'ampliamento delle materie di giurisdizione esclusiva, con la possibilità, per il giudice amministrativo, di pronunciare sentenze di condanna dell'amministrazione al pagamento di somme di denaro e l'eliminazione della definitività dell'atto quale condizione del ricorso

⁶⁹ Ad eccezione del caso in cui sia esperito un ricorso per l'ottemperanza di una decisione del Consiglio di Stato che abbia riformato la decisione del Tar.

giurisdizionale⁷⁰.

Forse una delle più gravi manchevolezze della legge istitutiva dei Tar, è rappresentata dalla mancanza di una sufficiente coordinazione con le disposizioni preesistenti relative al processo che si svolge dinanzi al Consiglio di Stato, sicché il processo si svolge secondo regole diverse in primo e secondo grado⁷¹.

Per quanto riguarda le modificazioni e le innovazioni successive, deve essere ricordato il d.p.r. 214/1973, contenente il regolamento di esecuzione della legge 1034/1971 e la l.186/1982, che ha disciplinato la composizione delle sezioni del Consiglio di Stato e dei Tar e, soprattutto, ha integrato nell'unica "magistratura amministrativa" i magistrati dei Tar e del Consiglio di Stato.

Con d.p.r. 426/1984, è stato istituito il Tar della regione Trentino-Alto Adige, che gode di un particolare ordinamento.

Per quanto riguarda la Corte dei conti, con d.l. 453/1993, convertito con modificazioni in l. 19/1994, ne sono state istituite le sezioni regionali.

Il d.lgs. 80/1998, ha invece esteso la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle materie dei servizi pubblici, dell'edilizia e dell'urbanistica. L'art. 33 di tale decreto, commi 1, 2 e 3, nella parte in cui ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo l'intera materia dei servizi pubblici, nonché

⁷⁰ Quasi contestualmente a tale legge, il d.p.r. 1199/1971, ha riordinato e semplificato la materia di ricorsi amministrativi, confermando la possibilità di ricorrere in via giurisdizionale avverso atti non definitivi.

⁷¹ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, p. 88, qualifica addirittura "pessima" la fattura della legge istitutiva dei Tar.

dell'edilizia e dell'urbanistica, così eccedendo i limiti della delega conferita con l. 59/1997, la quale avrebbe consentito unicamente di estendere alla giurisdizione esclusiva alle controversie concernenti i diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle attinenti al risarcimento del danno, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale, con sent. 292/2000 per eccesso di delega.

La legge 205/2000 ha riprodotto le norme del d.lgs. 80/1998 censurate dalla Corte costituzionale, aggiungendo anche altri ambiti di giurisdizione esclusiva, ed ha pure introdotto rilevanti modificazioni relative al processo amministrativo.

Da ultimo, la Corte costituzionale con sent. 204/2004 ha notevolmente ridimensionato l'area della giurisdizione esclusiva, individuando i già richiamati limiti che incontra il legislatore nel delineare le relative materie; pare opportuno infine anticipare che sempre la Corte costituzionale, con sent. 77/2007, anche a fronte delle difficoltà che cittadini possono incontrare nell'individuare il giudice munito di giurisdizione, ha inteso a essi garantire una risposta sul merito dell'azione, introducendo, nella prospettiva dell'unità complessiva della giurisdizione e della effettività della tutela, che non può venire vanificato dalla pluralità dei giudici, il meccanismo della *translatio iudicii* volto a consentire al privato la conservazione degli effetti della domanda proposta dinanzi a un giudice poi dichiarato privo di giurisdizione.

CAPITOLO II

IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE ORDINARIO E GIUDICE AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: II.1. La giurisdizione: evoluzione storica e concetto nel sistema italiano - II.1.1. (Segue) Limiti interni ed esterni di giurisdizione - II.2. Il riparto di giurisdizione ed i criteri di riparto - II.3. Conflitti e verifica di giurisdizione - II.4. Il sistema della legge n. 2248/1865 tra il giudice ordinario e la pubblica amministrazione

II.1. La giurisdizione: evoluzione storica e concetto nel sistema italiano.

La presenza nell'ordinamento giuridico statale di una giurisdizione amministrativa manifesta problemi diversi da quelli connaturati alla presenza della giurisdizione nel campo civile e penale⁷².

I giudizi in materia civile o di diritto comune, cioè quelli che attengono alla soluzione delle controversie fra soggetti dell'ordinamento in posizione fra loro paritaria, e quelli in materia penale costituiscono una realtà sempre immanente, almeno

⁷² CAIANIELLO, *Giustizia amministrativa e stato sociale pluralistico*, in *Foro amm.*, 1972, III, pp. 511 ss., ed ora in CAIANIELLO, *Problemi dell'amministrazione e della giurisdizione*, Padova, 1976, p. 619. In generale sulla giustizia amministrativa, vedi ROSSINI, *La giustizia amministrativa come funzione dello Stato democratico*, in *Foro amm.*, 1978, I, p. 1705.

dall'epoca romana e fino al presente momento storico, nelle società organizzate del mondo occidentale.

La giurisdizione nel campo civile ed in quello penale attiene ad una finalità che si presenta come indiscussa, concernendo la necessità di risolvere al livello del diritto le controversie fra soggetti e di reprimere con rimedi sanzionatori le attività dei consociati contrastanti con taluni interessi che si ritiene di dover tutelare in modo particolarmente incisivo.

Si tratta dunque di finalità che concernono fondamentali esigenze di conservazione di qualunque corpo sociale e la cui mancata realizzazione rischia di disgregare l'organizzazione stessa, che appunto in questa finalità, trova una sua ragion d'essere.

Diversamente, per ciò che attiene la giurisdizione amministrativa, l'osservazione della realtà storica ed attuale, da un lato mostra la formazione piuttosto recente dei relativi istituti e dall'altro dimostra un panorama non sempre omogeneo di essi, talvolta addirittura del tutto assenti nella organizzazione giurisdizionale di taluni Stati⁷³.

Da questa constatazione può dunque trarsi il principio della non coesistenzialità degli istituti di giustizia amministrativa con i fondamentali modi di essere delle organizzazioni tipo statale.

Avvertita l'esigenza propria dello Stato di diritto, di affidare al giudice anche la tutela delle situazioni soggettive vantate verso i pubblici poteri, la rigida applicazione della teoria della separazione dei poteri e la sua trasformazione da principio politico in formula

⁷³ Cfr. infra § I.2.1.

organizzativa, condusse gli ordinamenti ispirati a quello francese alla restituzione di autonome strutture giudiziarie per assicurare quella tutela.

Nonostante si trattasse di un'attività costituente nella sua essenza vera di giurisdizione, non sembrava però possibile che un potere potesse sindacare l'attività di un altro potere, per cui il contenzioso amministrativo venne in un primo tempo concepito come “un autocontrollo amministrativo, come un'amministrazione giudicante di fronte all'amministrazione attiva, come giurisdizione ritenuta”⁷⁴.

Come già argomentato nel primo capitolo di questa tesi, nel periodo intercorrente fra il 1889 ed il 1907, fu vivamente dibattuto il problema del carattere giurisdizionale dell'attività del Consiglio di Stato, ma la questione venne definitivamente risolta con la legge 67/1907, che espressamente attribuì natura giurisdizionale alle decisioni del Consiglio di Stato. Anche se originariamente da taluni autori venne sostenuto il carattere di diritto obbiettivo della giurisdizione amministrativa, che sarebbe perciò consistita in una verifica della legalità dell'azione amministrativa, questa tesi viene smentita dalla stessa legge del 1889 che concedeva il diritto di ricorso a tutela di un interesse, riconoscendo perciò il carattere di giurisdizione di diritto soggettivo.

La Costituzione del 1948, pur non prendendo decisa posizione circa la configurazione della organizzazione giudiziaria come “potere”, ha mantenuto la distinzione organizzativa francese tra

⁷⁴ CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 339.

giurisdizione ordinaria e quella amministrativa. Tale distinzione non sembra autorizzare né sul piano ontologico né su quello qualitativo una differenza fra la funzione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo.

Secondo la Cassazione⁷⁵ per le rispettive materie il Consiglio di Stato (ed evidentemente poi anche i Tar), la Corte dei conti ed i Tribunali militari non possono più, dopo l'avvento della Costituzione, definirsi come giudici speciali ma ciascuna di quelle giurisdizioni è da considerarsi come "ordinaria" nelle rispettive materie. Come il giudice ordinario è per i diritti soggettivi, così gli organi della giurisdizione amministrativa lo sono per gli interessi legittimi.

In questo ordine di idee la dottrina⁷⁶ chiarisce che il sistema italiano, per quel che concerne le controversie con la pubblica amministrazione, è dualista in quanto presenta due ordini di giudici: i giudici ordinari ed i giudici amministrativi. Tra questi due ordini di giudici è divisa in parti uguali la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione e per tale uguaglianza di ripartizione non si ha riferimento ad una valutazione quantitativa ma si intende dire che ciascuno dei due ordini di giudici ha competenza per un settore di pari dignità e importanza dell'altro e che, fra i due ordini, nessuno ha prevalenza o tendenziale capacità generale e nessuna posizione marginale o funzioni sostanzialmente eccezionali. Ciascuna situazione ha il suo giudice: se è fatto valere un diritto soggettivo è

⁷⁵ Cass., 20 luglio 1968, n. 2616, in *Foto it.*, 1968, I, p. 2074.

⁷⁶ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1996, p. 53.

competente il giudice ordinario, se è fatto valere un interesse legittimo è competente il giudice amministrativo.

La giurisdizione amministrativa costituisce dunque una *species* del *genus* giurisdizione⁷⁷, dove l'attributo "amministrativa" non qualifica un *genus* tipologicamente differenziato, bensì giustifica l'ambito entro il quale questa giurisdizione opera⁷⁸.

Questo ambito è da ritenersi *generale* per quella che comunemente viene indicata come la giurisdizione amministrativa di legittimità, *speciale* per la giurisdizione di merito e per quella esclusiva. Il termine "generale" sta ad indicare che la giurisdizione amministrativa si determina in base alla natura della situazione giuridica soggettiva tutelata perché, come il giudice ordinario è in via generale preposto alla tutela dei diritti soggettivi perfetti, il giudice amministrativo, per l'art.103 Cost., è preposto in via generale alla tutela degli interessi legittimi. "Speciale" sta invece a significare che la giurisdizione si determina in base ad una individuazione di materie tassativamente indicate dalla legge.

Il concetto di giurisdizione generale di legittimità si è fatto coincidere, sin dalla istituzione della giurisdizione amministrativa, con quello di giurisdizione di annullamento. Anche se

⁷⁷ CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, p. 117.

⁷⁸ NIGRO, *L'ordinamento della giurisdizione amministrativa e l'istituzione dei tribunali amministrativi locali*, in *Il Consiglio di Stato*, 1967, II, pp. 357 ss. Secondo l'autore l'art. 113, ultimo comma, della Costituzione, attribuendo alla legge di stabilire quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione, farebbe venir meno le ragioni di esistenza di una giurisdizione amministrativa. Queste considerazioni non sembrano però eliminare, di fronte al permanere di potestà autoritative in capo all'amministrazione, l'esigenza di un processo di annullamento, che propriamente si addice alla posizione non paritaria fra le parti del rapporto sul terreno sostanziale.

giurisprudenza e dottrina dominanti e successivamente la Costituzione (artt. 24, 103 e 113), hanno individuato l'oggetto della tutela della giurisdizione amministrativa nella situazione soggettiva sostanziale dell'interesse legittimo, questa tutela si è ritenuta possibile appunto attraverso lo strumento dell'annullamento.

Partendo da questa concezione del giudizio di legittimità come processo di impugnazione, si è ritenuta esclusa la possibilità di azioni di accertamento a tutela di interessi legittimi, collegandosi la tutela di essi solo alla rimozione di atti amministrativi lesivi⁷⁹.

Sia la giurisdizione generale di legittimità che quella speciale di merito sono caratterizzate necessariamente dal sindacato sull'esercizio del potere pubblico amministrativo: l'interesse dedotto dalla ricorrente nel giudizio amministrativo di legittimità o di merito non ha difatti, come il diritto soggettivo perfetto, una sua precisa collocazione nella norma che lo contempla, ma si realizza attraverso l'intermediazione della potestà amministrativa. In altri termini, la tutela dei diritti soggettivi si esaurisce nel raffronto fra l'interesse del soggetto e la norma che lo protegge e che compiutamente ne delimita e definisce il contenuto, mentre la tutela degli interessi

⁷⁹ Sulla impossibilità di poter considerare la tutela dell'interesse legittimo in chiave di accertamento, ALLORIO, *Per una teoria generale dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, pp. 154 ss., e *Nuove riflessioni sulla teoria generale del processo tributario*, in *Jus*, 1951, pp. 492 ss. Sul problema delle azioni di accertamento nel processo amministrativo, CASETTA, *Osservazioni sull'ammissibilità di azioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1962, I, p. 146; ALBINI, *Sentenza dichiarative nei confronti della P.A.*, Milano, 1952; LUGO, *Le azioni di mero accertamento nell'ambito del giudizio amministrativo*, in *Giust. Civ.*, 1964, II, p. 80; NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. Dir. proc.*, 1978, p. 254, il quale ultimo auspica il trapianto nel nostro ordinamento dell'istituto della *Verpflichtungsklage* esistente nel processo amministrativo tedesco o del *recours en clarence* del diritto comunitario, cioè di adempimento.

legittimi non si esaurisce nell'ambito di un definito parametro normativo ma assume come riferimento la norma attraverso l'apprezzamento degli interessi pubblici e privati operato dall'amministrazione ai fini dell'emanazione dell'atto⁸⁰.

Il sindacato del giudice sull'atto impugnato, nella giurisdizione di legittimità, sotto i profili dell'incompetenza, dell'eccesso di potere e della violazione di legge, e nella giurisdizione di merito, sotto i profili della opportunità e della convenienza dell'atto, incide sull'esercizio del potere pubblico esercitato, per cui l'interesse del soggetto si realizza attraverso la verifica da parte del giudice della rispondenza o meno alle regole di legittimità o di merito dell'apprezzamento compiuto dall'amministrazione nell'emanare l'atto impugnato.

La giurisdizione esclusiva non è invece necessariamente ma solo eventualmente caratterizzata dalla predetta indagine sull'esercizio del potere pubblico. La giurisdizione esclusiva, infatti, risponde alla esigenza di concentrare presso il giudice amministrativo, in ragione della sua specializzazione, controversie che coinvolgono promiscuamente situazioni di diritti soggettivi ed interessi legittimi. Ora, se la controversia riguarda soltanto diritti soggettivi, l'indagine del giudice non è volta al sindacato sulle modalità di esercizio del potere, bensì tende ad accertare il diritto soggettivo che forma oggetto della pretesa del ricorrente: accertamento che prescinde dall'esistenza o meno di un atto amministrativo, il quale può essere disapplicata dal giudice qualora la sua presenza impedisca la

⁸⁰ MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse*, in *Foro amm.*, 1940, IV, p. 52 e *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1960.

realizzazione del diritto soggettivo giuridicamente accertato.

Nel corso della sua evoluzione, la giurisprudenza amministrativa ha ammesso la proponibilità di azioni atipiche, a tutela delle posizioni giuridiche soggettive devolute alla sua giurisdizione. Il principio di riferimento è stato quello della effettività della tutela giurisdizionale, posto a base di importanti e storici orientamenti, sia per la tutela degli interessi legittimi (in tema di impugnazione del silenzio, di tutela cautelare, di esecuzione del giudicato), sia per la tutela di diritti soggettivi (in tema di atti paritetici e di proponibilità di azioni ulcerative e di condanna).

A seguito delle riforme approvate nell'ultimo decennio, il giudice amministrativo ha indubbiamente acquisito un ulteriore ruolo centrale per la tutela delle posizioni giuridiche soggettive riferibili a importanti materie.

In base agli articoli 33, 34 e 35 del decreto legislativo n. 80 del 1998, come novellati con la legge n. 205 del 2000, il giudice amministrativo è divenuto il giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica, ove si consideri che per vaste ed importanti materie vi è una giurisdizione esclusiva, non rilevano più i tradizionali criteri di riparto della giurisdizione ed il giudice amministrativo conosce non solo di tutti gli atti ed i provvedimenti, ma anche dei comportamenti comunque riconducibili ad un pubblico potere.

Molto importante è la materia dell'urbanistica, che ai fini della giurisdizione riguarda tutto quanto concerne l'uso del territorio in un

significato dinamico e, dunque, gli atti, i provvedimenti e con essi comportamenti riguardanti il paesaggio, l'ambiente, la gestione dei rifiuti e delle discariche, l'espropriazione di beni per ragioni di pubblica utilità.

Molto importante e anche la materia dei servizi pubblici, che sempre ai fini della giurisdizione riguarda gli atti, i provvedimenti e le connesse modalità di gestione dei servizi svolti nei confronti della collettività e dell'utenza nel regime di diritto pubblico e, dunque, riguarda anche lo svolgimento dei servizi sanitari, di quelli scolastici, di quelli di smaltimento dei rifiuti.

Là sussistenza della giurisdizione esclusiva comporta la tutela di tutti i diritti coinvolti. Sotto tale aspetto, è priva di qualsiasi fondamento razionale, la tesi talvolta affermata in passato, secondo cui il giudice amministrativo non potrebbe conoscere di diritti "costituzionalmente garantiti"⁸¹. Del resto, tutti i diritti sono costituzionalmente garantiti e l'art. 103 della Costituzione ha ammesso che il giudice amministrativo dia tutela ai diritti soggettivi, nelle materie discrezionalmente individuate dal legislatore.

La previsione della giurisdizione esclusiva determina due notevoli conseguenze, fondamentali in un sistema che mira alla effettività della tutela giurisdizionale. La prima è che non vi debbano essere ritardi per la definizione del giudice che alla giurisdizione esclusiva sulla controversia; la seconda è la formazione di una stabile giurisprudenza sulle categorie giuridiche cui devono fare riferimento

⁸¹ Tale tesi è stata confutata sia dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 140 del 2007, sia dalle Nazioni Unite con la sentenza n. 27187 del 2007.

gli operatori del settore (amministratori, parti del processo, avvocati, giudici).

Si pensi alla materia espropriativa ed alla categoria della carenza di potere in concreto, che si è affermata talvolta nella prassi in relazione a vizi di violazione di legge, considerati tanto gravi da determinare la nullità dell'atto: la devoluzione della materia alla giurisdizione esclusiva consente il consolidarsi di nozioni chiare e lineari, facilmente prevedibili nella loro applicazione, basate sul principio per cui gli atti autoritativi risultano annullabili, in presenza di un vizio di violazione di legge più o meno grave.

Per una più marcata effettività della tutela giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo, potrebbe essere utile l'approvazione di un nuovo testo unico sulle leggi di giustizia amministrativa o, se si vuole, di un vero e proprio codice, che così semplifichi le regole stratificatesi nel tempo. Tuttavia, sarebbe utile anche una riforma che introduca ulteriori regole generali sull'esercizio delle funzioni pubbliche e cioè un vero e proprio codice di diritto amministrativo sostanziale, che riporti ad unità anche i testi unici ed i codici approvati in tema di edilizia, ambiente, beni culturali e paesaggio, espropriazioni, contratti pubblici, unitamente alla legge sul procedimento amministrativo ed in particolare, alle sue previsioni sugli accordi e sulle conferenze di servizi.

Pare infine utile sottolineare come la funzione giurisdizionale sia l'unica funzione che appartiene esclusivamente allo Stato. Se la funzione amministrativa e quella normativa sono infatti riconosciute

ed attribuite anche ad altri soggetti dell'ordinamento, spetta solo allo Stato la possibilità di applicare il diritto al caso concreto al fine di risolvere una controversia con una decisione idonea ad acquistare efficacia di giudicato.

II.1.1. (Segue) Limiti interni ed esterni di giurisdizione.

Come sostenuto da autorevole dottrina⁸², la giurisdizione è attuazione della legge estendendosi fin dove sussiste soggezione alla stessa. In altre parole, poiché la giurisdizione è attuazione della legge, non vi può essere soggezione alla giurisdizione se non dove vi è soggezione alla legge e viceversa, di solito, dove vi è soggezione alla legge ivi è soggezione alla giurisdizione. In tale enunciato si può ravvisare un duplice limite: quello negativo, di esclusione della giurisdizione ogni volta che manchi una situazione di soggezione alla legge, quello positivo, di sottoposizione alla giurisdizione ogni volta che si versi in una situazione di soggezione alla legge.

Nello Stato moderno la sottoposizione alla giurisdizione è dunque la naturale conseguenza dell'assoggettamento al diritto ed è solo in base a questo profilo si possono stabilire i casi di esenzione dalle giurisdizione.

La nozione dei limiti della giurisdizione è stata ulteriormente chiarita da altra autorevole dottrina⁸³ per la quale, quando si parla di limiti internazionali o di limiti costituzionali della giurisdizione, si

⁸² CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 303.

⁸³ CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1943, XXI, pp. 53 ss.

tracciano i limiti esterni del potere appartenente all'ordinamento giudiziario italiano, oltre i quali non può spingersi alcun giudice; quando invece, senza uscire dall'ordinamento giurisdizionale, si cerca quali siano i limiti della giurisdizione affidata a ciascun tipo di organo giurisdizionale o anche a ciascun organo appartenente ad un determinato tipo, allora si tracciano fra i vari organi che compongono l'ordinamento giurisdizionale limiti interni, oltre i quali finisce la sfera di potere di un giudice ma comincia quella di un giudice diverso.

La legge attribuisce la giurisdizione a soggetti dell'ordinamento⁸⁴, individuando contestualmente i limiti del relativo potere: trattasi da un lato di limiti esterni, nel senso che al di là di essi non sussiste nessun giudice dell'ordinamento che abbia appunto giurisdizione, dall'altro di limiti interni e, cioè, operanti nell'ambito della sfera di giurisdizione spettante ai vari organi del medesimo ordinamento⁸⁵.

L'esigenza di un limite esterno della giurisdizione è dunque determinata, dall'esistenza di un ambito della vita di relazione sottratto alla soggezione della legge, espressione intesa o nel senso di irrilevante giuridico o nel senso di un margine non regolato da principi giuridici precisi⁸⁶, ambito che, in favore dell'amministrazione, si manifesta nelle ipotesi di attribuzione ad essa di taluni poteri assolutamente discrezionali sottratti del tutto al sindacato giurisdizionale; mentre l'esigenza di un limite interno, è cagionata dall'esistenza di una pluralità di ordini giurisdizionali con la

⁸⁴ Rappresentati dagli organi appartenenti alla magistratura.

⁸⁵ Cass, sez. un., 1 febbraio 2008, n. 2435.

⁸⁶ ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1974, vol. I, pp. 235 ss.

conseguenza di rendere necessario un criterio di distribuzione delle controversie fra essi.

La prima categoria dei limiti prende dunque in considerazione l'intero sistema degli ordini giurisdizionali e quei limiti vengono quindi in considerazione come limiti generali di attribuzione⁸⁷.

Qualsiasi giudice venga sollecitato ad esercitare la sua funzione, deve prima di tutto prospettarsi il problema se ciò che gli si chiede cada o non cada entro quei limiti, distinguendo l'attribuzione di provvedere positivamente dall'attribuzione di conoscere nel caso. Di volta in volta il giudice dovrà chiedersi se il caso, così come gli si presenta, sia o non riconducibile ad uno degli schemi legali tipici astratti, in relazione ai quali la legge dispone che possono essere emanati dei provvedimenti giurisdizionali e di quale tipo siano questi provvedimenti. Se il risultato di questo esame, che è essenzialmente di diritto, è radicalmente negativo, deve dichiarare che nessun giudice può provvedere in proposito; se invece il risultato è positivo, se cioè il caso sia riconducibile ad uno schema in relazione al quale la legge prevede o dispone che siano emanati provvedimenti di tipo richiesto, il giudice dovrà dichiarare la giurisdizione.

La seconda categoria di limiti consegue, come si è detto, alla ripartizione interna delle attribuzioni giurisdizionali ai vari ordini di giudici, fatta con riferimento al tipo di controversie che la legge attribuisce all'uno o all'altro di essi.

In conclusione, il superamento dei limiti esterni può condurre,

⁸⁷ REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1952, vol. I, pp. 131 ss.

per quanto qui interessa, all'invasione di un ambito in cui non vi è giurisdizione in quanto manca la soggezione alla legge; il superamento dei limiti interni, invece, comporta l'individuazione dei criteri di distribuzione della potestà di risolvere le controversie tra i vari giudici dell'ordinamento.

