

Fabio Merusi, Emiliano Frediani

Il processo amministrativo dalla Costituente al codice

(doi: 10.1442/86994)

Amministrare (ISSN 0044-8141)

Fascicolo 1, supplemento 2017

Ente di appartenenza:

Corte costituzionale (cortecost)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.
Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Il processo amministrativo dalla Costituente al codice

di Fabio Merusi ed Emiliano Frediani

1. *Una rivoluzione fascista interrotta e la costituzionalizzazione dello «status quo»*

Circola ancora per tradizione orale fra i vecchi avvocati della media Valpadana, quegli avvocati che, coltivando il diritto amministrativo, si dividono tra le sezioni del Tribunale regionale amministrativo della Lombardia di Brescia e del Tribunale regionale amministrativo dell'Emilia-Romagna di Parma, una battuta che si dice avesse origine dallo studio legale cremonese di Farinacci, se non proprio dello stesso Farinacci. Con qualche variazione, inevitabile in una tradizione orale, la battuta suonava più o meno così: «per quanto riguarda la giustizia amministrativa la rivoluzione fascista si è fermata al pubblico impiego nella notte dell'ultimo dell'anno del 1923».

È poco probabile che la battuta venisse direttamente dallo stesso Farinacci che non era di vasta cultura giuridica e che, come avvocato, praticava prevalentemente il diritto penale. Forse gli era stata suggerita dall'ideologo del suo studio legale, il filosofo del diritto Alessandro Groppali¹, prima che la clamorosa rottura con il Ras di

Il presente lavoro costituisce il prodotto di una riflessione dei due autori. Fabio Merusi ha redatto i primi cinque paragrafi, Emiliano Frediani ha redatto i successivi. Il riepilogo è stato redatto congiuntamente.

¹ Il quale coltivava anche il diritto pubblico: insegnava anche Dottrina dello Stato ed è autore di un manuale in materia (cfr. *Dottrina dello Stato*, sesta ed., Milano, 1942, pp. 217 ss. in tema di tutela degli interessi). Sull'opera e sul pensiero di Alessandro Groppali, nell'ampia gamma dei suoi interessi anche pubblicistici, si rinvia alla apposita voce biografica del *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, vol. I, Bologna, 2013, dove, curiosamente, si tace sui suoi rapporti con Farinacci e lo si descrive come un perseguitato dal regime fascista non si sa bene perché.

Cremona, a seguito di uno scandalo bancario², gli costasse anche la cattedra universitaria³. Chiunque ne fosse l'autore la battuta esprimeva bene una valutazione critica dello stato della giustizia amministrativa che poteva all'epoca provenire dal «fascismo di sinistra». Dopo la perdita della carica di segretario del Partito nazionale fascista nel 1926 Farinacci era diventato il principale critico del «ritorno all'ordine del fascismo» di cui stigmatizzava le «rivoluzioni» enunciate, ma non fatte o le rivoluzioni parziali o, peggio, interrotte nelle più disparate materie. La giustizia amministrativa era una di queste. La battuta si riferiva al fatto che la giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato, introdotta per risolvere i casi di connessione fra giudizio amministrativo e giudice ordinario, non era stata prevista per tutti i possibili ricorrenti nei confronti della pubblica amministrazione, ma, in via derogatoria, per singole materie, in particolare per soddisfare i pubblici dipendenti che erano tra le principali vittime della doppia possibile giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione. La rivoluzione fascista avrebbe dovuto prevedere la concentrazione della giurisdizione per tutti i casi di connessione e non solo per i pubblici impiegati e per le altre poche materie del legislatore del 1923-24. La rivoluzione fascista doveva andare al di là del caso per caso previsto in deroga in via eccezionale dalla legge. La «notte del 1923», richiamando il fatto che la legge istitutiva della giurisdizione esclusiva era stata deliberata alla fine del 1923, ma pubblicata nei primi giorni del 1924, voleva significare che la «rivoluzione fascista», almeno per quanto riguardava la giustizia amministrativa, era stata interrotta dal 1924 in poi, e non è escluso che, almeno qualche ripetitore orale della battuta, la concludesse aggiungendovi «come in numerosi altri casi».

Lo stato della disciplina della giustizia nei confronti della pubblica amministrazione era ancora quello risultante dalla battuta di

² Sulla vicenda dei rapporti fra Groppali e Farinacci si rinvia a S. Vicini – P. A. Dossena, *Lupo vigliacco. Vita di Roberto Farinacci*, Varese, 2006, pp. 126 ss.

³ Alessandro Groppali, in seguito allo scandalo parmense (relativo alla Banca Agricola di Parma della quale era amministratore «per conto» di Farinacci) «perde la cattedra all'Università di Modena e ottiene la libera docenza a Milano. Una retrocessione nella carriera universitaria che alimenta ulteriormente il livore di Groppali». Ma non basta. «Un secco telegramma di Mussolini al Ministero dell'Educazione Nazionale dettato il 26 settembre 1930 dice: Esoneri professor Alessandro Groppali dalla carica di insegnante Università di Milano. All'esonero segue il trasferimento all'Università di Cagliari». Dove rimase «in esilio» fino al 1939. Dopo la «liberazione» fu «reintegrato» nella cattedra dell'Università di Milano (cfr. in proposito Vicini – Dossena, *Lupo vigliacco*, cit., p. 127).

Farinacci, un giudice ordinario e un giudice amministrativo il quale in singoli casi previsti dalla legge esercitava anche la giurisdizione propria del giudice ordinario, quando i padri costituenti, nel 1946-48, si posero il problema se introdurre nella nuova Costituzione repubblicana qualche norma costituzionale che prevedesse la tutela giudiziaria del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione⁴. La soluzione, come è noto, fu di non introdurre alcuna novità, bensì di «tradurre in un versetto costituzionale» la battuta di Farinacci sulla rivoluzione fascista incompiuta. Stabilisce infatti l'art. 103 cost., al primo comma, che «il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi»⁵.

A dire il vero all'Assemblea costituente, nella Commissione detta dei 75, presieduta da Meuccio Ruini⁶, era emersa un'altra pos-

⁴ In proposito P. Aimò, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Bari, 2000, spec. pp. 90 ss. per un'indagine in merito al dibattito sul modello di giustizia amministrativa svoltosi nel periodo che va dall'immediato dopoguerra fino alla formulazione dei principi costituzionali. In tema altresì G. Verde, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del Costituente*, in «Dir. proc. amm.», 2003, pp. 343 ss., ove l'autore, ripercorrendo i lavori dell'Assemblea costituente (e le diverse posizioni in quella sede emerse quanto al modello di giustizia amministrativa da accogliere nel testo costituzionale) si pone anche il problema dell'autonomia ed indipendenza del giudice amministrativo.

⁵ Da questo punto di vista la disposizione cui si è fatto richiamo nel testo – nella parte in cui si riferisce agli «altri organi di giustizia amministrativa» – deve essere letta in combinato disposto con altre disposizioni costituzionali e, segnatamente, con gli art. 102, comma secondo, 125, comma secondo e da ultimo con la VI Disposizione transitoria e finale. L'art. 102, comma secondo afferma che «non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali», consentendo esclusivamente l'istituzione presso gli «organi giudiziari ordinari» di «sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura». Al proposito è stato osservato (da M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, spec. p. 104) come tale disposizione costituzionale si ponga in «chiara polemica» con la proliferazione delle giurisdizioni speciali di prima istanza «avvenuta in passato, in particolare nel periodo fascista», dovendosi inquadrare nell'ambito di un contesto più ampio i cui caratteri sono desumibili dalla già ricordata VI Disposizione transitoria e finale. Quest'ultima, infatti, aveva previsto che entro cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione si procedesse alla revisione degli organi speciali di giurisdizione allora esistenti, ferme restando «le giurisdizioni del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e dei tribunali militari». A tale proposito – come osservato (F.G. Scoca, *L'evoluzione del sistema*, in Id., *Giustizia amministrativa*, Torino, 2009, spec. p. 20) – occorre rammentare che «il panorama dei giudici speciali si era andato arricchendo di numerose figure nei decenni precedenti la nuova Costituzione. La inadeguata composizione di tali organi giudicanti e la rozzezza della disciplina del processo che dinanzi a loro si svolgeva hanno determinato il disfavore dei costituenti per i giudici speciali».

⁶ Sulla figura e l'opera di Meuccio Ruini v. A. Staderini, *Meuccio Ruini (1977-1970)*, in Ciriec, *Protagonisti dell'intervento pubblico in Italia*, Vol. I, Torino, 2012, pp. 379 ss.

sibile soluzione sulla quale fu chiamata ad esprimersi la Seconda sottocommissione della Commissione dei 75. Calamandrei presentò infatti la seguente proposta di attribuzione al giudice ordinario di qualsiasi tipo di giurisdizione, compresa quella amministrativa: la proposta in questione, su cui fu chiamata a pronunciarsi la Seconda sottocommissione della Commissione dei 75, fu formulata in questi termini: «l'esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale e amministrativa, appartiene esclusivamente ai giudici ordinari»; «il principio della unicità della giurisdizione deve essere inserito nella Costituzione perché esso è inscindibile da quello della indipendenza della Magistratura. Se si vuole che i giudici siano indipendenti, bisogna dare all'amministrazione della giustizia una organizzazione che garantisca tale indipendenza»⁷.

Ma tale proposta di concentrazione nel solo giudice ordinario non suscitò alcuna reazione positiva⁸. Probabilmente perché una

⁷ Il principio dell'unità della giurisdizione, con contestuale aversità nei confronti delle giurisdizioni speciali, era già stato delineato dallo stesso Calamandrei nel discorso inaugurale dell'anno accademico presso l'Università di Siena, tenuto il 13 novembre 1921 (di cui si può prendere visione in P. Calamandrei, *Governo e magistratura. Discorso inaugurale dell'anno accademico dell'Università di Siena*, in M. Cappelletti (a cura di), *Opere giuridiche*, Napoli, 1966, vol. II, pp. 195 ss.), i cui tratti salienti avevano costituito successivamente oggetto di ulteriore articolazione nella relazione dallo stesso presentata in seno alla Commissione Forti del maggio 1946. Nell'autunno dello stesso anno Calamandrei elaborò la «*Relazione sul potere giudiziario e sulla suprema Corte costituzionale*» contenente 36 proposizioni (formulate in termini di articoli) il cui art. 12 (espressamente rubricato «unicità della giurisdizione») riconosceva che «l'esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale e amministrativa appartiene esclusivamente ai giudici ordinari, cioè ai giudici singoli (conciliatori e pretori), ai tribunali ed alle corti, istituiti e regolati dalla legge sull'ordinamento giudiziario. Al vertice dell'ordinamento giudiziario, unica per tutto lo Stato, siede (...) la Corte di Cassazione istituita per mantenere la unità del diritto nazionale attraverso la uniformità della interpretazione giurisprudenziale e per regolare le competenze fra i giudici». Per un richiamo specifico al «progetto Calamandrei», E. Follieri, *La giustizia amministrativa nella Costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in «Dir. proc. amm.», 2001, pp. 911 ss.; R. Iannotta, *La giurisdizione del giudice amministrativo*, Milano, 1985, pp. 53 ss.

⁸ Una diversa impostazione rispetto a quella di Calamandrei era stata assunta in Assemblea costituente non soltanto da Costantino Mortati (che, oltre al mantenimento del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, aveva rimarcato la necessità di riconoscere la libertà del legislatore di creare nuove giurisdizioni speciali per le controversie tra amministrazione e cittadini; sul punto G. Berti, *Art. 113 (e 103)*, in G. Branca A. Pizzorusso, *Commentario alla Costituzione*, Roma, 1987, pp. 85 ss., spec. pp. 92-93), ma anche da altri componenti della sezione seconda della Seconda sottocommissione. Si possono ricordare in questa sede, tra gli altri, gli interventi di Targetti e di Laconi, il quale ultimo ebbe a rilevare come «nel momento storico attuale, nel quale è in atto una specie di rivoluzione pacifica, un determinato corpo che risente dell'eredità culturale del passato può aver bisogno di essere integrato da elementi che provengano dalla vita libera del Paese e che riflettano i sentimenti e le aspirazioni del popolo. A questa necessità devono rispondere le giurisdizioni speciali, delle quali si è parlato pro e contro». Lo stesso dichiarava in conclusione di «essere contrario alla fissazione nella Costi-

parte dei componenti della Sottocommissione, i quali, a vario titolo, avevano una preparazione giuridica, pensarono ad una rinnovata proposizione della soluzione introdotta dalla legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo al momento dell'unificazione nazionale nel 1865, che aveva poi dato luogo all'esigenza di aggiungere al giudice ordinario un giudice amministrativo nel 1889 con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato. Un giudice di impugnazione degli atti amministrativi ai quali corrispondeva una situazione soggettiva poi definita di interesse legittimo. Un giudice aggiuntivo al giudice ordinario che rimaneva, ed è tuttora, competente per la tutela dei diritti soggettivi, cioè dei «diritti civili e politici» del cittadino così qualificati dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865⁹.

C'erano cioè due giudici aventi giurisdizione per la tutela di due differenti situazioni giuridiche del cittadino, il giudice ordinario per la tutela dei diritti soggettivi e il giudice amministrativo (il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa) per la tutela degli interessi legittimi. Riparto che poteva essere modificato dal legislatore per casi specifici attribuendo al giudice amministrativo una giurisdizione esclusiva, comprensiva, oltre che degli interessi legittimi, dei diritti soggettivi. Una giurisdizione caso e per caso, derogatoria rispetto al generale criterio di riparto, come nel caso del pubblico impiego, al quale faceva riferimento Farinacci a proposito di una «rivoluzione incompiuta» che si sarebbe arrestata al pubblico impiego attribuito in «esclusiva» al giudice amministrativo.

*tuzione di una norma rigida che stabilisca un'assoluta unificazione della giurisdizione» (seduta del 19 dicembre 1946, corsivi nostri). Per un inquadramento più generale sul punto si rinvia a U. Allegretti, G. Focardi, *Amministrazione, Costituente, Costituzione*, in M. Fioravanti, S. Guerrieri (a cura di), *La Costituzione italiana*, Roma, 1997, pp. 359 ss.*

⁹ Su tale profilo si rinvia più recentemente ad A. Barbera, *Piero Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, in S. Merlini (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello stato democratico (1944-1948)*, Bari, 2007, pp. 129 ss., spec. p. 138, ove l'autore riconosce che le due proposte (facenti capo rispettivamente a Calamandrei e Mortati) «sebbene entrambe innovative, si indebolirono a vicenda e finirono per lasciare spazio alle posizioni conservatrici. Il punto di approdo fu, infatti, la costituzionalizzazione del sistema varato da Francesco Crispi nel 1889 attraverso la istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato», e, andrebbe aggiunto, attraverso la conservazione della legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865. Altrimenti si continua a perpetuare l'equivoco di una pretesa maggior tutela del giudice «unico», che costituisce l'enunciato esplicito o implicito dei «nostalgici» della proposta Calamandrei. Il vero difetto della proposta Calamandrei è che non diceva che cosa il giudice ordinario «unico» avrebbe dovuto tutelare nei confronti della pubblica amministrazione.

Calamandrei, che non aveva una particolare dimestichezza con il diritto amministrativo¹⁰, non spiegò ulteriormente il senso della sua proposta. Non cercò, ad esempio, di convincere i membri della Sottocommissione che non c'era alcuna differenza nel nuovo ordinamento repubblicano, fra diritti ed interessi legittimi, o che al giudice ordinario andavano attribuiti gli stessi poteri attribuiti al giudice amministrativo e con quali conseguenze giuridiche.

All'uditorio sembrò, né più né meno, che una proposta di «costituzionalizzare» la legge abolitiva del contenzioso amministrativo. Né è da escludere che fra i membri del Sottocomitato maggiormente «addottorati» in materia ci fosse qualcuno che si ricordasse che pochi anni prima, negli *Scritti in onore di Santi Romano*, un noto amministrativista avesse raccontato che il Belgio, da cui il Regno d'Italia aveva ripreso la soluzione dell'attribuzione al solo giudice ordinario della tutela dei diritti del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, stava abbandonando, visti i cattivi risultati, il giudice ordinario unico per ritornare alla soluzione «alla francese» del doppio giudice nei confronti della pubblica amministrazione, ordinario e amministrativo¹¹.

Comunque sia, nessuno prestò ascolto alla proposta di Calamandrei. I costituenti preferirono «costituzionalizzare» lo *status quo*¹², aderendo alla soluzione proposta dal presidente della Commissione dei 75, Meuccio Ruini, noto esperto di questioni amministrative per aver ricoperto alte cariche amministrative di vario tipo prima dell'avvento del regime fascista, Consigliere di Stato appena nominato presidente del Consiglio stesso. Se lo diceva lui che lo *status quo* della tutela del cittadino nei confronti della pubblica am-

¹⁰ Come si può dedurre dall'elenco dei suoi scritti contenuti in calce a «Il Ponte», *Numero straordinario dedicato a Piero Calamandrei*, Firenze, 1958, pp. 309 ss. Sul ruolo svolto da Calamandrei all'Assemblea costituente v. L. Piccardi, *Calamandrei e la Costituzione*, *ibidem*, pp. 95 ss. La discussione in Commissione si polarizzò sulla questione della nomina dei consiglieri di Stato e in particolare sulla richiesta da parte dei rappresentanti del Partito Comunista di farli nominare dal Parlamento.

¹¹ Il riferimento è a U. Borsi, *L'istituzione del Consiglio di Stato nel Belgio*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, volume II, pp. 21 ss.

¹² In tale prospettiva G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, vol. II, La giustizia amministrativa, spec. pp. 50 ss., affermò che nel complesso le disposizioni costituzionali «non fanno che confermare il sistema già vigente limitandosi ad elevare i suoi principi a norma di ordine costituzionale».

ministrazione andava conservato, e conseguentemente costituzionalizzato, c'era da credergli. E così avvenne senza contrasti¹³.

Senonché, come talvolta succede, il fuoco della rivoluzione può essere acceso da imprevisti cortocircuiti. Da accadimenti imprevisti, da fatti secondari apparentemente privi di importanza. E così è accaduto anche per un moto rivoluzionario repubblicano che si è aggiunto alla rivoluzione «interrotta» della rivoluzione fascista della giustizia amministrativa.

L'imprevisto moto rivoluzionario ha preso piede da un'altra norma costituzionale riferita alla giustizia amministrativa. Da una norma di apparente natura organizzativa. Di organizzazione della giustizia amministrativa e, come tale, di, almeno apparente, scarso o alcun rilievo per l'oggetto della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione.

2. *L'art. 125 della Costituzione e l'enigma dei Tribunali amministrativi regionali*

I costituenti introdussero nella Carta costituzionale, sotto il titolo V della Costituzione dedicato alle Regioni, alle Province e ai Comuni, cioè agli enti locali¹⁴, un articolo, il 125, il quale stabilisce che «nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica. Possono istituirsi sezioni con sede diversa dal capoluogo della Regione»¹⁵.

¹³ Sulla costituzionalizzazione dello *status quo* in materia di «giustizia amministrativa» si rinvia alle ricostruzioni complessive di V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella costituzione italiana*, Milano, 1966; A.A. Cervati, *Profili costituzionali della «giustizia amministrativa» (edizione provvisoria)*, Roma, 1975; G. Roehrsen, *La giustizia amministrativa nella costituzione*, Milano, 1988; cui *adde* M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, sesta ed. 2002, pp. 80 ss. Il tema è stato altresì ripreso alcuni anni più tardi da G. Corso, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997, pp. 21 ss.; e da A. Pajno, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in «Dir. proc. amm.», 1994, pp. 458 ss.

¹⁴ Al proposito C.E. Gallo, *Appello nel processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, pp. 316 ss., afferma che «il fatto che i Tribunali regionali, e cioè organi locali di giustizia amministrativa, siano previsti in quel titolo è evidentemente estremamente significativo». In tal modo «il Costituente aveva voluto, del resto recependo un orientamento che si era già in precedenza manifestato (...) consentire al cittadino di rivolgersi ad un giudice amministrativo che fosse a lui più vicino, e quindi in qualche modo più facilmente raggiungibile».

¹⁵ A tal proposito è stato evidenziato (in tal senso G. Abbamonte, R. Laschena, *Giustizia amministrativa*, in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova,

La sola questione che si è posta in sede di Assemblea costituente con riguardo alla speciale previsione contenuta nell'art. 125, comma secondo, Cost. attiene alla qualificazione della natura giuridica dei Tribunali amministrativi regionali rispetto ai quali ci si è chiesti *usque ab initio* se dovessero qualificarsi in termini di organi statali ovvero regionali di giustizia amministrativa.¹⁶

Un prima tesi (sostenuta già in sede di Assemblea costituente da Egidio Tosato) aveva infatti prediletto un inquadramento dei Tar quali organi che – pur essendo istituiti dallo Stato «nella Regione» secondo quanto espressamente previsto dall'incipit dell'art. 125, secondo comma, Cost. – mantenessero pur sempre una qualificazione di carattere regionale. In tale prospettiva la lettura della previsione contenuta nel nuovo art. 125 Cost. avrebbe potuto essere operata sulla base di una speciale tecnica che il legislatore costituzionale avrebbe ripreso anche nel successivo art. 130 Cost. (disposizione poi abrogata dalla più recente riforma del 2001), laddove era stato riconosciuto – questa volta in forma più diretta quanto alla qualificazione della natura giuridica – che un organo «della regione», pur «costituito nei modi stabiliti da legge della Repubblica», avrebbe esercitato, anche in forma decentrata, il controllo di legittimità sugli atti degli enti locali. A tale considerazione – ed a sostegno della tesi della natura regionale degli organi in questione – si aggiungeva un dato di carattere contestuale attinente alla particolare collocazione dell'art. 125 Cost. nel Titolo V della Carta costituzionale, significativamente dedicato a Regioni, Province e Comuni: la mancata riconduzione dei Tar nell'ambito del Titolo IV, appositamente dedicato alla magistratura, finiva per costituire una conferma testuale della non statualità di tali organi, attratti così nell'orbita regionale.

Una seconda tesi (che aveva trovato quale fautore in Assemblea costituente Costantino Mortati) si pose in aperto contrasto con la possibilità di qualificare i Tar quali organi di carattere regionale,

1997, spec. 25 ss.) come tanto l'art. 103, comma primo, quanto l'art. 125, comma secondo, Cost. costituiscano il «fondamento costituzionale del sistema di giustizia amministrativa, consolidando la posizione del Consiglio di Stato e degli organi di giustizia amministrativa di primo grado quali giudici amministrativi sugli interessi legittimi nei confronti dell'amministrazione pubblica».