Il superamento dei limiti esterni determina un difetto assoluto di giurisdizione; il superamento di quelli interni, comporta un difetto relativo di giurisdizione perché si concreta in un conflitto tra due ordini giurisdizionali⁸⁸. Nelle ipotesi in cui invece il conflitto sorga all'interno del medesimo ordine giurisdizionale si profila una questione di "competenza".

II.2. Il riparto di giurisdizione ed i criteri di riparto.

Con l'istituzione della giustizia amministrativa nel 1889, ci si pose il problema di trovare un criterio di riparto fra essa e la giurisdizione ordinaria introdotta nel 1865, per le controversie in ambito amministrativo non assegnate ad un giudice in base al criterio della materia. Le soluzioni possibili vedevano: da un lato, la valorizzazione della diversità dei caratteri delle due giurisdizioni tracciati nelle rispettive leggi istitutive, dei poteri decisorii attribuiti all'una e all'altra e pertanto del tipo di pronunce ad esse consentite; dall'altro lato, la considerazione circa la diversa natura della situazione giuridica del soggetto che si pone in conflitto con la pubblica amministrazione, ossia la diversità dell'interesse leso dall'azione (positiva o negativa) di

⁸⁸ Ad esempio tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

questa.

Il primo di questi due criteri trae fondamento nel testo delle norme e particolarmente nell'art. 24 della legge del 1889 (poi trasfuso nell'art. 26 dell'attuale Testo Unico del Consiglio di Stato) e configura il ricorso al giudice amministrativo come impugnativa di atti, al fine di un loro annullamento, assumendo la qualifica di "criterio del *petitum*", cioè dell'oggetto dell'azione. Tale criterio, infatti, era basato sul tipo di domanda rivolta al giudice (accertamento di un rapporto o condanna dell'Amministrazione al soddisfacimento di una pretesa risarcitoria - annullamento di un atto). Esso ha avuto momenti di relativa affermazione, soprattutto nei primi tempi di applicazione della legge del 1889, favorito forse dagli iniziali dubbi sul carattere giurisdizionale della IV sezione del Consiglio di Stato e dalla già manifestata tendenza del giudice ordinario a restringere l'area delle proprie attribuzioni nei confronti della pubblica amministrazione. Verso la fine degli anni '20, sotto l'influsso di quell'autorevole dottrina⁸⁹ che riconosceva al cittadino la possibilità di tutelare i propri diritti come interessi legittimi, sulla base della configurazione dell'interesse come situazione giuridica contenuta nel diritto soggettivo, il criterio del *petitum* fu propugnato dalla giurisprudenza della V sezione del Consiglio di Stato. In una

⁸⁹ SCIALOJA, *Sui limiti della competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Giust. Amm.*, 1891, pp. 59 ss. Che formula la questione in modo estremamente preciso: "se la sezione IV del Consiglio di Stato sia competente a conoscere di ricorsi, coi quali si chiedi l'annullamento di un atto amministrativo, quando questo atto sia lesivo di un semplice interesse, ma di un vero diritto fatto valere come interesse, o se invece essa sia in tal caso incompetente, e debba perciò anche d'ufficio (...) ricercare, prima di decidere sul merito del ricorso, se questo non sia fondato sopra una vera lesione di diritto".

prima fase, in vero, la giurisprudenza del Consiglio di Stato sembrò appagarsi delle proposizioni contenute nelle norme: controversie concernenti atti amministrativi viziati per incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge e controversie concernenti diritti civili e politici, con la conseguenza di ritenere la giurisdizione del Consiglio di Stato anche in presenza di diritti soggettivi, purché si chiedesse l'annullamento per uno dei tre vizi elencati dalla legge. Felice appare perciò l'intuizione di quella dottrina⁹⁰ che aveva individuato il criterio di riparto sull'oggetto della domanda, ritenendo competente il Consiglio di Stato nel caso di richiesta di annullamento ed il giudice ordinario nel caso di riconoscimento del diritto lesa, senza però porre l'accento sui vizi dell'atto che, per essere espressamente menzionati nella legge del 1889, finivano per essere necessariamente sottratti al giudice ordinario. Tale criterio non ebbe molta fortuna, in particolare a seguito dell'indirizzo assunto dalla Corte di Cassazione che aprì le porte alla seconda soluzione in tema di riparto di giurisdizioni.

La Cassazione con sentenza del 24/06/1891 sul caso Laurens⁹¹ e

⁹⁰ SCIALOJA, *Sui limiti della competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Giust. Ann.*, 1891.

⁹¹ Cass. Roma, sez. un., 24 giugno 1891, n. 460, in *Giur. it.*, 1891, I, c. 181. Il caso Laurens, sul quale si accese un'aspra disputa (Scialoja e Orlando), riguardava un agente di emigrazione munito di licenza al quale il prefetto di Genova aveva vietato, sulla base di una circolare, di imbarcare gli emigranti dai porti esteri sfuggendo così ad una serie di controlli. L'agente aveva proposto il ricorso vantando la titolarità di un diritto soggettivo (il diritto di impresa) illegittimamente lesa da un atto amministrativo del quale veniva richiesto l'annullamento. L'eccezione di incompetenza sollevata dall'Avvocatura erariale venne accolta dalla Corte di cassazione in quanto alla domanda tendeva in realtà alla restaurazione di un diritto lesa da un atto amministrativo. La cognizione di tale domanda sfuggiva peraltro alla IV sezione che poteva conoscere soltanto delle questioni di interessi. In questo modo la Corte di cassazione precluse ogni possibile interpretazione volta a

con sentenza del 24/06/1897 sul caso Trezza⁹² poi, respinse infatti il criterio del *petitum*, in favore di un altro criterio che ebbe maggior successo, fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi. Esso costituisce tuttora uno dei punti cardine del sistema, al quale la giurisprudenza e la dottrina prevalente restano saldamente ancorate, anche se, come si vedrà in seguito, per superare le difficoltà insite nella distinzione, si è tentata l'elaborazione di altri criteri, che più che alternativi o sostitutivi, sono stati sempre intesi come sussidiari a quello tradizionale, mai abbandonato. Il criterio, che si fonda sull'art. 2 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865⁹³ e sull'art. 26 dell'attuale Testo Unico del Consiglio di Stato⁹⁴, è detto della *causa petendi*, intesa come la ragione giuridica

considerare la riforma del 1889 come uno strumento atto a perfezionare la tutela dei diritti soggettivi attribuendo a un nuovo giudice i poteri decisorii (annullamento degli atti illegittimi) non concessi dalla legge del 1865 al giudice ordinario.

⁹² Cass. Roma, Sez. Un., 24 giugno 1897, n. 428, in *Giur. it.*, 1897, I, c. 744. La Corte di cassazione precisò il proprio orientamento nel caso Trezza che riguardava una delibera comunale di autorizzazione alla stipula di un contratto di appalto a trattativa privata impugnata (insieme con il decreto prefettizio che la confermava) delle ditte escluse con il ricorso proposto innanzi alla IV sezione. La Corte di cassazione, chiamata a sindacare sotto il profilo della competenza della decisione della IV sezione, dichiarò competente a conoscere della domanda il giudice ordinario sulla base dell'argomento che "la vera sostanza del giudizio dunque era l'annullamento di un rapporto contrattuale, diritto eminentemente civile, da sottoporre esclusivamente all'esame del magistrato ordinario". All'obiezione che in realtà i ricorrenti avevano chiesto alla IV sezione l'annullamento di atti amministrativi a tutela di un semplice interesse (essi infatti non potevano mancare nei confronti dell'amministrazione alcun diritto soggettivo), la Cassazione ribadì che, in realtà, "sotto l'ombra della tutela di un interesse, si voleva annullare un delitto perfetto". Il caso Trezza confermò dunque il criterio della *causa petendi* come criterio fondamentale per il riparto della competenza tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

⁹³ Legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, art. 2: "Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'Autorità amministrativa".

⁹⁴ Regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, art. 26, comma 1: "Spetta al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità

della domanda rivolta al giudice, ossia come affermata lesione di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, ed è detto pure, con terminologia riscontrabile soprattutto nella giurisprudenza, del “*petitum sostanziale*”. Con quest'ultima espressione si suole anche mettere in risalto che, ai fini del riparto delle controversie, non si può dare rilevanza alla “prospettazione” delle parti (c.d. *petitum formale*), le quali potrebbero, per opportunismo nella scelta del giudice, presentare il diritto come interesse o viceversa, ma occorre dare rilievo, secondo affermazioni ricorrenti nella giurisprudenza, “alla situazione giuridica considerata nella sua effettiva natura, nella sua intrinseca ed oggettiva consistenza, in funzione della reale protezione ad essere accordata dall'ordinamento”.

Il criterio del *petitum* e la teoria ad esso collegata della doppia tutela, sconfessati dalla Corte di Cassazione, riemersero nella giurisprudenza all'inizio del secolo scorso per tramontare definitivamente in seguito ad un'altra fondamentale pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione⁹⁵, secondo la quale il criterio per la determinazione della competenza è costituito dalla “natura intrinseca della controversia” (avente per oggetto un diritto soggettivo o un interesse legittimo).

Il criterio di riparto fu occasione sul finire degli anni '20 di uno

amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici; quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali”.

⁹⁵ Cass., 15 luglio 1930, n. 2680, in *Foro it.*, 1930, I, c. 1146. Negli anni precedenti, sotto la presidenza di Mortara, studioso sostenitore del criterio del *petitum*, la Corte di cassazione aveva riesumato questo criterio.

scontro tutto interno alla giurisdizione amministrativa, che vide contrapposte la IV sezione del Consiglio di Stato e la V sezione, istituita, come si è visto nel I capitolo, nel 1907. Quest'ultima riesumò e fece propria la tesi che “un diritto leso da un atto amministrativo possa tutelarsi anche col ricorso di legittimità al Consiglio di Stato chiedendo la revoca o l'annullamento dell'atto medesimo”⁹⁶. La IV sezione mantenne fermo il principio che “se l'interesse che si pretende leso da un atto amministrativo ha figura e sostanza di un diritto civile e politico, non basta che la domanda giudiziale concluda chiedendo la revoca dell'atto stesso per costituire la competenza della normale giurisdizione amministrativa, né in via esclusiva, né in concorso eventualmente con quella del magistrato ordinario”⁹⁷.

Il contrasto venne sanato nel 1930 dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁹⁸ che prescelse la tesi della IV sezione in aderenza al criterio ribadito dalla sentenza quasi coeva della Corte di Cassazione già citata. In questo modo i due supremi consessi diedero origine ad un vero e proprio “concordato giurisprudenziale” promosso, anche sulla base di contatti informali, dai due autorevoli presidenti (Santi Romano e Mariano D'Amelio)⁹⁹.

Gli equilibri interni al sistema della giustizia amministrativa ed i caratteri del processo amministrativo hanno continuato ad evolversi

⁹⁶ Cons. St., sez. V, 29 novembre 1929, n. 648, in *Foro amm.*, 1930, I, p. 19.

⁹⁷ Cons. St., sez. IV, 21 dicembre 1928, n. 740, in *Foro amm.*, 1929, I, p. 24.

⁹⁸ Cons. St., ad. plen., 14 giugno 1930, n. 1, in *Foro it.*, 1930, III, c. 169.

⁹⁹ I due presidenti diedero conto di tali contatti in uno scritto congiunto: si cfr. D'AMELIO e ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1929, I, pp. 181 ss.

anzitutto in virtù dell'opera interpretativa della giurisprudenza.

Per quanto attiene agli equilibri interni al sistema, il nodo fondamentale è sempre stato rappresentato dalla questione di cui si tratta in questo paragrafo, cioè del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Come si è appena visto, si tratta di una questione condizionata a monte del problema più generale, che ha natura più di diritto sostanziale che processuale, dei rapporti tra efficacia del provvedimento amministrativo e diritti soggettivi incisi dal medesimo punto. In relazione ad entrambe sono fondamentali gli orientamenti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

A partire dalla sentenza n. 1657/1949¹⁰⁰, riconosciuta la rilevanza della *causa petendi* ai fini di riparto, la giurisprudenza si è impegnata nel definire una regola per decidere quando si sia in presenza della lesione di un diritto soggettivo ovvero di un interesse legittimo, individuato sulla base della contrapposizione tra carenza di potere e cattivo esercizio del potere: sempre in base alla prospettazione della parte, se si contesta l'esistenza del potere si è in presenza di diritti soggettivi; ove si lamenti un cattivo uso del potere si fa valere un interesse legittimo. Tale criterio destinato a trovare fortuna presso la giurisprudenza successiva al 1949, trae origine dalla teoria

¹⁰⁰ Cass., sez. un., 4 luglio 1949, n. 1657, in *Foro it.*, 1949, I, c. 926 ss. Secondo l'interpretazione prevalente, questa sentenza ha determinato una vera e propria svolta anche per la giurisprudenza successiva. Cfr. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963, III, pp. 229 ss., per il quale il criterio della carenza di potere finisce per coincidere con quello della *causa petendi*-sostanziazione o oggettiva in quanto colgono lo stesso fenomeno da due diversi punti di vista: il primo da quello dell'agire autoritativo dell'amministrazione; il secondo direttamente da quello della lesione di un diritto soggettivo.

dell'affievolimento del diritto di fronte al potere discrezionale e non nasce in contrapposizione al criterio tradizionale, basato sulla distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi, bensì in ausilio ad esso, costituendone una più elaborata puntualizzazione. Infatti è chiaro che la carenza di potere, ossia la mancata attribuzione all'autorità amministrativa, da parte del legislatore, della possibilità di sacrificare il diritto del singolo, significa riconoscimento di tale diritto e quindi violazione di esso ad opera dell'atto lesivo, mentre l'attribuzione del potere fa venir meno il diritto, residuando nel singolo solo l'interesse all'uso corretto del potere medesimo: interesse che non potrebbe configurarsi se non come interesse legittimo.

La puntualizzazione racchiusa nel criterio, sembrerebbe a prima vista, di notevole efficacia ma, analizzandola attentamente, ci si accorge che, al pari della formulazione del criterio tradizionale, essa non ha attenuato le difficoltà nella discriminazione delle due giurisdizioni. La riprova è data dalla constatazione delle divergenze che si sono delineate nella giurisprudenza, particolarmente fra la Cassazione ed il Consiglio di Stato, sul modo di intendere la carenza di potere ed il suo esercizio.

La giurisprudenza ha affinato quindi il nuovo criterio ponendo una subdistinzione tra carenza di potere in astratto (cioè di una fattispecie normativa attributiva del potere) e carenza di potere in concreto (cioè insussistenza nel caso concreto dei presupposti essenziali per l'emaneazione del provvedimento), anch'essa in grado di

incardinare la giurisdizione del giudice ordinario¹⁰¹.

È emblematica, al riguardo, la materia dell'espropriazione e della connessa occupazione d'urgenza: la Cassazione ha costantemente affermato il venir meno del relativo potere se esercitato fuori dei termini o se questi non sono indicati nella dichiarazione di pubblica utilità; il Consiglio di Stato e il Consiglio di giustizia amministrativa, viceversa, hanno detto che in questi casi c'è solo l'esercizio illegittimo del potere¹⁰²; ancora scarsa sul punto, la giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali. Sempre in tema di espropriazione, la Cassazione ha sostenuto la carenza di potere nell'ipotesi di mancanza della dichiarazione di pubblica utilità, nell'ipotesi in cui manchi o sia illegalmente determinata l'indennità, oppure quando siano compresi nel decreto di esproprio dei beni non indicati nel piano particolareggiato o in strumenti urbanistici, nonché per ogni fattispecie di occupazione abusiva, mentre la giurisprudenza amministrativa manifesta in questi casi e in genere, per ogni ipotesi di mancanza di qualche presupposto, una netta propensione per la tesi del cattivo uso del potere.

Una relativa concordia di opinioni tra i due ordini giurisdizionali va rilevata invece su altri punti, come ad esempio quello che l'incompetenza dell'organo determina la mancanza del potere solo se è assoluta, mentre l'incompetenza relativa denota soltanto un suo

¹⁰¹ Questo indirizzo giurisprudenziale è stato aperto dalla sentenza della Cass., sez. un., 24 ottobre 1958, n. 3457, in *Giust. Civ.*, 1958, I, pp. 2029 ss.

¹⁰² CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990, pp. 27 ss. ricorda che le stesse divergenze si riscontrano (salvo qualche rara eccezione) anche per altre materie.

illegittimo esercizio, oppure quello che lo stabilire se ci sia carenza o cattivo esercizio non dipende dalle asserzioni delle parti (c.d. prospettazione), ma dalla reale ed oggettiva consistenza della situazione fatta valere.

Ancora più vicino al criterio tradizionale, descritto all'inizio del paragrafo, ai fini della discriminazione delle due giurisdizioni, pare essere quello che distingue due categorie di norme, dettate dal legislatore per disciplinare l'operato della pubblica amministrazione. Tali norme si distinguono in "norme di relazione", aventi come fine quello di regolare i rapporti fra l'Amministrazione ed i cittadini e quindi attributive di diritti ed obblighi reciproci, e "norme di azione", rivolte a regolare l'attività amministrativa in sé, per fini di interesse generale ed indifferenti all'interesse del cittadino ed alla sua sorte¹⁰³. Alla violazione dell'uno o dell'altro tipo di norme corrisponderebbero due diverse qualificazioni dell'atto: illecito nel primo caso ed illegittimo nel secondo, con conseguenze diverse sul piano della tutela giurisdizionale.

Tale criterio, elaborato da una nota ed autorevole dottrina¹⁰⁴, è

¹⁰³ Nella ricostruzione del sistema di giustizia amministrativa teorizzata da Guicciardi, l'interesse del privato funge da mera condizione per dare inizio al processo. L'oggetto del giudizio è l'atto amministrativo e la sua validità. La tutela degli interessi dei cittadini viene così ridotta a mero "accidente" della giurisdizione amministrativa e l'interesse legittimo acquista una dimensione esclusivamente processuale. Per una ricostruzione più approfondita del pensiero e dell'opera di Guicciardi e per un suo inquadramento storico si rinvia a: VOLPE, *Norme di relazione, norme di azione e il sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2005, pp. 13 ss.

¹⁰⁴ GUICCIARDI, *Concetti tradizionali principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubb.*, 1937, ora in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967. Sebbene l'impianto del sistema possa dirsi già compiutamente formato, in questo scritto non compare ancora la famosa ripartizione tra norme d'azione enorme di relazione. Tale formulazione fa la sua prima apparizione in un altro scritto dallo stesso autore: GUICCIARDI, *Giustizia Amministrativa*, Padova, 1942, in particolare

stato passivamente recepito dalla giurisprudenza, la quale vi ha fatto qualche volta ricorso, quasi come variante lessicale e culturale della distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi¹⁰⁵. In realtà, basandosi sempre sulla dicotomia tradizionale degli interessi presi in considerazione dalla norma (particolari o generali), il criterio non si

pp. 30 ss.

¹⁰⁵ In relazione a tale criterio, appare interessante richiamare una rilettura della distinzione tradizionale tra norme di relazione e di azione recentemente proposta dalla dottrina. VOLPE, *Norme di relazione, norme di azione e il sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2005, in particolare pagg. 171 - 186: alla luce di tale impostazione, la distinzione tra norme di azione e di relazione va conservata ma interpretata in maniera differente, in modo da tener conto del mutato quadro di riferimento sia sostanziale che processuale. In questa prospettiva le norme di relazione sono individuate sulla base degli effetti giuridici che ne derivano. A tale categoria di norme sono riconducibili le norme che si limitano a costituire un potere in capo ad un soggetto, attribuendo ad esso la capacità di produrre effetti giuridici. Le norme di relazione non esprimono di per sé alcuna valutazione giuridica. Pertanto tali norme sono inidonee a fondare un giudizio di difformità o conformità dell'atto rispetto all'ordinamento giuridico: la norma attributiva del potere è considerata "avalutativa". La valutazione che le norme di relazione sono in grado di compiere si discosta dalle ordinarie valutazioni compiute dai precetti, perché essa è per così dire preliminare e limitata a considerare semplicemente l'esistenza dell'atto in quanto tale. Dette norme esprimono un giudizio relativo all'esistenza dell'atto e non un giudizio sulla conformità dello stesso alla legge. Le norme di azione viceversa, conservano in termini generali la loro classica funzione, quella di disciplinare in senso dinamico il modo con cui il potere viene esercitato. Sono norme rivolte alla disciplina dell'amministrazione e dell'interesse pubblico, ma ciò non esaurisce e non costituisce l'elemento tipizzante di tale categoria di norme. Sempre secondo questa impostazione dogmatica, le norme di azione sono caratterizzate dalla idoneità a disciplinare rapporti giuridici ed a tutelare anche l'interesse del privato, tuttavia esse non vengono a costituire una categoria unitaria, ma rimangono molteplici ed eterogenee. È pertanto possibile operare una ulteriore distinzione considerando il profilo delle posizioni soggettive che si creano. In questa prospettiva le situazioni giuridiche che derivano dalle norme di azione possono tradursi in posizioni di libertà ovvero di doverosità in ordine all'esercizio del potere. Le norme di azione in quanto riconoscono poteri liberi, non disciplinano alcun rapporto giuridico e vengono ad operare indipendentemente dalla considerazione che l'esercizio del potere possa avere riflessi su altri soggetti, si pensi in proposito all'uso comune di beni demaniali. Ma questa non è una caratteristica tipica delle norme di azione, infatti le norme di azione possono disciplinare situazioni definite di dovere. I doveri si differenziano a seconda del fatto che esse siano poste o meno a tutela di interessi di soggetti terzi. Sotto questo profilo è possibile effettuare una ulteriore distinzione: vi sono in primo luogo norme di azione che pongono doveri in senso stretto, il cui beneficiario è l'ordinamento complessivamente inteso e che sono rivolte alla tutela dell'interesse pubblico. In tal caso non vi è alcun soggetto che si pone in relazione con il comportamento del titolare. In secondo luogo è possibile individuare delle norme che impongono alla pubblica amministrazione dei veri e propri obblighi provvedimentali in capo ad un determinato soggetto.

allontana da quello che si è sempre seguito, costituendone solo una prospettiva diversa, che ha avuto, fra i risultati più cospicui, quello di mettere in luce che, dato l'intrecciarsi delle due categorie di norme, uno stesso atto può essere contemporaneamente illecito ed illegittimo, e quindi perseguibile avanti al giudice ordinario ed al giudice amministrativo (c.d. "doppia tutela" o "tutela concorrente"). Le critiche che sono state tradizionalmente rivolte a questo criterio fondato sulla distinzione tra norme di azione e di relazione, muovono principalmente dall'idea che le norme di azione, accanto all'interesse pubblico primario della pubblica amministrazione, possano prendere in considerazione anche gli interessi dei cittadini¹⁰⁶ e possono farlo in modo differente. L'interesse pubblico non è infatti qualcosa di assolutamente astratto e pur essendo superiore agli interessi del cittadino, non si pone necessariamente in contrasto con gli interessi dei privati¹⁰⁷.

In questo senso, richiamare la nozione di norma di azione significa considerare che l'interesse pubblico pur essendo un elemento caratterizzante la disciplina che ne deriva non è incompatibile con la tutela di interessi privati. Significa al contempo

¹⁰⁶ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, pp. 140 - 141: la teoria appare descrittiva, dal momento che nulla in sostanza dice sui connotati delle norme di azione e di quelli di relazione e sul modo di riconoscerle. In realtà con questa rappresentazione non si fa che ripresentare in termini di norme la distinzione tra diritti ed interessi, con una conseguenza di veder rispuntare in sede di qualificazione della norma le stesse difficoltà esistenti in sede di qualificazione delle posizioni soggettive.

¹⁰⁷ AMORTH, *Una nuova sistematica della giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. pubbl.*, 1943, I pp. 64 ss., ora in *Scritti 1940 - 1948*, Milano, 1999, II. Nel saggio l'autore sottolinea come proprio gli interessi privati siano in realtà una presenza ineliminabile dell'interesse pubblico, "un coefficiente dell'unità interesse pubblico".

negare che dalla capacità delle norme di azione di tutelare interessi privati possa discendere l'idoneità delle stesse a costituire obblighi in capo alla pubblica amministrazione e corrispondenti diritti in capo ai cittadini¹⁰⁸.

Le linee tracciate nelle pagine precedenti lasciano chiaramente capire come il sistema italiano di giustizia amministrativa sia frutto, anziché di un disegno organico è razionale, di una stratificazione storica dei principi spesso non armonici. Decisivi per la sua caratterizzazione furono sicuramente i primi decenni, che ebbero i loro momenti cruciali nelle riforme del 1865 del 1889.