¹⁶ La problematica è stata messa in evidenza in particolare da V. Caianiello, *Commento sub art. 125, secondo comma, Cost.*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1990, spec. pp. 351 ss.

prediligendo al contrario una esigenza di omogeneità degli organi di giustizia amministrativa previsti rispettivamente dalle disposizioni contenute nei Titoli IV e V della Costituzione. Al proposito è stato osservato come a sostegno di questa tesi soccorrano «argomenti d'ordine testuale e sistematico»¹⁷. La considerazione del dato testuale non può infatti condurre ad evidenziare esclusivamente l'incipit dell'art. 125, secondo comma, Cost., dovendosi piuttosto considerare la circostanza in forza della quale la disposizione de qua fa pur sempre riferimento a «organi di giustizia amministrativa di primo grado». Una diversa lettura della disposizione, tendente ad una qualificazione dei Tar in termini di organi di carattere regionale ancorché istituiti con legge dello Stato, verrebbe da questo punto di vista a porre alcuni profili di carattere problematico che sono stati evidenziati dalla dottrina. In primo luogo la previsione in forza della quale i Tar debbano considerarsi organi istituiti «nella Regione» non può condurre automaticamente e immediatamente alla conseguenza per la quale essi siano al contempo anche organi «della Regione»: infatti, se da un lato appare impossibile – anche alla luce del testo costituzionale – configurare la titolarità in capo alla Regione di funzioni giurisdizionali, dall'altro «costituirebbe quantomeno un'anomalia l'esistenza di un complesso giurisdizionale unitario facente capo in parte alla Regione ed in parte allo Stato»¹⁸. Tale lettura, fortemente permeata da una istanza di carattere unitario ed omogeneo nella configurazione del sistema della giustizia amministrativa così come delineato dal testo costituzionale, induce ad una diversa conclusione in forza della quale i Tar costituiscono organi che, pur essendo stati ricondotti in ambito regionale, non sono nella sostanza organi della regione. L'idea che è stata avanzata al proposito è quella di un nesso di occasionalità: per tale motivo la collocazione dei Tar in un Titolo dedicato alle Regioni di fatto non ha «implicazioni d'ordine sostanzialistico, ma si spiega in termini di occasionalità», nel senso che l'istituzione dell'ordinamento regionale ha costituito l'occasione «che ha indotto il costituente al ridimensionamento a livello della Regione degli organi decentrati della giustizia amministrativa», perseguendo da questo punto di vista un duplice e contestuale obiettivo di riallineamento ad un livello superiore regionale (superando il livello provinciale di articolazione pe-

¹⁷ Caianiello, *Commento sub art. 125*, cit., p. 353.

¹⁸ *Ibidem*.

riferica degli organi della giustizia amministrativa esistente al momento della redazione della Costituzione imperniata sulle prefetture) e decentramento qualificato in relazione agli organi di primo grado di un sistema giurisdizionale caratterizzato precedentemente da una marcata organizzazione centralizzata delle competenze amministrative¹⁹. In tale ottica trova conferma la necessità di operare la già ricordata lettura dell'art. 125, secondo comma, Cost., in combinato disposto con l'art. 103 Cost.²⁰, nella parte in cui prevede la giurisdizione del Consiglio di Stato per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie previste dalla legge, anche dei diritti soggettivi, e quella degli altri «altri organi di giustizia amministrativa» i quali contribuiscono a delineare un modello di giurisdizione amministrativa fondata su un doppio grado di giudizio²¹.

Nessun lume poteva trarsi in proposito da una legge costituzionale anteriore alla Costituzione e che per di più andava coordinata con la Costituzione stessa, lo Statuto delle Regione speciale Sicilia, perché l'art. 23 dello Statuto siciliano sembra prevedere sì un organo giurisdizionale amministrativo, ma sub specie di sezione regionale «per gli affari concernenti la Regione» di un organo giurisdizionale centrale dello Stato, cioè del Consiglio di Stato.

La successiva configurazione del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana è posteriore, è definito con il d.lgs. 6 maggio 1998, n. 654, e non è pertanto utile per cercare di capire a che cosa pensassero i padri costituenti a proposito dei Tribunali regionali amministrativi²². Dal punto di vista organizzativo per la col-

¹⁹ Così ancora Caianiello, *Commento sub art. 125*, cit., pp. 353-354.

²⁰ Come suggerito da G. Abbamonte, R. Laschena, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 25 ss.

²¹ Al proposito in giurisprudenza Corte cost., sent. 14 gennaio 1982 n. 8, ove si fa riferimento all'art. 125, comma secondo, Cost. riconoscendosi come tale disposizione abbia contribuito a costituzionalizzare un modello di giustizia amministrativa fondato sul doppio grado di giudizio di cui i Tar costituiscono organi di prima istanza. Sul punto si rinvia a S. Belomia, *Corte costituzionale e doppio grado di giurisdizione*, in «Giur. cost.», 1982, pp. 43 ss., nonché F.G. Scoca, *Processo cautelare amministrativo e costituzione*, in «Dir. proc. amm.», 1983, spec. pp. 311 ss.

²² Per le numerose questioni sollevate dall'istituzione e dalla successiva normativa di «attuazione» del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia si rinvia all'ampia disamina di S. Raimondi, *L'ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia. Privilegio e condanna*, Milano, 2009, spec. pp. 57 ss. ove viene sviluppata un'indagine in merito ai lavori che condussero alla stesura del testo recante «Norme per l'esercizio nella Regione siciliana delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato», il cui art. 1 aveva previsto che il Consiglio esercitasse «le funzioni consultive e giurisdizionali spettanti alle Sezioni regionali del Consiglio di Stato previste dall'art. 23 dello Statuto della Regione siciliana». Il testo in questione è

locazione dei tribunali regionali amministrativi nel sistema della giustizia, nel caso amministrativa, se fossero cioè organi statali o regionali.

La qualificazione dei Tribunali amministrativi regionali come organo giurisdizionale statale oppure regionale non era priva di importanza perché sotto il profilo funzionale era logico attendersi che la competenza dei Tribunali si riferisse al contenzioso sugli atti amministrativi della Regione e degli enti alla Regione riconducibili, se li si definiva organi regionali. Se invece si qualificava il Tribunale come organo statale, era logico attendersi che il contenzioso attribuito al nuovo organo giurisdizionale si estendesse in primo grado agli atti di qualsiasi amministrazione, statale, regionale, di enti locali o di qualsiasi ente pubblico, con una articolazione territoriale regionale di primo grado definita con criteri simili a quelli utilizzati per il riparto territoriale delle competenze del giudice ordinario.

Col primo sistema si sarebbe conservato il modello francese originario presente in tutti i contenziosi amministrativi anche degli Stati preunitari e riprodotto nel sistema di giustizia amministrativa vigente al momento della stesura della Costituzione con le Giunte provinciali amministrative.

In sintesi i Tribunali amministrativi regionali potevano essere intesi come una variante regionale dei consigli di prefettura napoleonici e perciò delle Giunte provinciali amministrative nella versione dell'ordinamento italiano vigente in quel momento²³, oppure come nuovo giudice amministrativo di primo grado riferito a tutte le amministrazioni anche non regionali a competenza territorialmente delimitata con riferimento alle istituende Regioni.

Nessun lume sulla questione poteva derivare dal decreto legislativo 6 maggio 1948, n. 654 recante «norme per l'esercizio nella Regione Siciliana delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato», il

stato successivamente abrogato per effetto del d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373, il cui art 1 oggi prevede che «il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (...) esercita funzioni consultive e giurisdizionali nella Regione siciliana, ai sensi dall'articolo 23 dello Statuto speciale».

²³ Un quadro completo ed articolato in merito al giudizio innanzi alle Giunte provinciali amministrative, con un'ampia parte dedicata alle azioni proponibili ed allo svolgimento del processo, è stato delineato da A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Morano, Napoli, 1963, spec. pp. 443 ss., ove l'autore afferma con riguardo a siffatti «tribunali» che «nonostante che a essi partecipino elementi designati o addirittura nominati da enti territoriali diversi dallo Stato (...) sono (al pari di tutti gli altri organi di giurisdizione) organi dello Stato».

quale aveva *sic et simpliciter* calato in Sicilia una sezione del Consiglio di Stato con tutte le sue competenze funzionali esistenti al momento, ma con una variante organizzativa: la «designazione» di due Consiglieri della Sezione da parte del presidente della Regione Sicilia²⁴.

Qui la regione c'era, ma non in relazione alla funzione e neppure all'organizzazione, ma solo in relazione ad una partecipazione interorganica. Una soluzione estranea alla «regionalità» dei nuovi Tribunali regionali amministrativi prevista dalla Costituzione e, a dire il vero, come sarà osservato da più parti, anche alla possibile logica della previsione del precostituzionale Stato siciliano.

Come attuare dunque la previsione dell'art. 125 della Costituzione? Come molte altre norme costituzionali che prevedevano istituti nuovi che per essere realizzati abbisognano della collaborazione del legislatore anche i Tribunali amministrativi regionali entrarono nel limbo dei progetti costituzionali inattuati.

Per i Tribunali amministrativi regionali bisogna constatare che persino l'attività «progettuale» di attuazione di una norma costituzionale finì per «sonnecchiare» per un ventennio: dal 1948 al 1968.

Un primo schema di disegno di legge sul Consiglio di Stato e sui Consigli regionali di giustizia amministrativa fu elaborato da una Commissione presieduta da Ferdinando Rocco (la cui relazione fu presentata al presidente del Consiglio dei ministri nel 1949). A tale proposta fecero seguito altri schemi di disegni di legge adottati dal Consiglio dei ministri rispettivamente nel 1962 e nel 1966, che non ebbero seguito, non essendo in alcuni casi (in particolare il progetto del 1962) nemmeno stati presentati alle Camere per l'avvio dell'iter legislativo²⁵.

²⁴ Al proposito è da rilevare come l'art. 2 del d.lgs. n. 654/1948 avesse previsto una particolare costituzione del Consiglio di giustizia amministrativa in sede giurisdizionale, la cui presidenza era rimessa a un presidente di sezione del Consiglio di Stato (comma 1), essendone membri «in sede consultiva: a) due magistrati del Consiglio di Stato, di cui uno almeno col grado di consigliere, designati dal presidente del Consiglio di Stato; b) un prefetto della Repubblica, designato dal Ministro per l'interno; c) quattro esperti nei problemi della Regione, designati dalla Giunta regionale» (comma 2); mentre «in sede giurisdizionale: a) i due magistrati del Consiglio di Stato indicati nel comma precedente; b) due giuristi scelti tra professori di diritto delle università o avvocati abilitati al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori, designati dalla Giunta regionale» (comma 3).

²⁵ Al proposito C. Talice, *Tribunali amministrativi regionali*, voce in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, pp. 28 ss., osserva come «l'ordinamento dei nuovi organi, demandato alla legge ordinaria, è stato messo a punto a conclusione di un lungo travaglio legislativo» sollecitato da una parte della dottrina (tra cui ad esempio E. Guicciardi, *Gli organi locali di giu-*

Ci vollero due fatti traumatici perché il legislatore si decidesse a prendere in esame l'attuazione della previsione costituzionale dei Tribunali regionali amministrativi «organi di giustizia amministrativa di primo grado»: una sentenza della Corte costituzionale che giudicò incostituzionali le Giunte provinciali amministrative e una decisione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato che giudicò assorbita nella propria competenza la precedente competenza delle Giunte provinciali amministrative a seguito dell'eliminazione delle stesse da parte della Corte costituzionale con la sua sentenza che le giudicava costituzionalmente illegittime.

Ma procediamo alla descrizione dei due eventi traumatici.

3. *L'incostituzionalità delle Giunte provinciali amministrative e il c.d. assorbimento della competenza nel Consiglio di Stato*

L'affermazione della incostituzionalità delle Giunte provinciali amministrative, cioè di un giudice di primo grado per una serie di atti e materie riferiti agli enti locali non avvenne per incompatibilità con l'art. 125 della Costituzione del vecchio organo di giustizia locale, imperniato sulle prefetture secondo il modello napoleonico ripetuto per la giustizia amministrativa italiana dopo la «correzione-integrazione», nel 1889, ma per accertata inidoneità costituzionale della Giunta provinciale amministrativa a fare il giudice.

La vicenda della «caduta» costituzionale delle Giunte provinciali amministrative cominciò con la censura di un organo di giustizia in materia contabile, i consigli di prefettura²⁶, e si «concluse»

stizia amministrativa, in «Nuova rass.», 1955, pp. 1477 ss.), la quale «auspicava la riforma degli organi locali di giustizia amministrativa per assicurare l'imparzialità del giudice, la concentrazione della tutela degli interessi legittimi negli organi di giustizia amministrativa, nonché l'eliminazione di ogni limitazione alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi». L'autore, oltre al disegno di legge Rocco del 1949 sui consigli regionali di giustizia amministrativa si richiama altresì, tra le altre, alla proposta di legge Albertini presentata nel 1959 e a quella della regione Trentino-Alto Adige per l'istituzione del tribunale amministrativo regionale datata 2 marzo 1961. In tema altresì F.G. Scoca, *Tribunali amministrativi regionali*, in G. Guarino (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983, pp. 1555 ss.

²⁶ Sulla cui giurisdizione si veda G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 379 ss., che fa espresso riferimento al suo «carattere sindacatorio». In tale contesto è da osservare come l'art. 23, comma 2, del testo unico comunale e provinciale approvato con r.d. 3 marzo 1934, n. 383, aveva riconosciuto – sulla base della premessa contenuta nel comma 1 in forza della quale «il consiglio di prefettura si compone del prefetto, o di chi ne fa le veci, che lo presiede, e di due consiglieri» – che «alle sedute del consiglio, in sede di giurisdizione con-

per «censura analoga» ai danni della gemella Giunta provinciale amministrativa²⁷.

In entrambi i casi erano i componenti del collegio che, costituzionalmente, non avevano titolo per fare i giudici; il che determina-

tabile, intervengono, con voto deliberativo, il ragioniere capo della prefettura e il direttore di ragioneria o il ragioniere capo dell'intendenza di finanza, e, con voto consultivo, il funzionario di ragioneria che ha compilato la relazione sul conto». La disposizione in oggetto, riconducibile al modello di giustizia amministrativa venutosi a delineare in epoca pre-costituzionale, aveva suscitato, dopo l'entrata in vigore delle disposizioni costituzionali in tema di indipendenza dell'ordine giudiziario, alcuni dubbi circa la sua compatibilità con il nuovo testo. Tali dubbi avevano condotto in un primo momento a sollevare una questione di legittimità costituzionale la quale era stata risolta dalla Corte costituzionale (con sentenza 31 marzo 1965, n. 17) nel senso della infondatezza. Nello specifico, l'ordinanza di remissione della Corte dei conti, aveva posto l'attenzione sulla presunta incompatibilità dell'art. 260 del ricordato r.d. 3 marzo 1934, n. 383 con l'art. 103 Cost., a tenore del quale «la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica». Secondo il giudice *a quo* tale disposizione costituzionale «avrebbe inteso riservare in modo assoluto, e con operatività immediata, a quell'alto consesso, la competenza a conoscere di tutti i giudizi attinenti alla «contabilità» tanto dello Stato, che degli altri enti pubblici». Ciò avrebbe determinato da un lato la conseguenza per la quale si sarebbe prodotto «l'automatico venir meno, fin dall'entrata in vigore della Carta costituzionale, della competenza dei Consigli di prefettura in ordine ai «giudizi contabili» in precedenza rientranti nella loro giurisdizione; e dall'altro «l'illegittimità costituzionale dell'art. 260 del T.U. della legge comunale e provinciale approvato con r.d. 3 marzo 1934, n. 383, il quale attribuisce a quei Consigli la risoluzione, in primo grado, delle controversie in materia di responsabilità previste dagli artt. 251-59 dello stesso testo unico». La Corte – nel dichiarare l'infondatezza della q.l.c. così sollevata producendo così un «salvataggio» dei consigli di prefettura – giunse ad affermare che «la «giurisdizione contabile» dei Consigli di prefettura non può ritenersi venuta meno pel solo effetto del secondo comma dell'art. 103 della Costituzione», anche se tale affermazione, sulla base di una clausola aperta a possibili futuri sviluppi «non esclude che la competenza giurisdizionale di primo grado in materia di «contabilità pubblica» attribuita a un organo diverso dalla Corte dei conti possa urtare con altri precetti costituzionali ed essere perciò illegittima a titolo diverso». A tale argomentazione essa ne aggiunse un'ulteriore fondata sulla considerazione della VI disposizione transitoria e finale Cost., rilevando come la giurisdizione in primo grado dei Consigli di prefettura fosse soggetta alla «revisione» prevista da tale disposizione. Ne derivava una forte presa di posizione da parte della Corte, a tenore della quale per la revisione delle giurisdizioni speciali la disposizione VI transitoria e finale aveva assegnato un termine di cinque anni che «al pari di altri termini ed adempimenti prescritti dalla Carta costituzionale, non è stato osservato. Si è determinato così uno stato di incompiezza, e perciò di alterazione, del sistema concepito dall'Assemblea costituente, che questa Corte ritiene doveroso segnalare ancora una volta».

²⁷ Per un inquadramento di siffatte vicende si rinvia a F.G. Scoca, *L'evoluzione del sistema*, cit., p. 20, il quale rileva come l'inerzia del legislatore abbia «spinto la Corte costituzionale ad eliminare molti di tali giudici speciali, facendo leva sull'art. 108, comma 2, e sul principio di indipendenza ivi sancito»; S. Cassarino, *Giustizia amministrativa*, ad vocem, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1995, pp. 1 ss., spec. p. 3 per l'affermazione in forza della quale «queste giurisdizioni, pur essendo raccordate col Consiglio di Stato, in qualità di «giudici sottordinati», e quindi partecipi dello stesso complesso giurisdizionale, erano «speciali», a causa della limitazione della loro competenza a determinate materie, e rientravano perciò a pieno titolo fra quelle *guardate con disfavore nel disegno costituzionale*» (enfasi aggiunta).

va l'incostituzionalità dell'intero organo, *rectius* della legge che lo prevedeva.

Il punto di svolta nell'ambito di questa «duplice» vicenda è stato segnato da Corte cost., 3 giugno 1966, n. 55²⁸. In tal caso la Corte dei conti, mediante ordinanza di rimessione, aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale attinente all'art. 23, comma 2, del r.d. 3 marzo 1934, n. 383 (e ad altre disposizioni contenute nel testo normativo in questione), andando ad investire direttamente la Corte costituzionale di una questione attinente in primis alla composizione dei Consigli di prefettura e successivamente allo svolgimento del processo dinanzi ad essi in riferimento ai principi costituzionali della indipendenza e imparzialità del giudice, del diritto di difesa e della precostituzione del giudice.

In relazione alla prima censura attinente alla composizione dei Consigli di prefettura in sede di giurisdizione contabile (ex art. 23, comma secondo del r.d. 3 marzo 1934, n. 383) la Corte affermò che tutti i componenti del collegio così come previsti dalla disposizione de qua appartenessero «all'Amministrazione civile dello Stato: quattro all'Amministrazione dell'interno ed uno a quella del tesoro; tutti in posizione di dipendenza gerarchica dal potere esecutivo, il quale è anche competente ad adottare nei loro confronti i provvedimenti relativi alla carriera, allo stato giuridico, ai trasferimenti. In particolare è nota la posizione di dipendenza fiduciaria del prefetto dal governo: i prefetti sono i principali strumenti operativi del governo in sede locale (art. 19 del T.U. comunale e provinciale e art. 1 del regolamento approvato con r.d. 12 febbraio 1911, n. 297); e il governo dispone della possibilità di collocarli a disposizione e a riposo con provvedimento pienamente discrezionale (artt. 237-238 del T.U. 10 gennaio 1957, n. 3, e art. 6 del T.U. 21 febbraio 1895, n. 70)»²⁹. A ciò era da aggiungere la circostanza in forza della quale i due funzionari appartenenti alla carriera direttiva dell'Amministrazione dell'interno fossero a loro volta «dipendenti diretti del prefetto». In base a tale premessa il contrasto dell'art. 23, comma secondo, del r.d. 3 marzo 1934, n. 383 con la Costituzione veniva ritenuto «notevole» ove si considerasse anche l'oggetto del giudizio rimesso da tale disposizione in capo ai Consigli di prefettura. La Corte ebbe ad osservare in proposito che «il giudizio di responsabilità contabile

²⁸ Il cui testo è consultabile per intero in «Giur. cost.», 1966, 879 ss.

²⁹ Corte cost., 3 giugno 1966, n. 55, cit., considerato in diritto n. 2.

nei confronti degli amministratori degli enti locali, e di coloro che maneggiano i fondi degli enti stessi, è uno strumento essenziale e indispensabile a garanzia della legalità nella gestione finanziaria di tali enti. Essendo peraltro in grado di colpire nella personalità e nel patrimonio gli agenti di questi ultimi, e (quel che è più importante) i loro amministratori – e, tra questi, in particolare, gli amministratori degli enti territoriali, liberamente scelti dalle rispettive comunità –, la giurisdizione in esame, qualora non venga esercitata in condizioni di assoluta indipendenza e imparzialità, rischia di ripercuotersi in modo pregiudizievole sul regime delle autonomie. Ciò è tanto più manifesto in relazione agli amministratori degli enti territoriali, dato che la dichiarazione di responsabilità si risolve, per essi, in ragione di ineleggibilità (art. 15, n. 8, del T.U. 16 maggio 1960, n. 570, sulle elezioni comunali, e art. 8, secondo comma, della legge 8 marzo 1951, n. 122, sulle elezioni provinciali), e che gli amministratori che ricoprono la carica di sindaco (o, rispettivamente, di presidente della Giunta provinciale) o di assessore, quando nei loro confronti sia pendente il giudizio contabile, possono essere sospesi dalla carica fino all'esito del giudizio (ultimo comma del citato art. 15). È palese pertanto il pericolo che un organo di giurisdizione contabile composto di funzionari in posizione di stretta dipendenza dall'autorità governativa può rappresentare per le autonomie locali»³⁰. In base a tali osservazioni la Corte ritenne fondata la questione di legittimità costituzionale ad essa sottoposta ritenendo che la disciplina della composizione dei Consigli di prefettura in sede giurisdizionale contrastasse «col principio di indipendenza del giudice - e in particolare con l'art. 108, secondo comma, della Costituzione, il quale vuole assicurata l'indipendenza anche ai giudici speciali, e con lo stesso art. 101, secondo comma, il quale, disponendo che i giudici siano soggetti soltanto alla legge, li vuole sottratti, nel loro giudizio, ad ogni volontà esterna, che non sia quella obbiettiva della legge»³¹.

Alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 23, comma secondo, del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, fece seguito una analoga pronuncia in relazione ad altre disposizioni del Testo unico comunale e provinciale per quanto concerne non solo la composizione, ma anche la giurisdizione dei Consigli di prefettura. Nello

³⁰ *Ibidem*, considerato in diritto n. 2.

³¹ *Ibidem*, considerato in diritto n. 2 (ultima parte).

specifico fu riconosciuto che l'art. 260 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383 contrastasse «col principio di imparzialità del giudice, per il fatto che dispone che il giudizio contro gli amministratori viene promosso e svolto dai Consigli di prefettura d'ufficio o su richiesta del prefetto-presidente, nonostante che la funzione amministrativa inquirente destinata a condurre al giudizio spetti istituzionalmente allo stesso prefetto e a funzionari da lui dipendenti». Inoltre «la discrezionalità del potere di promuovere il giudizio, concessa al Consiglio ed al prefetto – presidente dal secondo comma dell'art. 260, può – data la constatata posizione di dipendenza di tutti i componenti del consesso rispetto al potere esecutivo – incidere sull'eguaglianza di trattamento nei confronti degli amministratori dei diversi enti locali e persino dei diversi amministratori di uno stesso ente, nonché sulla imparzialità del giudice, sotto il profilo della possibilità di discriminazioni (e particolarmente di discriminazioni politiche), senza che contro tali inconvenienti sia offerto alcun rimedio giuridico»³². Inoltre, per quanto attinente alle modalità del giudizio dinanzi ai Consigli di prefettura, la Corte rilevò che «la mancanza di una adeguata garanzia che, successivamente alla audizione delle parti private (prescritta dall'art. 310, quarto comma [del Testo unico]), non vengano introdotti nel processo, in modo non formale, elementi di giudizio non conosciuti dalle parti, contrasta col diritto di difesa (art. 24, secondo comma, della Costituzione)»; e che «l'ultima parte del secondo comma dell'art. 23, riflettente la partecipazione alle sedute del Consiglio di prefettura del funzionario di ragioneria che ebbe a compilare la relazione sul conto – disposizione alla quale si richiama anche l'art. 311 –, contrasta con gli artt. 3 e 24, secondo comma, della Costituzione, a causa della disparità di trattamento fatto alle parti private, rispetto a un funzionario avente funzione essenzialmente accusatoria, in ordine alla possibilità di rappresentare ai giudici, dopo che questi si siano riuniti per decidere, le rispettive ragioni»³³.