Nel 1865 si fece luogo ad una spartizione del contenzioso contro

¹⁰⁸ VOLPE, *Norme di relazione, norme di azione e il sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2005, pagg. 278 ss.: le norme di azione rimangono rivolte alla disciplina dell'esercizio del potere, tuttavia costituiscono contemporaneamente anche delle figure soggettive che assurgono alla qualificazione di diritti soggettivi. E si divengono pertanto idonee a disciplinare rapporti giuridici, che pur avendo natura atipica vengono ricondotti alla categoria generale delle obbligazioni. Le norme sul procedimento amministrativo relative alla partecipazione, alla motivazione o al termine di conclusione del procedimento, oltre che l'art. 11 della legge 241 del 1990, sono considerate norme di azione costitutive di obbligazioni provvedimentali non codificate, nella misura in cui essi sono poste a tutela di un interesse della parte privata, in maniera indipendente e anche configgente con gli interessi della pubblica amministrazione (in particolare pagg. 541 - 543). Peraltro quest'ultima ricostruzione teorica presuppone che la duplicità di fini che è al fondo delle norme di azione sia comunque irriducibile e che pertanto l'interesse del privato sottostante ad un obbligo provvedimentale possa essere tutelato "solo quando vi sia oltre all'obbligo, anche un presupposto dovere che proteggendo un diverso interesse pubblico spinga la pubblica amministrazione ad un'azione coincidente con quella pretesa dal privato... Le due *necessitates agendi* coesistendo, hanno il medesimo contenuto, cioè impongono alla pubblica amministrazione il medesimo comportamento, in modo che, tenendo detto comportamento, l'Amministrazione adempie all'uno e all'altro dovere. Le due *necessitates agendi* si distinguono per l'interesse sostanziale che proteggono direttamente e per la conseguente presenza, quanto alla seconda figura giuridica soggettiva, di un soggetto, il cittadino, che vanta un vero e proprio diritto all'adempimento. Il dovere in senso stretto mira *in primis* alla protezione dell'interesse pubblico rispetto alla legalità e perciò al raggiungimento della funzione e solo occasionalmente in esso trova protezione e l'interesse sostanziale del privato... viceversa l'eventuale obbligo nei riguardi dei privati si pone a protezione diretta di un interesse di questi, ai quali viene riconosciuto un credito all'adempimento" (pp. 340 - 342).

la pubblica amministrazione, che rimase affidato in parte al giudice ordinario ed in parte alla stessa autorità amministrativa. Sono chiarissimi in tal senso i primi tre articoli del allegato E della legge 2248/1865, ed in particolare l'art. 1. Era nella logica della spartizione che l'autorità amministrativa potesse conoscere, non di diritti, riservati al giudice ordinario, ma di qualcos'altro che, in contrapposto, non poteva che essere una situazione giuridica non qualificabile come diritto soggettivo, bensì come interesse ("affari non compresi nell'articolo precedente"); ed era nella stessa logica, oltre che nella diffidenza verso il giudice, il divieto al giudice stesso di incidere sull'atto amministrativo in quanto, nella spartizione, ciò era oggetto di riserva a favore dell'amministrazione pubblica.

Questo assetto, che era destinato ad influenzare alcune norme successive, come quelle sui conflitti di attribuzione, nonché la sopravvivenza di mezzi di tutela realizzati attraverso i ricorsi amministrativi, ebbe un peso determinante sul modo di intendere la riforma del 1889, istitutiva della giurisdizione amministrativa ed i rapporti fra questa giurisdizione e quella ordinaria. Avendo alla giurisdizione amministrativa, occupato l'area del contenzioso, che nella spartizione del 1865 era stata assegnata alla pubblica amministrazione, quest'area fu intesa come quella degli interessi legittimi ed il relativo giudizio come giudizio di annullamento, escludendo altri tipi, propri della tutela dei diritti e pertanto riservati al giudice ordinario.

Nel 1923, istituita da giurisdizione esclusiva del giudice

amministrativo, si apriva un'ampia breccia nel sistema in vigore, attraverso l'estensione della competenza di questo giudice a materie di diritti, sia pure con esclusione delle pretese risarcitorie, lasciate sempre alla sfera del giudice ordinario. L'estensione non poteva fare avvertire l'esigenza di una integrazione del tipo di giudizio impugnatorio con altri tipi, che dessero risalto all'accertamento dei rapporti, dei comportamenti, delle inadempienze. Diverse remore hanno accompagnato l'introduzione dei giudizi di accertamento nella giurisdizione amministrativa e del ruolo, decisamente secondario, che tali giudizi rivestono anche dopo la riforma del 1971, istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali.

A distanza di tanto tempo dalla sua formazione, il sistema italiano di giustizia amministrativa resta, nelle sue linee essenziali, quello tracciato alla fine del XIX secolo. Il sistema rimane caratterizzato da una duplicità di giudici, ordinario ed amministrativo, competenti a dirimere le controversie tra cittadini e pubblica amministrazione. Il criterio generale di riparto della giurisdizione tra i due ordini giudiziari¹⁰⁹ è tuttora quello delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio: diritti soggettivi, devoluti alla giurisdizione del giudice ordinario; interessi legittimi, devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo.

¹⁰⁹ Criterio che ha subito nel tempo deroghe ed attenuazioni, da ultimo, in special modo ad opera del d.lg. n. 80/1998 e della legge n. 205/2000 che sembra prefigurare una distinzione tra le due giurisdizioni fondata sull'attribuzione di blocchi di materie.

II.3. Conflitti e verifica della giurisdizione.

Nel nostro ordinamento sussistono dunque due ordini giurisdizionali competenti a conoscere di controversie che riguardano la pubblica amministrazione. A causa della natura e della labilità dei criteri di riparto, tra questi diversi ordini giurisdizionali, ordinario ed amministrativo, possono insorgere conflitti in ordine alla spettanza del potere di giudicare le controversie.

La soluzione di tali conflitti implica una verifica della giurisdizione, cioè un riscontro circa l'effettiva sussistenza o insussistenza della potestà, spettante ad un giudice, di giudicare una controversia¹¹⁰.

Questi conflitti sono noti come “conflitti di giurisdizione”¹¹¹, e sono distinti, sia dai “conflitti di competenza”¹¹², sia dei “conflitti di attribuzione”¹¹³.

Nonostante l'importanza dei conflitti di attribuzione, che possono involgere pure questioni di giurisdizione, in questa sede interessano soprattutto i conflitti di giurisdizione.

Pare opportuno premettere che vi è una certa difficoltà

¹¹⁰ Tale verifica, peraltro, può essere effettuata anche al di fuori di questo contesto, in quanto sussistono strumenti processuali di verifica della giurisdizione che non presuppongono l'esistenza di un conflitto.

¹¹¹ Riguardano appunto organi appartenenti a diversi ordini giurisdizionali: la loro soluzione spetta alla Corte di Cassazione a sezioni unite (art. 374 c.p.c.)

¹¹² Riguardano l'ipotesi in cui sorgano tra organi appartenenti allo stesso soggetto o allo stesso complesso giurisdizionale: la soluzione dei conflitti amministrativi spetta all'organo sovraordinato, mentre per quanto attiene ai conflitti giurisdizionali, la loro risoluzione è affidata alla Corte di Cassazione a sezioni semplice, ovvero, nell'ipotesi di giudice speciale, a quella di grado più elevato.

¹¹³ Si verificano allorché sorgano tra soggetti dotati di una sfera di competenza costituzionalmente riservata: la Costituzione affida alla Corte Costituzionale il compito di fornire loro soluzione.

nell'operare una netta distinzione tra conflitti di attribuzione, risolti dalla Corte costituzionale e conflitti di giurisdizione, risolti dalla Corte di Cassazione: si pensi al conflitto tra potere amministrativo e potere giurisdizionale che involga anche questioni di giurisdizione, come nell'ipotesi in cui l'amministrazione, evocata in giudizio, affermi di essere, nel caso, immune da qualsiasi sindacato giurisdizionale¹¹⁴.

La linea distintiva andrebbe cercata nel fatto che, in caso di conflitto di attribuzione, il conflitto tra poteri non si esaurisce all'interno del singolo processo ma si riferisce alla contestata possibilità per uno dei poteri di esercitare attribuzioni costituzionalmente riconosciute, come accade nell'ipotesi in cui un giudice, con provvedimento d'urgenza, abbia invaso la competenza del governo adottando un atto dal contenuto sostanzialmente amministrativo, ovvero nel caso di conflitto fra autorità giudiziaria e commissione parlamentare inquirente.

Limitando la trattazione ai soli conflitti di giurisdizione, va detto che sul riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e il giudice ordinario, decide in ultima istanza la Corte di Cassazione a Sezioni Unite. Poiché la Corte di Cassazione rappresenta la struttura di vertice dell'ordinamento giudiziario ordinario, il dualismo del sistema di giustizia amministrativa italiano non può definirsi perfettamente

¹¹⁴ L'art. 37, l. 87/1953, afferma che, in relazione alle questioni di giurisdizione, "restano ferme le norme vigenti" e cioè quelle che affidano la risoluzione di tale conflitto alla Corte di Cassazione. Sandulli ha affermato, in proposito, che il conflitto di attribuzioni sorgerebbe allorché il potere giurisdizionale sia una delle parti del conflitto, mentre nelle ipotesi in cui la questione riguardi la spettanza del potere del giudice di conoscere di una controversia in cui parte sia un organo del potere amministrativo, il relativo conflitto deve essere risolto dalla Corte di cassazione, perché il giudice rimane tale e non diviene parte.

paritario ma a prevalenza istituzionale del giudice ordinario¹¹⁵.

Vero è peraltro che al giudice amministrativo e al giudice ordinario sono riconosciute nella costruzione, una serie di garanzie relative non soltanto agli aspetti organizzativi ma anche a quelli funzionali¹¹⁶. Esse pongono così i due ordini giudiziari su un piano di parità intesa nel significato particolare secondo il quale la giurisdizione amministrativa non può essere considerata speciale o eccezionale rispetto alla giurisdizione ordinaria¹¹⁷.

La Corte di Cassazione, secondo il codice di procedura civile vigente, può conoscere delle questioni di giurisdizione nei seguenti casi:

a) *eccezione di difetto di giurisdizione*: secondo l'art. 37 c.p.c., il difetto di giurisdizione del "giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali" può essere proposto in qualunque stato è grado del processo ed è rilevabile anche d'ufficio¹¹⁸;

b) *regolamento preventivo di giurisdizione*: per l'art. 41 c.p.c., comma 1, "finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado, ciascuna parte può chiedere alle sezioni unite della Corte di Cassazione che risolvano le questioni di giurisdizione di cui all'art.

¹¹⁵ Cfr. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2002, p. 12. Ciò a differenza del sistema francese nel quale la parità istituzionale tra giudice ordinario il giudice amministrativo è garantita dal fatto che sul riparto di giurisdizione si pronuncia il "Tribunal des Conflicts", composto in misura eguale da giudici ordinari e giudici amministrativi.

¹¹⁶ Cioè relative ai rispettivi ambiti di giurisdizione.

¹¹⁷ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, p. 129.

¹¹⁸ L'art. 30 della l. 1034/1971, conferma che il difetto di giurisdizione può essere rilevato d'ufficio dal giudice amministrativo.

37”, cioè il “difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione”¹¹⁹. Trattasi di un caso di conflitto virtuale di giurisdizione, atteso che sulla giurisdizione non si è ancora pronunciato alcun giudice;

c) *elevazione del conflitto*: a norma dell’art. 41 c.p.c., comma 2, “la pubblica amministrazione che non è parte in causa può chiedere in ogni Stato è grado del processo che si è dichiarato dalle sezioni unite della Corte di Cassazione il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a causa dei poteri attribuiti dalla legge all’amministrazione stessa, finché la giurisdizione non sia stata affermata con sentenza passata in giudicato”. Trattasi di un caso di conflitto virtuale di attribuzioni che involge una questione di giurisdizione tra giudice e pubblica amministrazione¹²⁰;

d) *ricorso per Cassazione avverso le sentenze del giudice ordinario*: per l’art. 360 c.p.c., “le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado, escluse quelle del conciliatore possono essere impugnate per Cassazione: 1) per motivi attinenti alla giurisdizione...”. Si tratta anche in questo caso di conflitto virtuale di giurisdizione;

e) *ricorso per Cassazione avverso le sentenza di un giudice*

¹¹⁹ La norma, la quale si riferisce al solo giudice ordinario, è applicabile nei giudizi innanzi al TAR ai sensi dell’art. 30, l. 1034/1971, che, recependo una precedente orientamento giurisprudenziale, la richiama espressamente.

¹²⁰ Il prefetto, che è l’organo amministrativo competente, con decreto motivato da notificare alle parti e al pubblico ministero, eleva il conflitto; il giudizio viene sospeso dal capo dell’ufficio giudiziario dinanzi al quale pende il processo su istanza del pubblico ministero, il quale è tenuto a notificare alle parti il decreto di sospensione entro 10 giorni; se nessuna delle parti in causa provvede entro 30 giorni dalla notificazione del decreto a presentare il ricorso alla Corte di cassazione per il regolamento del conflitto, la causa si estingue (art. 368 c.p.c.).

speciale: secondo l'art. 362 c.p.c., comma 1, "possono essere impugnate con ricorso per Cassazione, le decisioni in unico grado o in grado di appello o di un giudice speciale, per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso". Pure in questa ipotesi trattasi di un caso di conflitto virtuale di giurisdizione. Nel linguaggio del codice, tra i giudici speciali rientra anche il giudice amministrativo;

f) *conflitti positivi o negativi fra giudici speciali e fra questi ed il giudice ordinario; conflitti negativi di attribuzione tra la pubblica amministrazione ed il giudice ordinario*: secondo quanto previsto all'art. 362 c.p.c., comma 2, è ammesso il ricorso per Cassazione "in ogni tempo"¹²¹, in caso di conflitti reali positivi e negativi tra giudici speciali¹²², ovvero tra questi e il giudice ordinario. Per completezza di esposizione si ricorda infine che lo stesso art. 362 c.p.c., comma 2, rimettendone la soluzione alle sezioni unite della Cassazione, si occupa pure dei conflitti reali negativi di attribuzione tra la pubblica amministrazione ed il giudice ordinario. In questo caso, in realtà, non vi sarebbe alcun conflitto, bensì accordo completo tra giudice e amministrazione, atteso che entrambi i poteri si rifiutano di conoscere l'istanza del cittadino¹²³.

Dall'analisi appena compiuta degli strumenti di verifica di

¹²¹ Quindi anche indipendentemente dalla circostanza che una delle due pronunce sia passata in giudicato. Cfr. Cass., sez. un., n. 12265/2004.

¹²² Esempi di conflitti negativi si riscontrano in: Cass., sez. un., n. 22521/2006 e Cass., sez. un., n. 5402/2007.

¹²³ Invero, è possibile ritrovare un senso alla norma e un'ipotesi di conflitto, avendo come riferimento l'attività contenziosa dell'amministrazione e cioè, quella con cui il soggetto pubblico decide ricorsi amministrativi: il giudice, declinando alla propria giurisdizione, potrebbe ritenere che essa spetti all'autorità amministrativa contenziosa, così come l'autorità amministrativa in sede contenziosa potrebbe riconoscere la competenza del giudice ordinario.

giurisdizione, emerge che la statuizione sulla giurisdizione può essere adottata all'interno di un processo destinato a proseguire, ovvero dalla Cassazione, la quale vincola tutti i successivi processi aventi il medesimo oggetto ed instaurati tra le stesse parti.

Per quanto attiene la verifica della giurisdizione devoluta alla Cassazione a sezioni unite, pare opportuno precisare alcuni principi.

Ai sensi dell'art. 386 c.p.c., "la decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda". Inoltre, la verifica che la Cassazione può operare allorché si profili una questione di giurisdizione concerne il superamento dei limiti di giurisdizione, mentre non può essere sindacata l'esplicazione interna del potere giurisdizionale.

Le questioni di giurisdizione, secondo l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Cassazione, attengono alla invasione della sfera dell'altrui giurisdizione e all'eccesso di potere giurisdizionale¹²⁴. In quest'ultima ipotesi rientra anche il superamento del limite esterno di giurisdizione: esso si realizza quando il giudice sindacando i poteri coperti da riserva di amministrazione nei suoi confronti¹²⁵.

È altresì configurato dalla giurisprudenza come autonomo motivo inerente alla giurisdizione, l'esercizio della giurisdizione di merito al

¹²⁴ Sconfinamento nella sfera dei poteri spettanti ad organi amministrativi, legislativi o costituzionali.

¹²⁵ Pare opportuno ricordare che, in linea di principio, quell'ambito potrebbe essere occupato dal legislatore mediante leggi-provvedimento.

di fuori dei casi in cui essa è tassativamente prevista. Tale ipotesi è simile a quella in cui il giudice di legittimità abbia deciso in base a valutazioni di opportunità, sostituendosi all'Amministrazione.

Talora viene prospettata come autonoma questione di giurisdizione relativa al superamento del limite esterno di giurisdizione, anche l'improponibilità assoluta della domanda e, cioè, la questione della insussistenza in astratto di una situazione tutelata in capo alla ricorrente¹²⁶.

Sempre nei termini di questione di giurisdizione viene altresì discutibilmente configurata la c.d. regola della pregiudizialità relativa

¹²⁶ Si è detto “in astratto”, atteso che, ove il giudice neghi che sussista in concreto la situazione, ad esempio l'interesse legittimo, esso non affronta un problema di limite esterno di giurisdizione, bensì dichiara inammissibile il ricorso per difetto di interesse legittimo, ovvero lo rigetta perché infondato, decidendo il merito della causa. Il discrimine tra domanda inammissibile (in concreto) e domanda improponibile (in astratto) è di difficile individuazione; il rischio è quello di far decidere alla Cassazione il merito della causa, saltando il giudizio del giudice amministrativo in virtù dell'impiego del regolamento preventivo di giurisdizione che può essere esperito solamente nel corso del giudizio di primo grado. In altri termini, se ai fini dell'esame della proponibilità della domanda si indaga l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva tutelata, si finisce quasi inevitabilmente per esaminare l'esercizio in concreto del potere, dal quale è ricavabile la sussistenza dell'interesse legittimo che a quel potere è correlato, sicché si affronta un problema di merito inteso come relativo alla fondatezza della domanda. Così, secondo parte della giurisprudenza, la domanda di risarcimento dei danni proposta davanti al giudice ordinario da un privato nei confronti della pubblica amministrazione deducendo la lesione di un interesse legittimo, comportava non già l'improponibilità dell'azione per difetto assoluto di giurisdizione, bensì la reiezione nel merito per difetto assoluto di un diritto soggettivo (unica situazione giuridica la cui violazione consentisse la risarcibilità ai sensi dell'art. 2043 c.c.: in tal senso, Cass., n. 5477/1995). Questa impostazione è stata radicalmente mutata, pur mantenendo ferma la conclusione, in quanto la Corte di Cassazione, con la sentenza sez. un., n. 500/1999, accogliendo la tesi della risarcibilità di qualunque interesse meritevole di tutela, ha individuato nel diritto al risarcimento del danno una situazione giuridica indipendente rispetto a quella incisa dall'attività della pubblica amministrazione, che non deve essere valutata ai fini della giurisdizione, bensì ai fini della qualificazione del danno divenendo così una questione di merito. Non viene invece considerata come questione di giurisdizione anche l'irregolare composizione dell'organo giudicante, profilo questo che pare però tenere in senso proprio non già alla giurisdizione, bensì alla validità della sentenza.

al tema del risarcimento del danno¹²⁷. Secondo la Suprema Corte, il giudice amministrativo deve esercitare la giurisdizione relativamente alla tutela risarcitoria anche ove la relativa pretesa, “prescindendo dalle regole proprie dell'impugnazione dell'atto”, sia azionata autonomamente rispetto alla previa impugnazione dell'atto medesimo. Di conseguenza, “il rifiuto della tutela risarcitoria autonoma” fondato sulla regola della pregiudizialità, risulta secondo la Suprema Corte, sindacabile attraverso il ricorso per Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, posto che il giudice avrebbe rifiutato di esercitare una giurisdizione che gli appartiene.

II.4. Il sistema della legge n. 2248/1865 tra il giudice ordinario e la pubblica amministrazione.

Con la soppressione dei tribunali speciali “investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo tanto in materia civile quanto in materia penale” ad opera della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E (c.d. legge abolitiva del contenzioso amministrativo), le controversie loro attribuite vennero devolute alla giurisdizione ordinaria o all'autorità amministrativa. La legge del 1865 caratterizza il complesso processo di superamento del sistema giudiziario degli Stati preunitari, tentando di mediare tra l'esigenza di rafforzare il nascente Stato amministrativo e la contrapposta necessità di

¹²⁷ Cass., sez. un., ord. n. 13559, 13660 e 13991/2006. Tale regola era seguita in passato dal Consiglio di Stato. In sostanza, se la pretesa risarcitoria poteva essere azionata soltanto a condizione che fosse stato chiesto l'annullamento dell'atto; l'orientamento più recente del giudice amministrativo non si è comunque allineato alle indicazioni della Cassazione.

ammettere la tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dell'Amministrazione.

Gli artt. 2, 4 e 5 di questa legge, definiscono sia l'ambito di giurisdizione spettante al giudice ordinario nelle controversie insorte nei confronti di una pubblica amministrazione, sia i poteri del giudice medesimo.

Per quanto attiene il primo profilo, l'art. 2 stabilisce che i giudici ordinari conoscono di tutte le "cause per contravvenzioni"¹²⁸ (in materia penale) e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico¹²⁹ (in materia civile), comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione¹³⁰, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa"¹³¹.

Per ciò che concerne i poteri del giudice, invece, la stessa legge dispone che "quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà

¹²⁸ Quelle per delitti già spettavano al giudice ordinario.

¹²⁹ ABBAMONTE e LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997. La formula "diritto civile o politico" fa riferimento a tutti i diritti soggettivi, in quanto i "diritti politici", nel linguaggio dell'epoca, coincidevano con le situazioni giuridiche soggettive successivamente qualificate come diritti pubblici. Il giudice ordinario conosce, dunque, della violazione di tutti i diritti soggettivi, chiunque possa esserne titolare (soggetti privati, enti pubblici, persone giuridiche ed enti morali).

¹³⁰ Questo inciso intende comprendere sia le controversie pendenti tra altri soggetti in ordine alla legittimità di un provvedimento amministrativo, sia le diverse ipotesi in cui la stessa amministrazione sia parte in causa, convenuta o se attrice.

¹³¹ L'ambito della giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione, non è ridotto neanche quando " siano stati emanati provvedimenti del potere esecutivo dell'autorità amministrativa", cioè quando si controverta relativamente ad un "atto dell'autorità". Risulta, quindi, superato anche il vecchio criterio che discriminava l'ambito di azione del sindacato del giudice ordinario in relazione alla distinzione tra atti di gestione (non autoritativi) ed atti di imperio (autoritativi) dell'amministrazione.

essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti Autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso”¹³². Con riferimento agli atti che ledono un diritto soggettivo, la cognizione del giudice ordinario è limitata agli effetti dell'atto, non potendo investire né la sua causa né le valutazioni discrezionali riservate all'amministrazione. Il giudice conoscerà degli effetti dell'atto del tutto indipendentemente da un sindacato diretto sui vizi di legittimità dell'atto stesso¹³³. La sentenza del giudice ordinario, quindi, estende i suoi effetti, soggettivamente, alle sole parti in causa e, oggettivamente, può riguardare solo l'oggetto da queste dedotto in giudizio. Se il giudice acclara la legittimità del provvedimento sottoposto al suo esame, gli effetti della decisione vanno circoscritti all'atto in relazione all'effetto dannoso, per il quale l'azione è stata instaurata; ma l'atto continuerà a produrre i suoi effetti nei confronti di tutti gli altri. Inoltre, il giudice ordinario non potrà emanare provvedimenti costitutivi ed ordini di adempimenti specifici nei confronti della pubblica amministrazione¹³⁴.

L'art. 4, comma 1 della legge del 1865, riguarda solo gli atti dell'autorità amministrativa, escludendo i piatti di diritto civile della

¹³² Art. 4, legge 20 marzo 1865, n. 2248, “Per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia”, allegato E - “Legge sul contenzioso amministrativo”. La norma di cui al primo comma riguarda i poteri di cognizione del giudice ordinario, mentre il secondo si occupa dei suoi poteri di decisione.

¹³³ Sui limiti posti all'attività del giudice ordinario, SATTÀ, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997; FALCONE, *I poteri decisori del giudice ordinario nelle controversie amministrative*, in *Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. La tutela del cittadino: A) La giurisdizione amministrativa*, Vicenza, 1968, pp. 143 ss.

¹³⁴ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, pp. 183 ss.

pubblica amministrazione, ossia tutti gli atti ed i negozi giuridici posti in essere al di fuori dell'esercizio di poteri pubblicistici. Con riguardo agli atti di diritto civile, i poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione corrispondono in tutto ai poteri di cui lo stesso giudice dispone rispetto agli atti dei privati. Se la pubblica amministrazione agisce *jure privatorum*, senza far uso di poteri autoritativi, si pone in posizione paritetica rispetto agli amministrati, con conseguente piena cognizione del giudice ordinario sulla regolamentazioni contrattuale. In applicazione di tali principi, la Corte di Cassazione, con orientamento ormai consolidato, ha ribadito che le limitazioni ai poteri decisorii del giudice ordinario non sono applicabili all'impegno contrattualmente assunto dalla pubblica amministrazione in sede di realizzazione di un'opera di interesse generale, di adottare determinate misure di salvaguardia del fondo altrui, sicché in tal caso il proprietario del fondo potrà adire il giudice ordinario per ottenere una pronuncia di condanna all'esecuzione di tali misure¹³⁵.

Le limitazioni ai poteri di cognizione e di decisione del giudice ordinario non riguardano nemmeno le operazioni, i comportamenti o le condotte materiali realizzate dalla pubblica amministrazione senza potere o *sine titulo*. Al di fuori di tali ipotesi, il giudice ordinario, inoltre, non può pronunciare sentenze costitutive nei confronti dell'Amministrazione, in quanto, in virtù del disposto di cui all'art. 4, comma 2 della legge citata, lo stesso giudice non può

¹³⁵ Cass., sez. un., 13 aprile 1992, n. 4484, in *Foro it.*, 1992.

intervenire annullando, revocando, riformando o sospendendo i provvedimenti amministrativi. Il capoverso di tale norma stabilisce infine l'obbligo delle autorità amministrative di uniformarsi al giudicato dei giudici ordinari in quanto riguarda il caso deciso¹³⁶. Questa prescrizione fondamentale di ottemperanza al giudicato individuava un criterio del rapporto istituzionale tra potere amministrativo ed autorità giudiziale, sancendo la prevalenza della seconda rispetto al primo ed assicurando una garanzia della legalità nell'amministrazione. La legge però non prevedeva nessuno strumento per rendere effettivo e coercibile l'obbligo dell'amministrazione di uniformarsi al giudicato. Quindi, il cittadino che otteneva una pronuncia favorevole dal giudice ordinario, poteva soddisfare le proprie ragioni, nei termini stabiliti dalla sentenza, solo confidando nell'attività di ottemperanza dell'amministrazione. Il che non rappresentava una previsione sufficientemente garantista, considerando che viene subordinata all'iniziativa della controparte, l'effettività della pronuncia giurisdizionale favorevole.

Perfezionando il meccanismo ora descritto di cui all'art. 4, l'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa ha previsto un apposito giudizio di ottemperanza, in forza del quale il giudice amministrativo può sindacare le modalità con le quali la pubblica amministrazione adempie all'obbligo di conformarsi al giudicato del

¹³⁶ Sul punto, NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, pp. 189-192; GUICCIARDI, *l'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali*, in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 371.

giudice ordinario¹³⁷. Tale giudizio di ottemperanza, in realtà poco impiegato nella pratica, conosce una estensione in relazione alle sentenze di condanna al pagamento di somme¹³⁸. Tali sentenze si ritenevano eseguibili in precedenza, solo attraverso lo strumento del processo di esecuzione, regolato dal codice di procedura civile¹³⁹. In giurisprudenza si ammette l'impiego di entrambi i rimedi in rapporto di concorrenza alternativa ma va sottolineato che, avendo il giudice amministrativo in sede di esecuzione del giudicato, poteri estesi al merito, dispone anche di efficaci poteri sostitutivi.

In un primo momento la Corte di Cassazione ha riconosciuto tale potere sostitutivo¹⁴⁰, limitandolo poi alle sole ipotesi in cui la pubblica amministrazione abbia un margine di scelta sulle modalità del pagamento rispetto alla quale il creditore vanterebbe una posizione di interesse legittimo¹⁴¹. Il giudice amministrativo, peraltro, non sembra preoccuparsi troppo di verificare l'esistenza o meno della discrezionalità¹⁴² ed ammette il ricorso per ottemperanza con l'utilizzo di poteri sostitutivi da parte del giudice dell'amministrazione debitrice inottemperante.

L'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, dispone invece, che "le autorità giudiziarie applicheranno gli atti

¹³⁷ NIGRO, *L'esecuzione delle sentenze di condanna della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1965, c. 57 ss.

¹³⁸ Cons. Stato, ad. plen., 9 marzo 1973, n. 1, in *Cons. Stato*, 1973, I, p.265.

¹³⁹ In questo ambito il processo di esecuzione presenta inconvenienti, in quanto limitatamente e esperibile, nei confronti della pubblica amministrazione.

¹⁴⁰ Cass., sez. un., 13 luglio 1979, n. 4071.

¹⁴¹ Cass., sez. un., 9 marzo 1981, n. 1299.

¹⁴² Giustamente, giacché nell'ottemperare ad un giudicato di condanna al pagamento di una somma di denaro non sussistono margini reali di discrezionalità, Cass., sez. un., 27 ottobre 1989, n. 4505.

amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi”. Da questa norma è stato tratto l’istituto della disapplicazione del provvedimento amministrativo, infatti, mentre l’art. 4 si occupa espressamente degli effetti dell’atto, l’art. 5 dispone in ordine alla sorte dell’atto illegittimo, che esso dovrà essere non applicato dal giudice ordinario. Da ciò si evince che, nel caso venga accertata l’illegittimità di un atto, il giudice ordinario dovrà ricostruire il rapporto prescindendo dagli effetti da esso prodotti e giudicare come se questi non sussistessero.

Riassumendo, l’art. 2 della legge n. 2248 del 1865, stabilisce i confini esterni della giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, che si concretizzano quando la controversia riguarda diritti soggettivi, violati dall’attività della stessa Amministrazione; mentre gli artt. 4 e 5 della stessa legge, pongono i limiti negativi dei poteri del giudice ordinario in relazione agli atti amministrativi, cioè ne indicano i limiti interni alle azioni proponibili avanti tale giudice.

Resta però indefinito cosa si intenda per atto amministrativo, ai sensi degli artt. 4 e 5 della legge n. 2248 del 1865, non esistendo infatti nel nostro ordinamento una definizione normativa positiva di tale tipo di atto.

La giurisprudenza tradizionale ha affermato la presenza di un atto amministrativo “tutte le volte che l’attività anche materiale della pubblica amministrazione è diretta al conseguimento di fini pubblici

dell'ente"¹⁴³. L'assimilazione agli atti amministrativi anche di fattispecie in cui manca un tratto come espressione formale di un potere amministrativo, ha comportato il divieto al giudice ordinario, oltre che di revocare e annullare gli atti, anche di provvedere in sostituzione dell'amministrazione.

La giurisprudenza più recente invece, ha modificato questa impostazione intendendo i divieti posti dall'art. 4 in modo più contenuto. In particolare, la Cassazione ora nega di trovarsi di fronte ad un atto amministrativo in presenza di meri comportamenti materiali della pubblica amministrazione, qualunque sia lo scopo che essi perseguono. Allo stesso modo la dottrina esclude che possano essere considerati atti amministrativi, le operazioni o comportamenti anche quando assumano l'apparenza o il nome di atti amministrativi ma che tali non possono essere per l'assenza di elementi o presupposti essenziali¹⁴⁴.

La dottrina¹⁴⁵ e la giurisprudenza ormai consolidata, ritengono le disposizioni di cui agli artt. 2, 4 e 5 della legge del 1865, non siano state travolte dalle Costituzioni relativamente alla tutela giurisdizionale, anzi, i principi desumibili dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo, devono essere interpretati alla luce delle

¹⁴³ Cass., sez. un., 5 dicembre 1963, n. 3090; Cass., sez. un., 28 luglio 1964, n. 2125; Cass., sez. un., 8 novembre 1971, n. 3143, considerano tutte presente l'atto amministrativo di fronte ad un'attività diretta al conseguimento dei fini propri dell'ente, pur in mancanza di atti formali.

¹⁴⁴ SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 1295 e NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, pp. 194 ss.

¹⁴⁵ *Contra* VERBARI, *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1992, p. 61.

norme costituzionali stesse¹⁴⁶: l'art. 103, comma 1, sottolinea il valore generale della tutela dei diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione avanti al giudice ordinario, affidando al Consiglio di Stato ed agli altri organi di giustizia amministrativa la giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in determinate materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi (c.d. giurisdizione esclusiva); dall'art. 24 si desume il principio della effettività della tutela giurisdizionale, sicché la protezione dei diritti soggettivi deve essere la più completa possibile; infine ed in particolare l'art. 113 Cost., comma 3, dispone che “la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti dell'Amministrazione pubblica nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Il significato e la portata delle previsioni costituzionali in tema di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti degli atti e dei provvedimenti della pubblica amministrazione sono trattati specialmente da: BERTI, *Commento all'art. 113 (e 103, 1° e 2°c.)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, 1987, pp. 85 ss. e NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, p. 81.

¹⁴⁷ L'interpretazione ormai consolidata vede nell'art. 113 Cost., un espresso riferimento ai limiti posti negli artt. 4 e 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, costituendo quindi, ancor oggi, la regola generale che circoscrive i poteri del giudice ordinario nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione. In particolare, la Corte Costituzionale, con sentenza 06/07/1971, n. 161, in *Giur. Cost.*, 1971, pp. 1741 ss., ha sostenuto che l'art. 4 della legge del 1865, “si ricollega al tradizionale principio della divisione dei poteri ed assolve il compito di garantire e proteggere l'esercizio di quelle tipiche funzioni pubbliche delle quali gli organi amministrativi hanno l'esclusiva titolarità”.

CAPITOLO III

LA DISAPPLICAZIONE DA PARTE DEL GIUDICE ORDINARIO

SOMMARIO: III.1. L'istituto della disapplicazione - III.1.1. (Segue) Ambito di operatività dell'istituto - III.2. Alcune questioni problematiche: disapplicazione e giudicato; disapplicazione ed eccesso di potere; rilievo d'ufficio della disapplicazione - III.3. La disapplicazione nel processo penale

III.1. L'istituto della disapplicazione

Il potere nonché l'istituto della disapplicazione è stato introdotto nel nostro ordinamento in ossequio al principio, di ispirazione illuministica, di separazione dei poteri dello Stato, al fine di evitare indebite interferenze del sindacato giurisdizionale nell'esercizio della funzione amministrativa.

Grazie all'attribuzione di tale potere, infatti, il giudice ordinario pur non potendo procedere alla invalidazione e caducazione dell'atto amministrativo ove ne riscontri l'illegittimità in forza dei limiti sanciti dall'art. 4 della legge n. 2248/1865, è abilitato a disapplicarlo e cioè, a decidere la controversia sottoposta alla sua cognizione *tamquam non esset*, cioè come se l'atto stesso non esistesse¹⁴⁸. Ciò significa che il giudice, una volta accertata l'illegittimità del provvedimento, atto

¹⁴⁸ Cass., sez. II, 30 dicembre 2004, n. 24178.

concreto o regolamento, dovrà ricostruire il rapporto a prescindere dagli effetti da esso prodotti e giudicare come se questi non sussistessero.

Pare opportuno sottolineare che il giudice, disapplicando, priva l'atto di efficacia soltanto limitatamente al caso deciso, lasciando che lo stesso produca i suoi effetti al di fuori del giudizio. Risulta in tal modo facilmente configurabile il significato e la portata del potere di disapplicazione di un atto giuridico. Preliminarmente la dottrina si è posta il problema della qualificazione dell'istituto in esame e della sua natura giuridica, dibattendosi se lo stesso operi esclusivamente sul piano processuale, quale strumento decisorio attraverso cui agli atti amministrativi affetti da vizi di legittimità viene negato ogni rilievo ai soli fini della risoluzione della singola controversia; ovvero se la disapplicabilità venga in rilievo prima ancora sul piano sostanziale all'interno del sistema delle sanzioni che colpiscono l'atto difforme dalle regole al pari della nullità, dell'annullabilità, della revocabilità e della irregolarità. La prima ricostruzione appare largamente prevalente nelle opinioni degli studiosi del sistema della giustizia amministrativa, escludendosi in tal modo che l'istituto in questione, a carattere meramente processuale, possa incidere sull'atto fuori del processo, sicché tale natura endo-processuale conduce a negare che risulti in qualche modo alterata una condizione giuridica dell'atto amministrativo oggetto di disapplicazione, continuando lo stesso, al di fuori del giudizio, ad esplicare la sua efficacia tipica.

In relazione all'opposta tesi, si è pronunciata una dottrina che ha

efficacemente riassunto che “secondo autorevoli opinioni¹⁴⁹, vi sarebbero però anche effetti di diritto sostanziale, perché l'accertamento dell'illegittimità di un atto ad opera di autorità che non hanno il potere di annullarlo (giudice ordinario; Corte dei conti in sede di controllo successivo) determina in capo all'amministrazione il dovere di ritirarlo d'ufficio (c.d. annullamento doveroso), con la conseguenza che all'interessato dovrebbe in questi casi riconoscersi una situazione di interesse legittimo all'esercizio del potere di autotutela della pubblica amministrazione, con la possibilità di proporre ricorso al giudice amministrativo contro l'inerzia o il provvedimento negativo. È comunque dubbio che la crisi trovi qualche riscontro nel diritto positivo¹⁵⁰”.

Con tale potere il soggetto ed anzitutto il giudice, che deve ricostruire quale sia l'assetto di un concreto rapporto sul quale tale atto possa astrattamente incidere, determina tale assetto prescindendo dagli effetti che questo atto produce¹⁵¹; il potere di disapplicazione di un atto investe i suoi effetti, non toccando la sua esistenza formale¹⁵².

Se il titolare del diritto soggettivo chiede al giudice civile la tutela giurisdizionale di esso, affermando che l'Amministrazione ha emanato un provvedimento che lo lede, quel giudice dovrà verificare anzitutto, la fondatezza dell'asserzione dell'attore; dovrà controllare,

¹⁴⁹ Vedi su tutte quella di Sandulli.

¹⁵⁰ PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, Napoli, 2001, p. 273.

¹⁵¹ Sul potere di disapplicazione dell'atto amministrativo ad opera della stessa autorità amministrativa, cfr infra § III.3.

¹⁵² ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1963, p. 522.

cioè, se il provvedimento amministrativo abbia prodotto l'effetto lesivo del diritto individuale e quindi, cercare se tale provvedimento è conforme o meno al paradigma astratto delineato dalla norma retributiva del potere. In ogni caso, il giudice civile, secondo quanto disposto al comma 2 dell'art. 4 della legge n. 2248/1865, dovrà ricostruire l'assetto del rapporto dedotto in giudizio, valutando l'incidenza che su di esso ha provocato il provvedimento amministrativo, provvedimento che comunque non potrà annullare.

Se il giudice riscontrerà che il provvedimento amministrativo è illegittimo, eserciterà nei suoi confronti il potere di disapplicazione previsto all'art. 5 della legge sopra citata. Ciò significa che, nella ricostruzione di quell'assetto, non potrà tenere conto del suo effetto; il diritto soggettivo, del quale il titolare della chiesta la tutela giurisdizionale, risulterà integro ed ancora sussistente e con questo accertamento, la richiesta tutela giurisdizionale viene realizzata.

Il giudice ordinario, deve innanzitutto sindacare se l'atto amministrativo sia in grado di produrre i propri effetti ed, in secondo luogo, se lo stesso atto sia conforme al modello normativo; una volta individuata l'illiceità dell'atto amministrativo, il giudice deve disaggregarlo, non potendo intervenire con poteri caducatori su di esso.

L'inapplicabilità, dunque, consiste in una situazione oggettiva in cui si trova il provvedimento amministrativo viziato, il quale assume rilievo solo davanti alla giurisdizione ordinaria e che, pur comportando il mantenimento in vita del provvedimento, lo priva

tuttavia degli effetti giuridici che esso produce in ordine ai diritti soggettivi¹⁵³.

Viceversa, gli effetti del provvedimento amministrativo che colpiscono interessi legittimi, comportano l'invalidità - annullabilità rilevante ai fini del giudizio amministrativo ma non alla giurisdizione del giudice ordinario perché quest'ultimo, di essi, non può conoscere.

L'inapplicabilità, dunque, è il modo di essere della invalidità di quei provvedimenti amministrativi illeciti o i legittimi, che rientrano nel sindacato giurisdizionale del giudice ordinario.

Il giudice civile, che non può annullare il provvedimento amministrativo lesivo del diritto soggettivo del quale il titolare chiede tutela giurisdizionale, non per questo è tenuto a prenderlo in considerazione; al contrario, in forza dell'art. 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, è tenuto a disapplicarlo. Tale legge, infatti, vuole dare una risposta all'esigenza di tutela dei diritti soggettivi individuali, contro provvedimenti amministrativi che li ledano illecitamente. Da questo punto di vista, la protezione di tali diritti, è molto più importante della sorte dei provvedimenti che li ledono.

Il ruolo del giudice civile è quello di tutelare il diritto soggettivo; la limitazione della cognizione di questo giudice ai soli effetti che il provvedimento amministrativo esplica sull'oggetto del giudizio, può anche essere ricollegata al fatto che questo oggetto è individuato nel

¹⁵³ CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, p.511.

diritto soggettivo leso, non nel provvedimento amministrativo che lo lede. L'essenza del ruolo di tutela giurisdizionale che la legge del 1865 affida a quel giudice, è la tutela di questo diritto, non l'eliminazione di questo provvedimento, indipendentemente dalle ragioni per le quali tale eliminazione al giudice civile è preclusa¹⁵⁴.

L'art. 4 della legge n. 2248/1865 si inquadra all'interno della disciplina dei poteri del giudice ordinario in rapporto alla rilevanza dell'atto amministrativo, in quanto conforme alle leggi e non consente al giudice altra soluzione che non sia l'applicazione o la disapplicazione dell'atto, secondo la sua conformità o meno alla legge.

III.1.1. (Segue) Ambito di operatività dell'istituto

Il potere di disapplicazione dell'atto non conforme alla legge ha carattere generale, coincidente con l'intera area di giurisdizione riservata al giudice ordinario ai sensi dell'art. 2 della stessa legge e presuppone la sussistenza di quest'ultima¹⁵⁵.

Ciò comporta, secondo un primo filone di pensiero, che lo stesso potere di disapplicazione è previsto sia per l'atto per il quale è stata richiesta la tutela giurisdizionale al giudice ordinario, sia per gli altri atti dei quali lo stesso giudice riconosca in via incidentale.

In origine, il giudice ordinario sindacava solo in ordine alla illiceità dell'atto, con riguardo alle norme di relazione, disciplinanti

¹⁵⁴ Cass., sez. un., 17 marzo 2004, n. 5412, in *Giust. Civ.*, Mass. 2004, f. 3.

¹⁵⁵ Cass., sez. un., 3 marzo 2003, n. 3145, in *Foro it.*, 2003, I, p.3088.

l'esistenza del potere dell'amministrazione. Successivamente, in sede di esercizio del potere di disapplicazione del provvedimento, la cognizione si è gradualmente estesa in via incidentale ai profili di illegittimità del provvedimento stesso, consistenti nella violazione di norme di azione, regolanti le modalità di esercizio dei poteri della pubblica amministrazione.

Questo secondo tipo di sindacato, esteso a tutti i vizi di legittimità dell'atto amministrativo, non era sicuramente contemplato né voluto dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo n. 2248/1865, ma la progressiva estensione dei poteri del giudice ordinario in tale direzione ha condotto ad un maggior garantismo per il cittadino.

In ogni caso, proprio quando siano violate le norme di relazione, il giudice ordinario deve essere in grado di disapplicare l'atto, anche se non può annullare.

Le norme di relazione, come si è visto nel capitolo precedente di questa tesi¹⁵⁶, definiscono i rapporti tra diritti individuali e poteri dell'amministrazione, stabilendo entro quali limiti gli interessi dei singoli sono tutelati in modo assoluto, ossia rendendo le corrispondenti situazioni giuridiche soggettive intangibili da parte della pubblica amministrazione; le norme di relazione determinano l'assetto dei rapporti reciproci tra soggetti pubblici e privati. Le norme di azione non hanno nessuna incidenza sulla determinazione dei limiti dei poteri della pubblica amministrazione e quindi, non hanno nessun collegamento con le esigenze di tutela dei diritti

¹⁵⁶ Cfr. infra § II.2.

soggettivi di contrapposti i soggetti individuali. Come si è già visto in precedenza, le norme di azione disciplinano l'esercizio dei poteri già attribuiti all'amministrazione e delimitati da norme di relazione.

Al fine di rendere la giurisdizione ordinaria degna del ruolo che la legge abolitiva del contenzioso amministrativo ha inteso attribuirle, occorre sostenere che, anche se la norma dedotta in giudizio è una norma di azione, volta quindi a regolare le modalità di esercizio del potere della pubblica amministrazione, il giudice ordinario può parimenti conoscere di un diritto soggettivo fatto valere in giudizio, che sia tutelato da un'altra norma ma che sia illegittimamente colpito da un atto amministrativo non conforme alla norma di azione predetta.

In questo senso, la dicotomia, norme di relazione - norme di azione, della corrispondente dicotomia, carenza di potere - cattivo esercizio del potere, non può comunque precludere al giudice ordinario quel ruolo di completa tutela del diritto soggettivo voluta dalla legge n. 2248/1865.

Sulla scorta di tali indicazioni, in dottrina ed in giurisprudenza sono stati configurati due distinte fattispecie di rilevanza del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo ad opera del giudice ordinario: la “disapplicazione principale” e la “disapplicazione incidentale”.

L'ipotesi di disapplicazione in via principale ricorre quando la lite, che ha come parti il cittadino nella pubblica amministrazione, verte direttamente sull'atto e sugli effetti di esso; la fonte della lesione del

diritto soggettivo controverso è costituito in modo immediato dal provvedimento amministrativo¹⁵⁷.

Tuttavia, tenuto conto del sistema di riparto delle giurisdizioni e che, di regola, il diritto soggettivo è affievolito a seguito dell'emanazione dell'atto amministrativo invalido, le ipotesi di disapplicazione principale non sono numerose. Secondo la giurisprudenza consolidata, infatti, l'atto amministrativo invalido, in forza del principio di imperatività o di esecutorietà, degrada i diritti soggettivi, per cui, almeno di regola, il cittadino non può agire dinanzi al giudice ordinario per far dichiarare l'adesione di un suo diritto da parte di un atto dell'Amministrazione che, seppur illegittimo, è comunque efficace, ma deve rivolgersi piuttosto al giudice speciale per ottenerne l'annullamento. È chiaro quindi che, per individuare i casi di atti direttamente lesivi dei diritti soggettivi che non provochino però contestualmente la loro degradazione ad interessi legittimi, occorre pensare o a diritti fondamentali non cedevoli o a figure di inesistenza del provvedimento per carenza

¹⁵⁷ Con riferimento al reparto di giurisdizione anteriore alle novità introdotte dal d.lgs. n. 80/1998 ed in qualche modo riemerso per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004, si può ipotizzare, ad esempio, che l'amministrazione abbia proceduto ad occupare un'immobile sulla base di un decreto di esproprio emanato dopo la scadenza dei termini fissati nel decreto di dichiarazione di pubblica utilità dell'opera. L'atto, emanato in una situazione di carenza di potere in concreto, determina un pregiudizio per il privato e la lesione del suo diritto di proprietà. Il giudice, pur riconoscendo l'illiceità, non può però intervenire sull'atto in base a quanto statuito dall'art. 4 e, dovendo considerarne gli effetti ai fini della decisione, sarebbe costretto a respingere la domanda del privato volta ad ottenere la restituzione del bene oggetto del provvedimento di esproprio non conforme a legge. Soccorre allora il disposto dell'art. 5 in base al quale il giudice, convintosi della sussistenza del vizio, non considererà l'efficacia traslativa a favore della pubblica amministrazione e definirà quindi la lite sulla proprietà tra questa e il privato, prescindendo dall'atto nullo: quindi dovrà negare l'effetto traslativo della proprietà, ritenere pertanto non modificata l'originaria situazione proprietaria e condannare l'amministrazione.

assoluta di potere oppure per difetto di presupposti di legge¹⁵⁸.