La vicenda dei consigli di prefettura in funzione giurisdizionale in precedenza narrata rappresentò inevitabilmente un punto di par-

³² *Ibidem*, considerato in diritto n. 3.

³³ *Ibidem*, considerato in diritto n. 3. Venne invece respinta dalla stessa Corte la richiesta di dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 29 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, dal momento che tale disposizione contemplava competenze non giurisdizionali dei Consigli di prefettura e competenze delle Giunte provinciali amministrative.

tenza per la successiva dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione riguardante l'esercizio di un'analogia funzione da parte delle Giunte provinciali amministrative³⁴. In quella sede la Corte – richiamando espressamente il precedente rappresentato dalla sentenza n. 55 del 1966 sui Consigli di prefettura – affermò che «con la sentenza n. 55 del 1966 questa Corte ebbe già a constatare che, in base alla legislazione vigente, tanto il prefetto (o il suo vicario), quando gli anzidetti funzionari di prefettura si trovano in posizione di dipendenza gerarchica dal potere esecutivo, il quale è anche competente ad adottare nei loro confronti i provvedimenti relativi alla carriera, allo stato giuridico, ai trasferimenti; che i prefetti sono i principali strumenti operativi del governo in sede locale e che il governo dispone della possibilità di collocarli a disposizione e a riposo con provvedimento pienamente discrezionale; che gli altri due funzionari di prefettura sono a loro volta dipendenti diretti del prefetto, il quale è altresì competente a redigerne i rapporti informativi». Sulla base di tali premesse la Corte riconobbe che «dalla riferita constatazione, riguardante la posizione dei tre funzionari in questione, e dalle modalità, assolutamente discrezionali, della destinazione di essi al consesso giurisdizionale e della loro sostituzione – affatto analoghe a quelle relative ai Consigli di prefettura e considerate nella ricordata sentenza –, risulta chiaramente che i funzionari stessi – i quali costituiscono la maggioranza dei componenti della Giunta – non si trovano in posizione di indipendenza rispetto al governo, e che, per di più, due di essi si trovano in posizione di stretta subordinazione rispetto al presidente del consesso». Da tali affermazioni essa pervenne alla conclusione per la quale tutto ciò fosse «sufficiente a far escludere che le Giunte provinciali amministrative (non diversamente da quanto la Corte ebbe ad affermare per i Consigli di prefettura) possano essere considerate organi giurisdizionali indipendenti». E ciò in base alla considerazione per la quale «il pericolo poi che la mancanza di indipendenza possa degenerare in mancanza di imparzialità non è difficile a intuire, quando si considerino le materie spettanti alla giurisdizione di que-

³⁴ Il riferimento è a Corte Cost., 16 marzo 1967, n. 30, in «Giur. cost.», 1967, 214 ss., la quale si è pronunciata in merito all'art. 1 del decreto legislativo 12 aprile 1945, n. 203, contenente norme integrative del decreto legislativo 4 aprile 1944, n. 111, per quanto riguarda la composizione della Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale e per la risoluzione dei ricorsi in materia di tributi locali.

sto organo, tra le quali rientrano le controversie sulle elezioni amministrative, i provvedimenti delle amministrazioni locali autonome, e persino provvedimenti dell'autorità governativa locale»³⁵.

Caduta la Giunta, cadeva anche la giurisdizione amministrativa di primo grado esercitata dalla Giunta sia pur con riferimento a un numero limitato di materie. E qui successe il secondo fatto traumatico rilevante per indurre il legislatore a porsi il problema di attuare, dopo vent'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, l'art. 125 Cost.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle Giunte provinciali amministrative ebbe quale conseguenza la creazione di un vero e proprio «vuoto» a livello di giudice speciale amministrativo di prima istanza³⁶. Il vuoto fu colmato a opera dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato mediante l'affermazione di un modello fondato sull'assorbimento della competenza preventivamente devoluta alla Giunta provinciale in capo al Consiglio di Stato.

La dottrina³⁷ che si è soffermata sul tema in questione ha rilevato come la soppressione delle Giunte provinciali, «raccordate col Consiglio di Stato, in qualità di «giudici subordinati», e quindi partecipi dello stesso complesso giurisdizionale», di fatto «venne a mettere in crisi il sistema della giurisdizione amministrativa locale, contribuendo a far maturare i tempi per la riforma, che sarebbe stata attuata nel 1971, con l'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali».

La questione fu posta con riguardo alla funzione giurisdizionale esercitata dalle Giunte provinciali amministrative prima della

³⁵ Cfr. Corte Cost., 16 marzo 1967, n. 30, cit., considerato in diritto n. 3.

³⁶ Sul punto A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, cit., spec. pp. 21 ss. (nonché, più oltre nel testo, pp. 525 ss.), per un inquadramento del modello antecedente alla ricordata pronuncia della Corte costituzionale, con particolare riguardo al ricorso innanzi al Consiglio di Stato contro le decisioni delle Giunte provinciali amministrative. L'autore ha osservato con riguardo al modello in questione come, «pur essendo la generalità delle decisioni delle Giunte provinciali amministrative soggette al giudizio di secondo grado del Consiglio di Stato, alcune di esse sono soggette al giudizio di secondo grado di altri giudici». A tal proposito rilevava come le decisioni delle «Giunte delle province siciliane sono appellabili innanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Sicilia (...) e le decisioni di tutte le Giunte provinciali amministrative dello Stato, relative alle questioni di eleggibilità dei consiglieri comunali e provinciali, sono impugnabili innanzi alle Corti d'appello». Per cui «esorbiterebbe dalla propria giurisdizione il Consiglio di Stato, qualora pretendesse di sindacare una qualsiasi pronuncia adottata da una Giunta provinciale amministrativa» limitatamente alle ipotesi che sono state poco sopra ricordate.

³⁷ Cassarino, *Giustizia amministrativa*, cit., spec. pp. 3-4.

sentenza della Corte cost. n. 30 del 1967. La V Sezione del Consiglio di Stato – a seguito della pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 1 del d.l. 12 aprile 1945, n. 203, contenente norme integrative del d.l. 4 aprile 1944, n. 111, per quanto riguarda la composizione della Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale – con ordinanza 30 giugno 1967, n. 726 rimise all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato l'esame della questione relativa all'incidenza della sentenza della Corte costituzionale 22 marzo 1967, n. 30 su una decisione precedentemente adottata dalla Giunta provinciale amministrativa di Roma in sede giurisdizionale non ancora passata in giudicato alla data di pubblicazione della suddetta sentenza. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. plen. 24 novembre 1967, n. 15)³⁸ ebbe ad affermare in quella occasione che «in virtù dell'efficacia *erga omnes* delle sentenze della Corte costituzionale dichiarative di incostituzionalità, debesi pertanto ritenere che le decisioni della Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale [adottate nella composizione prevista dalla disposizione dichiarata costituzionalmente illegittima] siano affette da un vizio che ne determina l'invalidità; e pertanto, quando su di esse, per la pendenza dell'appello, non si sia costituito in giudicato, deve il giudice di secondo grado pronunciarne anche d'ufficio l'annullamento»³⁹. In tale prospettiva di inquadramento l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato giunse alla conclusione che «il vizio rilevato dalla Corte costituzionale, di contrasto con gli art. 101, comma 2, e 108, comma 2, della Costituzione – precisato dalla Corte stessa come mancanza d'indipendenza, che può degenerare in mancanza d'imparzialità – non implica che al Collegio debba essere negato il possesso dei requisiti d'idoneità, e quindi la carenza di legittimazione all'esercizio della *potestas decidendi*». Dalla stessa motivazione della sentenza n. 30 del 1967 della Corte costituzionale «si può infatti desumere che la mancata attribuzione di adeguate garanzie d'indipendenza è rilevante in quanto presuntivamente produttiva di *errores in iudicando*: trattasi cioè di vizio che influisce non sulla competenza del giudice, ma sul contenuto del giudizio

³⁸ Il cui testo è consultabile in «Foro it.», 1968, III, pp. 134 ss.

³⁹ Richiamandosi al proposito Cons. Stato, Ad. plen. 8 aprile 1963 n. 8 e la circostanza per la quale, secondo Cass., Sez. Un. Civili, 22 giugno 1963 n. 1707, il vizio di composizione del collegio giudicante derivante da illegittimità costituzionale della norma regolatrice è causa di mera nullità e non di inesistenza della decisione.

che egli è chiamato a manifestare». Per tali motivi l'adunanza plenaria ritenne che «pur dovendosi annullare la decisione dei primi giudici, il primo grado di giurisdizione debbasi ritenere consumato; e che al giudice d'appello debbasi in conseguenza intendere devoluta la controversia nella sua totalità, quale risulta dall'atto introduttivo del giudizio di primo grado. In altri termini, dovrà il Consiglio di Stato quale giudice d'appello portare il suo esame su tutti i motivi del ricorso (tenendo conto, ovviamente, di quanto dalle parti è stato dedotto e sostenuto in questo grado ulteriore), non diversamente da quanto accade allorché per qualsiasi ragione (per esempio, per avere il primo giudice erroneamente ritenuto una causa d'irricevibilità o inammissibilità del ricorso) sia mancato in primo grado l'esame dei motivi d'impugnazione». Nella stessa prospettiva si inquadra anche Cons. Stato, Ad. plen. 7 marzo 1969, n. 5⁴⁰, ove si afferma – muovendo dalla premessa per la quale «occorre stabilire quale sia il giudice competente a conoscere delle controversie già attribuite alla giurisdizione» delle giunte provinciali amministrative «non potendo evidentemente ritenersi che dette controversie manchino di un giudice» – che «non può pertanto dubitarsi che, venuto meno il giudice speciale, le materie ad esso attribuite con competenza di mera legittimità, spettino alla giurisdizione del Consiglio di Stato, che è giudice generale di legittimità in materia di interessi legittimi»⁴¹.

Effettivamente era un po' troppo: non solo scompariva un giudice di primo grado, ma la sua funzione veniva assorbita da un giudice unico. La Costituzione, quanto previsto nell'art. 125, non poteva più essere «rimandata»⁴².

⁴⁰ Il cui testo integrale è consultabile in «Foro amm.», 1969, I, pp. 168 ss.

⁴¹ In tema G. Leone, *Il sistema delle impugnazioni amministrative*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 2006, pp. 7 ss., ha riconosciuto (spec. pp. 25 ss.) che l'esercizio della giurisdizione in via transitoria e provvisoria da parte del Consiglio di Stato in unico grado determinò la conseguenza per cui «il sistema impugnatorio» venne di fatto ad essere «decapitato in tal modo dell'appello», essendo successivamente «integralmente rigenerato e rinnovato» ad opera della legge n. 1034/1971 istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali di cui si dirà subito *infra* nel testo.

⁴² A tal proposito G. Leone, *Il sistema delle impugnazioni amministrative*, cit., spec. p. 17, osserva come «la norma contenuta nell'art. 125 della Costituzione, a differenza di altre, quali quelle aventi ad oggetto l'indipendenza del giudice amministrativo (art. 108), è però, meramente programmatica e non precettiva e di immediata attuazione. Anzi essa, come tante altre norme costituzionali, avrebbe anche non potuto trovare una concreta attuazione legislativa se il legislatore non fosse stato costretto ad intervenire a causa della non assoluta indi-

4. *L'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali. La facoltatività del previo ricorso gerarchico, con conseguente esplosione delle domande cautelari nel giudizio di primo grado e reazione del Consiglio di Stato*

La legge Tesauro del 1971 rappresenta non soltanto il punto di arrivo di un percorso di attuazione dell'art. 125⁴³, comma secondo, Cost., ma anche la risposta ai due fatti traumatici in precedenza evidenziati⁴⁴.

Nel contesto dello *choc* traumatico si inseriscono due disegni di legge coevi datati 1968. Il primo fu presentato dal presidente del Consiglio dei ministri Leone, di concerto con i ministri Restivo, Gonella e Colombo⁴⁵ la cui finalità era quella di proporre al Parlamento una «efficiente riforma della giustizia amministrativa decentrata, che dia piena e soddisfacente attuazione, in questo campo, sia alle norme della Costituzione, sia ai voti da lungo tempo e da varie parti manifestati». La proposta in questione fa espresso riferimento – qualificando il contesto in cui essa viene ad inserirsi – a «precedenti progetti governativi elaborati rispettivamente nella terza e nella quarta legislatura e in particolare al secondo di tali progetti che – accuratamente studiato sulla base di un aggiornato parere del Consiglio di Stato, il quale aveva già avuto occasione di pronunciarsi nel 1956 su altro schema sottopostogli dal governo – non poté tuttavia giungere all'esame ed all'approvazione del Consiglio dei ministri». La proposta in questione richiamava il criterio in forza del quale «l'ordinamento degli organi di giustizia amministrativa in linea ge-

pendenza dei giudici delle Giunte provinciali amministrative accertata e censurata dalla Corte costituzionale».

⁴³ Per una contestualizzazione di siffatto intervento legislativo in attuazione dell'art. 125 Cost., si rinvia a V. Spagnuolo Vigorita, *I Tribunali amministrativi regionali: dal progetto alla legge istitutiva*, in «Rass econ.», 1972, pp. 515 ss.; A. De Roberto, *Tribunali amministrativi regionali*, ad vocem, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXIII, Roma, 1990, pp. 1 ss.; F.G. Scocca, *Tribunali amministrativi regionali*, cit., pp. 1555 ss.; C. Talice, *Tribunali amministrativi regionali*, cit., pp. 28 ss.; Ma, già prima del varo della legge di cui si discute, F. Franchini, *I Tribunali amministrativi regionali*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1955, pp. 987 ss.

⁴⁴ È stato osservato (da P. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica amministrazione*, Milano, 1982, pp. 163 ss.) come con la legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali «non solo si è colmata (...) la lacuna che ha paralizzato la giustizia amministrativa periferica per oltre un quinquennio, in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità dei precedenti organi di giurisdizione amministrativa, ma si è realizzato compiutamente il doppio grado di giurisdizione, essendosi introdotto l'appello al Consiglio di Stato contro le decisioni di primo grado dei tribunali amministrativi».

⁴⁵ V legislatura, d.d.l. n. 434 presentato alla Camera dei deputati in data 1 ottobre 1968.

nerale debba riflettere l'ordinamento degli organi ed enti di amministrazione attiva, rispetto ai quali assume quella funzione di ausiliarità cui si intitola la sezione terza del titolo terzo, parte seconda della Costituzione»; per cui «quando la funzione amministrativa attiva si sviluppa in sede ed a livello «centrale», cioè con riguardo ad interessi unitari dello Stato, parimenti unitario e centrale deve essere l'organo giurisdizionale. Dove invece la stessa funzione si specifica con riguardo a interessi locali, la valutazione delle insorte controversie ben può demandarsi all'organo di giustizia amministrativa decentrato, rispetto al quale il secondo grado di giurisdizione, affidato al Consiglio di Stato, è correlativo alla funzione di alta vigilanza che gli organi centrali dello Stato esercitano sugli organi ed enti dislocati nel territorio nazionale. A parte ciò, si è considerato che l'introduzione del duplice grado di giurisdizione per gli atti delle autorità centrali avrebbe comportato l'istituzione d'un tribunale di prima istanza «mastodontico» nella capitale e altre gravi difficoltà di ordine organizzativo e funzionale, per cui una soluzione siffatta è apparsa nettamente sconsigliabile». Si affermava altresì nella Relazione di accompagnamento a tale disegno di legge che «dinanzi ai tribunali regionali sono impugnabili solo gli atti definitivi» con la precisazione che «sono ben note le critiche mosse da lungo tempo all'istituto del ricorso gerarchico, la cui utilità pratica si può dire circoscritta al riesame di merito del provvedimento, ma il problema generale non può risolversi in questa sede, essendo connesso alla riforma di altri istituti amministrativi. Pertanto (...) è auspicabile che, nel corso di una più estesa ed intensa attuazione del decentramento amministrativo, sia progressivamente accresciuto il numero degli atti definitivi delle autorità locali consentendone così la diretta impugnazione in sede giurisdizionale».

La seconda proposta di legge⁴⁶ muoveva dall'osservazione che il «problema» della giustizia amministrativa si poneva ormai come di particolare urgenza e «indifferibile soluzione», essendosi venuta a creare una «gravissima situazione di carenza di tutela giurisdizionale in un amplissimo raggio di rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione». Da una lettura della Relazione di accompagnamento a tale proposta di legge emergeva una particolare attenzione rispetto alla necessità di realizzare un sistema di giustizia

⁴⁶ V legislatura, proposta di legge n. 639 presentata alla Camera dei deputati in data 11 novembre 1968; proponenti Luzzatto, Lattanzi e altri.

amministrativa operante in piena ed effettiva attuazione del dettato costituzionale: «adeguare la giustizia amministrativa ai principi costituzionali significa rendere possibile al cittadino difendersi contro il provvedimento ingiusto da chiunque sia emanato, senza ricorso all'autorità superiore a quella che ha emanato l'atto. In altri termini è necessario applicare il principio della definitività dell'atto amministrativo e, quindi, della sua impugnabilità in sede giurisdizionale, non solo a livello di provvedimento ministeriale, ma a tutti i livelli cui farà capo il decentramento autarchico e quello burocratico; nel senso che l'organo emanante l'atto se ne assuma la piena e totale responsabilità verso i terzi e verso la pubblica amministrazione medesima». Da questo punto di vista il fondamento sul quale veniva a poggiare la riforma proposta era quello della istituzione dei tribunali amministrativi regionali, «ai quali i cittadini possano rivolgersi per ottenere giustizia contro qualsiasi atto, di qualsiasi natura della pubblica amministrazione (...); fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario per i rapporti nei quali la pubblica amministrazione agisca come privato, la giurisdizione dei tribunali amministrativi dovrà comprendere tutti i rapporti nei quali la pubblica amministrazione sia parte necessaria, cioè quando il rapporto è configurabile solo nei confronti della pubblica amministrazione», dovendosi trattare di una «giurisdizione piena in tutte le materie»⁴⁷.

In relazione al dibattito svoltosi negli anni sessanta del secolo scorso, la cui manifestazione in sede parlamentare è testimoniata dalle due richiamate ed antitetiche proposte di legge, si è osservato⁴⁸ come sia in conseguenza della fusione dell'iniziativa governativa che si è richiamata con la «coeva proposta di legge Luzzatto che si perviene, con la legge n. 1034 del 6 dicembre 1971, alla istituzione dei tribunali amministrativi regionali, non più come organi competenti in primo grado delle controversie nei confronti degli organi amministrativi di enti locali o di organi periferici dello Stato, di livello regionale o infraregionale, ma come organi di primo grado

⁴⁷ Per questo si poteva ancora leggere nella Relazione che «il cittadino vedrà così con la sentenza realizzato il suo interesse violato, senza che sia necessario un altro atto della pubblica amministrazione. Anche in secondo grado la giurisdizione deve essere piena in tutte le materie, e competenti saranno il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti, il primo, in via generale, per i rapporti nei quali è parte necessaria la pubblica amministrazione, la seconda in materia di contabilità pubblica, di pensioni, di tributi».

⁴⁸ Nello specifico Caianiello, *Commento sub art. 125 Cost.*, cit., p. 357.

con competenza estesa ad ogni tipo di controversia e quindi anche di quelle instaurate nei confronti degli organi centrali dello Stato».

L'intervento di riforma operato mediante la l. n. 1034/1971 rappresentò solamente in apparenza una soluzione legislativa «al ribasso» e di scarso impatto sul sistema della giustizia amministrativa così come venutosi a delineare fino a quel momento⁴⁹. Se – come è stato osservato⁵⁰ – la legge del 1971 aveva di fatto «ripetuto letteralmente le formule del testo unico sul Consiglio di Stato» determinando una situazione in forza della quale «l'impostazione fondamentale del processo amministrativo non è stata minimamente variata», ciò non deve indurre ad una sottovalutazione dell'intervento in questione il quale se da un lato si caratterizzava per una sostanziale continuità rispetto all'impostazione pregressa, dall'altro presentava profili di maggiore dirompenza rispetto a quest'ultima⁵¹. A tal proposito una modifica di particolare rilievo rispetto alla disciplina previgente è quella che ha determinato una riconsiderazione del rapporto tra ricorso gerarchico e ricorso giurisdizionale in relazione alla questione della impugnabilità dei provvedimenti amministrativi non definitivi⁵². Il modello fondato su quella che, richiamando le parole di Esposito era stata definita in termini di «giurisdizione condizionata» – intesa in termini di «giurisdizione il cui

⁴⁹ Per un primo bilancio in merito all'impatto dell'attività dei Tar sul tradizionale sistema di giustizia amministrativa a dieci anni dalla entrata in vigore della l. n. 1034/1971 si rinvia a F.G. Scoca, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei Tribunali amministrativi regionali*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, pp. 197 ss., ove sono richiamate le diverse posizioni circa la «utilità» ed il «raggiungimento effettivo» degli obiettivi della legge di cui si discute.

⁵⁰ Da Scoca, *L'evoluzione del sistema*, cit., p. 25.

⁵¹ Peraltro una diversa posizione è ravvisabile in Nigro, *Giustizia*, cit., 111, il quale riconosce come si fosse trattato di «una legge molto importante che attua quella che forse è la più impegnativa riforma della giurisdizione amministrativa che sia intervenuta dal 1889 ad oggi»; una legge la cui ispirazione «è fondamentalmente buona», rappresentando una «tappa importante sulla via della creazione di un contenzioso amministrativo articolato ed efficiente». L'autore, pur seguendo siffatta impostazione, non negava tuttavia la «pessima fattura» della legge il cui testo finale appariva notevolmente peggiorato dalle Camere rispetto al progetto originario.

⁵² In tale prospettiva L. Mazzaroli, *La tutela del cittadino nell'amministrazione: i ricorsi amministrativi*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, vol. II, pp. 407 ss., osserva come la disciplina precedente all'entrata in vigore della l. n. 1034/1971 «fosse stata largamente e insistentemente criticata dalla dottrina», precisando che «ciò che veniva soprattutto fatto oggetto di riprensione era la defatigante procedura e la snervante attesa imposta al cittadino prima di vedersi aperta la via giurisdizionale, considerata l'unica tutela degna di questo nome degli interessi di cui lamentasse la lesione».

esercizio è condizionato alla previa proposizione da parte dell'attore (o ricorrente) di uno o più rimedi amministrativi»⁵³ – aveva già suscitato qualche dubbio di compatibilità rispetto all'art. 24 Cost.; ciononostante si era concluso nel senso che «non sembra però che, in generale, la previsione di questi rimedi, quali necessari presupposti della proposizione dell'azione, possa considerarsi contraria alla Costituzione, fino a tanto almeno che la loro esistenza non renda eccessivamente difficile l'accesso alla tutela giurisdizionale e non conduca ad un sostanziale svuotamento della medesima»⁵⁴. In tale contesto è da valutare la portata dirompente dell'art. 20, comma 1, della legge n. 1034 del 6 dicembre 1971 a tenore del quale «nei casi in cui contro gli atti o provvedimenti emessi da organi periferici dello Stato o di enti pubblici a carattere ultraregionale sia presentato ricorso in via gerarchica, il ricorso al tribunale amministrativo regionale è proponibile contro la decisione sul ricorso gerarchico ed in mancanza, contro il provvedimento impugnato, se, nel termine di novanta giorni, la pubblica amministrazione non abbia comunicato e notificato la decisione all'interessato». La disposizione veniva in tal modo da codificare il principio della facoltatività del previo ricorso gerarchico, eliminando in tal modo un modello che aveva utilizzato il riferimento all'espletamento di quest'ultimo quale condizione preliminare per la successiva proposizione dell'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo⁵⁵.

La dottrina⁵⁶, riflettendo sulla portata della disposizione de qua, ha osservato come essa si inserisse in un particolare «clima per l'abolizione della definitività dell'atto quale presupposto indispensabile alla tutela giurisdizionale», pur costituendo una «norma ambigua» che tuttavia non poteva avere alcuna altra interpretazione se non quella che conduceva all'affermazione della facoltatività dei «ricorsi amministrativi ordinari» i quali finivano per «scadere ovviamente di importanza nell'ambito del sistema».

⁵³ Così Nigro, *Giustizia*, cit., p. 107.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Il problema del rapporto fra ricorso gerarchico e ricorso contenzioso era già emerso nel processo amministrativo del Ducato di Parma e Piacenza e risolto nello stesso modo; nel senso della non obbligatorietà del previo ricorso gerarchico da una sentenza del Consiglio di Stato parmense del 30 settembre 1846. Sentenza che provocò la dura reazione del Niccolosi, l'amministrativista all'epoca del Ducato. Cfr. in proposito F. Merusi, *Il diritto amministrativo parmense nella dottrina: Giovan Battista Niccolosi*, in F. Merusi – G.G. Spattini – E. Fregoso, *Il contenzioso amministrativo di Maria Luigia*, Milano (Isap), 2013, pp. 114 ss.

⁵⁶ Cassarino, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 2.

In tale contesto un'altra disposizione di particolare rilievo era rappresentata dall'art. 21, comma 7, del testo originario della l. n. 1034/1971, laddove si affermava che «se il ricorrente, allegando danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, ne chiede la sospensione, sull'istanza il tribunale amministrativo regionale pronuncia con ordinanza motivata emessa in camera di consiglio. I difensori delle parti debbono essere sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta». La disciplina introdotta per effetto della richiamata disposizione poneva però un problema di possibili rimedi nei confronti di tali ordinanze cautelari. Il rimedio dell'appello al Consiglio di Stato era previsto esclusivamente in relazione alle sentenze dei Tribunali amministrativi regionali da altre disposizioni della stessa legge Tesaro (ad esempio gli art. 28, 29, 33, 34 e 37), mentre nulla si diceva circa il regime dei gravami ammissibili avverso le pronunzie cautelari emanate per effetto dell'ordinanza di cui all'art. 21, comma 7 della legge medesima. Il profilarsi di un contrasto giurisprudenziale tra un orientamento propenso a riconoscere il rimedio dell'appello anche avverso alle ordinanze⁵⁷ e un opposto e prevalente orientamento tendente ad escluderla alla radice⁵⁸, condusse la IV Sezione del Consiglio di Stato ad emettere un'ordinanza di deferimento della questione all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Le ragioni poste a fondamento dell'ordinanza 14 giugno 1977, n. 41 della IV sezione del Consiglio di Stato concernevano il «punto di diritto relativo alla appellabilità dei provvedimenti emessi in forma di ordinanza dai Tribunali amministrativi regionali ai sensi dell'art. 21, u.c., della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, sulle domande di sospensione della esecuzione dell'atto impugnato». L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con decisione 20 gennaio 1978, n. 1⁵⁹, ebbe una volta per tutte ad operare un chiarimento circa la materia de quo, affermando un preciso principio di diritto. Essa osservò come la descritta situazione normativa non sembrasse sufficiente a «escludere la proponibilità dell'appello contro le ordinanze in materia di sospensione perché tanto la l. n. 1034, quanto il sistema della giustizia amministrativa, in cui si è inserita, non stabiliscono una tipologia degli atti processuali del giudice, dal-

⁵⁷ Di cui fu espressione, ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 22 aprile 1977, n. 29.

⁵⁸ In tale ottica si inquadrono Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 1974, n. 386; Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 1975, n. 107; Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 1976, n. 1323.

⁵⁹ Il cui testo è consultabile integralmente in «Cons. Stato», 1978, I, pp. 1 ss.

la quale possa desumersi la precisa individuazione dei mezzi giuridici per la rimozione e la sostituzione degli atti stessi, né sanciscono, in alcun modo, il principio della tassatività delle impugnazioni». A ciò si aggiungeva la considerazione in forza della quale, al fine di individuare il regime di impugnabilità dei singoli atti giurisdizionali, fosse possibile «riconoscere – ove ne esistano le condizioni – natura decisoria pari a quella delle sentenze» anche ad alcuni atti giurisdizionali «che hanno, invece, forma di ordinanza o di decreto; ciò sia quando il giudice, nel provvedere, abbia fatto uso, erroneamente, di un modello formale diverso dal tipo prescritto dal legislatore per la fattispecie verificatasi in concreto, sia quando, pur in assenza di tale errore (...) la natura dell'atto emesso dall'organo giurisdizionale risulti assimilabile nella sua essenza ad un tipo di atto distinto da quello formalmente utilizzato. Sembra, pertanto, al Collegio che la questione della appellabilità delle ordinanze dei Tribunali amministrativi regionali sulle domande di sospensione dipenda in definitiva dalla sussistenza o meno in tali pronunce del contenuto di vera e propria decisione di una controversia così come si riscontra in una sentenza». Nella stessa pronuncia il Consiglio di Stato si sofferma sulla natura del potere di chiedere la sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato quale espressione di un'azione di conservazione – riferita a un bene della vita o posizione di vantaggio il cui mantenimento deriva dalla temporanea paralisi degli effetti lesivi di un determinato atto – che si pone come autonoma e distinta rispetto all'azione di impugnazione.

In tale contesto, sempre ad avviso dell'adunanza plenaria, la qualifica del giudizio cautelare in termini di giudizio «incidentale» rispetto a quello principale ha un significato ben preciso, in quanto sta ad indicare «unicamente la necessaria incidenza anche cronologica della istanza [di sospensione] nell'ambito del giudizio di impugnazione e a sottolineare la complementarietà dell'una nei confronti dell'altro, ossia la finalità della misura cautelare, che è quella di stabilire la regolamentazione transitoria della situazione dedotta nel giudizio in parola». Sulla base di queste considerazioni si giunse ancora ad affermare che «il provvedimento che in forma di ordinanza definisce una domanda di sospensione, ha, sicuramente, natura decisoria poiché risolve, in contraddittorio tra le parti, una specifica controversia (eseguibilità o meno dell'atto prima dell'esaurimento del relativo giudizio di impugnazione), cioè un conflitto di pretese, dettando il regolamento giuridico di esso e attribuendo ad uno dei

soggetti in contesa un concreto vantaggio garantito dalla legge. L'idoneità di tale pronuncia a pregiudicare in un senso o nell'altro gli interessi fatti valere nel processo conservativo impedisce di includere la pronuncia medesima nel novero dei provvedimenti, sforniti di qualsiasi efficacia decisoria, con i quali viene normalmente disciplinato lo svolgimento dei giudizi o viene preparata – attraverso l'acquisizione del materiale probatorio – la formazione del convincimento del giudice. Ne consegue che l'ordinanza sopra descritta, assolvendo la funzione propria e in sé compiuta di dirimere la lite cautelare – autonoma e distinta rispetto a quella riguardante il giudizio di impugnazione – con effetti simili per forza imperativa agli effetti della sentenza, deve ritenersi suscettibile, come quest'ultima, di appello in base allo stesso art. 28, II c., della l. 1971, n. 1034». Peraltro, muovendo dalla affermazione dell'autonomia del giudizio cautelare rispetto al processo di impugnazione, il riconoscimento della non influenza della pronuncia conclusiva del primo rispetto all'esito del secondo, permette «al Consiglio di Stato di conoscere in fase di appello della lite relativa alla sospensione, anche quando non sia stato ancora investito, nella stessa fase, della lite principale, dato che l'indagine in sede di sospensiva del *fumus boni juris* del ricorso non costituisce affatto un'anticipazione del futuro giudizio di merito, ma si concreta soltanto in una delibazione della non manifesta infondatezza del ricorso stesso».

Una parte della dottrina si è peraltro mostrata particolarmente critica nei confronti del riconoscimento dell'appellabilità delle ordinanze incidentali dei Tribunali amministrativi regionali operato dall'adunanza plenaria n. 1 del 1978 che si è ricordata. In tale prospettiva si può ricordare in particolare la posizione di Eugenio Cannada Bartoli⁶⁰, il quale osserva che «l'appello è dato contro le sentenze, che sono decisioni irretrattabili e non riesaminabili dal giudice che le abbia pronunciate»; al contrario «le ordinanze, per il principio generale desumibile dagli artt. 177, 487, c. proc. civ., sono modificabili e revocabili». Proseguiva l'autore affermando che risultava altresì necessario «considerare il dato nuovo e significativo che, nella legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, i concetti di «sentenza» e di «impugnazione» sono utilizzati con precisione e corrispondenza con il Codice di procedura civile. Che sentenza e

⁶⁰ *Sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1987, pp. 459 ss.

ordinanza siano decisioni è innegabile. Ma questo è il presupposto della distinzione tra i due atti, non l'argomento per confonderli. Né, per giustificare l'appellabilità, vale addurre che l'ordinanza produce effetti «simili per forza imperativa» a quelli della sentenza, dato che l'imperatività è «l'efficacia dell'atto dei pubblici poteri ad imporsi indipendentemente da ogni verifica della sua validità»⁶¹. Ma la soluzione giurisprudenziale del Supremo consesso amministrativo è stata poi «ratificata» da una legge, la legge 21 luglio 2000, n. 205⁶².

E così, con una legge istitutiva dei Tar che, apparentemente, si limitava a prevedere un giudice di primo grado generalizzato per lo *status quo* della giustizia amministrativa voluto da Meuccio Ruini nel 1946, si è consumata la «rivoluzione repubblicana» del processo amministrativo. Una rivoluzione che probabilmente né Farinacci, né il suo probabile «mentore» avrebbero immaginato. E forse nemmeno l'autore dell'emendamento dell'ultima ora con il quale era

⁶¹ Già prima però si poteva fare riferimento ad un consolidato indirizzo della giurisprudenza del Consiglio di Stato propensa a ritenere che le pronunce delle Giunte provinciali amministrative in sede giurisdizionale sulle domande di sospensione (emanate con decreto motivato ai sensi dell'art. 8 della l. n. 6837 del 1890) fossero appellabili dinanzi al Consiglio di Stato medesimo anche in assenza di una esplicita previsione in tal senso da parte del legislatore (si vedano, in proposito, Cons. Stato, sez. IV, 1 febbraio 1895, n. 45 e Cons. Stato, sez. IV, 15 gennaio 1897, n. 23).

⁶² Al proposito è da rilevare in una prospettiva di indagine più ampia come la legge 6 dicembre 1971, n. 1034, sia stata nel corso degli anni successivi alla sua entrata in vigore più volte modificata. Per un quadro più generale in merito alle diverse proposte di modifica che sono state avanzate a partire dai primi anni ottanta del secolo scorso si rinvia al volume *La riforma del processo amministrativo*, Roma, 1987, ove sono raccolti i testi delle audizioni sullo stato della giustizia amministrativa, sulle eventuali disfunzioni e carenze, nonché sulla individuazione dei possibili rimedi legislativi ed amministrativi, con la pubblicazione, nell'ultima parte del testo in questione della Relazione della I Commissione affari costituzionali sul testo unificato del disegno di legge n. 1353 e della proposta abbinata a firma dell'On. Labriola recante «Delega al Governo per l'emanazione di norme sul processo amministrativo dinanzi ai Tribunali amministrativi regionali, al Consiglio di Stato ed al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, nonché sul ricorso straordinario al presidente della Repubblica e sui ricorsi amministrativi» (proposta presentata il 28 luglio 1985). Più recentemente, tra i vari interventi di riforma del testo della legge in questione si possono ricordare il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (recante «Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59») e la legge 21 luglio 2000, n. 205 richiamata nel testo e recante «Disposizioni in materia di giustizia amministrativa» (per un commento in merito a quest'ultima si rinvia a F. Caringella, M. Protto (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, 2001; B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, Torino, 2000).

stata introdotta, con una espressione ambigua, la facoltatività del ricorso gerarchico (...). La facoltatività del ricorso gerarchico ne ha determinato la sua scomparsa e con lui la preclusione al ricorso giurisdizionale. La voce dei repertori di giurisprudenza che recepiva talvolta quasi la metà del repertorio dedicata ad «atto definitivo e ad atto non definitivo», cioè sottoponibile o non sottoponibile nuovo a ricorso gerarchico è scomparsa e, con lei, la più consistente parte dei repertori di giurisprudenza amministrativa.

Tutti gli atti amministrativi non sono solo immediatamente impugnabili di fronte ai Tribunali amministrativi regionali, ma sono in realtà immediatamente impugnati per ovvi motivi di tutela, il che è già una «rivoluzione» nel processo amministrativo nel quale la preclusione del previo ricorso gerarchico «rallentava» la tutela giudiziaria del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione per la maggior parte degli atti imputabili ad amministrazioni statali. Ma la preclusione del previo ricorso gerarchico aveva un duplice effetto, uno processuale e uno di fatto. Dal punto di vista processuale condizionava il ricorso, da un punto di vista di fatto, sotto il profilo pratico, precludeva la previa azione cautelare, la possibile richiesta di sospensione degli effetti dell'atto. Infatti il tempo intercorrente fra l'emanazione del provvedimento e la decisione del ricorso gerarchico faceva di solito venire meno i presupposti, il danno grave e irreparabile e, soprattutto, l'urgenza, per chiedere la sospensione degli effetti dell'atto. Con l'immediata impugnabilità giurisdizionale dell'atto si determinava anche la possibilità di presentare l'istanza cautelare assieme all'impugnazione di qualsiasi atto. Il che è accaduto. Pressoché ogni ricorso al giudice amministrativo è accompagnato da un'istanza cautelare⁶³. In molti casi non per «tentare» la sospensione degli effetti del provvedimento o per ottenere qualsivoglia provvedimento cautelare nelle more della sentenza, ma per sollecitare un'udienza di merito a breve o, ancora di meno, per ottenere, con l'unione dell'istanza cautelare al merito, di conoscere l'esito delle sentenza prima della sua pubblicazione, atteso che nel processo amministrativo non era prevista e non è tuttora prevista,

⁶³ Sul punto C.E. Gallo, *Giudizio amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991, pp. 230 ss., osserva come «l'azione cautelare è risultata, con il passare del tempo, pressoché l'azione più importante del processo amministrativo». L'autore fa altresì riferimento ad una «forza espansiva» di tale azione, la cui evoluzione è segnata dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa di cui si dirà infra nel testo.

se non in pochi casi eccezionali, legislativamente determinati, la immediata pubblicazione del dispositivo della sentenza.

Dopo l'introduzione della legge sui Tribunali regionali amministrativi ogni atto di qualsiasi amministrazione divenne immediatamente impugnabile e quasi ogni atto amministrativo ebbe, o poteva avere, la sua domanda cautelare, perché si potevano individuare i presupposti per richiedere una «sospensione degli effetti del provvedimento» o perché la disciplina della procedura processuale prevista per la «giustizia amministrativa» ne consigliava la presentazione assieme al ricorso giurisdizionale. Con possibile e frequente replica di fronte al Consiglio di Stato perché le ordinanze cautelari del giudice amministrativo di primo grado sono appellabili di fronte al Consiglio di Stato.

Il che ha provocato una «rivoluzione repubblicana» della giustizia amministrativa che dura tuttora, anche dopo l'emanazione del codice del processo amministrativo del 2010, anzi che il codice ha favorito e accentuato: le udienze del processo amministrativo di fronte ai Tribunali regionali sono pressoché esclusivamente dedicate ad estemporanee e, per forza di cose, sommariamente istruite, udienze di Camera di consiglio dedicate alle istanze cautelari, mentre le udienze dedicate al merito, ormai recessive, si riducono, per lo più, in una rinuncia all'oralità (il rinvio in decisione) a favore di un processo esclusivamente cartolare, com'era in alcuni dei contenziosi amministrativi degli Stati preunitari⁶⁴.

⁶⁴ Al fine di comprendere il sempre maggiore ricorso alla tutela cautelare nell'ambito del processo amministrativo è possibile richiamare, a titolo esemplificativo e in relazione al periodo immediatamente precedente al varo del d.lgs. n. 104 del 2010, la Relazione del presidente del Consiglio di Stato Paolo Salvatore in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2009, dalla cui lettura emergono alcuni dati di particolare interesse. In quella sede è stato osservato come «una riflessione attenta merita (...) il dato relativo alla tutela cautelare che ogni anno appare in continua espansione: nell'anno 2008, escludendo dal computo i decreti decisorii, le decisioni cautelari (monocratiche *ante causam* e collegiali) hanno rappresentato oltre il 40% dell'intera attività giurisdizionale» (enfasi nostra). Si precisa altresì nella stessa Relazione che «la delicata e complessa missione di giustizia affidata al giudice amministrativo, caratterizzata dal peculiare effetto conformativo dell'azione amministrativa, non può che «soffrire» nel provvedere all'assicurare la pur necessaria ed indefettibile tutela cautelare, spesso unico strumento di garanzia degli interessi lesi, dovendo sforzarsi di contemperare nel miglior modo possibile le contrapposte esigenze giustiziali del rispetto dei principi costituzionali dell'azione amministrativa e della tutela degli interessi dei cittadini». Siffatta espansione è confermata anche dalle successive tabelle relative all'attività giurisdizionale del Consiglio di Stato per l'anno 2008: su un totale di 15.109 provvedimenti emessi, 6222 sono decisioni definitive cui si affiancano ben 6207 ordinanze cautelari. A conclusioni analoghe si può pervenire ove si ponga attenzione, sempre a titolo esemplificativo, ma sintomatico, alla Rela-

Inutile dire dello stupore dei comparatisti stranieri, degli studenti Erasmus in gita di istruzione e dei dottorandi dell'Università europea in visita ai Tribunali amministrativi regionali, o alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato che, dopo il 1971, si sono trovati di fronte ad un processo prevalentemente cautelare non previsto dai manuali di diritto processuale amministrativo italiani e così diverso dai modelli di riferimento di altri ordinamenti nei quali esistono giudici del diritto speciale amministrativo apparentemente simili; apparentemente perché non investiti da una «rivoluzione repubblicana» come quella in precedenza sommariamente descritta.

Ma, come spesso accade, dentro a una rivoluzione... ce n'è un'altra ancor più rivoluzionaria. Ogni rivoluzione ha il suo giacobino. Dentro alla degenerazione cautelare c'è un cambiamento, o meglio un ulteriore sviluppo dell'azione cautelare. La legge del 1971 parlava ancora di «sospensione» dell'atto, ma, in seguito, l'azione cautelare ha acquistato, non ad opera del legislatore, ma della giurisprudenza, di giudici diversi, una portata, o, per meglio dire, un contenuto, ulteriore e più ampio⁶⁵.

Ma, come tutte le mutazioni, merita un discorso a sé.

zione del presidente Alberto De Roberto sullo stato della giustizia amministrativa con riguardo all'anno 2004. In quella sede è stato evidenziato come i «dati relativi al giudizio cautelare» (definito in termini di «intervento giurisdizionale che assorbe in misura non trascurabile l'attività degli organi» di giustizia amministrativa) dimostrano una tendenza ben precisa: «per quel che riguarda i tribunali amministrativi deve rilevarsi che su 80.000 ricorsi presentati nel 2004, 35.646 (ben il 45% del contenzioso complessivo) sono stati accompagnati dalla richiesta di misure cautelari. Ancora più rilevante, in termini percentuali, l'impegno in sede cautelare del giudice di appello tenuto anche conto della consistenza dei suoi organici giurisdizionali e amministrativi e della congiunta investitura dell'Istituto anche nella competenza consultiva. Su 8.000 appelli avverso decisioni di primo grado, ben 5.286, pari al 65% risultano accompagnati da misure cautelari». E in seguito i numeri e le percentuali hanno continuato a crescere sia nei Tar, sia in Consiglio di Stato.

⁶⁵ Al proposito A. Corpaci, *I riti speciali nella prospettiva della riforma del processo amministrativo italiano*, in D. Sorace (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009, pp. 1 ss., spec. nel senso qui indicato 5, ha osservato che «in assenza di una significativa riforma ad opera del legislatore, che tarderà fino al 2000 e si tradurrà in innovazioni anche importanti ma, comunque, prive di completezza ed organicità, le molteplici criticità della tutela davanti al giudice amministrativo non troveranno altra risposta che nell'opera adeguatrice e, talora, anche creatrice della giurisprudenza; a parte qualche episodico intervento legislativo» (corsivi nostri).

5. *La tutela cautelare: la sentenza Andrioli della Corte costituzionale e i successivi sviluppi della giurisprudenza amministrativa*

Trattando della tutela cautelare nel processo amministrativo⁶⁶, un problema che si pose alla fine degli anni settanta del secolo scorso è quello che attiene al possibile ricorso anche in tale ambito al modello di cui all'art. 700 del codice di procedura civile⁶⁷. Come è noto la disposizione in oggetto afferma che colui che abbia «fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito». Una norma di chiusura per ipotesi non predeterminabili che richiedono provvedimenti cautelari giudiziari da adottare al ca-

⁶⁶ Il tema della tutela cautelare nell'ambito del processo amministrativo è stato studiato variamente. Tra i molti contributi, in questa sede si possono ricordare E. Follieri, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981 (nonché alcuni anni più tardi Id., *Il giudizio cautelare amministrativo*, Rimini, 1992); G. Saporito, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nella giurisprudenza amministrativa*, Napoli, 1981, cui ha fatto seguito l'Aggiornamento nel 1984; B. Taddei, *Il giudizio cautelare nella giustizia amministrativa*, Rimini, 1988, spec. pp. 133 ss. per un inquadramento delle teorie processualistica e sostanzialistica in materia di azione cautelare; F. Francario, *Regolamento di competenza e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Napoli, 1990; M. Sica, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1991. La tematica in questione è stata più recentemente affrontata in M. Andreis, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996, spec. pp. 88 ss., per una indagine tesa a ripercorrere le origini storiche del processo cautelare e p. 120, per un richiamo alla tesi di Ferdinando Rocco circa il problema della autonomia strutturale e funzionale del giudizio cautelare rispetto al giudizio sul merito; C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Padova, 2002; M. De Paolis (coordinato da) *Il nuovo processo cautelare amministrativo*, Rimini, 2002; M. Rossi Sanchini (a cura di), *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2006; A. Calderera, *Contributo allo studio della fase cautelare nel processo amministrativo*, Torino, 2012. Per un quadro completo dei tipi e delle problematiche delle ordinanze cautelari si veda A. Panzarola, *Il giudizio cautelare*, in B. Sassani – R. Vilata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, p. 813. E per le esperienze dei vari Paesi le ricerche contenute in C. Botassi – F. Fracchia (a cura di), *La tutela urgente nei confronti dell'attività amministrativa illegittima. Uno sguardo comparato*, Napoli, 2009.