Diversamente, la disapplicazione in via incidentale ricorre quando la controversia ha ad oggetto un diritto soggettivo rispetto al quale la disciplina dettata dall'atto funge da presupposto in quanto i suoi effetti, pur non presentando in modo diretto la fonte della pretesa azionata o della lesione denunciata, ne condizionano l'esistenza e il contenuto; cioè quando la situazione giuridica controversa sia il prodotto di una fattispecie complessa, rispetto alla quale il provvedimento amministrativo si atteggia come presupposto.

A questo fenomeno si riferisce l'art. 5 della legge del 1865 quando recita "in ogni altro caso", facendo intendere che il potere di disapplicazione ha il modo di operare anche quando la contestazione non cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, ossia pure in quelle fattispecie in cui la lite non verte in via principale sull'atto o sui suoi effetti¹⁵⁹.

Si tratta di giudizi sia tra cittadini e pubbliche amministrazioni, sia tra privati, nei quali le parti invocano a fondamento di una propria pretesa o di un proprio comportamento un provvedimento amministrativo, che pur non immediatamente lesivo o costitutivo del

¹⁵⁸ In tal senso: Cass., sez. un., 7 febbraio 2002, n. 1733, *II Fisco*, 2002, p. 4542, in cui si stabilisce che "Gli atti che dispongono il fermo amministrativo comprimono e degradano il diritto del privato nella componente riguardante la reclamabilità della prestazione. Ai fini della loro impugnabilità rileva la circostanza che l'atto sia stato emanato in carenza dei relativi presupposti ovvero in violazione della relativa disciplina formale e sostanziale. Nel primo caso, lato sarà immesso in carenza di potere, non sarà idoneo a produrre la degradazione del diritto del privato e la relativa cognizione spetta al giudice ordinario, ai fini della sua disapplicazione. Nel secondo caso, avendosi illegittimità, l'atto dovrà essere impugnato dinanzi al giudice amministrativo".

¹⁵⁹ Cass., sez. un., 9 gennaio 2007, n. 116.

diritto soggettivo che funge da oggetto del processo, è rilevante per la definizione del giudizio, perché fissa la disciplina e le condizioni di applicabilità del rapporto giuridico controverso¹⁶⁰; l'atto è dotato di rilevanza rispetto la situazione giuridica del privato ma non determina l'affievolimento di essa ad interesse legittimo¹⁶¹.

La disapplicazione incidentale ricorre pure quando, nella catena di questioni che il giudice civile di risolvere per decidere la controversia, vi è anche quella relativa alla legittimità dell'atto amministrativo. Poiché questa si presenta quale questione pregiudiziale, l'art. 5, in piena aderenza con i principi generali

¹⁶⁰ CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2008, p. 699.

¹⁶¹ Ad esempio, si ipotizzi che un privato abbia convenuto in giudizio l'amministrazione per far valere il proprio diritto al pagamento di una somma a titolo di sovvenzione dopo che l'amministrazione, una volta concluso il relativo procedimento con il rilascio del provvedimento favorevole al privato, si sia rifiutata di riempire all'obbligazione sorta da esso. Il giudice conosce degli effetti dell'atto e considera sorto il diritto di credito in capo al privato, diritto che nasce appunto come effetto del provvedimento. Potrebbe accadere che il provvedimento sia illegittimo: in virtù dell'applicazione dell'art. 5, il giudice dovrà disapplicare la sovvenzione illegittima e negare la creazione del diritto del richiedente come conseguenza di tale atto, così respingendo la richiesta dell'attore. In tale esempio, il giudice conosce solo incidentalmente dell'atto, al fine di decidere sul merito della domanda di parte attrice che lamenta la lesione del diritto causata da un diverso comportamento illecito (rifiuto di pagare il debito), mentre l'atto illegittimo non può annoverarsi tra le fonti di quella lesione.

Come altro esempio, si pensi ancora al privato che contesta la legittimità di una costruzione del suo vicino sotto il profilo del mancato rispetto delle distanze, benché rispettosa di quelle minime fissate da un programma di fabbricazione. In questo caso il soggetto attore, che si pretende leso nel suo diritto di proprietà, per ottenere la tutela non ha altra via che verificare la legittimità del provvedimento amministrativo in questione, ovvero verificare se esso abbia derogato al regime legale. In tal modo solo l'esito di tale accertamento può dar conto della effettiva lesione. Il giudice ordinario in questo caso, pertanto, viene chiamato a stabilire se l'atto è conforme alle leggi e se, in virtù di tale conformità, meriti di essere applicato, in quanto in caso contrario, per esplicito disposto dell'art. 5, egli non lo applicherà ma lo disapplicherà. Il provvedimento amministrativo non rappresenta il titolo diretto della lesione subita dal privato, ma è soltanto un presupposto del fatto o del negozio che funge da elemento costitutivo, modificativo od estintivo del rapporto controverso, in quanto è sulla base di quello che è stato posto in essere il comportamento illecito; il giudice deve, pertanto, valutare la legittimità dell'atto presupposto, perché da esso discende anche la liceità della condotta che rappresenta l'oggetto principale della lite e, ai sensi dell'art. 5, deve non applicarlo se si convince della sua invalidità.

espressi dall'art. 34 c.p.c., in forza dei quali il giudice ha il potere di conoscere e di decidere, ancorché incidentalmente e senza effetti di giudicato, tutti i punti e le questioni del giudizio, consente all'autorità giudiziaria ordinaria di valutare la conformità o meno dell'atto alla legge¹⁶².

Al fine di completare il quadro della disapplicazione incidentale, bisogna inoltre ricordare che la funzione e il significato di essa, escludono che sia impedita dalla incontestabilità dell'atto amministrativo per decorrenza dei termini di impugnazione; anche nei casi in cui il cittadino abbia interesse e quindi, la legittimazione ad agire in sede di legittimità contro l'atto generale, è da negare che gravi su di esso un vero e proprio “onere ad impugnare”, essendo invece a lui rimessa la scelta se proporre il giudizio di annullamento o, invece, contestare la legittimità del regolamento nel corso del giudizio concernente il proprio diritto soggettivo condizionato o dipendente¹⁶³.

Va da ultimo precisato che, secondo un consistente filone dottrinale¹⁶⁴, soltanto in queste ultime ipotesi viene in rilievo il potere di disapplicazione in senso stretto o tecnico. Si osserva, infatti, che il potere di disapplicazione di un atto, e quindi anche del provvedimento amministrativo, postula anzitutto, che questo espliciti

¹⁶² Cass., sez. I, 11 giugno 2004, n. 11103, ha riconosciuto che ai fini della disapplicazione in via incidentale dell'atto amministrativo, il giudice ordinario può sindacare tutti i vizi di legittimità del provvedimento, con la sola esclusione dei vizi di merito.

¹⁶³ Sulla preclusione del potere di disapplicazione derivante dall'intervenuta inoppugnabilità dell'atto, cfr. infra § III.2.

¹⁶⁴ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000.

effetti. Di conseguenza, non ha senso che il giudice civile disapplichì provvedimenti amministrativi in violazione di norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, in questi casi estremi in cui tali provvedimenti, per la violazione di tali norme, siano addirittura nulli od inesistenti. In altri termini, laddove si discorre di disapplicazione in via principale, conoscendo il giudice ordinario di atti amministrativi emanati in situazione di carenza di potere (in astratto o in concreto), l'istituto *de quo* viene in rilievo esclusivamente in senso ampio ed atecnico. Più correttamente, infatti, in tali evenienze la questione della difformità dell'atto dalle norme è posta in via principale¹⁶⁵ e non una pregiudiziale o incidentale. In dottrina, in altri termini, si è osservato che l'effetto costitutivo della disapplicazione non è concepibile in ogni ipotesi di carenza di potere, in quanto si tratta solo di accertare il rapporto giuridico come configurato dall'ordinamento giuridico in via originaria, senza la mediazione di un provvedimento amministrativo. A sostegno di tale assunto, si è aggiunto altresì che la caratteristica indefettibile dell'esercizio del potere, consiste nel fatto di porre una regola all'azione propria od altrui, introducendo un *quid novi* nelle situazioni giuridiche pregresse e solo con riguardo a queste ipotesi è concepibile la disapplicazione, cioè la rimozione degli effetti dell'atto¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Dalla soluzione di essa dipende la qualificazione della situazione dedotta in giudizio come diritto soggettivo.

¹⁶⁶ PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, Napoli, I, 2000, p. 276, il quale conclude osservando che, secondo l'opinione attualmente dominante, l'istituto della disapplicazione, di cui all'art. 5, riguarda in senso stretto e tecnico, esclusivamente le

Sempre sul tema dell'ambito di operatività dell'istituto della disapplicazione ed in particolare, di quella incidentale, pare opportuno ricordare in questa sede, che essa opera anche rispetto ai regolamenti ed agli atti generali.

Anzi, spesso, la situazione giuridica fatta valere in giudizio ha il suo presupposto in un provvedimento regolamentare, in quanto il contenuto, l'esistenza o la quantificazione di quella trovano la propria fonte nella disciplina da questa dedotta¹⁶⁷.

L'art. 5 della legge n. 2248/1865, allegato E, dispone che le autorità giudiziarie "applicheranno i regolamenti generali e locali in quanto conformi alle leggi". In tal caso si ha quindi una sorta di disapplicazione del regolamento distinta e correlata dalla disapplicazione del provvedimento.

In ordine all'oggetto del sindacato disapplicatorio del giudice ordinario, ci si è chiesti se lo stesso cada sull'atto normativo regolamentare o sulla norma regolamentare.

La scelta è caduta sulla seconda ipotesi, ossia, quando si chiede la disapplicazione della statuizione contenuta in un regolamento, la censura deve dirigersi contro la singola norma e non già contro tutto

fattispecie nelle quali il giudice ordinario deve conoscere, per competenza in diretta ed occasionale, di un provvedimento efficace, statuendo sulla sua legittimità in via meramente incidentale.

¹⁶⁷ Ad esempio si pensi alla delibera di un ente comunale che stabilisca i criteri generali per l'erogazione di certi benefici a favore dei cittadini; se l'ente nega ad uno di essi il beneficio sulla base delle disposizioni dell'atto generale, la cui legittimità è contestata dal ricorrente, il giudice civile, chiamato a decidere sulla sussistenza del diritto ai benefici, deve affrontare e risolvere preliminarmente la questione della conformità alla legge delle determinazioni assunte con l'atto presupposto e ciò farà esercitando i poteri a lui accordati dall'art. 5. Su un caso analogo: Cass., sez. un., 10 dicembre 2001, n. 15603, in *Foro it.*, 2002, I, p. 1812.

il regolamento nel suo insieme.

Il predetto art. 5 tratta di “regolamenti generali e locali”: i primi sono i regolamenti dello Stato e gli enti nazionali, ossia quegli atti generali ed astratti che hanno efficacia nei confronti di tutta la comunità statale, mentre i secondi sono i regolamenti delle autorità amministrative locali e cioè degli enti pubblici territoriali, non territoriali e simili.

Occorre precisare che il termine “regolamento” deve essere inteso in senso proprio, cioè atto amministrativo con efficacia normativa esterna e con carattere generale; pertanto, per un atto di tal genere, non si può porre un problema di giurisdizione diretta del giudice ordinario, atteso che esso di regola, per sua natura, non contiene norme incidenti su diritti soggettivi.

Il problema più delicato concerne la nozione di disapplicazione del regolamento. L'opinione dominante è nel senso che al privato non sia consentita l'impugnativa diretta della norma regolamentare, assumendo che essa leda un suo diritto soggettivo, ma che possa procedere solo ad una sorta di impugnativa indiretta. Necessita in altri termini, dell'emanazione di un atto amministrativo che applichi la norma regolamentare: si impugnerà il primo, assumendo che la norma regolamentare su cui esso si fonda è invalida, pertanto non potrà essere applicata¹⁶⁸.

Si porta innanzi al giudice, la cognizione incidentale di una duplice controversia: quella principale sotto l'aspetto processuale ma

¹⁶⁸ Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2004, n. 367.

subordinata sotto l'aspetto logico, relativa alla validità del provvedimento amministrativo e quella principale sotto l'aspetto logico, relativa alla validità della norma regolamentare su cui il provvedimento amministrativo si fonda.

Il giudice ordinario, secondo lo schema generale delineato dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo, può solo disapplicare la norma regolamentare per il caso dedotto in giudizio; non ha il potere di annullare la medesima, né tanto meno quello di dichiarare che il regolamento come tale sia viziato e, quindi, non tale da non poter essere applicato nei confronti della generalità dei governati.

Là pronuncia del giudice si limita a dichiarare che la norma regolamentare è viziata per non conformità alla norma primaria e, conseguentemente, non dà ad essa applicazione per il caso concreto.

Nei confronti degli altri soggetti, ai quali l'amministrazione intendesse applicare la norma regolamentare, la pronuncia del giudice viene ad avere semplicemente l'efficacia della *auctoritas rerum similiter iudicatarum*.

L'amministrazione, pertanto, è soggetta al rischio di vedersi proposta una nuova azione, nel corso della quale si chieda nuovamente la disapplicazione di quella norma.

La legge n. 2248/1865 non prevedeva alcun strumento per l'annullamento del regolamento; ha qui supplito la giurisprudenza amministrativa: in un primo momento, era stato ritenuto che la domanda di annullamento della norma regolamentare potesse invocarsi solo attraverso una impugnativa in diretta, cioè attraverso

l'impugnativa dell'atto di applicazione del regolamento; oggi viceversa si tende ad ammettere l'impugnativa anche diretta, ove la lesione arrecata dalla norma regolamentare abbia il carattere dell'attualità¹⁶⁹.

III.2. Alcune questioni problematiche: disapplicazione e giudicato; disapplicazione ed eccesso di potere; rilievo d'ufficio della disapplicazione.

In questo paragrafo si tratterà di alcune problematiche concernenti la concreta operatività dell'istituto della disapplicazione nel corso del giudizio ordinario.

In primo luogo, si discute circa l'esistenza o meno di preclusioni temporali in merito all'esercizio del potere in esame, con particolare riferimento alle ipotesi di intervenuta inoppugnabilità del provvedimento da disapplicare ovvero alla circostanza che sullo stesso si sia formato un precedente giudicato.

In relazione alla prima ipotesi, occorre premettere che l'istituto della inoppugnabilità costituisce una figura tipicamente processuale, che designa la situazione in cui si trova un atto amministrativo contro cui non è più possibile ricorrere dinanzi al giudice amministrativo per decorso del termine perentorio di decadenza. Ne deriva che la inoppugnabilità non dà luogo ad una vicenda di sanatoria del provvedimento amministrativo, il quale rimane illegittimo, ancorché tale condizione non sia più rilevabile dal giudice amministrativo ma

¹⁶⁹ Sulla disapplicazione di atti generali e normativi da parte del giudice ordinario: Cass., sez. un., 10 dicembre 2001, n. 15603, in *Foro it.*, 2001, I, p. 1812.

esclusivamente dalla stessa amministrazione in sede di autotutela decisoria o in sede di decisione sui ricorsi amministrativi. Con particolare riferimento al potere di disapplicazione ex art. 5 della legge n. 2248/1865, ci si chiede se lo stesso possa intervenire su di un atto illegittimo ma divenuto inoppugnabile per decorso del termine. Sul punto, la più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione ha precisato che l'inoppugnabilità non costituisce un ostacolo per la disapplicazione di un atto che viene indirettamente in considerazione della soluzione di una controversia di diritto soggettivo, sebbene l'interessato fosse titolare di interesse legittimo e di interesse a ricorrere¹⁷⁰.

Al riguardo si è efficacemente osservato che “l'esempio più significativo è rappresentato dalla giurisprudenza in tema di affievolimento del diritto di sciopero per effetto del provvedimento di c.d. precettazione: se certamente è inibito all'interessato di rivolgersi al giudice ordinario per la tutela del diritto di sciopero¹⁷¹, la tutela contro la sanzione pecuniaria eventualmente inflittagli per l'inosservante dell'ordine di precettazione va sicuramente richiesta al giudice ordinario ma il giudice ha il potere di disapplicare il provvedimento presupposto della sanzione, ancorché non impugnato dinanzi al giudice amministrativo”¹⁷².

¹⁷⁰ Cass., sez. lav., 9 maggio 2006, n. 10628; Cass., sez. lav., 18 agosto 2004, n. 16175 e Cass., sez. trib., 5 marzo 2004, n. 4567.

¹⁷¹ In quanto non è titolare di un diritto, a seguito della vicenda dell'affievolimento, ma di un interesse legittimo.

¹⁷² PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, Napoli, I, 2000, p. 283. L'autore evidenzia altresì che alla luce di questa giurisprudenza si rende di fatto ammissibile un sistema di “doppia tutela”, atteso che nella sostanza davanti al giudice ordinario

Con riferimento invece alla possibile preclusione al potere di disapplicazione derivante da un'eventuale giudicato amministrativo sull'atto, deve osservarsi che tale preclusione dimostra che colui che ha interesse alla disapplicazione è titolare di un interesse legittimo che ha fatto valere in sede competente; ne deriva che non può ulteriormente domandare tutela avverso il medesimo episodio di esercizio del potere amministrativo mediante l'istituto della disapplicazione ad opera del giudice ordinario, il quale dunque dovrà decidere la questione di diritto soggettivo senza poter disapplicare l'atto ma limitandosi all'interpretazione di esso per determinare gli effetti prodotti sul rapporto dedotto in giudizio¹⁷³. In tal senso la giurisprudenza più consolidata delle sezioni unite della Corte di Cassazione ha ancora di recente precisato che va escluso che la disapplicazione possa operare in relazione ad un provvedimento impugnato dinanzi al giudice amministrativo e da questi ritenuto legittimo, salva la possibilità di dedurre l'inesistenza dello stesso per effetto della carenza di potere della pubblica amministrazione non dedotta nel giudizio amministrativo¹⁷⁴.

non si controverte “del rapporto obbligatorio scaturente dalla fattispecie ordine di non astenersi dal lavoro-inottemperanza all'ordine, ma proprio della legittimità dell'affievolimento del diritto, sebbene l'interessato fosse titolare di interesse legittimo e d'interesse a ricorrere.

¹⁷³ PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, Napoli, I, 2000, pp. 282 ss.

¹⁷⁴ Cass., sez. III, 22 giugno 2005, n. 13400; Cass., sez. II, 4 febbraio 2005, n. 2213 e Cass., sez. un., 3 febbraio 1997, n. 982, secondo le quali, se le parti dei giudizi sono le stesse, il giudicato amministrativo è vincolante per il giudice ordinario, il quale non può valutare liberamente la liceità o meno dell'atto ormai definitivamente accertato nel giudizio deputato. Analogamente in dottrina cfr. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, p. 198 e MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di Cassese), Milano, 2000, p. 3711. Quest'ultimo autore precisa ulteriormente che tale regola non opera “se le parti dei due giudizi sono diverse, essendo certo che il giudicato amministrativo sulla

Questione connessa con la precedente e quella tendente a stabilire, nell'ambito dei rapporti tra le due giurisdizioni, se il potere di disapplicazione subisca o meno limitazioni al suo esercizio in caso di contestuale pendenza del giudizio di legittimità rivolto all'annullamento dell'atto e di quello civile all'interno del quale ne è contestata alla validità¹⁷⁵. E' escluso che tale eventualità possa concretamente configurarsi con riferimento alla disapplicazione principale o diretta¹⁷⁶, tale situazione può verificarsi con riguardo alla disapplicazione incidentale, attesa la possibile, contemporanea attivazione delle due giurisdizioni in caso di impugnazione diretta dell'atto presupposto dinanzi al giudice amministrativo e contestuale attivazione del giudizio ordinario a tutela del diritto, per la cui esistenza ho contenuto assume rilevanza la disciplina dettata dallo stesso provvedimento presupposto. Anche in relazione a tale questione deve ritenersi che se le parti sono diverse, la sospensione del giudizio ordinario è da escludersi con certezza, atteso che l'arresto di un processo in attesa della conclusione dell'altro non è concepibile se il giudice del primo non è vincolato dai risultati cui si perverrà nel secondo; diversamente, se le parti sono le medesime,

legittimità dell'atto non è opponibile nel processo civile che si sta svolgendo *inter alios*".

Cass., sez. I, 19 ottobre 2006, n. 22492, ha sottolineato che la disapplicazione da parte del giudice ordinario non incontra nessuna preclusione per effetto del giudicato amministrativo di rigetto della domanda di annullamento, il quale non ha ad oggetto la legittimità dell'atto ma solo la mancanza nel ricorrente del diritto ad ottenerne l'annullamento.

¹⁷⁵ MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di Cassese), Milano, 2000, p. 3709.

¹⁷⁶ In tal senso infatti, o l'atto amministrativo è emanato in carenza di potere con esclusione della giurisdizione al riguardo del giudice amministrativo, ovvero, esso è efficace ed idoneo ad affievolire il diritto soggettivo del privato ad interesse legittimo, escludendo in tal guisa la giurisdizione del giudice ordinario.

fermo restando il vincolo del giudicato amministrativo, non può sostenersi che il giudizio ordinario dipendente debba sempre di necessità essere sospeso in attesa della definizione di quello amministrativo. Infatti, il potere del giudice ordinario di conoscere tutte le questioni del processo¹⁷⁷, compresa quella della legittimità degli atti amministrativi presupposti, non è escluso per il fatto che sia contemporaneamente pendente un procedimento che abbia ad oggetto ciò che nell'altro funge da questione pregiudiziale¹⁷⁸, per cui, almeno come regola, non deve essere disposta la sospensione ex art. 295 c.p.c. ed operano i normali principi della disapplicazione¹⁷⁹.

Un secondo delicato problema è quello concernente i vizi di legittimità che il giudice ordinario può conoscere ai fini della disapplicazione ed in particolare il problema della rilevabilità del vizio di eccesso di potere.

La dottrina tradizionale¹⁸⁰ riteneva che il potere di disapplicazione riguardasse i soli atti viziati per incompetenza o violazione di legge e non quelli inficiati da eccesso di potere, in considerazione

¹⁷⁷ Art. 34 c.p.c. (Accertamenti incidentali): Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti e' necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui.

¹⁷⁸ Nel caso di specie, la legittimità del provvedimento presupposto o della regolamentazione.

¹⁷⁹ MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di Cassese), Milano, 2000, il quale rinviene una conferma a tale conclusione nell'art. 68, comma 1, del d.lgs. n. 29/1993, come modificato dal d.lgs. n. 80/1998 (da ultimo confluito nel d.lgs. n. 151/2001), secondo cui la pendenza del giudizio caducatorio dinanzi al giudice amministrativo avente ad oggetto l'atto amministrativo rilevante nella controversia, non è motivo di sospensione del processo ordinario di pubblico impiego. In tal senso anche Cass., sez. III, 20 aprile 2001, n. 5903, in *Appalti urbanistica Edilizia*, 2002, è. 237.

¹⁸⁰ BATTAGLINI, *In tema di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, in *Giustizia penale*, 1939.

dell'inammissibilità di un controllo del giudice ordinario sulle valutazioni discrezionali della pubblica amministrazione, controllo invece riservato agli organi della giurisdizione amministrativa. Tale dottrina sosteneva che, poiché l'eccesso di potere rappresenta il vizio tipico dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione in quanto consiste nel superamento dei limiti interni della stessa e poiché l'attività illegittima è idonea a degradare il diritto ad interesse, ciò valesse ad escludere, nei suoi confronti, la giurisdizione del giudice ordinario e, con esso, il potere di disapplicazione.

Secondo una diversa tesi¹⁸¹, che si può definire intermedia, il sindacato del giudice ordinario, in sede di disapplicazione, va limitato al eccesso di potere estrinseco, ovvero al eccesso di potere per sviamento, in quanto non può considerarsi conforme a legge il provvedimento emanato nell'esercizio di un potere diverso da quello attribuito alla pubblica autorità. Tale tesi, cioè, pur riconoscendo che nessuna norma impedisce al giudice ordinario il sindacato dell'atto sotto il profilo dell'eccesso di potere, limita tuttavia tale sindacato al solo caso dell'eccesso di potere per sviamento della causa tipica.

Secondo la dottrina prevalente, invece, dato che l'art. 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo fa riferimento unicamente ad atti conformi a legge, il giudice ordinario è legittimato ad esercitare un controllo sugli atti amministrativi esteso a qualsiasi vizio di legittimità, ivi compreso l'eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, rimanendone invece esclusa l'invalidità per vizi di

¹⁸¹ VIRGA, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1999, p. 237.

merito¹⁸². Ciò significa che la disapplicazione è estesa a qualunque vizio di legittimità (incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere); cioè, l'atto è inapplicabile quando sia affetto da qualsiasi vizio di legittimità, atteso che la legge non pone alcuna limitazione¹⁸³.

Dopo che per molti anni si era esclusa la possibilità per il giudice ordinario di esaminare l'atto amministrativo sotto il profilo dell'eccesso di potere, si è di recente consolidato in dottrina ed in giurisprudenza l'opinione secondo cui nessuna norma implica il divieto per il giudice ordinario di sindacare l'atto amministrativo anche sotto il profilo dell'eccesso di potere. Si è anzi sostenuto che l'art. 113 della Costituzione¹⁸⁴ afferma proprio il contrario, sancendo la tutelabilità del privato a fronte di tutti i vizi di legittimità dell'atto amministrativo, nessuno escluso.

Tale posizione più recente ritiene che il vizio sia sempre sindacabile non in funzione della valutazione delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione, bensì per accertare l'eventuale violazione del precetto del "*neminem laedere*". Tale valutazione deve avvenire "*incidenter*" per la risoluzione della

¹⁸² Cass., sez. lav., 26 giugno 2006, n. 19659.

¹⁸³ In tal senso CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, p. 701; MAZZAROLLI PERICU ROMANO ROVERSI MONACO SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, II, p. 697; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 1309. In giurisprudenza si vedano Cass., 26 febbraio 1972, n. 3278; Cass., 22 aprile 1976, n. 1441; Cass., 16 giugno 1977, n. 2499.

¹⁸⁴ Art. 113 Cost.: "Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa".

controversia, in quanto alla dichiarazione “*principaliter*” di legittimità di un atto discrezionale spetta al giudice amministrativo¹⁸⁵.

In relazione all'operatività dell'istituto della disapplicazione, un'ultima problematica riguarda la questione relativa alla possibilità di effettuare *ex officio* il controllo della legittimità degli atti ai sensi dell'art. 5 della legge n. 2248/1865.

Recentemente si è osservato che la soluzione affermativa dovrebbe discendere dal rilievo che si tratta in realtà non di una vera e propria questione incidentale, ma dell'indagine concernente uno degli elementi della fattispecie oggetto del giudizio¹⁸⁶. A conferma di tale conclusione è possibile richiamare l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'interessato non ha altro onere che quello di domandare la tutela del diritto inciso dall'atto amministrativo non conforme a legge. Anche la giurisprudenza già risalente ha ripetutamente affermato che la verifica incidentale della legittimità dell'atto amministrativo rilevante ai fini della decisione e nell'esercizio del potere di disapplicazione dello stesso ai sensi dell'art. 5 della legge n. 2248/1865, debba essere effettuata d'ufficio¹⁸⁷, talvolta precisando che anche tale adempimento officioso del giudice

¹⁸⁵ DE GIORGI CEZZI, *Perseo e Medusa: il giudice ordinario al cospetto del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 1072, secondo il quale il meccanismo disapplicatorio presuppone che l'atto amministrativo sia “solo un presupposto e non anche la fonte diretta della lesione con la conseguenza che la questione della sua legittimità o meno sia l'oggetto principale della domanda, come nello schema degli articoli 2 e 4, comma 1 legge abolitrice”.

¹⁸⁶ PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, Napoli, I, 2000, p. 284.

¹⁸⁷ MAZZAROLLI PERICU ROMANO ROVERSI MONACO COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, II, p. 697. In giurisprudenza cfr. Cass., 21 febbraio 1974, n. 482; Cass., 6 febbraio 1972, n. 1030; Cass., 27 ottobre 1966, n. 2641; Cass., 9 novembre 1983, m. 6622, in *Foro it.*, 1984, I, p. 1340.

risulta subordinato al principio del *justa provata et alligata*, sicché, se non risulta già acquisito al processo, permane l'obbligo per la parte di specificarlo in modo adeguato. Correlativamente alla connessa questione relativa alla incidenza dell'onere della prova dell'illegittimità dell'atto, deve risponderci nel senso che, esclusa l'operatività nel nostro sistema processuale della c.d. presunzione di legittimità dei provvedimenti amministrativi, occorre fare applicazione della disciplina comune ai sensi dell'art. 2697 c.c.¹⁸⁸.

III.3. La disapplicazione nel processo penale.

Un settore in cui l'istituto della disapplicazione del provvedimento amministrativo acquista una significativa rilevanza è quello penale. Questo è altresì un settore in cui il potere di disapplicare acquista una dimensione differente, fino al punto di poter escluderne la riconducibilità diretta al disposto di cui all'art. 5 della legge n. 2248/1865.

E' opportuno premettere che l'operatività dell'istituto della disapplicazione trovava una parziale delimitazione nel codice di procedura penale del 1930. Esso prevedeva, infatti, che il giudice penale, in virtù dell'art. 20, potesse rimettere anche d'ufficio la risoluzione della questione pregiudiziale civile o amministrativa al giudice competente, a condizione che la decisione sulla sussistenza del reato fosse dipesa dalla risoluzione di tale controversia e la stessa

¹⁸⁸ L'art. 2697 del Codice civile (Onere della prova) recita: "Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda".

non fosse stata di facile risoluzione o che la legge non avesse posto limitazioni alla prova del diritto controverso. La decisione della questione pregiudiziale civile o amministrativa, vincolava il giudice penale qualora avesse acquistato “autorità di cosa giudicata”¹⁸⁹, precludendo così, al giudice penale un’eventuale disapplicazione dell’atto amministrativo illegittimo che fosse stato riconosciuto legittimo dal giudicato amministrativo. In pratica, se il giudice amministrativo qualificava il provvedimento come legittimo, al giudice penale veniva sottratto il potere-dovere di disapplicare.

La situazione è mutata con l’entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988, che all’art. 2 contempla espressamente la cognizione del giudice penale sugli atti della pubblica amministrazione¹⁹⁰. Da questo articolo discende il più ampio controllo possibile sulla legalità dell’atto amministrativo o dell’azione amministrativa in genere, con effetti limitati al caso in discussione¹⁹¹. La disciplina codicistica dell’accertamento incidentale del giudice penale sulle questioni amministrative è completata dal disposto dell’art. 479 c.p.p., comma 1, che attribuisce a quest’ultimo il potere di sospendere il dibattimento¹⁹².

¹⁸⁹ Art. 21 c.p.p. del 1930.

¹⁹⁰ Art. 2 c.p.p.: Il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito.

La decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo.

¹⁹¹ LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2004, p. 139.

¹⁹² Art. 479, comma 1, c.p.p.: “Fermo quanto previsto dall’articolo 3, qualora la decisione sull’esistenza del reato dipenda dalla risoluzione di una controversia civile o amministrativa di particolare complessità, per la quale sia già in corso un procedimento presso il giudice competente, il giudice penale, se la legge non pone limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa, può disporre la sospensione del dibattimento, fino a che la questione non sia stata decisa con

L'eventuale pronuncia del giudice amministrativo non pone però un vincolo al giudice penale, ossia non ha efficacia di giudicato nel processo penale¹⁹³. Il giudice è infatti libero di apprezzarla e di tenerla in considerazione, sempre in virtù del disposto del comma 1 dell'art. 2 c.p.p., e ben può disapplicare un atto amministrativo che reputa illegittimo anche in contrasto con la valutazione espressa dal giudice amministrativo, avendo come unico vincolo quello di fornire un'adeguata motivazione.

Solo la sentenza del giudice civile in relazione ad una questione sullo stato di famiglia o di cittadinanza ex art. 3 c.p.p., ha valore di giudicato per il giudice penale.

Si può affermare, quindi, che rispetto ad uno stesso atto amministrativo, oggetto di cognizione sia da parte di un giudice amministrativo che di un giudice penale, qualora esso sia reputato illegittimo del giudice amministrativo e quindi annullato con efficacia *ex tunc*, il giudice penale, pur non potendo far rivivere l'atto e dovendo comunque prendere atto di tale annullamento, può certamente considerarsi non vincolato da questa pronuncia ai fini della sua decisione.

L'annullamento del provvedimento non ha, infatti, efficacia di giudicato nel processo penale in corso. Allo stesso modo, poi, il giudice penale può affermare l'illegittimità di un atto amministrativo ritenuto viceversa conforme alla legge in sede amministrativa¹⁹⁴. In

sentenza passata in giudicato”.

¹⁹³ LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2004, pp. 139 ss.

¹⁹⁴ Cass. Pen., 23 gennaio 2004, n. 12237, in *CED Cass.*, n. 228378.

questo caso vige sempre la regola di cui all'art. 2 c.p.p., per cui il giudice “risolve ogni questione da cui dipende la decisione”. Non è precluso poi, naturalmente, al giudice amministrativo di annullare il provvedimento considerato legittimo dal giudice penale.

Parte della giurisprudenza, in senso difforme, ha però negato che all'autorità giudiziaria ordinaria spetti il potere di valutare la conformità alla legge di una pronuncia di un'altra giurisdizione. Ciò in quanto il cittadino non può essere privato della facoltà di fare affidamento sugli strumenti della tutela giurisdizionale posti a sua disposizione dall'ordinamento¹⁹⁵.

Altra giurisprudenza ha affermato che il potere del giudice penale di accertare la conformità alla legge ed agli strumenti urbanistici di una costruzione edilizia, con la conseguente possibilità di valutare la legittimità di eventuali provvedimenti amministrativi concessori o autorizzatori, trova un limite nei provvedimenti giurisdizionali del giudice amministrativo passati in giudicato che abbiano espressamente affermato la legittimità della concessione o dell'autorizzazione edilizia ed il conseguente diritto del cittadino alla realizzazione dell'opera¹⁹⁶.

Per quanto concerne il carattere incidentale dell'accertamento del giudice penale che risolve la questione di natura amministrativa condizionante la decisione finale, esso è destinato a valere soltanto nel processo nel quale è compiuto, non avendo efficacia vincolante in nessun altro processo. Pertanto, se un atto amministrativo viene

¹⁹⁵ Cass. Pen., 11 gennaio 1996, n. 54, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 3450.

¹⁹⁶ Cass. Pen., sez. III, 5 giugno 2003, n. 39707, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 153.

stimato illegittimo dal giudice penale, tale qualificazione giuridica obbliga esclusivamente quest'ultimo a disapplicare l'atto ed a decidere il processo come se l'atto non esistesse. Se lo stesso atto viene preso in considerazione in un altro processo penale, può essere ritenuto legittimo senza che la precedente qualificazione di invalidità possa vincolare il giudice del diverso processo, anche se la mancanza di efficacia vincolante, non lo esime da una adeguata motivazione che spieghi le ragioni per le quali la precedente qualificazione di illegittimità non sia giudicata sussistere¹⁹⁷.

Il controllo operato dal giudice penale sulla legittimità dell'azione amministrativa è ammesso nei soli casi in cui la legittimità stessa sia rilevante per la repressione delle condotte tipiche penalmente significative, come descritte dalle norme incriminatrici.

L'indagine che tale giudice deve condurre, quindi, ha ad oggetto i casi in cui il comportamento tenuto in forza di un atto amministrativo che lo consente, o addirittura lo impone, corrisponde alla condotta tipica di reato delineata dal paradigma criminoso.

Per alcune ipotesi di reato, invero, il carattere legittimo o illegittimo dell'atto amministrativo è compreso nella stessa descrizione della fattispecie penale: ad esempio, l'art. 650 c.p. sanziona l'inosservanza di un provvedimento legalmente dato per ragioni di giustizia, di pubblica sicurezza, ordine pubblico o igiene.

Risulta quindi evidente che, a fronte della terminologia utilizzata dalla giurisprudenza, in tali casi, il giudice penale non disapplica

¹⁹⁷ Cass. Pen., sez. I, 3 luglio 2001, n. 29453, in *Cass pen.*, 2002, p. 3496.

tecnicamente il provvedimento violato ma verifica la sussistenza o meno del reato, indagando sulla intervenuta integrazione di tutti gli elementi della fattispecie. Più in generale, dunque, ogni qualvolta il provvedimento amministrativo costituisca un elemento della fattispecie delittuosa, l'istituto della disapplicazione non viene in rilievo nella sua portata tipica, dovendo il giudice limitarsi a verificare se la fattispecie stessa risulti o meno integrata. In altri termini, ne consegue che, proprio perché la valutazione della illegittimità dell'atto è imposta al giudice penale dalla struttura della norma incriminatrice, il sindacato dello stesso giudice non può avere natura incidentale a differenza di quello operato dal giudice civile ex art. 5 della legge n. 2248/1865¹⁹⁸.

Sul piano pratico si ritiene che non vi sia alcuna diversità di esito di giudizio con riferimento a quelle fattispecie in cui vengano in rilievo provvedimenti comunque restrittivi della sfera giuridica del privato; si è infatti efficacemente osservato al riguardo che in siffatte circostanze, ancorché la legge non richiami esplicitamente il requisito della legittimità dell'azione amministrativa, lo stabilire se si tratti di un'ipotesi di c.d. disapplicazione *in bonam partem* ovvero di un'ipotesi di accertamento della fattispecie “riveste, evidentemente, un rilievo meramente teorico”¹⁹⁹.

Più complessa si presenta la tematica relativa alla c.d. disapplicazione *in malam partem*, con riferimento alle ipotesi di

¹⁹⁸ Cass. Pen., sez. III, 19 settembre 2000, in *Urbanistica e appalti*, 2001, p. 107; Cass., sez. III, 25 ottobre 2000, n. 2927.

¹⁹⁹ PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, Napoli, I, 2000, p. 288.

reato che sanzionano lo svolgimento di determinate attività senza aver ottenuto il necessario provvedimento autorizzatorio della pubblica amministrazione. In tali casi, infatti, la mancanza del provvedimento di autorizzazione o di licenza rappresenta un elemento costitutivo del fatto tipico; se, per contro, il provvedimento amministrativo è stato emanato, la fattispecie di reato non risulterà perfezionata. Di qui il diverso esito cui perviene il giudice penale a seconda che si possa o meno ricorrere al meccanismo disapplicatorio, ritenendo così sussumibile nei rispettivi paradigmi criminosi la condotta di chi abbia agito sulla base di un titolo autorizzativo illegittimo.

Secondo un primo orientamento, il sindacato del giudice penale si deve arrestare alla verifica della corrispondenza tra fattispecie concreta e fattispecie di reato tipica, sicché, quando l'ipotesi di reato è costruita sul presupposto della mancata emanazione del provvedimento amministrativo, la legittimità o l'illegittimità di quest'ultimo non assume rilevanza per l'integrazione del reato. Ne consegue la inammissibilità della c.d. disapplicazione *in malam partem* e l'impossibilità per il giudice, attraverso questo strumento processuale, di prescindere totalmente dalla sussistenza del provvedimento amministrativo facultizzante, ancorché illegittimo.

Un diverso orientamento, invece, sostiene l'essenzialità del requisito della legittimità del provvedimento amministrativo, anche nel silenzio della legge, pervenendo, attraverso la disapplicazione *in malam partem* dell'atto difforme dal modello normativo, ad un

giudizio di responsabilità in capo all'autore della condotta.

Al riguardo, è esemplare la contrapposizione di orientamenti giurisprudenziali manifestatisi in riferimento alla esatta delimitazione del campo di applicazione della fattispecie criminosa prevista dalla disposizione di cui all'art. 20, lett. b), della legge n. 47/1985²⁰⁰, in forza della quale viene punito chi esegue i lavori “in totale difformità o in assenza” della concessione edilizia e chi li esegue nonostante l'ordine di sospensione. Da un'interpretazione letterale della norma si esclude la rilevanza del requisito della legittimità della concessione, sicché l'attività edificatoria in base a concessione illegittima, impedisce che possa ritenersi configurata l'ipotesi di costruzione in assenza della concessione stessa.

Nonostante ciò, un orientamento giurisprudenziale ha esteso il sindacato del giudice penale anche in tale direzione, escludendo che il provvedimento abilitativo *contra legem* possa produrre il tipico effetto negativo della sfera di azione del privato, con la conseguenza di ritenere integrata la fattispecie criminosa di costruzione in assenza di concessione. Questa giurisprudenza²⁰¹ ha inteso il termine “assenso” in senso lato, ampliando la sfera di punibilità anche nel caso di avvenuta autorizzazione di un'attività illecita, sul presupposto dogmatico secondo cui il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo ex art. 5 della l. 2248/1865, presenta un generale ambito di applicazione, di tal che non è possibile

²⁰⁰ Disposizione attualmente confluita nell'art. 44 del nuovo Testo unico dell'edilizia approvato con d.lgs. n. 380/2001 ed entrato in vigore il 30 giugno 2003.

²⁰¹ Cass. Pen., 15 marzo 1982, in *Giur. It.*, 1983, II, p. 156.

distinguere tra atti ablativi o ampliativi della sfera giuridica dei destinatari²⁰². Rimane ovviamente fermo il limite della insindacabilità delle scelte di merito operate dalla pubblica amministrazione²⁰³.

In senso contrario, il prevalente orientamento dei giudici di legittimità²⁰⁴, ha escluso la configurabilità del reato in esame nel caso in cui la concessione rilasciata sia illegittima. Tale indirizzo rinviene la più autorevole consacrazione nella pronuncia della Corte di Cassazione con cui si è negata l'ammissibilità della disapplicazione *in malam partem* sulla scorta di rilievi aderenti sia alle caratteristiche intrinseche di tale strumento processuale sia alle conseguenze della sua utilizzazione nel processo penale²⁰⁵.

Quanto al primo profilo, si osserva, per un verso, che le norme in tema di poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione consentono esclusivamente la disapplicazione degli atti amministrativi lesivi dei diritti soggettivi, trattandosi di uno strumento di tutela e di protezione dei privati avverso l'esercizio illegittimo del potere amministrativo, con conseguente esclusione di una sua estensione *in malam partem*²⁰⁶.

²⁰² Questa opzione ermeneutica prende altresì le mosse dal rilievo, in punto di oggetto della protezione penale, secondo cui lo scopo della norma incriminatrice in esame non è la tutela formale dell'interesse al controllo amministrativo sull'attività edificatoria ma il più pregnante interesse sostanziale al corretto assetto del territorio, il quale è egualmente pregiudicato sia dall'assenza della concessione edilizia che dalla illegittimità della stessa. Peraltro, deve osservarsi che la rigidità di siffatto orientamento viene attenuata dal rilievo per cui ai fini della concreta punibilità occorre valutare anche la sussistenza dell'elemento psicologico del reato, per cui l'errore scusabile sulla legittimità del provvedimento amministrativo rende non perseguibile il soggetto ai sensi dell'art. 47 c.p. (errore sulla legge atipica).

²⁰³ Cass. Pen., sez. III, 1 dicembre 2000, n. 3757, in *CED Cass.*, 2001, RV218539.

²⁰⁴ Cass. Pen., 5 marzo 1988, in *Riv. Pen.*, 1988, p. 355.

²⁰⁵ Cass., sez. un., 31 gennaio 1987

²⁰⁶ Si tratta di una prospettiva accolta dalla giurisprudenza anche al di fuori del processo

Per altro verso, il carattere esecutivo di provvedimenti amministrativi e la connessa presunzione di legittimità degli atti della pubblica amministrazione, comportano che l'effetto ampliativo della sfera giuridica del destinatario permanga finché l'atto non sia annullato dall'autorità amministrativa o giurisdizionale competente.

Quanto ai profili più strettamente penalistici, le Sezioni Unite osservano la intrinseca incompatibilità tra i principi del diritto penale della disapplicazione *in malam partem*: quest'ultima, infatti, producendo l'effetto di rimuovere l'efficacia ampliativa del provvedimento concessorio *ex tunc* sia pure esclusivamente all'interno dei giudizi in corso, contrasta con i principi della irretroattività della legge penale e di tassatività della norma incriminatrice sanciti negli artt. 25 Cost. e 1 c.p., atteso che determina l'estensione del paradigma criminoso di cui all'art. 17 lett b) l. 47 del 1985 in chiave analogica ad ipotesi in essa non di comprese, attraverso l'equiparazione tra illegittimità ed assenza del titolo concessorio²⁰⁷.

La giurisprudenza più recente ha, da ultimo, ulteriormente precisato l'ambito di estensione del sindacato del giudice penale

penale, cfr. Cass. Civ., sez. III, 14 gennaio 2002, n. 348, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, p. 54.

²⁰⁷ Cass. Pen., sez. un. 12 novembre 1993, nel ribadire tale conclusione, ha precisato che l'attività edificatoria in base a concessione illegittima integra comunque la fattispecie prevista dall'art. 17 lett. a) l. 47 del 1985 (inosservanza di prescrizioni e di modalità esecutive), senza che possa porsi un problema di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo. Cfr. sul punto PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, Napoli, I, 2000, p. 290, secondo il quale tale conclusione riposa sul rilievo per cui "la concessione non è idonea a definire esaurientemente lo statuto urbanistico ed edilizio dell'opera da realizzare, senza rinviare al quadro delle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle rappresentazioni grafiche del progetto approvato, di tal che nella specie non si configura una consentita disapplicazione da parte del giudice penale dell'atto amministrativo".

sull'atto amministrativo, tentando di distinguere diverse ipotesi: il sindacato del giudice penale sul provvedimento concessorio si presenta possibile nelle ipotesi della inesistenza del potere e cioè, nei casi in cui l'emaneazione dell'atto sia espressamente vietata in mancanza delle condizioni formali e sostanziali previste dalla legge²⁰⁸; mentre, non sarebbe esperibile nell'ipotesi di mancato rispetto delle norme che, regolando l'esercizio del potere, determinano solo l'illegittimità del provvedimento.

La Cassazione afferma che, sussistendo una difformità tra l'opera edilizia per la quale è stata rilasciata la concessione e gli strumenti urbanistici, il giudice penale non potrebbe comunque concludere per la mancanza di illiceità penale nel caso in cui sia stata rilasciata la concessione edilizia, osservando che la concessione non è idonea ad esaurire i profili di legittimità dell'intervento edilizio, di tal che nella specie, non si configura una non consentita disapplicazione da parte del giudice penale dell'atto amministrativo concessorio.

²⁰⁸ PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, Napoli, I, 2000, ha osservato che una concreta ipotesi di inesistenza della concessione viene ravvisata dalla giurisprudenza penale in caso di consapevole collusione tra privato e l'organo amministrativo. Tale orientamento risulta, peraltro, conforme a quello della giurisprudenza civile, secondo cui l'atto posto in essere allo scopo di commettere un reato non è riferibile all'amministrazione, venendo posto in essere non per realizzare finalità istituzionali ma egoistiche e private, proprie delle persone fisiche (c.d. frattura del rapporto organico).

CAPITOLO IV

DISAPPLICAZIONE E RISARCIBILITA'

DEGLI INTERESSI LEGITTIMI

SOMMARIO: IV.1. Gli effetti della disapplicazione degli atti amministrativi nell'evoluzione del riconoscimento della tutela risarcitoria degli interessi legittimi - IV.2. Risarcibilità degli interessi legittimi e ruolo della disapplicazione nel giudizio risarcitorio del giudice ordinario - IV.2.1. (Segue) Rapporti tra giudizio di annullamento, giudizio risarcitorio e potere disapplicatorio del giudice

IV.1. Gli effetti della disapplicazione degli atti amministrativi nell'evoluzione del riconoscimento della tutela risarcitoria degli interessi legittimi.

A seguito dei recenti sviluppi legislativi e giurisprudenziali circa la risarcibilità dei danni derivanti dall'illegittimo esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione, si è riscontrato un forte interesse ed una serie di approfondimenti aventi ad oggetto il ruolo ed il significato dell'istituto della disapplicazione degli atti amministrativi nel complesso sistema dei rapporti di tutela del cittadino nei confronti dell'azione esercitata dall'Amministrazione.

Il dibattito, ad oggi, segue una duplice direzione: da un lato, è rivolto all'inquadramento dei caratteri e dei presupposti di operatività dell'art. 2043 c.c.; dall'altro lato, cerca di risolvere la problematica relativa alla concreta estensione dell'ambito di applicazione della

risarcibilità dell'interesse legittimo.

Tralasciando il primo problema, in questa sede interessa maggiormente l'analisi del rapporto tra l'esercizio del potere disapplicatorio e la connessa risarcibilità degli interessi legittimi coinvolti.

La problematica relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi, già affrontata e risolta dalla sentenza della Cassazione a sezioni unite, n. 500 del 22 luglio 1999 e dal successivo intervento legislativo con la legge n. 205/2000, ha riscontrato negli ultimi decenni, un allontanamento tra le posizioni dottrinali e l'indirizzo giurisprudenziale.