⁶⁷ Per un inquadramento della problematica *de qua* si rinvia a F. Patroni Griffi, *Riflessioni sulla problematica cautelare nelle controversie affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo: art. 700 c.p.c. e azione di sospensione del provvedimento amministrativo impugnato*, in *Giust. civ.*, 1980, pp. 1675 ss. Il tema è stato trattato altresì in M. Andreis, *Tutela sommaria*, cit., pp. 31 ss. e M. Sica, *Effettività della tutela*, cit., pp. 21 ss., cui si rinvia per il richiamo all'idea (già avanzata da Nigro) della funzione suppletiva del giudice civile (su cui, peraltro, si rinvia *infra* nel testo).

so concreto. Si affermò al proposito come la tradizionale tutela cautelare nel processo amministrativo fosse ritenuta non idonea a coprire «tutta l'area delle controversie fra privati e pubblica amministrazione, sulle quali sono chiamati a giudicare i Tar e il Consiglio di Stato, ma è circoscritta ad un'area più ridotta, anzitutto a causa di un limite dovuto alla tipicità della misura cautelare, che non può consistere se non nella 'sospensione' di un atto»⁶⁸. In tal modo però restavano fuori «tutti i casi, così frequenti nel settore della giurisdizione esclusiva, in cui il ricorrente fa valere un diritto soggettivo senza l'impugnativa di un atto, nonché i casi, anch'essi abbastanza numerosi, in cui, indipendentemente dalla situazione soggettiva dedotta in giudizio, si impugna un atto di diniego, il silenzio-rifiuto ecc.»⁶⁹.

Il problema fu affrontato con riguardo ancora una volta alla specifica materia del pubblico impiego e condusse allo sviluppo di un modello la cui caratteristica è stata delineata ricorrendo all'immagine di una «funzione suppletiva» del giudice ordinario rispetto al giudice amministrativo in materia di tutela cautelare⁷⁰. Sul presupposto che l'unica forma di tutela prevista nell'ambito del processo amministrativo – alla luce della previsione contenuta nell'art. 21 u.c., della legge n. 1034/1971 – era quella rappresentata dalla sospensione dell'esecuzione del provvedimento amministrativo impugnato, «per ovviare a questo inconveniente» si pensò di ricorrere agli «strumenti cautelari del processo civile (e in particolare [a] rimedio dell'art. 700 c.p.c.) per garantire la conservazione della situazione in attesa della tutela giurisdizionale amministrativa» per venendosi così ad affermare una vera e propria «funzione suppletiva del giudizio civile»⁷¹. Fu così che le Preture di Pisa e Firenze⁷² svilupparono una giurisprudenza che – anche nel caso in cui la competenza in merito alla controversia principale fosse stata del giudice amministrativo – riconosceva l'ammissibilità del ricorso al giudice ordinario per ottenere la tutela cautelare di cui all'art. 700

⁶⁸ Cfr. S. Cassarino, *La recente giurisprudenza in tema di misure cautelari nel processo amministrativo*, in «Foro amm.», 1978, pp. 115 ss.

⁶⁹ Ivi, p. 1140.

⁷⁰ Nigro, *Giustizia*, cit., p. 211.

⁷¹ Ivi, p. 211.

⁷² Svolgendo in tal senso un'opera pionieristica con riguardo ad alcune controversie in materia di precari universitari: Pret. Pisa, 30 luglio 1977; Pret. Pisa, 16 maggio 1978; Pret. di Firenze, 8 aprile 1978.

c.p.c.⁷³ Il risultato di una tale apertura fu quello di una vera e propria ibridazione, da valutare nell'ottica di una c.d. 'settecentizzazione' del processo amministrativo per effetto dell'immissione al suo interno, con particolare riguardo al momento cautelare, di forme di tutela tratte dal processo civile⁷⁴. Al proposito è stato osservato⁷⁵ che «lo sforzo logico della magistratura ordinaria di merito» in tale contesto appariva «motivato dalla necessità che la tutela cautelare debba essere assicurata e, in questa direzione, si assegna all'art. 700 c.p.c., la funzione di misura che copre le possibili lacune non solo della tutela urgente innanzi al giudice ordinario, ma anche innanzi al giudice speciale. Per cui si assiste allo sdoppiamento della giurisdizione, nel senso che la giurisdizione in tema di misure cautelari è diversa da quella che si determina in relazione alla tutela giurisdizionale non urgente e il giudice ordinario (...) si attribuisce un potere cautelare autonomo e svincolato dalla giurisdizione e che si va a concretizzare ogni volta che un diritto soggettivo non trovi tutela in via urgente».

La reazione ad una tale forma di interferenza non tardò ad arrivare in quanto lo sviluppo della richiamata giurisprudenza pretorile fu immediatamente fermato dalla Corte di Cassazione, della quale si possono richiamare alcune pronunce a Sezioni unite la quale, facendo leva sul principio della unicità della giurisdizione, riconobbe il difetto di giurisdizione del giudice ordinario sulla base della affermazione di un legame inscindibile tra giudizio cautelare e giudizio principale. Tra queste pronunce si può ricordare a titolo esemplificativo Cass. Sez. Unite, 25 ottobre 1979, n. 5575 la quale contribuì ad offrire un chiarimento in merito alla questione del «se il pretore abbia giurisdizione ad emettere provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. anche nelle materie riservate alla giurisdizione

⁷³ La questione è stata affrontata da L. Chieffi, *A proposito della subrogatio del giudice ordinario al giudice amministrativo in sede cautelare*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, cit., pp. 31 ss., il quale si riferisce criticamente ad un «uso «anomalo» dell'art. 700 c.p.c. invocato a salvaguardia di taluni interessi che, pur non essendo riconosciuti da una norma di legge ordinaria, sono tuttavia reputati dalla parte ricorrente di «rilevo costituzionale»».

⁷⁴ Al proposito è stata rilevato come il rapporto tra processo civile e processo amministrativo «ha da sempre impegnato dottrina e giurisprudenza nello studio della possibilità di colmare le lacune presenti nella disciplina del processo amministrativo, attraverso gli istituti dettati dal codice di procedura civile» (così A. Di Giovanni, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova, 2004, spec. pp. 45 ss.).

⁷⁵ Da Follieri, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, cit., spec. pp. 209 ss.

esclusiva del giudice amministrativo (...) ovvero ne sia carente». La conclusione cui pervenne la Corte⁷⁶ fu che «ove sussista il nesso tra la domanda d'un provvedimento cautelare e la domanda principale di merito, la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla seconda si estende necessariamente alla prima, escludendo quella del giudice ordinario. Nessuna rilevanza in contrario (...) può attribuirsi alla constatazione che in sede di giurisdizione amministrativa non sono ammessi i provvedimenti ex art. 700 c.p.c.; costituendo ciò una naturale conseguenza delle peculiari caratteristiche della giurisdizione amministrativa rispetto a quella civile, e realizzando ciascuna delle due nel modo voluto dal legislatore la tutela dei rapporti giuridici ad essa devoluti – che, così interpretata, la norma dell'art. 700 c.p.c. verrebbe a contrastare con gli art. 3, 24 e 36 Cost., per cui andrebbe sollevata allora la relativa questione di legittimità costituzionale». Concludevano le Sezioni unite nella pronuncia in oggetto nel senso che «la diversa natura del rapporto d'impiego pubblico, infatti, rispetto al rapporto di lavoro privato, così come spiega il deferimento delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (con i conseguenti particolari benefici che ne conseguono), spiega anche, e giustifica a livello costituzionale, la non estendibilità alla tutela nella sede della giurisdizione amministrativa, di particolari strumenti propri della giurisdizione del processo civile; senza quindi che si possa ritenere violato in alcun modo il principio di eguaglianza o il diritto dell'impiegato pubblico alla difesa giurisdizionale, né tanto meno, quello alla retribuzione garantita dall'art. 36 Cost.».

La questione fu portata davanti alla Corte costituzionale⁷⁷, dal momento che con ordinanza del Tar Lazio 5 maggio 1980, n. 371, fu sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, comma 7, della l. n. 1034/1971 nella parte in cui, limitando l'intervento cautelare del giudice amministrativo alla mera sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, non consentiva al giudice in questione di intervenire d'urgenza nelle controversie patrimoniali rientranti nel pubblico impiego, così privando il pubblico dipendente della tutela accordata al lavoratore privato così come ai dipendenti degli enti

⁷⁶ Anche sulla base di un precedente espressamente richiamato dalla decisione medesima (Corte Cass., Sez. Unite, 24 febbraio 1975, n. 693).

⁷⁷ Le cui pronunce in tema di tutela cautelare sono richiamate in C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo di legittimità*, cit., spec. pp. 131 ss.

pubblici economici. La Corte costituzionale (con sentenza 28 giugno, 1985, n. 190 – giudice relatore V. Andrioli)⁷⁸ dichiarò «l'illegittimità costituzionale dell'art. 21 u.c. della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei T.A.R. nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare nelle controverse patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, le quante volte il ricorrente abbia fondato motivo di temere che durante il tempo necessario alla prolazione della pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile». Sulla base di quanto osservato dalla Corte nella motivazione della sentenza, il sospetto di incostituzionalità dell'art. 21, comma 7, della l. n. 1034/1971 apparve fondato in quanto, al fine di non perpetuare un'inammissibile disuguaglianza di trattamento tra dipendenti pubblici e privati⁷⁹, «esige rispetto il principio, per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, di cui la dottrina non solo italiana fin dagli inizi del corrente secolo ha dimostrato la validità desumendola e al contempo confortandola con richiami di disposizioni normative e provocando l'inserzione nel codice di rito civile del '42 dell'art. 700 (...), che si esibisce quale espressione di direttiva di razionalità tutelata dall'art. 3 comma primo e, *in subiecta materia*, dall'art. 113 Cost.». Peraltro, sempre ad avviso della Corte «scrittori e giudici di merito (non escluso il Consiglio di Stato) non hanno esitato ad estendere la direttiva desumibile dall'art. 700 alla giurisdizione esclusiva dei T.A.R., ma, se il tentativo non ha riscos-

⁷⁸ Consultabile in «Foro it.», 1985, I, pp. 1881 ss., con nota di A. Proto Pisani, *Rilevanza del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*, *ivi*. Per una riflessione in merito alla portata di siffatta pronuncia cfr. in particolare A. Romano, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in «Foro amm.», 1986, pp. 1 ss.

⁷⁹ Sul punto è stato evidenziato, criticamente, come «l'unico difetto della sentenza (...) consiste nell'aver insistito, nella motivazione, più sulla disuguaglianza di trattamento fra dipendenti pubblici e privati che sull'esigenza derivante direttamente dalla Costituzione, senza l'intermediazione di *tertia comparationis*, di rispettare il principio per cui «la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione» (così M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e «civiltà»*, in G. Della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2007, pp. 505 ss., spec. pp. 564 ss.).

so l'assenso del giudice della nomofilachia quel che è precluso dal diritto vivente ben può e deve essere realizzato dalla Corte»⁸⁰, poiché «dall'art. 700 è lecito enucleare la direttiva che, le quante volte il diritto assistito da *fumus boni iuris* è minacciato da pregiudizio imminente e irreparabile provocato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria, spetta al giudice il potere di emanare i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito». Nella stessa sentenza però fu dichiarata inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 700 c.p.c. nella parte in cui non consentiva al giudice ordinario di tutelare in via d'urgenza diritti soggettivi derivanti da comportamenti omissivi della pubblica amministrazione e devoluti in via di merito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La dottrina⁸¹ ha osservato al proposito come la sentenza Andrioli della Corte costituzionale abbia di fatto introdotto nel processo amministrativo una «tutela cautelare atipica» analoga a quella dell'art. 700 c.p.c., fermo restando tuttavia che siffatta tutela fu originariamente circoscritta alle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego.

Ma questa volta la «rivoluzione» non si fermò al pubblico impiego e alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Qualunque pretesa del ricorrente poteva dar luogo a provvedimenti cautelari atipici che potessero soddisfare cautelamente la pretesa. E così la logica e la previsione del 700 c.p.a. entrò a vele spiegate anche nel processo amministrativo⁸², andando, talvolta, al di là dello stesso interesse legittimo «pretensivo» che si voleva far valere nei

⁸⁰ Rileva ancora in proposito M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela*, cit., pp. 564-565, che «con questa fondamentale pronuncia la Corte costituzionale (dopo i tentativi della giurisprudenza amministrativa, bocciati dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, di giungere al medesimo risultato tramite un'interpretazione estensiva delle norme regolatrici del processo civile) ha di fatto trasportato nel processo amministrativo il disposto dell'art. 700 del codice di procedura civile, per le controversie in materia di pubblico impiego, consentendo così al giudice amministrativo di tutelare in via d'urgenza con misure atipiche (...) i diritti dei dipendenti pubblici, specialmente nei confronti dei comportamenti omissivi dell'amministrazione».

⁸¹ Nigro, *Giustizia*, cit., p. 224.

⁸² Criticamente sul punto A. Corpaci, *I riti speciali*, cit., p. 5, osserva come la giurisprudenza in materia cautelare abbia sofferto di alcuni limiti, assumendo talora un atteggiamento che potrebbe dirsi ondivago, da un lato «sempre più dilatando le possibilità date dalla misura sospensiva del provvedimento impugnato», dall'altro non mostrando «analogo coraggio nel dar seguito alla pronuncia della Corte costituzionale dichiarativa della illegittimità costituzionale della norma che, nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, limitava la tutela cautelare alla sospensione del provvedimento».

confronti della P.A., oltre che al di là di quanto il ricorrente avrebbe potuto ottenere, non solo dalla sentenza finale, ma persino dall'eventuale azione di ottemperanza di quanto stabilito nella sentenza.

Alla pubblica amministrazione fu imposto di «sospendere» un provvedimento di sgombero in attesa che gli animali dell'allevamento antigenico fossero cresciuti abbastanza per essere immessi sul mercato (si trattava per lo più di tacchini o di maiali) o di rinominare una commissione di esame in diversa composizione per rifare un concorso i cui risultati non potevano essere «annullati» in sede cautelare, ma solo eventualmente sospesi e così continuando con le ipotesi «atipiche». Con l'imitazione del 700 c.p.c nel processo amministrativo tutto è divenuto possibile anche per il giudice amministrativo, anche «sostituirsi» temporaneamente alla pubblica amministrazione.

Con una azione cautelare siffatta non stupisce che quasi tutto il processo si sia spostato in sede cautelare e che gli stranieri facciano fatica a ritrovare nella realtà il processo che hanno studiato in base alle leggi e che hanno impropriamente comparato con i «propri» processi amministrativi.

6. *La giurisprudenza, la dottrina e il legislatore alla ricerca del giudizio sul rapporto amministrativo*

È indubitabile che la legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato ad integrazione della legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865 prevedesse un processo di impugnazione di un atto amministrativo lesivo per pretenderne l'annullamento per vizi di legittimità (l'incompetenza, la violazione di legge e l'eccesso di potere) sul modello del processo di cassazione per le sentenze. Il parallelismo fra sentenza e atto amministrativo⁸³ si ri-

⁸³ Per un inquadramento in chiave più ampia della richiamata impostazione fondata sull'idea di un parallelismo tra i due ambiti di riferimento si rinvia a E. Cardì, *Procedimento e processo nella giurisprudenza dei T.a.r.*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, cit., pp. 397 ss.; G. Sala, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in D. Corletto, G. Sala, G. Sciuolo (a cura di), *La giustizia amministrativa in trasformazione*, Padova, 2006, pp. 81 ss.

fletteva su di un analogo processo di impugnazione. Anche l'atto amministrativo, come la sentenza, sotto il profilo della legittimità poteva essere affetto da *errores in iudicando*, i tre vizi canonici che potevano inficiare la decisione dell'atto, e da *errores in procedendo* riferiti alla procedura in seguito alla quale si era giunti alla decisione. Apparve subito evidente la profonda differenza fra questo processo amministrativo, «integrativo» del processo ordinario previsto dalla legge abolitiva del contenzioso, e l'abolito contenzioso amministrativo degli Stati preunitari. I contenziosi amministrativi preunitari, pur con le differenze fra uno Stato e l'altro intervenute a seguito di diverse prescrizioni normative, avevano tutte una caratteristica derivata dal modello francese napoleonico che li avevano ispirati: erano processi ordinari di cognizione nei quali il privato faceva valere una pretesa nei confronti della pubblica amministrazione che, in qualche caso, poteva anche consistere nella richiesta di annullamento di un atto amministrativo. Bastava leggere il codice di «procedura amministrativa» del Ducato di Parma e Piacenza e il commentario, contenente esempi giurisprudenziali, del Niccolosi, recentemente ristampati, per rendersene conto.

Era quello del 1889 un processo pensato per l'impugnazione di atti amministrativi autoritativi incidenti sull'interesse di un privato cittadino, interesse che, in seguito, fu definito «interesse legittimo». Era questo il processo non solo delle origini, ma il processo al quale pensavano anche i padri costituenti quando «costituzionalizzarono» lo *status quo*, nel 1946, della «giustizia amministrativa». Ma i tempi cambiano e, se la disciplina del processo non cambia, si tenta di piegarla alle nuove esigenze «del diritto sostanziale».

E così è accaduto anche per il processo amministrativo di impugnazione⁸⁴.

⁸⁴ Al proposito è stato osservato (da G. Greco, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in «Dir. proc. amm.», 1992, pp. 481 ss.) come un giudizio amministrativo idoneo a dirimere un conflitto sostanziale tra amministrazione e cittadino deve porsi «al di là dello schermo dell'atto amministrativo (di diniego) impugnato», consentendo di «determinare se sia fondata o meno la pretesa sostanziale del ricorrente»; «per giungere a tale risultato è apparso chiaro che occorre muoversi al di fuori del modulo cassatorio: un giudizio di annullamento, per quanto basato su motivi ben articolati e completi, difficilmente consente di fornire in positivo l'assetto definitivo del rapporto controverso». Ma già prima cfr. dello stesso *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980. Sul tema si rinvia altresì a R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in «Dir. proc. amm.», 1995, pp. 195 ss.

La prima dilatazione è stata la più semplice e naturale: dietro al provvedimento impugnato c'era, tranne casi marginali diventati ben presto eccezionali, un procedimento a più mani di soggetti diversi che confluivano nell'esercizio del potere amministrativo⁸⁵.

L'impugnazione del provvedimento diventava così l'occasione per censurare l'esercizio della funzione amministrativa e, conseguentemente, per pretendere che l'eventuale riesercizio del potere avvenisse senza gli accertati vizi, non dell'atto, ma della funzione amministrativa. Una cosa ben diversa, e in ogni caso ben più ampia, della censurabilità degli eventuali *errores in procedendo* di una sentenza⁸⁶.

L'amministrazione pubblica del dopoguerra «repubblicano» non era più la pubblica amministrazione con riferimento alla quale era stata introdotta una giustizia amministrativa aggiuntiva alla giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione. Non c'erano più soltanto atti autoritativi, ma atti amministrativi condizionanti l'attività dei cittadini o di accertamento di determinati presupposti per svolgere una determinata attività da parte degli stessi. Chi ricorreva alla giustizia amministrativa, in realtà, pretendeva non solo l'annullamento di un atto, ma che un determinato atto amministrativo fosse emanato o che quello emanato dopo un annullamento avesse un determinato contenuto o determinate caratteristiche o che la pubblica amministrazione accertasse una determinata situazione di fatto o di diritto⁸⁷.

⁸⁵ In tale ottica F. Benvenuti, *Introduzione*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, spec. pp. 3 ss., ha osservato come «la presenza del cittadino nell'esercizio della funzione amministrativa», non soltanto «fa sì che le valutazioni discrezionali siano oggi apertamente vagliate prima di potersi esprimere in un atto provvedimento», ma da tale premessa deriva anche la conseguenza per cui «il controllo giurisdizionale ne risulta modificato nel suo contenuto» giacché al giudice amministrativo non è più chiesto «di sindacare l'uso del potere ma gli è chiesto di *sindacare il rapporto all'interno del quale il potere è stato esercitato*» (corsivi nostri).

⁸⁶ Sul punto si veda la rigorosa ricostruzione di A. Romano, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in «Dir. proc. amm.», 1994, pp. 634 ss.

⁸⁷ Da questo punto di vista è stato affermato come il modello processuale amministrativo abbia subito una vera e propria trasformazione. Esso è «diventato la sede in cui è dedotto più che un interesse a mantenere una situazione di vantaggio già appartenente al patrimonio giuridico del ricorrente, evidentemente lesa dal provvedimento, l'interesse a conseguire, contro il rifiuto, espresso o tacito, dell'amministrazione, una nuova posizione giuridica» (così A. Romeo, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008, spec. pp. 503 ss., ove si riconosce per tale motivo come l'interesse fatto valere dal privato assuma sempre più i connotati della pretensività).

Gli interessi del privato diventarono non solo eventualmente lesi da un provvedimento amministrativo, ma anche «pretensivi» di un determinato comportamento della pubblica amministrazione; che questa accertasse un determinato fatto o emanasse un provvedimento richiesto⁸⁸.

Ma questo vino nuovo non poteva che essere introdotto nella botte vecchia del processo di annullamento dell'atto costruita nel 1889 con l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato.

La storia della giurisprudenza amministrativa del dopoguerra è la storia di come riuscire a piegare un processo di annullamento in un processo che, apparentemente di annullamento, realizzasse però anche il soddisfacimento della pretesa del cittadino a ottenere un atto amministrativo negato espressamente, o comunque mai ottenuto, o l'accertamento giudiziale di determinate situazioni di fatto o di diritto risultanti *ex se* o nel procedimento che aveva condotto all'emanazione di un atto⁸⁹.

Se si vuole una lunga commedia degli equivoci dove la realtà veniva nascosta dietro l'apparenza del riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo, codificato dalla Carta Costituzionale del 1948 che aveva voluto codificare lo *status quo* derivante dal correttivo del 1889 alla legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo⁹⁰.

⁸⁸ Sul punto si rinvia all'ampia trattazione di L. Iannotta, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Napoli, 1989, spec. pp. 133 ss., ove si osserva che «i motivi di ricorso originariamente disuniti perché legati tra loro sul piano esclusivamente processuale erano andati ad aggregarsi intorno ad una situazione giuridica ritenuta esistente prima del processo e in virtù della quale il suo titolare poteva incidere sul corretto esercizio del potere e, in caso di mancata soddisfazione procedimentale, poteva sottoporre al giudice la sua «proposta» di provvedimento, alternativa a quella dell'Amministrazione, imponendo una pronuncia esaustiva di ogni possibile profilo della vicenda».

⁸⁹ La problematica in questione è stata oggetto di particolare approfondimento in D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, spec. pp. 21 ss., il quale osserva come il processo amministrativo conservi «significative tracce» di due diverse impostazioni, «derivando alcuni dei suoi profili centrali – e specialmente i limiti della cognizione in fatto e i limiti nei poteri istruttori – dall'originaria conformazione come giudizio casatorio di una previa decisione amministrativa, provenendone altri (...) dall'influenza determinante svolta invece dall'elaborazione dogmatica della figura della sentenza costitutivo-demolitoria» (pp. 40-41).

⁹⁰ Sui «limiti» delle norme costituzionali in materia di giustizia amministrativa si rinvia alle riflessioni di G. Pastori, *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico*, in V. Parisio (a cura di), *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico*, Milano, 1999, pp. 33 ss., il quale rileva come la Costituzione repubblicana «che pure ha rinnovato in senso democratico l'intero ordinamento e ha riaffermato nel contempo i principi dello Stato

Sul superamento del diaframma dell'atto per fare dell'esercizio della funzione l'oggetto del giudizio di legittimità si possono citare una serie di sentenze nelle quali «la maschera» dell'impugnazione dell'atto è esplicitamente gettata⁹¹. A cominciare dalla Corte costituzionale (Corte Cost., 18 maggio 1989, n. 251)⁹² la quale evidenzia che «nel processo amministrativo, la tutela degli interessi legittimi avviene attraverso il sindacato sull'esercizio del potere amministrativo». Pertanto, assunta siffatta funzione nel giudizio in questione, «il sindacato sulle modalità, con cui quel potere è esercitato, deve necessariamente muovere in primo luogo dall'esame del complesso degli elementi che l'amministrazione ha posto a fondamento delle proprie valutazioni. (...) La maggiore ampiezza possibile del sindacato sull'esercizio dei pubblici poteri non postula perciò necessariamente l'estensione al processo amministrativo di legittimità di tutti i mezzi di prova ammessi per altri tipi di processi. Essa, infatti, ben può realizzarsi attraverso una penetrante indagine sulle modalità mediante le quali è stata compiuta l'istruttoria nel procedimento amministrativo, la cui congruità, nei limiti delle censure formulate dal ricorrente, è appunto apprezzabile in sede di sindacato giurisdizionale di legittimità, nonché in quello del successivo eventuale giudizio di ottemperanza che, essendo compreso nella giurisdizione di merito (art. 27, n. 4, regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054), già consente al giudice più ampi mezzi istruttori (art. 27, regio decreto 17 agosto 1907, n. 642)». Come si vede l'attenzione viene a concentrarsi sulla questione relativa all'oggetto del giudizio amministrativo, la cui considerazione, e corretta comprensione, non può pre-

di diritto, ha contribuito solo limitatamente a rimuovere le carenze del sistema di giustizia amministrativa».

⁹¹ Sul punto si può richiamare D. De Pretis, *L'azione e i poteri del giudice*, in *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, 9 ss., spec. pp. 19 ss. per affermazione in forza della quale «l'opera della giurisprudenza amministrativa italiana sul terreno della tutela dell'interesse al provvedimento, e perciò del superamento dello schema puramente eliminatorio della sentenza amministrativa, si è sviluppata su due distinti versanti: il versante della protezione contro il silenzio e il versante della protezione contro il diniego espresso di provvedimento». Non si prendono, conseguentemente, in considerazione in questa sede teorie dottrinali che non abbiano avuto un qualche seguito, o qualche riflesso, in giurisprudenza. Come, ad esempio, la teoria «anarchica» che nega la «sovranità» del potere esecutivo o quella che vede nell'esecutivo l'esercizio di un potere «comunitario», traendone entrambe conseguenze per prospettare una diversa tutela giudiziale del cittadino nei confronti della P.A. Naturalmente invocando norme costituzionali che gli stessi costituenti avrebbero ignorato al momento di redigere le norme sulla giustizia amministrativa (...) nel caso la mano «destra» avrebbe ignorato quel che aveva già fatto la mano «sinistra».

⁹² Il cui testo è integralmente consultabile in «Giur. cost.», 1990, pp. 1697 ss.

scindere da una indagine in merito alla legittimità del percorso che a quell'atto ha condotto. Ciò è particolarmente evidente – già a livello di giurisprudenza amministrativa di prime cure – in Tar Sicilia, 26 ottobre 1985, n. 1626⁹³, laddove si afferma, in una controversia in materia di orari e turni di apertura degli esercizi commerciali, che «l'interesse al ricorso per l'annullamento di un provvedimento annualmente reiterato dalla p.a. – ancorché emanato al fine di disciplinare lo svolgimento di attività commerciali nei limiti dell'anno temporaneo espressamente stabilito (nella specie, fissazione dell'orario dei negozi e degli esercizi di vendita al dettaglio) – si presenta diretto ed attuale con riferimento alla natura ripetitiva dell'atto in proiezione ad ulteriore attività amministrativa; in considerazione della funzione ordinatoria della pronuncia giudiziale amministrativa non può, infatti, non configurarsi l'interesse alla pronuncia stessa (oltre che all'eliminazione del provvedimento impugnato) per conseguire la concreta e corretta individuazione della regola dell'azione amministrativa nell'esercizio di un potere attribuito alla p.a. da apposita disposizione di legge che, di per sé, non riveste carattere temporaneo». Questo tipo di impostazione è stato confermato dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2007 n. 1307)⁹⁴ nel momento in cui ha riconosciuto che «la responsabilità risarcitoria per la lesione di interessi legittimi impone di stabilire se l'evento dannoso sia imputabile a dolo o colpa non del funzionario agente ma della p.a. intesa come apparato, che è configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiante) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni della discrezionalità». In tale ottica poco dopo è stato affermato da Cons. Stato, Ad. Plenaria n. 22 ottobre 2007 n. 12⁹⁵, che «alla stregua del vigente ordinamento, spetta al giudice «naturale» della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica conoscere (con garanzie ed effettività di certo non inferiori a quelle apprestate dal giudizio ordinario) dell'illegittimità e, nei congrui casi, dell'illiceità del comportamento che segue questo o quel momento procedimentale, cioè

⁹³ In «Giur. it.», 1986, III, 1, pp. 81 ss.

⁹⁴ In «Foro amm.» (CdS), 2007, 3, p. 912.

⁹⁵ In «Resp. civ. e prev.», 2008, 1, pp. 228 ss.

di quella serie formale strumentalmente rivolta a realizzare l'interesse pubblico e sintomatica dell'agire autoritativo consentito dalla legge». Ma la 'palestra' del soddisfacimento degli interessi pretensivi, ancorché attraverso un processo di apparente impugnazione, è stato il rifiuto o l'inerzia della pubblica amministrazione rispetto alla richiesta di emanare un determinato provvedimento amministrativo⁹⁶.

Una sentenza innovativa e particolarmente rilevante in materia di silenzio-rifiuto (o inadempimento) dell'amministrazione pubblica – rispetto alla precedente giurisprudenza che aveva fino a quel momento limitato il sindacato del giudice amministrativo al mero accertamento dell'esistenza di un obbligo di provvedere – è rappresentata da Cons. Stato, adunanza plenaria, 10 marzo 1978, n. 10⁹⁷. All'adunanza plenaria era stata rimessa la questione riguardante le modalità procedurali per la determinazione del silenzio-rifiuto successivamente alla introduzione della disciplina del silenzio-rigetto ad opera dell'art. 6 del d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199 e dell'art. 20 della l. n. 1034/1971. La Corte chiarì *usque ab initio* che «il problema del silenzio nella giustizia amministrativa non può essere affrontato in termini assoluti, come se riguardasse concetti immobili nel tempo, ma va storicizzato, e cioè risolto in relazione allo stato di elaborazione degli istituti in quel dato momento storico». La pronuncia in questione si richiamò, peraltro, a una precedente decisione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 8 del 1960) con la quale era stato chiarito definitivamente che l'impugnativa dei silenzi nei procedimenti di primo grado appare rivolta a «ottenere l'emanazione di un atto che definisca per la prima volta il rapporto» e, se è vero che la pronuncia del giudice amministrativo è diretta «ad annullare il rifiuto», tuttavia non si può negare che la conseguenza di una tale affermazione è piuttosto chiara: si comincia ad abbandonare lo schema dell'azione di annullamento, tanto che – rileva ancora l'adunanza plenaria – «le deci-

⁹⁶ Al proposito è stato osservato – richiamando l'attenzione ad uno specifico orientamento della giurisprudenza – che «di fronte all'inerzia dell'amministrazione il giudice può essere chiamato a pronunciarsi direttamente sulla fondatezza della pretesa, può cioè occuparsi del rapporto che sussiste fra le parti (amministrazione e privato), pronunciandosi sul suo stato fino al punto in cui il potere di intervento giurisdizionale sull'attività amministrativa lo consente» (D. De Pretis, *L'azione*, cit., pp. 21-22). Sul punto altresì D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento*, cit., pp. 37 ss.

⁹⁷ In «*Foro Amm.*», 1979, I, pp. 2357 ss.

sioni parlano sempre più esplicitamente di pronuncia dichiarativa dell'obbligo di provvedere della pubblica amministrazione, ispirandosi in sostanza a quella dottrina che costruiva l'istituto facendo perno sul concetto di inadempimento, al punto che già nella relazione del Consiglio di Stato per gli anni 1961-1965 (...) il particolare contenuto di questo contenzioso è dato per acquisito». Su tali basi – introducendo una nuova argomentazione rispetto al modello precedente fondato sulla semplice constatazione dell'inadempimento dell'amministrazione – l'adunanza plenaria ritenne che in materia di silenzio-rifiuto potessero trovare applicazione le disposizioni di cui al Testo unico sugli impiegati civili dello stato n. 3 del 10 gennaio 1957, norme queste ultime che, pur nate per dare applicazione all'art. 28 Cost. in tema di responsabilità dei pubblici impiegati unitamente a quella della pubblica amministrazione tuttavia potevano «trovare un ben più ampio campo d'applicazione nella materia in esame, soddisfacendo quella esigenza di certezza che è a fondamento di tutti gli sforzi interpretativi fin qui compiuti».

In tal modo il Consiglio di Stato ebbe a negare la formazione del silenzio-rifiuto in base al modello desumibile dal d.p.r. n. 1199/1971 e dalla legge sui Tar per attrarre la materia in questione nella sfera del d.p.r. n. 3/1957. Il modello desumibile da tale pronuncia è quello in forza del quale⁹⁸ il silenzio inadempimento «si ritiene formato allo scadere del trentesimo giorno dalla diffida a provvedere notificata all'amministrazione dall'interessato. Da tale data, inizia a decorrere il termine decadenziale per l'impugnazione di esso innanzi al giudice amministrativo». A conclusione di tale ragionamento l'adunanza plenaria riconobbe espressamente che «la possibilità che la diffida attenga ad atti non provvedimentali o addirittura materiali, pone il giudice di fronte a nuove prospettive d'intervento. Non sembra dubbio infatti che, nei limiti in cui l'inerzia riguardi scelte o attività vincolate, la decisione possa e debba andare oltre il mero riconoscimento dell'obbligo di procedere, precisando anche come e quando tale obbligo debba essere adempiuto, e che la relativa pronuncia sia suscettibile di ottemperanza, secondo i criteri di esecuzione del giudicato amministrativo». In tal modo il giudice amministrativo ha ammesso, con riguardo

⁹⁸ Come è stato osservato (in particolare il riferimento è a A. Sandulli, *Commento a Cons. Stato, Ad. plenaria, 10 marzo 1978, n. 10*, in G. Pasquini, A. Sandulli (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, pp. 445 ss., spec. p. 457).

specifico all'attività vincolata, la possibilità di un sindacato che andasse oltre il semplice accertamento della illegittimità del silenzio rifiuto, aprendo la strada verso un sindacato esteso alla valutazione circa la fondatezza della pretesa fatta valere dal privato così come tradotta nell'atto di iniziativa procedimentale.

In tale direzione si è orientata la successiva giurisprudenza fino alla l. n. 205/2000, precisandosi in alcune pronunce come l'oggetto del giudizio di impugnazione del silenzio-rifiuto non fosse più rappresentato dal fatto in sé considerato, quanto piuttosto dalla fondatezza della pretesa del ricorrente. Di talché il giudice amministrativo non risultava più essere chiamato a pronunciarsi esclusivamente sull'obbligo di provvedere in capo all'amministrazione, ma era abilitato, sia pure nel solo caso di atti vincolati, a verificare la fondatezza della pretesa e a definire il contenuto del provvedimento da adottare. In conseguenza di ciò – muovendo dal principio di diritto affermato da Ad. plen. n. 10/1978 – è stato altresì riconosciuto che «il giudice adito con il ricorso avverso il silenzio deve garantire l'attuazione della legge per la parte relativa allo svolgimento della funzione non esercitata dalla P.A. e, non a caso, nella ricordata decisione dell'adunanza plenaria (...) si è affermato che, accertata la illegittimità del silenzio-rifiuto, il giudice deve indicare all'amministrazione il contenuto dei suoi obblighi»⁹⁹.

Tra le pronunce in questione successive alla plenaria si possono segnalare ad esempio Consiglio di Stato sez. VI, 26 febbraio 1982, n. 92¹⁰⁰ ove è stato affermato che l'obbligo dell'amministrazione «di provvedere successivamente alla notifica di un atto di diffida ad adempiere, non consiste nell'emissione di una pronuncia purchesia, ma di una pronuncia positiva di un provvedimento soddisfacente dell'interesse che si fa valere; giudicando, pertanto, sulla impugnazione di un silenzio-rifiuto, il giudice amministrativo deve dire se l'amministrazione ha l'obbligo di emettere il provvedimento che gli è stato richiesto, e, se trattasi di attività vincolata, deve dire se è fondata la pretesa sostanziale del ricorrente»¹⁰¹. Analogamente Cons.

⁹⁹ G. Abbamonte, R. Laschena, *Giustizia*, cit., pp. 148-49.

¹⁰⁰ In *Cons. Stato*, 1984, I, pp. 174 ss.

¹⁰¹ Sempre in tale ottica si richiama Cons. Stato, sez. V., 19 ottobre 1989, n. 638, la quale ritenne che fosse possibile attingere l'accertamento della fondatezza della pretesa nei riguardi di una domanda volta ad ottenere l'emissione di un provvedimento vincolato, dal momento che il giudizio di legittimità sul silenzio-rifiuto tende a stabilire la fondatezza della

Stato, sez. V, 15 marzo 1991 n. 250¹⁰², per la quale «il giudizio sulla legittimità del silenzio-rifiuto presuppone la fondatezza della pretesa azionata posto che, in ipotesi contraria, non sarebbe utile imporre all'amministrazione l'obbligo di una espressa pronuncia». In quest'ottica si inquadra anche Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 1999, n. 1446¹⁰³ cui si deve l'affermazione per la quale «in sede d'accertamento del silenzio serbato dalla p.a. e che non sia preceduto da provvedimento inoppugnabile, il giudice amministrativo all'uopo adito non deve limitare il proprio sindacato alla legittimità dell'inerzia opposta dalla p.a. alla richiesta del privato – basandolo sulla verifica dell'esistenza, o meno, di un obbligo di provvedere –, ma deve apprezzare la fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere in via d'azione e, quindi, in accoglimento del ricorso giurisdizionale, deve indicare puntualmente tutti i contenuti vincolati della successiva attività della p.a., soprattutto quando la dialettica processuale delle parti si sviluppa intorno all'effettività della pretesa azionata, all'evidente scopo di semplificare ed accelerare la definizione delle controversie tra privati e p.a., riducendo la possibilità di duplicazione di ricorsi e nell'interesse di entrambe le parti». A tale affermazione, però, faceva seguito una precisazione in ordine ai limiti cui era assoggettato il sindacato del giudice amministrativo, riconoscendosi che «i limiti alla profondità del sindacato del giudice amministrativo sul silenzio serbato dalla p.a., di fronte ad un'istanza propositale dal privato, sono: a) l'esistenza di marcati profili di discrezionalità amministrativa, il cui esercizio non è immediatamente surrogabile dal giudice nella fase cognitoria del giudizio; b) la necessità di compiere particolari accertamenti o verifiche d'ordine tecnico riservate, almeno in prima battuta, alla p.a.».

Come appare evidente da queste ultime decisioni il legislatore era intervenuto nel 2000 con la legge n. 205 per precisare come il giudice amministrativo potesse «sostituirsi» a una amministrazione inerte costringendola ad emanare un determinato atto giudicato dovuto.

Nella giurisprudenza citata, ma in molte altre sentenze di giudici amministrativi di primo e secondo grado per indicare il supe-

pretesa sostanziale del ricorrente, non essendo altrimenti utile, ove questa fosse infondata, imporre all'amministrazione l'obbligo di una pronuncia espressa.

¹⁰² In «Cons. Stato», 1991, I, pp. 50 ss.

¹⁰³ In «Foro amm.», 1999, pp. 2083 ss.

ramento della pura e semplice impugnazione di un atto, vera o presunta ricorrono spesso espressioni come pretesa fatta valere nei confronti della pubblica amministrazione; oggetto del giudizio non limitato al provvedimento impugnato; processo sul rapporto fra privato e pubblica amministrazione; accertamento della situazione di fatto e di diritto e simili, tutte espressioni intese ad indicare che la cognizione del giudice amministrativo andava e doveva andare oltre il provvedimento impugnato¹⁰⁴.

Tali espressioni «eversive» intese a giustificare decisioni processuali diverse dal puro e semplice annullamento di un atto, vero o presunto, della pubblica amministrazione, oltre che da esigenze sostanziali amministrative nascenti dal diritto sostanziale amministrativo, erano supportate dall'«istigazione» ideologica della dottrina. In particolare tale «istigazione ideologica» era partita, formalmente, nel 1962, ma il lavoro circolava già prima in edizione provvisoria, da una monumentale monografia, in due volumi, di Aldo Piras dedicata alla ricostruzione del processo amministrativo come processo non di impugnazione, ma come processo sul rapporto fra ricorrente e pubblica amministrazione¹⁰⁵. Una ricostruzione che estendeva al processo amministrativo modelli di teoria generale del processo applicato, in particolare, al processo civile¹⁰⁶. Quella di Piras è stata una ricostruzione dommatica, che col diritto positivo, come ammetteva lo stesso autore, aveva ben scarsi «punti di partenza». Teoria

¹⁰⁴ L'evoluzione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto viene a collegarsi in tal modo anche al tema della intensità del sindacato del giudice amministrativo e della possibilità per quest'ultimo di un vero e proprio «accesso» al fatto. La problematica è stata affrontata, con particolare riguardo alla introduzione della consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo da G. Perulli, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, Padova, 2002; G. De Giorgi Cezzi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003, ove è condotta un'indagine sul potere cognitivo del giudice amministrativo nella prospettiva della «scoperta della verità» (spec. pp. 51 ss.); E. Caracciolo La Grotteria, *La consulenza tecnica d'ufficio e il sindacato del giudice amministrativo*, Napoli, 2008.

¹⁰⁵ Il riferimento è ai due tomi del volume di A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962.

¹⁰⁶ Al proposito M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1964, pp. 59 ss., ha osservato come «secondo il Piras il processo amministrativo è una specie del genere processo dispositivo, genere che comprenderebbe il processo civile ordinario, e i processi civili c.d. inquisitori». Pertanto «adottata questa posizione, il Piras intavola tutta una serie di ragionamenti a tre poli, che percorrono continuamente le linee processo civile – processo amministrativo – teoria generale del processo dispositivo, con un va e vieni di trascorrimenti ai quali si può forse fare l'appunto di essere talora laboriosi, ma che certamente si snodano su trame critiche di sorprendente profondità».

che si affidava conseguentemente pressoché in toto al diritto giurisprudenziale e/o a un futuro legislatore «riformatore». Sintetizzando oltremodo, anche ai fini della sua utilizzabilità giurisprudenziale, la tesi di Piras era la seguente: «il provvedimento impugnato non costituisc[e] affatto l'oggetto del processo, il solo contenuto di questo, ed anzi rappresenti soltanto l'oggetto mediato della pronuncia sul ricorso, il punto di riferimento degli effetti della decisione, oltre che un elemento necessario dell'affermazione»¹⁰⁷. In tale ottica l'oggetto dell'accertamento da parte del giudice amministrativo avrebbe dovuto estendersi al «rapporto che viene ad essere ricostituito» in conseguenza della produzione dell'effetto di annullamento, «ossia in dipendenza della stessa presenza di un momento ripristinatorio, oltre che distruttivo nell'annullamento»¹⁰⁸. Ancora più chiaramente – a testimonianza della richiamata necessità di superare l'angusta dimensione che tendeva a circoscrivere l'oggetto del giudizio amministrativo al solo annullamento dell'atto – si perveniva ad affermare che «l'oggetto dell'accertamento nel processo amministrativo deve essere identificato con il rapporto giuridico che viene automaticamente a ripristinarsi come conseguenza della modificazione giuridica prodotta dall'annullamento, cioè con il rapporto amministrativo stesso reso controverso con l'impugnazione dell'atto»¹⁰⁹. Da questo punto di vista il riferimento ai principi generali in tema di processo e di natura costitutiva della relativa sentenza, rappresentavano il punto di partenza per operare un inquadramento del giudizio amministrativo in base ai caratteri che sono propri della categoria dei processi di accertamento costitutivo. In quest'ottica il richiamo alle più generali riflessioni di teoria generale del processo, avevano condotto l'autore a riconoscere la possibilità di una sostituzione della «teoria dei vizi e dell'invalidità» (che si costruiva esclusivamente facendo riferimento a un parametro che avrebbe potuto definirsi di tipo statico, in quanto rappresentato dal provvedimento amministrativo impugnato) con una diversa «teoria delle cause di annullabilità» la quale, al contrario trovava il proprio fondamento nella considerazione per cui – questa volta in chiave dinamica – l'accertamento di talune di queste cause «possa risolversi

¹⁰⁷ Piras, *Interesse legittimo*, cit., tomo I, p. 127.

¹⁰⁸ Ivi, tomo II, p. 36.

¹⁰⁹ Ivi, tomo II, p. 244.

nell'accertamento dell'effettivo modo di essere del rapporto amministrativo in contestazione»¹¹⁰.

In conclusione le parole dell'autore non lasciavano spazio ad alcun dubbio aprendo verso una cognizione del giudice amministrativo idonea ad estendersi a tutti gli elementi del rapporto giuridico-amministrativo, comprendendo dunque anche la pretesa dedotta nell'ambito del giudizio: «si fa così strada (...) la conseguenza che l'oggetto del giudizio amministrativo – secondo il solo concetto che dello stesso si profili corretto per il processualista – va definito nei termini di un'affermazione che, legando l'azione alla sua ragione, determina il contenuto della pretesa, con cui si prospetta una determinata esigenza di tutela».

La tesi di Piras, ancorché non suffragata da alcun aggancio di diritto positivo, cominciò a circolare in dottrina¹¹¹ e in giurisprudenza con variazioni ed affermazioni limitate e frammentarie non solo per amor di teoria, ma evidentemente perché corrispondeva a diffuse esigenze degli «utenti» della giustizia amministrativa insoddisfatti dei limiti operativi di un giudizio di mera cassazione dell'atto amministrativo.

Che il ricorrente avanzasse una «pretesa» nei confronti della pubblica amministrazione e che il giudice amministrativo si esprimesse, o dovesse esprimersi, sul «rapporto» instauratosi o che doveva essere instaurato, fra privato e pubblica amministrazione, diventò una tesi ricorrente ancorché non inserita in una rigorosa teoria dogmatica come quella enunciata da Aldo Piras.

La giurisprudenza, come abbiamo accennato all'inizio, tentò in più di un caso di piegare come un giunco un processo che il diritto positivo indicava, indubitabilmente, come di «impugnazione» e conseguente annullabilità di un atto amministrativo. Ma i giunchi,

¹¹⁰ Ivi, tomo II, pp. 37-38, spec. nota 41.

¹¹¹ In tale contesto di riferimento, oltre al già richiamato contributo di M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., pp. 59 ss., alcuni anni più tardi rispetto alla riflessione di Aldo Piras, G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., pp. 36 ss., ebbe a riconoscere che, esclusa l'applicazione al silenzio-inadempimento «sia del giudizio di annullamento che del giudizio di accertamento dell'anti-giuridicità dell'omissione (...) non mi pare che possa essere prospettata sul piano processuale altra soluzione se non quella dell'adozione di una azione e di un giudizio diretti all'accertamento autonomo del rapporto amministrativo». Precisava altresì l'autore che un tale giudizio, «abbandonando definitivamente gli schemi concettuali tipici del giudizio di annullamento», risultava essere «diretto, dunque, ad accertare la fondatezza della pretesa di diritto sostanziale del ricorrente ed il correlativo contenuto dell'obbligo di provvedere, salvi in margini della discrezionalità» (corsivi nostri).

come si sa, oltre un certo limite si spezzano, anche se «puntellati» dalla dottrina, nel caso ingenerosamente accusata di essere una delle cause dell'«arretratezza» del processo amministrativo e, di riflesso, del processo ordinario nei confronti della pubblica amministrazione.