La dottrina, più sensibile alle istanze provenienti dalla società civile, indirizzate ad un intaccamento dell'impunità dei pubblici poteri, si è ormai dichiarata quasi tutta favorevole alla risarcibilità delle posizioni soggettive di interesse legittimo²⁰⁹.

Peraltro, se è noto che la Corte di Cassazione ha assunto un

²⁰⁹ CARANTA, *Tutela dei diritti nei confronti della p.a. e interessi legittimi*, in *Democrazia e diritto*, 1997, pp. 133 ss.; SATTA, *La responsabilità per lesione dell'interesse legittimo*, in *Riv. Dir. comm.*, 1963, pp. 325 ss. Le argomentazioni addotte dalla dottrina a fondamento della irrisarcibilità degli interessi legittimi sono sostanzialmente due: 1) sul piano sistematico, si richiama la riconsiderazione dell'art. 2043 c.c., quale norma primaria che sancisce il dovere di non cagionare danni per effetto di una condotta illecita, indipendentemente dalla qualificazione formale della posizione del danneggiato, richiedendosi solo la sussistenza di un nesso di causalità e l'imputabilità a titolo di dolo o colpa del comportamento tenuto; 2) sul piano normativo, gli artt. 13 l. 142/1992 e 32 l. 109/1994, adeguando il nostro ordinamento alle direttive CEE 89/665 e 92/13 in materia di pubblici appalti, hanno sancito il diritto del soggetto escluso illegittimamente dalla gara in violazione delle norme comunitarie e delle disposizioni interne di recepimento, ad ottenere il risarcimento del danno dall'autorità giudiziaria ordinaria, a seguito dell'annullamento dell'atto di esclusione da parte del giudice amministrativo. L'abrogazione di tali disposizioni da parte del d.lgs. 80/1998 assume, peraltro, solo un rilievo processuale e non di principio, avendo la nuova normativa attribuito al giudice amministrativo il medesimo potere di disporre il risarcimento del danno nelle materie dei servizi pubblici, dell'edilizia e dell'urbanistica.

atteggiamento che è stato per lungo tempo così fermo e deciso da indurre parte della dottrina a definirlo come un orientamento *granitico*, un indirizzo *monolitico* ovvero, una *giurisprudenza pietrificata*²¹⁰, non possono tuttavia sottacersi significative inclinazioni in tale dogma. In particolare, si è correttamente osservato che la rigidità della suprema magistratura di legittimità non ha riguardato sempre e comunque tutta la categoria degli interessi legittimi, dal momento che la Corte, recependo la distinzione elaborata dalla dottrina²¹¹, ha tenuto ben distinti tra loro quanto alla riparabilità dei danni, interessi legittimi c.d. oppositivi da quelli pretensivi²¹².

Il fatto che, nel primo caso, il privato sia originariamente titolare di una posizione di diritto soggettivo, quale che ne sia la fonte (legge o atto amministrativo), comporta come conseguenza, che ove un qualsiasi provvedimento amministrativo, che incidendo sul diritto lo abbia degradato ad interesse legittimo, sia in seguito dichiarato illegittimo, ciò comporterà una nuova espansione dell'originaria posizione di diritto soggettivo. Tale posizione ha subito un'illecita compressione, e per tale motivo il privato titolare avrà diritto al risarcimento dei danni *medio tempore subiti*²¹³. Accogliendo tale

²¹⁰ NIGRO, *Introduzione alla tavola rotonda di Roma del 24 aprile 1982 sul tema "la responsabilità per lesione di interessi legittimi"*, in *Atti della tavola rotonda 24 aprile 1982*, in *Foro amm.* n.1/1982, pp. 1671 ss.

²¹¹ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, p. 194.

²¹² Gli interessi legittimi oppositivi consistono nell'interesse del privato a mantenere intatta la sua sfera di utilità nei confronti degli atti ablatori della pubblica amministrazione o nei confronti di atti di ritiro di precedenti provvedimenti ampliativi. Gli interessi legittimi pretensivi, invece, si sostanziano nell'aspirazione del loro titolare ad ottenere un accrescimento della propria sfera di utilità, attraverso l'adozione di un atto ampliativo ad opera dell'Amministrazione.

²¹³ CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, pp. 302 ss.

impostazione, la giurisprudenza, se da un lato si apre alle richieste di maggiore tutela provenienti dai cittadini, d'altro canto ottiene tale risultato senza muoversi da quelle che sono le sue posizioni assiomatiche, che vogliono l'interesse legittimo risarcito solo ove esso si colleghi ad una posizione di diritto soggettivo²¹⁴. In giurisprudenza, infatti, si suole parlare non tanto di interessi legittimi oppositivi, quanto di “diritti affievoliti”, i quali altro non sarebbero che interessi legittimi oppositivi dietro ai quali c'è un diritto soggettivo²¹⁵.

In tale giudizio risarcitorio, non si pone nessun problema di disapplicazione degli atti amministrativi, atteso che il presupposto processuale da cui tale giurisprudenza muove, è proprio il previo annullamento del provvedimento lesivo, sì che la diretta richiesta *ex art. 2043 c.c.* rivolta al giudice ordinario nella perdurante efficacia dello stesso, determina la pronuncia di difetto di giurisdizione poiché, secondo la teoria già citata del c.d. *petitum* sostanziale²¹⁶, si deduce l'adesione di una posizione giuridica avente natura di interesse legittimo. Solo il previo annullamento dell'atto amministrativo ad opera del giudice amministrativo, determinando l'eliminazione *ex tunc* del provvedimento che ha prodotto l'effetto di affievolimento del diritto con conseguente riespansione dello stesso, comporta l'ammissibilità della conseguente e complementare pretesa risarcitoria, senza che venga in rilievo alcuna cognizione, diretta o

²¹⁴ In tal caso, quello che viene risarcito non è in realtà l'interesse legittimo, quanto il diritto soggettivo sottostante, l'unica posizione ad avere tutela piena e perfetta, ivi inclusa quella risarcitoria.

²¹⁵ CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1994.

²¹⁶ Cfr. *infra* § II.2.

incidentale dell'atto, da parte del giudice ordinario attraverso il modello disapplicatorio.

Proprio la mancanza di un qualsiasi collegamento con un diritto soggettivo, sia pur latente, ha indotto una giurisprudenza a negare la risarcibilità di quegli interessi che si sono prima definiti pretensivi. In tal caso, infatti, è la pubblica amministrazione che dovrebbe creare, unilateralmente, la posizione di diritto soggettivo in capo al privato, ampliandone la sfera giuridica, sicché, anche di fronte ad un illegittimo diniego, il privato rimane pur sempre titolare solo e soltanto di un mero interesse legittimo, in quanto tale non risarcibile²¹⁷.

Tuttavia, mentre la giurisprudenza continua a rimanere ancorata alle sue posizioni, negli anni '90, a livello legislativo e sotto l'influenza del diritto comunitario, si iniziava a porre il problema di una tutela più piena delle posizioni giuridiche del cittadino. Sia nella maggioranza degli Stati europei, sia nel diritto comunitario, infatti, non si riconosce la differenza tra diritti e interessi legittimi²¹⁸, trattandosi dei soli diritti dei cittadini in riferimento a tutte le posizioni giuridiche dei privati.

Il diritto comunitario ha tenuto ben presente tale panorama quando, nell'emanare le direttive 665/89/CEE (c.d. direttiva ricorsi) e 92/13/CEE, ha imposto agli Stati membri di predisporre nella

²¹⁷ Emblematico in tal senso è il caso della c.d. "aspettativa edificatoria", in relazione alla quale la Suprema Corte ha più volte negato la risarcibilità. Cass., sez. un., 10 ottobre 1982, n. 5027; Cass., sez. un., 20 aprile 1994, n. 3732; Cass., sez. un., 7 agosto 1998, n. 7751.

²¹⁸ SCOCA, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1/2000, pp. 15 ss.

materia degli appalti meccanismi processuali atti a garantire un risarcimento dei danni ai soggetti lesi da atti adottati in violazione della disciplina comunitaria²¹⁹.

Appariva sicuramente più logico che le imprese europee, le quali in seguito all'abbattimento di ogni barriera doganale varcavano le frontiere per prendere parte ad appalti in Italia, si trovassero di fronte ad un ordinamento che una marcata distinzione tra le posizioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo rendeva un *unicum* in tutto il vecchio continente. Tale peculiarità non si addiceva alle caratteristiche di un ordinamento “aperto”, quale si voleva che fosse l'ordinamento di uno Stato membro dell'Unione Europea. Il diritto comunitario, infatti, che costituisce il parametro di riferimento negli ordinamenti nazionali, ha sempre avuto carattere largamente pragmatico ed informale ed in particolare non si è mai posto il problema di distinguere tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, prevedendo invece un'unica situazione soggettiva indifferenziata, definibile come “diritto soggettivo comunitario”²²⁰.

In adempimento degli obblighi imposti dall'appartenenza alla Comunità Europea, il legislatore italiano ha emanato l'art. 13 della l. 142/1992, poi recepito dalla l. 109/1994 (per gli appalti di opere pubbliche) e dal d.lgs. 157/1995 (per gli appalti di pubblici servizi).

L'art. 13 della l. 142/1992 merita la massima attenzione per due

²¹⁹ CASETTA, *Le trasformazioni del processo amministrativo (Relazione introduttiva al convegno su “Le trasformazioni del processo amministrativo in Europa. Fattori nazionali e comunitari”)*, in www.lexitalia.it.

²²⁰ Cfr. PICCOZZA, *L'effettività della tutela giurisdizionale nel processo amministrativo rispetto al diritto comunitario*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 1997.

ordini di ragioni: in primo luogo perché rappresenta la prima ipotesi legislativa di accoglimento nel nostro ordinamento dell'interesse legittimo "puro", cioè senza alcun collegamento con una posizione di diritto soggettivo degradata o suscettibile di affievolimento; in secondo luogo perché collega il risarcimento alla mera sussistenza di una lesione. Pertanto, l'esistenza di un danno, nella prospettiva della legge comunitaria, è il solo fattore che deve legittimare il risarcimento, esistenza del danno che diventa mera *quaestio facti* da accertarsi ad opera del giudice, indipendentemente da una qualsiasi indagine sulla natura della posizione giuridica soggettiva danneggiata. Peraltro, anche in tale ipotesi legislativa, il presupposto del giudizio risarcitorio dinanzi al giudice ordinario è rappresentato dal previo annullamento dell'atto amministrativo illegittimo ad opera del giudice amministrativo, sicché ancora una volta non vengono in rilievo, né alcun accertamento incidentale dell'efficacia dell'atto ad opera dell'autorità giudiziaria ordinaria, né l'esercizio del suo potere di disapplicazione.

In ogni caso, si tratta di un principio che la Cassazione ha poi ripreso nella sopra citata sentenza n. 500/1999 ma che all'inizio dello scorso decennio, se generalizzato ed esteso, avrebbe avuto un effetto dirompente.

In effetti, già all'indomani dell'emanazione della norma, i settori più "progressisti" della dottrina ritennero che la norma possedesse una *vis expansiva* che ne consentisse l'applicazione anche al di fuori della materia degli appalti. Del resto, la situazione sostanziale

azionata è la stessa, sia che si tratti di appalti, sia che si tratti di qualsiasi altra ipotesi in cui la posizione soggettiva del privato assuma le connotazioni dell'interesse legittimo. L'art. 3 della Costituzione poteva costituire la base giuridica più idonea per legittimare tale estensione. Se ciò non avvenne fu ancora una volta per opera della Cassazione, la quale non esitò a frenare i facili entusiasmi, negando *vis expansiva* alla nuova normativa e rendendo così velleitario ogni tentativo di interpretazione estensiva²²¹.

Per la Suprema Corte, quindi, la necessità avvertita dal legislatore, di creare una norma *ad hoc* che prevedesse la risarcibilità degli interessi legittimi, dimostrava l'insussistenza di un principio generale in tal senso. Norma eccezionale, dunque, non suscettibile di estensione analogica. Il legislatore è tornato sull'argomento con la l. 493/1993, seguita a breve distanza dal d.l. 486/1994, entrambi relativi ad ipotesi di illegittimo diniego di concessioni edilizie, ma si è trattato di meri "esperimenti", quasi subito abbandonati²²².

In un'ottica di tutela del cittadino si muove anche la l. 59/1997 (legge Bassanini 1, art. 17, comma 1, lettera f) la quale prevede l'obbligo dell'Amministrazione di indennizzare il privato in caso di ritardata definizione del procedimento o di incompleto assolvimento

²²¹ Cass., sez. un., 5 marzo 1993, n. 2667 e Cass., sez. un., 16 dicembre 1994, n. 10800.

²²² Il d.l. 26 luglio 1994, n. 486, all'art. 8, comma 7, prevedeva che dei danni conseguenti all'illegittimo diniego di una concessione edilizia, se causati con dolo o colpa grave, rispondessero "il soggetto competente ed il responsabile del procedimento". Tale disposizione modificava l'art. 4, comma 8 della l. 4 dicembre 1993, n. 493, che prevedeva un'ipotesi simile di responsabilità aquiliana a fronte del silenzio serbato dagli organi addetti all'istruttoria per il rilascio della concessione edilizia. Attualmente, la l. 662/1996 (poi confluita nel t.u. dell'edilizia) ha introdotto un'ipotesi di silenzio d'evolutivo che regola il caso di specie, senza reintrodurre un meccanismo di responsabilità.

di obblighi e prestazioni da parte della pubblica amministrazione. Tuttavia, per il fatto che la norma parla di indennizzo e non di risarcimento, essa ha avuto l'effetto perverso di corroborare le tesi di coloro i quali, sulla scia della giurisprudenza più conservatrice, si sono sempre opposti alla risarcibilità degli interessi legittimi.

Le opinioni favorevoli a tale risarcibilità sono sempre cresciute e le sue ineludibili rivendicazioni hanno suscitato ancora una volta l'intervento del legislatore, con l'emanazione del d.lgs 31 marzo 1998, n. 80.

La legge di riforma del pubblico impiego affronta la materia all'art. 35²²³, introducendo principi che possono essere definiti "rivoluzionari", la cui forza è stata tale da convincere la stessa

²²³ D.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 35: 1. Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli articoli 33 e 34, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto.
2. Nei casi previsti dal comma 1, il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, col ricorso previsto dall'articolo 27, primo comma, n. 4, del testo unico approvato col regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, può essere chiesta la determinazione della somma dovuta.
3. Il giudice amministrativo, nelle controversie di cui al comma 1, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento. L'assunzione dei mezzi di prova e l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio sono disciplinati, ove occorra, nel regolamento di cui al regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, tenendo conto della specificità del processo amministrativo in relazione alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio.
4. L'articolo 7, terzo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, è sostituito dal seguente: "Il tribunale amministrativo regionale, nelle materie deferite alla sua giurisdizione esclusiva, conosce anche di tutte le questioni relative a diritti. 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."
5. Sono abrogati l'articolo 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, e ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi nelle materie di cui al comma 1.

Cassazione ad abbandonare una linea di indirizzo ormai decennale ed aprire le porte dell'art. 2043 ai titolari di meri interessi legittimi.

La portata innovativa di questa norma consiste nel fatto che essa non si limita a prevedere un'ipotesi generica di risarcimento dei danni subiti dai cittadini, ma va oltre, attribuendo tale potere al giudice amministrativo.

Subito dopo l'emanazione, questa norma ha suscitato grandi consensi da parte di coloro i quali hanno visto in essa l'affermazione della risarcibilità degli interessi legittimi. Tuttavia, non sono mancate prese di posizione di segno opposto che, per l'autorevolezza della fonte, hanno legittimato più di un dubbio²²⁴. L'acceso dibattito dottrinario che si è scatenato all'indomani dell'emanazione della legge, ha visto schierati da una parte i sostenitori della tesi più conservatrice²²⁵, i quali hanno sottolineato come in realtà nulla sia mutato sul piano normativo, e dall'altra coloro che, in senso contrario, hanno evidenziato come proprio dall'art. 35 del d.lgs.

²²⁴ PATRONI GRIFFI, *Non cambia il diritto sostanziale*, in *Italia Oggi*, 1998. In particolare, il capo dell'ufficio legislativo del Ministero per la Funzione Pubblica, Cons. Filippo Patroni Griffi, in tale articolo ha affermato a chiare lettere che le norme di cui ha combinato disposto degli artt. 33-35 del d.lgs. 80/1998 "hanno portata esclusivamente processuale. Nel senso che individuano il giudice competente a conoscere della lesione, stabilendo innovativamente, che il giudice amministrativo conosce anche della domanda volta a conseguire il risarcimento del danno subito, ma non hanno alcuna portata innovativa sul piano sostanziale. In altri termini, il decreto delegato non si occupa, né poteva occuparsi, della diversa questione di quali siano le posizioni soggettive risarcibili. In forza dell'art. 35, dunque, non vi è riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo, ma la mera attribuzione al giudice amministrativo della competenza a conoscere delle questioni attinenti al risarcimento del danno in relazione al cattivo esercizio di pubbliche funzioni". Il decreto delegato allora, lungi dall'innovare il cristallizzato settore della responsabilità dei pubblici poteri per danni procurati ai cittadini, si sarebbe limitato ad una pura operazione di attribuzione della competenza, senza ritenere implicitamente risarcibili anche di interessi legittimi.

²²⁵ LIPARI, *Nuova giurisdizione amministrativa in materia edilizia, urbanistica e servizi pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 1998, pp. 591 ss.

80/1998 possano desumersi elementi a sostegno di un'interpretazione favorevole alla risarcibilità degli interessi legittimi²²⁶. Il comma 5 dell'art. 35 del d.lgs. 80/1998, infatti, abroga l'art. 13 della l. 142/1992 che riguarda, per opinione pressoché unanime, le ipotesi afferenti la tutela risarcitoria anche degli interessi legittimi, ivi compresi quelli pretensivi. Tale abrogazione finisce per costituire la conferma del trasferimento di detta tutela al giudice amministrativo, così come previsto al comma 1 dello stesso art. 35. Per maggior chiarezza espositiva occorre aggiungere che se la nuova norma ha abrogato la più importante delle disposizioni che ammettevano alla risarcibilità degli interessi legittimi, ciò dovrebbe significare, a voler confidare nella coerenza del legislatore, che quest'ultima disposizione, lungi dall'essere considerata di carattere eccezionale e quindi di stretta interpretazione, è stata assorbita nel nuovo sistema che non può non riconoscere, dunque, il principio della risarcibilità degli interessi legittimi²²⁷.

La giurisprudenza amministrativa, dal canto suo, accolto con prontezza l'opportunità offertagli dal legislatore ed a più riprese ha condannato la pubblica amministrazione a risarcire i danni causati al cittadino, fondando tali condanne proprio al dato testuale dell'art. 35 del d.lgs. 80/1998²²⁸.

²²⁶ DUNI, *Interessi legittimi, risarcimento del danno e doppia tutela. La Cassazione ha compiuto la rivoluzione*, in www.lexitalia.it

²²⁷ BURICELLI, *Decreto legislativo n. 80 del 1998 e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: risarcimento del danno e norme processuali*, in www.diritto.it.

²²⁸ In tal senso: TAR Sardegna, 12 gennaio - 17 febbraio 1999, n. 169; TAR Puglia, sez. Lecce, 16 aprile 1999, n. 418; TAR Friuli-Venezia Giulia, 26 luglio 1999, n. 903 e TAR Friuli-Venezia Giulia, 28 marzo 2000, n. 293.

La Corte Costituzionale, esaminando un'ordinanza di rimessione del Tribunale di Isernia del 28 giugno 1996, relativa alla pretesa illegittimità costituzionale dell'art. 2043 c.c. nella parte in cui non prevede la risarcibilità dei danni derivati a terzi dall'emanazione di atti o provvedimenti illegittimi, lesivi di interessi legittimi, ha evitato di prendere posizione sulla questione limitandosi a richiamare la formula di compromesso utilizzata in occasione di una precedente pronuncia²²⁹, secondo cui il problema di ordine generale richiede prudenti soluzioni normative, ed a dar conto degli interventi settoriali adottati dal legislatore, ultimo dei quali proprio quello di cui agli artt. 33, 34 e 35 del d.lgs. 80/1998. In tal modo la Corte Costituzionale implicitamente legittima l'interpretazione di coloro che vedevano l'obbligo risarcitorio di cui all'art 35 del d.lgs. 80/1998 esteso anche alla lesione dei meri interessi. Tuttavia, al momento di affrontare la questione relativa all'applicabilità dell'art. 2043 c.c. ad ogni posizione giuridica soggettiva, la Corte ha glissato rifugiandosi nella manifesta inammissibilità della questione.

La pronuncia ha lasciato la sensazione che la Corte Costituzionale abbia perso un'occasione preziosa per imprimere una svolta decisiva, in un senso o nell'altro, alla delicata questione della risarcibilità degli interessi legittimi²³⁰, ponendo fine a quella che ormai quasi unanimemente era considerata una “battaglia di retroguardia”²³¹.

²²⁹ Corte Cost., Ord. 11 giugno 1980, n. 85.

²³⁰ ANGELETTI, *Il risarcimento degli interessi legittimi e la Corte Costituzionale*, in www.lexitalia.it.

²³¹ VIRGA, *Il giudice dormiente e la risarcibilità del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi*, in www.lexitalia.it.

In ogni caso, questa ordinanza della Corte Costituzionale presenta comunque interesse, per l'oggetto di questa tesi, nella parte in cui giunge all'affermazione dell'irrilevanza della questione di legittimità costituzionale sul presupposto della mancata caducazione dell'atto amministrativo leso, confermando l'impossibilità per il giudice ordinario di disapplicare in prima battuta il provvedimento illegittimo al fine di accordare tutela risarcitoria al cittadino da esso danneggiato.

IV.2. Risarcibilità degli interessi legittimi e ruolo della disapplicazione nel giudizio risarcitorio del giudice ordinario.

Il precedente assetto cristallizzato mutò radicalmente grazie al fondamentale intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali, con la sentenza del 22 luglio 1999, n. 500, hanno profondamente rivisitato l'intera problematica della risarcibilità dei danni derivanti dall'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa, pervenendo a conclusioni del tutto innovative sul fronte dell'ampliamento dell'area di estensione della responsabilità aquiliana.

La pronuncia in esame, resa dalla Corte di Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione, nell'affermare la risarcibilità dei danni da lesioni di interessi legittimi, recepisce sostanzialmente le indicazioni da lungo tempo fornite dalla dottrina in merito ad una corretta interpretazione dell'art. 2043 c.c. ed alla esatta configurazione dell'istituto della responsabilità aquiliana.

A fondamento del nuovo orientamento giurisprudenziale, le Sezioni Unite pongono, infatti, una diversa lettura del dato positivo che, con maggiore aderenza al profilo testuale, si incentra sulla nozione di danno ingiusto, inteso quale pregiudizio non giustificato recato ad un interesse giuridicamente rilevante, indipendentemente dalla qualificazione formale di quest'ultimo. In tal modo, affermato da un lato il carattere primario-precettivo della disposizione in esame e non già meramente secondario-sanzionatorio rispetto a comportamenti già vietati da altre norme; e ribadita, dall'altro, l'atipicità della fattispecie e l'impossibilità di definirne a priori l'ambito di operatività, il Supremo Collegio rimette al giudice il compito di selezionare gli interessi rilevanti per l'ordinamento attraverso una comparazione teleologicamente orientata²³² tra l'interesse concreto del danneggiato e l'interesse perseguito con la condotta lesiva. Viene così a superarsi una visione dell'interesse individuale apoditticamente recessivo rispetto all'interesse collettivo, evitandosi al contempo l'affermazione di una indiscriminata tutela degli interessi legittimi in quanto tali.

Con riguardo alle conseguenze dannose dell'attività autoritativa degli organi amministrativi, occorre valutare concretamente la sussistenza di un'azione illegittima e colpevole imputabile all'autorità pubblica da cui derivi la lesione effettiva dell'interesse giuridicamente rilevante al bene della vita rispetto al quale l'interesse legittimo, quale sintesi di poteri strumentali volti ad incidere sull'esercizio del potere,

²³² Basata, cioè, sul grado di tutela di volta in volta riconosciuto dal diritto positivo.

risulta preordinato.

In particolare, le Sezioni Unite tracciano una diversificazione delle modalità del giudizio risarcitorio in relazione alla nota distinzione tra interessi legittimi di tipo oppositivo e di tipo pretensivo, volte a conseguire utilità non preesistenti attraverso il favorevole esercizio della pubblica funzione²³³: nel primo caso rileva il pregiudizio arrecato dall'illegittimità dell'azione pubblica alla preesistente situazione di vantaggio vantata dal singolo, ancorché si tratti non di un diritto soggettivo originario o derivante da un provvedimento ampliativo, ma di un interesse giuridicamente rilevante alla stregua dell'ordinamento generale; nella seconda ipotesi, la Corte richiede, al fine di valutare il grado di protezione riconosciuto, un giudizio prognostico, volto a verificare secondo la disciplina specifica e settoriale, il probabile esito favorevole dell'istanza, in tal modo distinguendo le mere aspettative, prive di rilievo, dagli interessi giuridicamente tutelati, in quanto fondati su di un concreto ed oggettivo affidamento in ordine al conseguimento dell'utilità cui si aspira.

Il passaggio in cui si parla del giudizio prognostico ha destato una serie di interrogativi tra il commentatore della sentenza²³⁴.

Ci si chiede quale sia in concreto il compito che il giudice deve

²³³ La Suprema Corte, lungi dall'affermare l'indiscriminata risarcibilità dell'interesse pretensivo, detta una serie di condizioni, prescrivendo che la riparazione del pregiudizio sia dal giudice concessa solo all'esito di un giudizio prognostico, il quale consente di affermare che l'istanza del privato era destinata, "secondo un criterio di normalità", ad un esito favorevole.

²³⁴ FINOCCHIARO, *Il giudice dovrà valutare l'istanza del cittadino*, in *Guida al diritto*, n. 31/1999, pp. 58 ss.

svolgere e qualche chiarimento può essere fornito dalle sentenze della giurisprudenza amministrativa. I giudici dei Tar, chiamati a pronunciarsi su questioni di risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998, hanno tenuto presenti le indicazioni delle Sezioni Unite ed il numero delle decisioni, pur non consentendo di parlare già di indirizzo consolidato, permette comunque di trarre utili indicazioni²³⁵.

²³⁵ Tar Puglia - Bari, sent. 17 gennaio 2000, n. 169; questa sentenza invita ad effettuare un accertamento in ordine agli esiti dell'attività amministrativa rinnovatoria conseguente all'atto giurisdizionale demolitorio del provvedimento lesivo, concludendo che si avrà risarcimento "soltanto se essa potrà condurre in concreto e non in astratto, in funzione dell'ambito di discrezionalità residua, all'emanazione del provvedimento ampliativo richiesto". Il giudizio prognostico dovrà dunque avere ad oggetto i poteri che residuano in capo all'amministrazione, sicché "il diritto al risarcimento del danno in materia di interessi pretensivi deve senz'altro mettersi qualora l'attività amministrativa rinnovatoria si connoti in termini tali da escludere ogni ulteriore apprezzamento discrezionale perché residui un potere essenzialmente vincolato, ancorché nei termini indicati dal contenuto conformativo della statuizione giurisdizionale di annullamento; mentre non può riconoscersi nell'ipotesi in cui residui un margine di apprezzamento discrezionale tale da configurare come mera evenienza all'emanazione del provvedimento ampliativo". Tar Puglia - Bari, sent. 23 marzo 2000, n. 1248; aggiunge che il fatto che l'emanazione del provvedimento ampliativo e dunque il soddisfacimento dell'interesse finale sia meramente eventuale perché l'amministrazione potrebbe emanare un altro provvedimento legittimo analogo nei contenuti, comporta che "rispetto al bene della vita l'interessato sia sostanzialmente portatore di un'aspettativa di mero fatto". In dottrina: VARRONE, *Verso il nuovo processo amministrativo (commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205)*, Torino, 2000 e CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro. It.*, 1999, hanno affermato che in ipotesi caratterizzate da un alto tasso di discrezionalità amministrativa, dove c'è una pluralità di soggetti che concorrono per lo stesso bene della vita, difficilmente si potrà riconoscere la spettanza di tale bene in capo ad un determinato soggetto. Il problema quindi è che di fronte ad interessi legittimi pretensivi la difficoltà del giudizio prognostico sull'esito del procedimento sta nel fatto che si chiede al giudice di avventurarsi, sia pure in un'ottica di probabilità, sul terreno della discrezionalità amministrativa, che da sempre è riserva dell'Amministrazione. La difficoltà di un giudizio prognostico risulta di contro attenuata davanti all'attività vincolata della pubblica amministrazione, dovendosi accertare solo l'esistenza dei requisiti previsti.

Occorre inoltre aggiungere che, ove i vizi che inficiano il provvedimento con il quale la pubblica amministrazione nega l'utilità sperata dal privato siano meramente formali, nel senso della pubblica amministrazione possa agevolmente riprodurre l'atto annullato e così impedire ugualmente al privato il conseguimento dell'utilità sperata, nessun risarcimento spetterà al privato, perché nessun affidamento egli poteva porre sull'ottenimento del bene della vita. Viceversa, ove il vizio che conduce alla demolizione dell'atto amministrativo sia tale da impedire alla pubblica

L'innovativa conclusione ermeneutica cui pervengono le Sezioni Unite della Cassazione, viene ulteriormente corroborata da una serie di elementi di matrice giurisprudenziale, sistematica e di diritto positivo, dal cui esame complessivo emergerebbe come l'estensione dell'area coperta dall'istituto della responsabilità aquiliana anche alle situazioni soggettive coinvolte nell'esercizio del potere amministrativo, costituisca non il risultato di una improvvisa rivoluzione copernicana ma il portato di una articolata ed univoca tendenza dell'intero sistema giuridico.

In sintesi, sotto il primo profilo viene evidenziata la progressiva apertura che la giurisprudenza di legittimità ha operato sul versante delle posizioni giuridiche coperte e sussumibili nel paradigma della fattispecie astratta delineata nell'art. 2043 c.c.: non solo si richiamano le affermazioni relative alla risarcibilità, nei rapporti interpretati, di situazioni diverse dai diritti assoluti o non ha denti affatto la struttura di diritto soggettivo²³⁶, ma vengono citate anche fattispecie risarcitorie scaturenti dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo. Da un lato, la risarcibilità del danno cagionato da un provvedimento illegittimo, poi annullato, che aveva affievolito un diritto originario; dall'altro, la risarcibilità del danno cagionato dall'illegittimo provvedimento di secondo grado, poi annullato, che aveva caducato

amministrazione di riprodurre l'atto, il risarcimento potrà invece essere concesso, in quanto per il privato era lecito attendersi una conclusione del procedimento a lui favorevole e fare così legittimo affidamento nel conseguimento del bene della vita. Tale ragionamento vale sia per gli interessi pretensivi sia per quelli oppositivi.

²³⁶ Perdita di chance; c.d. diritto all'integrità del patrimonio ed alla libera determinazione negoziale; aspettative di natura patrimoniale nei rapporti familiari, anche di fatto.

il precedente atto ampliativo con cui era stato attribuito al cittadino un diritto.

Se tradizionalmente si è ravvisato in tale ipotesi una tutela risarcitoria del diritto, originario o derivato, affievolito dal provvedimento e poi retroattivamente riespansi a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'atto illegittimo, le Sezioni Unite ne forniscono una diversa lettura: oggetto di tutela in forma specifica prima (da parte del giudice amministrativo) e risarcitorio poi (da parte del giudice ordinario) sarebbero non già due distinte posizioni giuridiche (rispettivamente, l'interesse legittimo all'annullamento dell'atto ablativo o di secondo grado ed il diritto soggettivo retroattivamente riespansi), ma un'unica situazione; l'interesse legittimo oppositivo all'illegittimo esercizio del potere che ha inciso sfavorevolmente sulla preesistente situazione di vantaggio originaria o derivata.

Sul piano sistematico, le Sezioni Unite richiamano succintamente l'incidenza che lo sviluppo del diritto comunitario ha operato sul nostro orientamento anche nel settore delle forme di tutela giurisdizionale: l'irrilevanza per il diritto comunitario, quale ordinamento di risultato, delle diverse qualificazioni relative alle distinte situazioni giuridiche soggettive, ha determinato *de jure condito* l'introduzione nella nostra legislazione di espresse previsioni di risarcibilità degli interessi legittimi²³⁷ e, *de jure condendo*, la necessità di superare disparità di trattamento processuali e sostanziali

²³⁷ Cfr. art. 13 della legge comunitaria 1992 ed art. 32 della legge 104/1994.

connesse alla permanente diversità di qualificazione giuridica.

Da ultimo, la Corte pone in rilievo i recenti interventi legislativi volti ad ampliare, espressamente o per via implicita, l'area della responsabilità civile in presenza dell'azione a autoritativa dei pubblici poteri amministrativi: richiamati i vari tentativi normativi non pervenuti a compimento, si sottolinea l'importanza centrale assunta dal d.lgs. del 30 aprile 1998, n. 80, i cui artt. 33 e 35 devolvono al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva nelle controversie in materia di pubblici servizi, urbanistica ed edilizia, con contestuale potere di condannare l'amministrazione in tali settori, al risarcimento del danno ingiusto. Tali norme, sia sul piano processuale operano una scelta decisa verso un modello di riparto delle giurisdizioni fondato sulla tipologia delle controversie *ratio materiae* e non più sulla natura della posizione giuridica soggettiva vantata dal ricorrente, sul piano sostanziale sembrano sancire l'estensione della responsabilità civile dell'azione autoritativa delle pubbliche amministrazioni, ancorché sia possibile un'interpretazione restrittiva del dato letterale²³⁸.

IV.2.1. (Segue) Rapporti tra giudizio di annullamento, giudizio risarcitorio e potere disapplicatorio del giudice.

Ripercorsa in sintesi l'articolata trama della sentenza in esame,

²³⁸ Circoscrivendo, cioè, la risarcibilità alle sole situazioni di diritto soggettivo, conformemente ai precedenti orientamenti giurisprudenziali.

attraverso l'evidenziazione dei passaggi maggiormente significativi, appare opportuno soffermarsi su di una serie di punti in cui la pronuncia mostra, secondo la prevalente opinione dei commentatori, taluni limiti o scelte opinabili, con particolare riguardo ai rapporti tra giudizio risarcitorio e il giudizio di annullamento dell'atto amministrativo ed al conseguente ruolo che assume il potere disapplicatorio del giudice nella materia *de qua*.

Un primo profilo problematico concerne la definizione del coefficiente psicologico che deve connotare la condotta lesiva della pubblica amministrazione per l'insorgere di un suo obbligo risarcitorio. La Suprema Corte, aderendo all'indirizzo più evoluto, ritiene insufficiente la volontaria emanazione dell'atto illegittimo ma richiede la sussistenza del fattore psicologico, superando quell'orientamento secondo il quale, nell'ipotesi considerata, la colpa sarebbe *in re ipsa*, quasi presunta *juris tantum*²³⁹.

Le difficoltà di tale indagine si presentano tutt'altro che trascurabili, poiché le indicazioni delle Sezioni Unite, che individuano nei canoni dell'imparzialità, della correttezza e della buona amministrazione i parametri alla cui stregua condurre la distinta valutazione sulla colpa dell'Amministrazione, in realtà non sembrano concretamente aggiungere alcunché all'indagine sull'illegittimità dell'atto. Un esame della giurisprudenza di merito successiva alla sentenza della Cassazione n. 500/1999, anziché

²³⁹ Ferma restando cioè la possibilità di provare in concreto la non imputabilità della violazione: ad es. provvedimento conforme alla legge poi divenuto il legittimo per effetto della retroattiva caducazione della norma attributiva del potere a seguito di pronuncia di accoglimento della Corte Costituzionale o di *jus superveniens*.

smentire tali sospetti, conferisce loro maggiore consistenza e spessore²⁴⁰.

In secondo luogo, presentano un interesse ancora maggiore, in considerazione dello specifico tema di questa indagine, le questioni inerenti il rapporto tra giudizio di annullamento dell'atto invalido da parte del giudice amministrativo e giudizio risarcitorio dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria in relazione ai pregiudizi cagionati dall'esercizio illegittimo del potere. Si tratta, infatti, di un profilo che coinvolge in via immediata e diretta il significato e la portata del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo nel corso del giudizio.

L'opinione dominante in dottrina ed in giurisprudenza è nel senso della necessità di agire previamente il giudice amministrativo in virtù del principio del c.d. *petitum* sostanziale²⁴¹, atteso che la situazione soggettiva di cui il ricorrente chiede tutela presenta la consistenza di

²⁴⁰ Tar Sicilia - Catania, 18 gennaio 2000, n. 38, pur accogliendo nelle premesse la tesi della Cassazione sulla necessità di ricercare un distinto elemento di colpa, quando passa in rassegna gli elementi fattuali che concretizzerebbero tale comportamento colposo, in realtà non fa altro che enumerare delle chiare ipotesi di violazione di legge ovvero di eccesso di potere, ipotesi comunque di illegittimità nella sua forma più pura. In realtà un tale atteggiamento della giurisprudenza di merito ed il disorientamento dei giudici nel caso concreto, appare spiegabile ove si pensi che sul punto in esame la Suprema Corte non offre all'interprete un aiuto particolare quanto al problema di individuare un'alternativa al consolidato orientamento giurisprudenziale che riscontra la colpa della struttura pubblica *in re ipsa*. L'unica ricostruzione plausibile è quella che ritiene che non vi sia colpa quando si accerti che l'illegittimità dell'atto è stata dovuta ad errore scusabile, ad esempio per mancata chiarezza del panorama normativo, oscillazioni giurisprudenziali, ovvero per la complessità della situazione di fatto.

allora l'indagine sulla colpa andrebbe condotta per così dire in "negativo", nel senso che, una volta accertata l'illegittimità, l'indagine sulla colpa serve non tanto a reperire ulteriori elementi di addebito per la pubblica amministrazione in quanto tale, quanto piuttosto ad individuare circostanze a discarico, esimenti, una volta che si accerti l'esistenza di elementi che escludono la sussistenza di un coefficiente psicologico.

²⁴¹ Cfr. infra § II.2.

interesse legittimo: di conseguenza, l'istanza risarcitoria del danno subito per effetto di un provvedimento amministrativo illegittimo, ma tuttora efficace perché non annullato dalle autorità competenti (giurisdizionale o amministrativa in sede di autotutela), ancorché prospettata in termini di azione diretta a conseguire il diritto al risarcimento ex art. 2043 c.c., presenta come *causa petendi* l'illegittimo esercizio della funzione amministrativa, a tutela di una posizione di interesse legittimo.

Sul piano processuale, tale situazione comporta che il giudice ordinario, adito in via diretta, dovrà dichiarare il proprio difetto di giurisdizione ex art. 37 c.p.c., in quanto alla giurisdizione medesima compete al giudice amministrativo, avendo la situazione dedotta il giudizio di consistenza di interesse legittimo, non potendo esercitare il proprio potere di disapplicazione.

Viceversa, l'istanza risarcitoria nei confronti del pubblico potere non determina alcun problema di riparto delle giurisdizioni qualora venga avanzata al giudice ordinario dopo che l'illegittimità dell'atto sia stata dichiarata con giudicato dal giudice amministrativo, non costituendo più un punto controverso nel giudizio civile.

Anche su tale punto le Sezioni Unite assumono un indirizzo difforme dal precedente consolidato orientamento, escludendo la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento rispetto quello risarcitorio: pertanto, il giudice ordinario potrà autonomamente compiere la valutazione sull'illegittimità del provvedimento amministrativo ai fini della decisione sull'istanza di risarcimento,

anche se esso non sia stato previamente annullato dal giudice amministrativo²⁴².

Le Sezioni Unite hanno dunque affermato che in presenza di un danno insorto nell'ambito di una materia non attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dovrebbe ritenersi applicabile il principio dell'accertamento diretto, da parte del giudice ordinario, dell'illegittimità dell'atto amministrativo quale elemento costitutivo della fattispecie dell'illecito civile.

È questo uno dei punti più delicati della sentenza, che sia pure non più ai fini della ripartizione di giurisdizione ma in relazione alla struttura del nuovo processo amministrativo, risulta controverso anche alla luce delle novità introdotte dalla legge n. 205/2000.

Lo scenario delineato dalla Suprema Corte, infatti, postula la possibilità che il cittadino, di fronte ad un atto lesivo dei suoi interessi, non voglia imbarcarsi nelle spese e nelle lungaggini processuali di un doppio giudizio (demolitorio e risarcitorio), preferendo invece limitarsi ad ottenere una mera inapplicabilità

²⁴² Ancora una volta, il mutamento di indirizzo viene motivato come necessario corollario dell'avvenuta estensione dell'istituto della responsabilità civile all'azione autoritativa degli organi amministrativi. Questo, infatti, il ragionamento della Corte Suprema: la pregiudizialità del giudizio amministrativo discende dalla necessità di una previa sentenza costitutiva che, annullato retroattivamente il provvedimento lesivo, consenta la riemersione del diritto, quale unica situazione soggettiva coperta da tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c.; invece, una volta riconosciuta la diretta risarcibilità degli interessi legittimi, non appare indispensabile la riesplorazione di un diritto soggettivo attraverso il giudicato demolitorio del giudice amministrativo, cosicché l'autorità giudiziaria ordinaria potrà autonomamente valutare l'illegittimità dell'esercizio del potere amministrativo, quale componente costitutivo della fattispecie ex art. 2043 c.c. In tal modo, concludono le Sezioni Unite, si realizza altresì una simmetria nel sistema in punto di concentrazione di tutela tra la competenza decisoria è piena attribuita al giudice amministrativo dall'art. 35 del d.lgs n. 80/1998 nelle nuove materie di giurisdizione esclusiva e, al di fuori di esse, la competenza diretta del giudice ordinario sulla legittimità dell'atto ai fini di ritenere sussistente e l'illecito civile.

dell'atto nei suoi confronti ed ottenere la somma di denaro in cui si concretizza il risarcimento per equivalente.

Peraltro, come la stessa Cassazione lascia intendere nell'inciso secondo cui afferma che l'illegittimità dell'azione amministrativa costituisce uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., non si tratterebbe di una vera e propria disapplicazione: tale ultimo istituto presuppone infatti che dell'atto si venga a conoscere *incidenter tantum*, mentre nel caso di specie il vizio dell'atto entrerebbe nella cognizione diretta del giudice ordinario, proprio in quanto elemento costitutivo dell'illecito²⁴³.

In tal caso il giudice ordinario, una volta chiamato a valutare la sussistenza di un diritto al risarcimento, derivante dalla lesione di un interesse legittimo provocata da un'illegittima condotta dell'amministrazione, ed accertata direttamente tale illegittimità, non si limiterebbe alla mera disapplicazione dell'atto amministrativo in questione.

In quanto dotato di una giurisdizione piena, egli sarebbe dotato, simmetricamente a quanto accade per il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, di poteri nuovi ed ulteriori rispetto a quelle tradizionalmente previsti, estesi eventualmente anche alla possibilità di disporre la reintegrazione in forma specifica²⁴⁴.

²⁴³ Né può tacersi il rischio, quanto mai concreto, di un contrasto di giudicati, nell'ipotesi in cui il danneggiato decida di intraprendere entrambi i giudizi e il giudice amministrativo finisca per negare, reputando legittimo, l'annullamento di quell'atto per il quale invece il giudice ordinario, ritenendolo ingiustamente lesivo, ha concesso il risarcimento dei danni.

²⁴⁴ TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi dalla foresta pietrificata al bosco di Birnan*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 9/99, pp. 832 ss.

BIBLIOGRAFIA

ABBAMONTE e LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997

ALBINI, *Sentenza dichiarative nei confronti della P.A.*, Milano, 1952

ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1974

ALLORIO, *Per una teoria generale dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955

ALLORIO, *Nuove riflessioni sulla teoria generale del processo tributario*, in *Jus*, 1951

AMORTH, *Una nuova sistematica della giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. pubbl.*, 1943, ora in *Scritti 1940 - 1948*, Milano, 1999

ANGELETTI, *Il risarcimento degli interessi legittimi e la Corte Costituzionale*, in www.lexitalia.it

BATTAGLINI, *In tema di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, in *Giustizia penale*, 1939

BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959

BERTI, *Commento all'art. 113 (e 103, 1° e 2°c.)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, 1987

BURICELLI, *Decreto legislativo n. 80 del 1998 e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: risarcimento del danno e norme processuali*, in www.diritto.it

CAIANIELLO, *Giustizia amministrativa e stato sociale pluralistico*, in *Foro amm.*, 1972, ora in CAIANIELLO, *Problemi dell'amministrazione e della giurisdizione*, Padova, 1976

CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994

CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1943

CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d. (ma 1910)

BIBLIOGRAFIA

- CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*,
Milano, 1950
- CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della
responsabilità*, in *Foro. It.*, 1999
- CARANTA, *Tutela dei diritti nei confronti della p.a. e interessi
legittimi*, in *Democrazia e diritto*, 1997
- CARANTA, voce "*Judicial review*", in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX,
Torino, 1995
- CASSETTA, *Le trasformazioni del processo amministrativo
(Relazione introduttiva al convegno su "Le
trasformazioni del processo amministrativo in
Europa. Fattori nazionali e comunitari")*, in
www.lexitalia.it
- CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008
- CASSETTA, *Osservazioni sull'ammissibilità di azioni di mero
accertamento da parte del giudice amministrativo*, in
Rass. Dir. pubbl., 1962

BIBLIOGRAFIA

CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*,
Milano, 1990

CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003

CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1994

CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928

CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in
Gran Bretagna - Dal locus standi alla justiciability*,
Torino, 1996

D'AMELIO e ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di
cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv.
Dir. Pubbl.*, 1929

DE GIORGI CEZZI, *Perseo e Medusa: il giudice ordinario al
cospetto del potere amministrativo*, in *Dir.
proc. amm.*, 1999

DUNI, *Interessi legittimi, risarcimento del danno e doppia tutela.
La Cassazione ha compiuto la rivoluzione*, in
www.lexitalia.it

BIBLIOGRAFIA

- FALCONE, *I poteri decisori del giudice ordinario nelle controversie amministrative*, in *Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. La tutela del cittadino: A) La giurisdizione amministrativa*, Vicenza, 1968
- FINOCCHIARO, *Il giudice dovrà valutare l'istanza del cittadino*, in *Guida al diritto*, n. 31/1999
- GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963
- GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993
- GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002
- GUICCIARDI, *Concetti tradizionali principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubb.*, 1937, ora in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967
- GUICCIARDI, *Giustizia Amministrativa*, Padova, 1942

BIBLIOGRAFIA

- GUICCIARDI,** *La giustizia amministrativa*, rist. anast. della III ed. del 1953, Padova, 1957
- GUICCIARDI,** *Obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali*, in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967
- LIPARI,** *Nuova giurisdizione amministrativa in materia edilizia, urbanistica e servizi pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 1998
- LOZZI,** *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2004
- LUGO,** *Le azioni di mero accertamento nell'ambito del giudizio amministrativo*, in *Giust. Civ.*, 1964
- MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA** (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005
- MENCHINI,** *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di Cassese), Milano, 2000
- MIELE,** *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse*, in *Foro amm.*, 1940, IV, p. 52 e *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1960

- NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000
- NIGRO, *Introduzione alla tavola rotonda di Roma del 24 aprile 1982 sul tema "la responsabilità per lesione di interessi legittimi"*, in *Atti della tavola rotonda 24 aprile 1982*, in *Foro amm.*, n.1/1982
- NIGRO, *L'esecuzione delle sentenze di condanna della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1965
- NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. Dir. proc.*, 1978
- ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1907
- PATRONI GRIFFI, *Non cambia il diritto sostanziale*, in *Italia Oggi*, 1998
- PICCOZZA, *L'effettività della tutela giurisdizionale nel processo amministrativo rispetto al diritto comunitario*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 1997
- PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, Napoli, 2001

RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, IV ed., Milano, 1934

REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1952

ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1963

ROSSINI, *La giustizia amministrativa come funzione dello Stato democratico*, in *Foro amm.*, 1978

SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963

SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989

SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997

SATTA, *La responsabilità per lesione dell'interesse legittimo*, in *Riv. Dir. comm.*, 1963

SCIALOJA, *Sui limiti della competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Giust. Amm.*, 1891

SCOCA, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1/2000

TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 9/99

TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2002

VARRONE, *Verso il nuovo processo amministrativo (commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205)*, Torino, 2000

VERBARI, *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1992

VERDE, *Ma che cos'è questa giustizia amministrativa?*, in *Dir. proc. amm.*, 1993

VIRGA, *Diritto amministrativo*, Milano, 1999

VIRGA, *Il giudice dormiente e la risarcibilità del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi*, in www.lexitalia.it

BIBLIOGRAFIA

VOLPE, *Norme di relazione, norme di azione e il sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2005

ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958

ZANOBINI, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1958

* * *