Occorreva l'intervento del legislatore. O parziale per legittimare e sviluppare le aperture della giurisprudenza o, meglio, codificatore di un nuovo processo amministrativo nel quale trovassero soddisfazione le «pretese» del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione¹¹².

Il primo intervento legislativo fu un fiasco. Un fiasco per ragioni tecniche. Dopo una serie di «modernizzazioni» procedurali, sia al processo amministrativo cautelare, sia al processo amministrativo ordinario, la legge 21 luglio 2000, n. 205 pensò bene di risolvere il problema della «piena giurisdizione» del giudice amministrativo introducendo un processo amministrativo alla «francese»¹¹³, cioè simile ad una delle forme di «assestamento» raggiunte dal contenzioso amministrativo francese contemporaneo. L'art. 7 di tale legge, nel modificare l'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, ha previsto infatti una estensione della giurisdizione esclusiva «a tutte le controversie in materia di pubblici servizi»¹¹⁴.

¹¹² Il dato è stato evidenziato da M. Clarich, *Il processo amministrativo a «rito ordinario»*, in «Riv. dir. proc.», 2002, pp. 1058 ss., il quale osserva come «dopo un lungo periodo di stallo» la giurisprudenza della Corte di Cassazione (in particolare la sentenza delle Sez. unite n. 500 del 1999, su cui v. infra nel testo) e la legge n. 205 del 2000 «hanno fornito argomenti a favore» della concezione che «pone al centro dell'accertamento giudiziale l'intera vicenda amministrativa».

¹¹³ Per un'indagine in merito a tali profili si rinvia all'ampia trattazione in due tomi di A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000, tomo I, spec. pp. 35 ss., ove è delineato un percorso che dalle origini della «giurisdizione piena» conduce fino a quelle che nel testo si sono definite come le più recenti «modernizzazioni» da ricondurre nell'ambito del più ampio contesto europeo. Il tema è stato ripreso successivamente in S. Antoniazzi, *Obbligazioni pubbliche e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2010, spec. pp. 187 ss.

¹¹⁴ Sul punto, in chiave più generale, G. Leone, *Brevi note a margine della legge n. 205 del 2000. Un passo avanti verso il «giusto processo amministrativo?»*, in «Dir. proc. amm.», 2001, pp. 645 ss.; A. Romano, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, ivi, pp. 602 ss. Per un inquadramento dell'intervento di riforma operato dall'art. 7 della l. n. 205/2000 con riguardo alle disposizioni di cui al d.lgs. n. 80/1998, con particolare attenzione alle ricadute in termini di giurisdizione esclusiva, si rinvia all'ampio commento di F. Fracchia, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 7, prima parte)*, in F. Caringella, M. Protto (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, cit., pp. 532 ss., spec. pp. 573-587 per un'indagine specifica in merito all'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998 come sostituito dal suddetto art. 7. In tema si possono vedere altresì i contributi contenuti nel volume *La giustizia*

Estendendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo al servizio pubblico¹¹⁵ non è che si risolveva il problema dell'oggetto del giudizio perché, a differenza di quanto è accaduto per la nozione francese di *service public*, la nozione di servizio pubblico formatosi nell'ordinamento italiano non si riferisce ad ogni possibile attività di una pubblica amministrazione o di un soggetto comunque pubblico. Estendendo la giurisdizione esclusiva ai servizi pubblici si è solo aggiunta una nuova specifica materia alla lista dei casi di giurisdizione derogatoria al vigente riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo. Né ricorrendo alla nozione di giurisdizione esclusiva si risolveva il problema dell'oggetto del processo amministrativo, poiché la giurisdizione esclusiva, fin dalla «rivoluzione interrotta» del 1923, è sempre stata concepita come una giurisdizione per sommatoria in un unico giudice di giurisdizione ordinaria e di giurisdizione amministrativa di annullamento¹¹⁶. Cioè la giurisdizione esclusiva per materia non risolveva il problema dell'oggetto del processo amministrativo, della pretesa del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione e del preteso «rapporto» del cittadino con chi esercita il potere¹¹⁷.

amministrativa. Commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205, Milano, 2000; nonché R. Tiscini, *La giurisdizione esclusiva*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo*, cit., pp. 317 ss. Sul punto anche A. Zito, *Le norme sulla giurisdizione esclusiva del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, al vaglio delle prime pronunce giurisprudenziali*, in V. Parisio (a cura di), *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico*, cit., pp. 155 ss.

¹¹⁵ Al proposito V. Cerulli Irelli, *La giurisdizione esclusiva e i servizi pubblici*, in *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Atti del XLIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2004, pp. 281 ss. cui si rinvia per una riflessione in merito alla *ratio* giustificativa del modello della giurisdizione esclusiva e alla possibilità (anche attraverso il riferimento all'impostazione seguita dalla dottrina e dalla giurisprudenza) di procedere alla attribuzione di una connotazione di carattere oggettivo e sostanziale alla categoria del servizio pubblico.

¹¹⁶ Il tema della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con particolare riguardo ai suoi profili evolutivi è stato ampiamente trattato da A. Romano, *Il quadro normativo della giurisdizione esclusiva sino all'avvento della Costituzione*, in *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, cit., pp. 35 ss.; nonché, per quanto concerne i profili di successivo sviluppo del modello fino alle vicende più recenti E. Picozza, *Il quadro normativo della giurisdizione esclusiva dall'avvento della Costituzione ad oggi*, ivi, pp. 63 ss. Per un quadro in merito alla più recente evoluzione della giurisdizione esclusiva fino al codice del processo amministrativo si rinvia a A. Allegretta, *La giurisdizione nel codice di procedura civile e nel codice del processo amministrativo*, in M. Marasca, A. Allegretta, *Il riparto di giurisdizione*, Milano, 2013, spec. pp. 59 ss.

¹¹⁷ Non aveva perso l'occasione di ricordarlo la Corte costituzionale per effetto della sentenza 6 luglio 2004, n. 204, in «Foro it.», 2004, I, pp. 2594 ss. Mediante tale pronuncia il Giudice delle leggi dichiarò l'illegittimità costituzionale delle seguenti disposizioni del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80: art. 33, comma 1, come sostituito dall'art. 7, lett. a), della legge 21 lu-

Occorreva passare da un processo di annullamento a un processo di cognizione che avesse come oggetto una (o per meglio dire anche una) pretesa di diritto pubblico. E quanto ha inteso fare (dopo una serie di progetti legislativi sui quali non è il caso di indugia-

glio 2000, n. 205, nella parte in cui prevedeva che fossero devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi anziché «le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore»; art. 33, comma 2, come sostituito dall'art. 7, lett. a), della l. 21 luglio 2000, n. 205; art. 34, comma 1, come sostituito dall'art. 7, lett. b), della l. 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui prevedeva che fossero devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto «gli atti, i provvedimenti e i comportamenti» anziché «gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparati, in materia urbanistica ed edilizia». Al proposito è stato osservato come per effetto di siffatta pronuncia la Corte abbia «ridisegnato (e ridotto) l'ambito della giurisdizione esclusiva» (così A. Police, *La giurisdizione amministrativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. Della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, cit., spec. 490 ss.). Infatti, in quella sede quella sede – a testimonianza della ridefinizione della sfera di rilevanza della giurisdizione esclusiva di cui si è detto – la Corte ha avuto modo di precisare come fossero costituzionalmente illegittime (per contrasto con l'art. 103 Cost.) quelle disposizioni che intervengano sul riparto di giurisdizione dettato dalla Costituzione, il cui effetto sia quello di determinare un ampliamento della giurisdizione esclusiva del G.A. attraverso la sostituzione del consolidato principio costituzionale che sancisce la separazione secondo la dicotomia diritti soggettivi/interessi legittimi, con il diverso criterio rappresentato dalla previsione di «blocchi di materie», che prescindono dalla considerazione delle situazioni giuridiche soggettive oggetto di una determinata controversia. In tale ottica appare «evidente» che «il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare «particolari materie» nelle quali «la tutela nei confronti della pubblica amministrazione» investe «anche» diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie» (considerato in diritto 3.2). Da questo punto di vista «il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (...) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo». La pronuncia in questione è stata variamente commentata, potendosi richiamare in questa sede, talora con accenti piuttosto critici quanto alla effettiva sopravvivenza della giurisdizione esclusiva, F.G. Scoca, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in «Giur. cost.», 2004, pp. 2209 ss.; R. Villata, *Leggendo la sentenza 204 della Corte costituzionale*, in «Dir. proc. amm.», 2004, pp. 832 ss.; L. Mazzaroli, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in «Dir. proc. amm.», 2005, pp. 214 ss.; A. Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt.*

re)¹¹⁸ il codice del processo amministrativo. I risultati del codice in proposito escono dai confini della presente cronaca. Per rimanere al di qua di tale confine rimane solo da chiederci se la elaborazione dommatica del processo amministrativo sul rapporto fra cittadino e pubblica amministrazione presenti qualche analogia, se non addirittura una «identificazione» (*mutatis mutandis* in relazione ai tempi) con i contenziosi amministrativi aboliti dalla legge del 1865 tuttora vigente e da qualche interprete già giudicata in larga parte «collidente» con quanto previsto dal codice del processo amministrativo del 2010¹¹⁹. Se cioè sia da chiedersi se, anziché ricorrere a ponderose elaborazioni dommatiche sul processo «sul rapporto», fosse stato sufficiente un riesame storico delle origini del «contenzioso amministrativo» che, come è noto, era stato elaborato e codificato in codici di procedura in analogia con il processo ordinario (in parte con il processo civile e in parte con il processo penale)¹²⁰. Oppure chie-

33 e 34 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, in «Foro it.», 2004, I, pp. 2598 ss.; M. Clarich, *La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata*, in «Giorn. dir. amm.», 2004, pp. 969 ss.; B.G. Mattarella, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, ivi, pp. 979 ss.; A. Pajno, *Giurisdizione esclusiva ed «arbitrato» costituzionale*, ivi, pp. 983 ss.

¹¹⁸ Al proposito si rinvia al già ricordato volume *La riforma del processo amministrativo*, cit., dalla cui lettura è possibile trarre un quadro più generale in merito alle proposte di modifica avanzate a partire dai primi anni ottanta del secolo scorso. In tale ottica ed a titolo esemplificativo è possibile richiamare, successivamente, anche il contributo *La riforma della giustizia amministrativa* pubblicato sul «Foro it.», 1990, V, pp. 280 ss. mediante il quale – prendendo spunto da un disegno di legge delega per la riforma del processo amministrativo presentato all'esame delle Camere nel 1987 – un gruppo di lavoro composto da U. Allegretti, V. Cerulli Irelli, A. Corpaci, C. Marzuoli, A. Orsi Battaglini, A. Proto Pisani, D. Sorace, A. Travi, aveva dato avvio a un dibattito volto a sensibilizzare le istituzioni sulla necessità di revisione del quadro allora vigente.

¹¹⁹ Cfr. in proposito F. Merusi, *Dal 1865... e ritorno... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in «Dir. proc. amm.», 2016, pp. 670 ss.

¹²⁰ Si possono richiamare al proposito le ricostruzioni riferite a singoli Stati preunitari di P. Aimo, *Le origini della giustizia amministrativa. Consigli di prefettura e Consiglio di Stato nell'Italia napoleonica*, Milano, 1990; R. Feola, *La monarchia amministrativa. Il sistema del contenzioso nelle Sicilie*, Napoli, 1984; O. Abbamonte, *Amministrare e giudicare. Il contenzioso nell'equilibrio istituzionale delle Sicilie*, Napoli, 1997; F. Merusi, G.C. Spattini, E. Fregoso, *Il contenzioso amministrativo di Maria Luigia*, Milano, 2013, per quanto concerne il Ducato di Parma e Piacenza; e per il Regno di Sardegna S. Sambataro, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977, e G. Azzariti, *Percorsi e tendenze della giustizia amministrativa. Indagine su origini, formazione e caratteri del sistema della giustizia amministrativa in Italia*, Torino, 1994; nonché per quanto concerne la particolare esperienza toscana R. Brugioni, *Il Consiglio di Stato del Granducato di Toscana (1848-1865)*, Lucca, 2013. Più in particolare potrebbe essere significativo rimeditare *ab ovo* sulla «questione amministrativa» che avrebbe dovuto caratterizzare la giurisdizione amministrativa che fu al centro del dibattito del primo organo di «giustizia amministrativa» di uno Stato italiano «inva-

dersi se l'interesse legittimo costituzionalizzato dalla Carta Costituzionale del '48 non sia in realtà diventato un diritto pubblico soggettivo a un comportamento legittimo della pubblica amministrazione sia attivo che a seguito di una pretesa a somiglianza di quanto accaduto nell'ordinamento tedesco, prima con l'istituzione di un giudice amministrativo *ad hoc* e dopo con la previsione dell'art. 19 del Grundgesetz¹²¹. Sembrerebbe far propendere per questa soluzione il fatto che la legalità dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione attraverso la sua sottoposizione a principi generali del diritto sia formalmente penetrata nell'ordinamento italiano con la legge sul procedimento amministrativo del 1990 e, informalmente o *de facto*, attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e attraverso il rinvio di norme comunitarie (direttive o regolamenti) nonché addirittura col rinvio contenuto in singole leggi dell'ordinamento italiano¹²². E poco importa se si continua a chiamarlo interesse legittimo. Ciò che conta è che cosa fenomenologicamente è e che cosa è diventato oggi l'eccesso di potere dopo che i «sintomi» del vizio sono stati sostituiti dalla violazione di principi generali del diritto¹²³.

Ma queste, come avrebbe detto uno dei fratelli che raccontavano fiabe, sono altre storie, che qualcun altro racconterà anche dopo la comparsa del codice del processo amministrativo, perché, almeno apparentemente, lì non se ne parla.

so» dalla rivoluzione francese, il Consiglio Legislativo della Repubblica Italiana. Sul dibattito intervenuto in tale organo si rinvia alla ricerca di P. Aimò, *Il Consiglio Legislativo e la giustizia nell'amministrazione*, in *La formazione del primo Stato italiano e Milano capitale (1802-1814)*, Milano, Istituto Lombardo Accademia di Scienze e Lettere, pp. 245 ss.

¹²¹ Si rinvia in proposito a F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, pp. 123 ss. E per i riferimenti all'ordinamento tedesco, oltre al punto di partenza (in senso proprio) di W. Jellinek, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen zone*, in *Deutsche Rechtszeitschrift (DRZ)*, 1948, pp. 269 ss., creatore del primo Tribunale amministrativo nella zona sottoposta all'amministrazione statunitense nell'immediato dopoguerra, e all'ampia descrizione riferita alla sistemazione definitiva, dopo il 1960, ad A. Maccucci, *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Milano, 1991. Il risalente dibattito teorico, se dai diritti pubblici soggettivi potessero nascere rapporti con lo Stato e perciò anche con l'esecutivo, è chiaramente riassunto dal già citato Groppali, in *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 217 ss. Un quadro completo delle teorie enunciate nella dottrina italiana e tedesca sul c.d. 'rapporto amministrativo' si può leggere in M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.

¹²² Sull'effetto del quale si rinvia a V. Italia, *I principi nelle leggi*, Milano, 2016.

¹²³ Sul tema dell'incidenza dei principi generali del diritto introdotti dall'esperienza comunitaria e della loro convivenza con i principi previsti nella Costituzione italiana si rinvia alla disamina di C.E. Gallo, *La giustizia amministrativa fra modello costituzionale e principi comunitari*, in *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del Convegno Annuale Aipda, Napoli, 2008, pp. 227 ss.

7. *La risarcibilità dell'interesse legittimo. La sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione che nel 1999 ha affermato di essersi sbagliata per circa un secolo*

Nell'ordinamento italiano esisteva un dogma: quello della irrisarcibilità delle lesioni arrecate ad un interesse legittimo. La pubblica amministrazione aveva un privilegio: essere esentata da responsabilità per lesione di interesse legittimo¹²⁴.

Un dogma, quello della irrisarcibilità dell'interesse legittimo, fondato, prima ancora che su argomentazioni di diritto sostanziale, su ragioni di diritto processuale che sembravano ontologicamente insuperabili¹²⁵ perché fondate sull'essenza stessa del riparto di giurisdizione fra un giudice ordinario e un giudice amministrativo. Una volta conservata la giurisdizione del giudice ordinario prevista dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo per i «diritti civili e politici», cioè per i diritti soggettivi, e prevista, nel 1889, una giurisdizione di un giudice amministrativo per l'annullamento degli atti amministrativi per il quale corrispondeva una situazione diversa dal diritto soggettivo, una situazione di interesse all'annullamento dell'atto amministrativo definito interesse legittimo, diventava inevitabile che il giudice amministrativo potesse solo annullare un atto amministrativo, ma non risarcire un danno lesivo di una situazione di interesse legittimo, mentre il giudice ordinario non potesse risarcire un danno lesivo di una situazione di interesse legittimo perché aveva giurisdizione solo con riferimento a «diritti civili e politici» così come stabilito dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo.

Questo rigoroso assioma poteva venir derogato dal legislatore o dalla giurisprudenza (con la collaborazione della dottrina) in due

¹²⁴ Per un richiamo, nell'ambito di una riflessione di carattere critico, a siffatto «dogma» E. Follieri, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in «Dir. proc. amm.», 1998, pp. 253 ss., il quale afferma in apertura del contributo come la giurisprudenza del giudice ordinario fosse «ferma nell'escludere che l'interesse legittimo leso possa ottenere il risarcimento dei danni» (ma già prima dello stesso autore, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, pp. 10 ss. per un'apertura in senso contrario rispetto all'impostazione ritenuta prevalente). La «pietrificazione» della giurisprudenza su tale posizione era stata messa in evidenza anche da F.D. Busnelli, *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, in «Danno e resp.», 1997, pp. 269 ss.

¹²⁵ Al proposito F.D. Busnelli, *Lesione*, cit., p. 270, fece riferimento ad un «irrigidimento dommatico» della giurisprudenza.

diverse ipotesi: 1) il legislatore poteva derogare all'assioma nascente dal criterio del riparto di giurisdizione prevedendo, per singoli casi, che il danno lesivo di una situazione di interesse legittimo fosse, in via derogatoria ed eccezionale, risarcibile, naturalmente dal giudice ordinario *naturaliter* competente in materia di risarcimento dei danni. Lo aveva fatto nel codice civile del 1942. Lo aveva fatto prima e lo farà in seguito, dopo il 1948, in singole leggi «speciali»; 2) la giurisprudenza (con l'aiuto della dottrina), dopo aver «inventato» che situazioni di sicuro diritto soggettivo investite da atto amministrativo potevano essere «degradate» o «affievolite»¹²⁶ ad interesse legittimo per legittimare il ricorso al giudice amministrativo per ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo¹²⁷ aveva inevitabilmente «inventato» anche il suo contrario: che la situazione giuridica di diritto soggettivo, degradata o affievolita ad interesse legittimo, si «riespandeva» a diritto soggettivo dopo l'eventuale annullamento dell'atto, cioè ritornava «per magia giudiziaria» ad essere un diritto soggettivo e, come tale, risarcibile da un giudice ordinario, se era stato leso, con conseguente produzione di un danno. Emerse così per «fatto giurisprudenziale» la teoria della doppia tutela del diritto degradato o degradabile a interesse legittimo. Una giurisprudenza non copiosa, dato anche la macchinosità dell'accesso a due diversi giudici in sequenza, che si sviluppò a partire dagli anni '50 del secolo scorso in poi¹²⁸.

¹²⁶ Per una affermazione della teoria dell'affievolimento del diritto soggettivo si può richiamare la risalente riflessione di O. Ranalletti, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892, da ultimo raccolto in *Scritti giuridici scelti*, II, La giustizia amministrativa, Napoli, 1992, pp. 76 ss. Una ripresa e un approfondimento sia pure in senso critico della ricostruzione di Ranalletti è stata operata magistralmente da A. Amorth, *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, tomo II, Padova, 1940, pp. 201 ss., ove si fa riferimento ad una «equivoca, se non misteriosa, trasformazione del diritto in interesse legittimo, che non pare necessaria né per costituire il diritto affievolito, né per spiegare l'affievolimento di un diritto perfetto» (più recentemente, sempre in senso critico, F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, pp. 23 ss., ove si fa riferimento ad un «equivoco» dovuto «al fatto che si è voluta spiegare una vicenda tutta processuale (attinente al riparto delle giurisdizioni) con soluzioni di diritto sostanziale»). Il tema fu ripreso dopo la riflessione di Amorth anche da G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1954, II, pp. 188 ss., cui si deve l'immagine di un diritto condizionato dalla compatibilità con l'interesse pubblico. A livello giurisprudenziale, una prima affermazione di siffatta teoria è rinvenibile in Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 1937, in «Foro it.», 1938, III, pp. 1 ss.

¹²⁷ Per una tale lettura si fa riferimento alla già ricordata magistrale ricostruzione di A. Amorth, *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, cit., pp. 195 ss.

¹²⁸ A livello giurisprudenziale, per un richiamo a siffatta teoria, si possono ricordare in successione cronologica, *in primis* Cons. Stato, Ad plen., 17 dicembre 1951, in «Foro amm.».

Va da sé che la «deroga» della doppia tutela, oltre ad essere limitata in sé in quanto deroga ad una disciplina generale, aveva una «limitazione» per così dire intrinseca: era praticabile solo quando sotto un interesse legittimo si riusciva, o si pretendeva, di individuare un diritto soggettivo «degradato». Per i danni riferibili a situazioni di interesse legittimo «solitario» non era possibile, logicamente prima che giuridicamente, individuare una tutela risarcitoria. Uno Stato povero, e perennemente indebitato, era ben lieto di non dover risarcire danni derivanti da lesioni di situazioni di interesse legittimo, ma la «irrisarcibilità degli interessi legittimi» non era stata inventata per limitare i casi di responsabilità civile dello Stato,

1952, I, 3, pp. 215 ss., in materia di autorizzazione ministeriale alla istituzione di imposte di consumo, ove è stato precisato che piuttosto che di «giurisdizione concorrente o di doppia tutela di uno stesso privato interesse» fosse opportuno riferirsi ad «autonome e separate garanzie concesse dall'ordinamento giuridico in autonomi e separati settori in relazione ad autonome situazioni, anche se determinate, per circostanze del tutto estrinseche ed occasionali, da un unico provvedimento»; e successivamente Cass., Sez. unite, 24 gennaio 1978, n. 314, in «Riv. amm.», 1978, pp. 628 ss., ove è stato affermato – con riguardo ad un appalto del servizio pubblicitario – che «il giudizio instaurato dalla ditta appaltatrice della pubblicità all'interno di uno stadio comunale, la quale lamenta che il comune abbia illegittimamente revocato le deliberazioni con cui era stata indetta la licitazione privata per l'aggiudicazione dell'appalto e, poi, autorizzato la stipula del contratto successivamente aggiudicato ad altra ditta concorrente a seguito di una nuova gara appartiene alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, essendo rivolto alla rimozione di un provvedimento amministrativo (di revoca) che si assume lesivo del pubblico interesse attraverso un cattivo esercizio del potere; né la contemporanea pendenza dinanzi al giudice ordinario di una controversia relativa al contratto di appalto – aggiudicato e poi revocato – diversa per «petitum» e «causa petendi», costituisce un caso di doppia tutela inammissibile, attesa la diversità dei due giudizi e salva l'eventuale necessità di un coordinamento tra essi mercé l'istituto della sospensione del processo» (corsivi nostri); e ancora Corte cass., sez. II, 6 gennaio 1982, n. 24, in «Giust. civ.», 1982, Mass. (fasc. 1), in materia di licenza edilizia, ove è stato affermato che «il giudicato amministrativo sulla legittimità della licenza edilizia fa stato anche nella successiva controversia civile, intentata dal vicino contro il costruttore per la riduzione in pristino o il risarcimento dei danni, unicamente se trattasi di licenza in deroga, ossia rilasciata dalla p.a. nell'esercizio del potere discrezionale, riconosciuto dal regolamento edilizio, di derogare alle norme generali dello stesso, nel qual caso il diritto del privato all'osservanza di tali norme si affievolisce e, quindi, può trovare tutela solo dinanzi al giudice amministrativo. In ogni altra ipotesi, invece, riprende vigore il principio della doppia tutela, secondo cui il privato che si pretenda danneggiato dalla violazione di norme edilizie può far valere, nei confronti del costruttore, il proprio diritto soggettivo al risarcimento del danno e, se si tratti di norme integrative del codice civile, alla riduzione in pristino, risultando irrilevanti, nel relativo giudizio, le questioni sull'esistenza e validità della licenza edilizia» (corsivi nostri). Sempre in materia edilizia Cass., Sez. unite, 19 aprile 1990, n. 3247, in «Riv. giur. edil.», 1991, I, pp. 25 ss., ha affermato che «nella ipotesi in cui il privato si ritenga danneggiato da una attività edilizia autorizzata dalla p.a. nei cui confronti il medesimo deduce la violazione di norme edilizie, costui ha diritto alla c.d. «doppia tutela» vale a dire ad una tutela concorrente ma separata di posizioni giuridiche di natura diversa (diritti soggettivi e interessi legittimi in relazione rispettivamente alla dedotta attività illecita ed alla concessione edilizia)» (corsivi nostri).

era una conseguenza del sistema di giustizia amministrativa risultante dal «combinato disposto» della legge del 1865 e della legge del 1889.

Questa era la situazione quando, come è accaduto in non pochi altri casi, l'ordinamento italiano cominciò ad entrare in conflitto coi principi dell'ordinamento comunitario¹²⁹: la Corte di giustizia della Comunità europea cominciò a condannare amministrazioni italiane e a prevedere l'obbligo di risarcimenti dei danni a favore di cittadini italiani con riferimento a situazioni giuridiche soggettive definibili, secondo il nostro ordinamento, di interesse legittimo¹³⁰; mentre

¹²⁹ In tema E. Casetta, *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in «Riv. it. dir. pubbl. comunit.», 1999, pp. 689 ss., ora in Id., *Scritti scelti*, Napoli, 2015, pp. 477 ss.; R. Vilata, *L'incidenza dell'ordinamento comunitario nelle trasformazioni della giustizia amministrativa*, in D. Corletto, G. Sala, G. Sciullo (a cura di), *La giustizia amministrativa in trasformazione*, cit., pp. 49 ss. Al proposito è stato osservato, con particolare riguardo al tipo di influenza esercitata dal diritto comunitario su principi ed istituti della giustizia amministrativa ed in concomitanza con il processo di trasformazione cui si è fatto richiamo nel testo, che la Corte di Giustizia in tal modo ebbe ad avviare «la costruzione di un sistema processuale comunitario amministrativo, muovendo dall'idea» in forza della quale siffatto nuovo sistema processuale «ha ad oggetto i processi nazionali, intrecciandosi quindi anche con l'ordinamento processuale nazionale della giustizia amministrativa» (così F. Astone, *Diritto comunitario e processo amministrativo*, Messina, 1996, pp. 261 ss.). In tema si richiamano altresì G.D. Falcon, *Giustizia comunitaria e giustizia amministrativa*, in L. Vandelli, C. Bottari, D. Donati (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1994, spec. pp. 298 ss. per l'affermazione di una penetrazione del diritto comunitario «in quella sorta di santuario riservato agli stati» rappresentato dal sistema di giustizia amministrativa.

¹³⁰ Da questo punto di vista è da osservare come la giurisprudenza comunitaria nella materia *de qua* abbia costituito una ripresa con contestuale evoluzione del principio di diritto affermato da Corte giust. Ce, 19 novembre 1991 (in cause riunite C-6 e 9-90, cd. sentenza *Francoovich*). Più nello specifico ai fini del nostro discorso assume rilevanza la pronuncia Corte giust. Ce, 23 maggio 1996 (in causa C-5/94, *Lomas*), la quale ha riconosciuto che «l'obbligo di uno Stato membro di risarcire i danni causati ad un singolo dal diniego opposto al rilascio di una licenza di esportazione, in violazione dell'art. 34 Trattato Ce, sussiste in tutti i casi in cui la norma di diritto comunitario violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, si tratti di violazione grave e manifesta ed esista un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dai singoli. Ciò premesso, è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alle responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato da una violazione del diritto comunitario ad esso ascrivibile, restando inteso che le condizioni fissate dalle norme nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento». Peraltro come è stato osservato (M. Clarich, *La responsabilità nel sistema comunitario*, in G. Greco M.P. Chiti (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, parte generale, tomo II, pp. 589 ss.), nel caso *Lomas* la fattispecie sottoposta all'esame della Corte investiva «la questione della responsabilità di uno Stato membro per danni cagionati, non già da un atto normativo, bensì da un atto amministrativo (diniego di licenza di esportazione) adottato in violazione del diritto comunitario». Pertanto, mediante tale pronuncia «la Corte ha aperto dunque un campo di intervento potenzialmente esteso quale è appunto quello dell'attività amministrativa provvedimento delle pubbliche amministrazioni».

direttive comunitarie imponevano al legislatore di emanare leggi che prevedessero la risarcibilità dei danni per lesioni di situazioni giuridiche soggettive che, nell'ordinamento italiano, venivano definite di «interesse legittimo»¹³¹.

Fu così che, assediata da sempre nuove sentenze di una «corte superiore», la Corte di giustizia della Comunità europea, da leggi attuative di diritto comunitario che, in determinate materie, prevedevano la risarcibilità «derogatoria» di danni apportabili a situazioni giuridiche soggettive denominate nel nostro ordinamento «interessi legittimi» e dalla dottrina¹³² che con varie argomentazioni pretendeva l'estensione delle «apparenti deroghe» alla generalità e, constatato che il legislatore non si decideva neanche a progettare qualche «riforma» risolutiva della questione, la Corte di Cassazione si decise a scrivere una «palinodia» in forma di sentenza, affermando che, non il legislatore del riparto di giurisdizione, ma la Suprema corte in sede interpretativa si era «sbagliata» per più di un secolo¹³³.

¹³¹ In tale prospettiva è possibile richiamare, a titolo di esempio, la direttiva del Consiglio n. 89/665/Cee del 21 dicembre 1989 il cui art. 1, par. 1, aveva stabilito che «gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/Cee e 77/62/Cee, le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile (...) in quanto tali decisioni hanno violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto». Il successivo art. 2, par. 1, al tempo stesso affermava che «gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano di: a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici; b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione; c) accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione» (corsivi nostri). Si rinvia a G. Recchia, *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dirigenti in diritto comparato e in diritto comunitario*, in «Dir. proc. amm.», 2002, pp. 803 ss.

¹³² In tale ottica M. Cafagno, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, Milano, 1996, pp. 7 ss., per una lettura che, muovendo dall'indagine in merito alle varie disposizioni settoriali – tra le quali sono espressamente richiamate quelle in materia di appalti pubblici – si orientava, già prima del 1999 verso la ricerca di un «teorema generale».

¹³³ Al proposito D. Pappano, *Potere amministrativo e responsabilità civile: la riconsiderazione delle categorie dogmatiche*, Roma, 2008, spec. pp. 17 ss., osserva come l'affermazione della risarcibilità del danno derivante da lesione degli interessi legittimi abbia determinato un vero e proprio «scuotimento» dello «strumentario concettuale tradizionale» (fenomeno,

In tale contesto si colloca la «storica» sentenza delle Sezioni unite della Cassazione (Corte di Cassazione, Sezioni unite, 22 luglio 1999, n. 500)¹³⁴ e il suo *jus poenitendi* scritta, come narrano le cronache, a più mani.

Com'è noto dinanzi alla Corte si «estrasse», dai molti ricorsi in materia, un caso emblematico nel quale era stata posta la questione della risarcibilità degli interessi legittimi, o meglio il problema della configurabilità della responsabilità civile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., dell'amministrazione per il risarcimento dei danni derivanti a soggetti privati dalla emanazione di atti o di provvedimenti amministrativi illegittimi, come tali lesivi di situazioni giuridiche soggettive qualificabili in termini di interesse legittimo¹³⁵. La Corte nella propria argomentazione ha condotto l'intero ragionamento a partire dalla propria precedente giurisprudenza definita come «monolitica» o addirittura «pietrificata»¹³⁶, in quanto costante «da vari decenni nel fornire una risposta sostanzialmente negativa» al problema della risarcibilità degli interessi in questione. Si afferma espressamente che le Sezioni unite ritengono tuttavia «di dover riconside-

quest'ultimo entro il quale è possibile ricondurre il «cambio di rotta» operato dalla Corte di Cassazione nel 1999).

¹³⁴ Di cui è possibile prendere visione fra le altre in «Foro it.», 1999, I, pp. 2487 ss.

¹³⁵ Sul tema della risarcibilità del danno derivante da illegittimo esercizio del potere amministrativo, oltre al volume *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 2004, *passim*, ove sono raccolti gli atti del Convegno svoltosi a Roma nei giorni 10-12 ottobre del 2002, si vedano anche A. Travi, *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in «Dir. proc. amm.», 2003, pp. 994 ss.; A. Pubusa, *Risarcimento dell'interesse legittimo: responsabilità aquiliana, precontrattuale o procedimentale?*, in «Foro amm.» (Tar), 2004, pp. 1590 ss.; E.M. Barbieri, *Il risarcimento che si addice alla lesione degli interessi legittimi*, in «Dir. proc. amm.», 2002, pp. 651 ss.; G.P. Cirillo, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2001, spec. sulla sentenza Cass. Sez. unite n. 500/1999, pp. 30 ss.; R. Caranta, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in «Foro it.», 1999, pp. 3201 ss.; S. D'Antonio, *Teoria e prassi nella tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003; G.D. Comperti, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003; M. Carrà, *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Milano, 2006, pp. 13 ss. Per un inquadramento dei principali nuclei tematici connessi alla questione della risarcibilità del danno causato dall'esercizio della funzione amministrativa alla luce dei principi di diritto affermati da Cass., Sez. unite n. 500/1999, si rinvia fra i molti contributi a F. Trimarchi Banfi, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, spec. pp. 24 ss. sul profilo della tutela risarcitoria (nonché Id., *L'ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, in «Dir. proc. amm.», 2001, pp. 632 ss.); P. Gotti, *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria nei confronti della p.a. nelle prime risultanze giurisprudenziali*, Firenze, 2003, pp. 9 ss.

¹³⁶ Per un ricorso a tale immagine, L. Torchia, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in «Giorn. dir. amm.», 1999, pp. 832 ss.

rare il proprio orientamento». E ciò in forza di alcune precise considerazioni. Al proposito la Cassazione rilevò come non potessero essere ignorati una serie di elementi di particolare importanza ai fini della questione, tra cui: la lettura eccessivamente restrittiva dell'art. 2043 cod. civ.¹³⁷, e la sostanziale ed «iniqua immunità della P.A. per l'esercizio illegittimo della funzione pubblica che essa determina»; il formarsi progressivo «di una giurisprudenza di legittimità volta ad ampliare l'area della risarcibilità ex art. 2043 c.c., sia nei rapporti tra privati, incrementando il novero delle posizioni tutelabili, che nei rapporti tra privati e P.A., valorizzando il nesso tra interesse legittimo ed interesse materiale sottostante (elevato ad interesse direttamente tutelato)»; le perplessità «più volte espresse dalla Corte costituzionale circa l'adeguatezza della tradizionale soluzione fornita all'arduo problema (sent. n. 35-1980; ord. n. 165-1998)»; alcuni interventi legislativi «di segno opposto alla irrisarcibilità, culminati nel d.lgs. n. 80 del 1998, che, nell'operare una cospicua redistribuzione della competenza giurisdizionale tra giudice ordinario e giudice amministrativo in base al criterio della giurisdizione esclusiva per materia, ha attribuito in significativi settori al giudice amministrativo, investito di giurisdizione esclusiva (comprensiva, quindi, delle questioni concernenti interessi legittimi e diritti soggettivi), il potere di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del "danno ingiusto"»¹³⁸.

Precisò in via preliminare ancora che «ripercorrendo la giurisprudenza di questa S.C., può constatarsi che il principio della irrisarcibilità degli interessi legittimi si è formato e consolidato con il concorso di due elementi, l'uno di carattere formale (o meglio processuale), l'altro di carattere sostanziale: a) il peculiare assetto del sistema di riparto della giurisdizione nei confronti degli atti della

¹³⁷ Sul punto si rinvia più recentemente a S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2013, pp. 47 ss., ove, con specifico riferimento alla *ratio decidendi* della sentenza n. 500/1999 delle sezioni Unite della Cassazione, viene riconosciuto come quest'ultima abbia in definitiva qualificato «l'art. 2043 c.c. come norma primaria, che non sanziona la lesione di situazioni soggettive fondate su altre norme, ma descrive una fattispecie aperta (la produzione dolosa o colposa di danni ingiusti), al cui verificarsi si ricollega l'obbligo di risarcimento del danneggiante e il corrispondente diritto del danneggiato».

¹³⁸ Sul punto G.P. Cirillo, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa*, cit., pp. 24 ss., rileva come l'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998 abbia rappresentato soltanto un tentativo di superare il principio della irrisarcibilità degli interessi legittimi, posto che – come lo stesso autore ha osservato – in quello specifico contesto sembrava da escludere che la norma «avesse introdotto in maniera categorica il principio della risarcibilità dell'interesse legittimo».

P.A. tra giudice ordinario e giudice amministrativo, incentrato sulla dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo e caratterizzato dall'attribuzione ai due giudici di diverse tecniche di tutela (il giudice amministrativo, che conosce degli interessi legittimi, può soltanto annullare l'atto lesivo dell'interesse legittimo, ma non può pronunciare condanna al risarcimento in relazione alle eventuali conseguenze patrimoniali dannose dell'esercizio illegittimo della funzione pubblica, mentre il giudice ordinario, che pur dispone del potere di pronunciare sentenze di condanna al risarcimento dei danni, non può conoscere degli interessi legittimi); *b*) la tradizionale interpretazione dell'art. 2043 c.c., nel senso che costituisce «danno ingiusto» soltanto la lesione di un diritto soggettivo, sul rilievo che l'ingiustizia del danno, che l'art. 2043 c.c. assume quale componente essenziale della fattispecie della responsabilità civile, va intesa nella duplice accezione di danno prodotto non iure e contra ius; non iure, nel senso che il fatto produttivo del danno non debba essere altrimenti giustificato dall'ordinamento giuridico; contra ius, nel senso che il fatto debba ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento medesimo nella forma del diritto soggettivo perfetto».

Tutto ciò aveva determinato una conseguenza ben precisa: quella in forza della quale dall'impostazione precedentemente seguita derivava una «notevole limitazione della responsabilità della P.A. nel caso di esercizio illegittimo della funzione pubblica che abbia determinato diminuzioni o pregiudizi alla sfera patrimoniale del privato». E «una siffatta isola di immunità e di privilegio, va ancora rilevato, mal si concilia con le più elementari esigenze di giustizia». Per questo il «pentimento» della Cassazione porta le Sezioni unite a dover ripensare l'intera questione ed «affrontare alla radice il problema, riconsiderando la tradizionale interpretazione dell'art. 2043 c.c., che identifica il «danno ingiusto» con la lesione di un diritto soggettivo. Interpretazione che, è bene precisarlo subito, pur costantemente riaffermata in termini di principio, è stata poi frequentemente disattesa (o meglio aggirata) da una cospicua giurisprudenza, che ha realizzato, di fatto, un notevole ampliamento dell'area della risarcibilità dei danni ex art. 2043 c.c., ponendo così

le premesse per il definitivo abbandono dell'interpretazione tradizionale»¹³⁹.

Su tali basi le Sezioni unite della Cassazione – muovendo dalla considerazione per cui «ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana in capo all'autore di un fatto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto danneggiato» – riconobbero come al contempo deve essere «afferzata la risarcibilità degli interessi legittimi, quante volte risulti lesi, per effetto dell'attività illegittima e colpevole della p.a. (con accertamento che, ove competa all'autorità giudiziaria ordinaria, prescinde da una previa decisione di annullamento del giudice amministrativo), l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e sempre che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo»¹⁴⁰. Mediante tale pronuncia viene fatta chiarezza circa i criteri cui il giudice di merito deve attenersi in tutti i casi in cui sia chiamato a pronunciarsi su una domanda di risarcimento danni ex art. 2043 cod. civ. Si precisa al proposito che «nel caso in cui sia stata introdotta, davanti al giudice ordinario, in un giudizio pendente alla data del 30 giugno 1998, una domanda risarcitoria ex art. 2043 c.c. nei confronti della p.a. per illegittimo esercizio di una funzione pubblica, questi dovrà procedere, in ordine successivo, alle seguenti indagini: a) in primo lu-

¹³⁹ Il tema è stato sviluppato da M. Carrà, *L'esercizio illecito della funzione pubblica*, cit., spec. pp. 72 ss., ove viene fatto espresso riferimento alla «meritoria acquisizione» recata dalla sentenza Cass., sez. unite, n. 500 del 1999 e – sia pure evidenziando alcuni profili di criticità – al tipo di «colpa» (cd. dell'apparato) che «viene in rilievo nei giudizi di responsabilità che vedono coinvolta un'amministrazione pubblica» da S. D'Antonio, *Teoria e prassi nella tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, cit., pp. 263 ss., sull'elemento soggettivo della fattispecie di responsabilità dell'amministrazione alla luce della richiamata pronuncia.

¹⁴⁰ Proseguono le Sezioni unite riconoscendo che «la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto. Ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale. Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della p.a. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti lesi, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della p.a., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo».

go, dovrà accertare la sussistenza di un evento dannoso; *b*) dovrà, poi, stabilire se l'accertato danno sia qualificabile come ingiusto, in relazione alla sua incidenza su di un interesse rilevante per l'ordinamento (a prescindere dalla qualificazione formale di esso come diritto soggettivo); *c*) dovrà, inoltre, accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei criteri generali, se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta della p.a.; *d*) infine, se detto evento dannoso sia imputabile a responsabilità della p.a. tale imputazione non potrà avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità del provvedimento amministrativo (...) richiedendo, invece, una più penetrante indagine in ordine alla valutazione della colpa, che, unitamente al dolo, costituisce requisito essenziale della responsabilità aquiliana. La sussistenza di tale elemento sarà riferita non al funzionario agente, ma alla p.a. come apparato, e sarà configurabile qualora l'atto amministrativo sia stato adottato ed eseguito in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione alle quali deve ispirarsi l'esercizio della funzione amministrativa, e che il giudice ordinario ha il potere di valutare, in quanto limiti esterni alla discrezionalità amministrativa»¹⁴¹.

La pronuncia evidenzia altresì un profilo che si collega più direttamente alla questione della sempre maggiore attenzione rivolta al rapporto dedotto in giudizio, andando a prendere posizione in relazione alla valutazione della fondatezza della pretesa sostanziale¹⁴²: «circa gli interessi pretensivi, la cui lesione si configura nel caso di illegittimo diniego del richiesto provvedimento o di ingiustificato ritardo nella sua adozione, dovrà invece vagliarsi la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente. Valutazione che implica un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla norma-

¹⁴¹ Il tema è stato ripreso da M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, in M. D'Alberti (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, pp. 67 ss., ove richiamando la pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione n. 500/1999, si fa riferimento all'insegnamento della Suprema Corte in tema di illiceità dell'attività amministrativa, sulla base della considerazione per la quale «la conseguente responsabilità per danno ingiusto, entra in gioco se tale attività viola i principi di imparzialità, buona amministrazione e correttezza».

¹⁴² Al proposito F. Trimarchi Banfi, *L'ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., spec. pp. 642 ss., si sofferma sul criterio della «spettanza» accolto dalla sentenza n. 500/1999 della Cassazione sez. unite, osservando come «il provvedimento è oggetto di esame non in quanto episodio di esercizio del potere (...) ma come atto di disposizione di interessi del quale deve essere giudicata la rispondenza al diritto sostanziale, alla stregua della situazione di fatto e di diritto esistente al momento nel quale esso è venuto in essere».

tiva di settore, sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettibile di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta»¹⁴³.

Le Sezioni unite si esprimono anche sulla questione della c.d. pregiudizialità amministrativa riconoscendo che «rispetto al giudizio risarcitorio per lesione di interessi legittimi da parte della p.a., non è ravvisabile una pregiudizialità necessaria del giudizio di annullamento, potendo l'illegittimità del provvedimento, quale elemento costitutivo dell'illecito, essere direttamente conosciuta dal G.O. (nelle materie diverse da quelle riservate alla giurisdizione piena ed esclusiva del G.A.) ai fini e nei limiti della disapplicazione dell'atto stesso». Per cui, in presenza di un atto illegittimo dell'amministrazione, che sia stato posto in essere con dolo o colpa e che sia stato causa di danno ingiusto, «la relativa controversia, ove non riguardi materia devoluta, per legge, alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, è di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria la quale può pronunciarsi sulla domanda senza attendere l'esito del giudizio di annullamento dell'atto, di competenza della giurisdizione amministrativa di legittimità». Inoltre «la valutazione dell'illegittimità del provvedimento amministrativo spetta al giudice ordinario al fine di qualificare il danno come ingiusto, in quanto lesivo di un interesse giuridicamente rilevante. Il giudice ordinario deve accertare non solo l'illegittimità del provvedimento amministrativo ma anche la colpa della p.a., consistente nell'inosservanza dei principi d'imparzialità e correttezza di buona amministrazione».

Il punto di arrivo dell'intera «palinodia» è rappresentato dalla considerazione in forza della quale «il tradizionale sistema del ri-

¹⁴³ In proposito G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in «Dir. proc. amm.», 2001, pp. 287 ss., con riferimento al modello del giudizio prognostico osserva come ciò che rilevi in tale ipotesi sia la «spettanza del provvedimento richiesto: una spettanza la cui valutazione oscilla – secondo la Cassazione – tra un polo di pura legittimità (...) ma non perciò meno complesso, ed un criterio statistico-probabilistico (...) che d'altronde non s'intende bene come potrebbe andare oltre il profilo della legittimità». Da questo punto di vista osserva l'autore «solo se il provvedimento richiesto «spetta» c'è vera lesione dell'interesse al bene della vita, e dunque (con il concorso del danno e della colpa) diritto al risarcimento».

parto di giurisdizione tra giudice civile e giudice amministrativo, fondato sulla dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo, è stato sostituito dal riparto fondato sul criterio della materia». Affermazione apodittica della quale non si forniva dimostrazione. Forse un auspicio al momento non realizzato se non in qualche «frammento» legislativo derogatorio.

8. *Le vicende giurisprudenziali dei diritti «non degradabili» e dei cambiamenti dei presupposti di diritto sostanziale*

Nel descritto contesto di evoluzione del modello italiano di giustizia amministrativa si deve ricondurre una storia «parallela» rispetto a quella del superamento del dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi, il cui apice (e momento di soluzione) è stato raggiunto negli anni successivi alla sentenza n. 500 del 1999 della Cassazione a Sezioni unite per effetto dell'intervento della Corte costituzionale. La teoria dell'affievolimento dei diritti soggettivi cui si è fatto richiamo nelle pagine precedenti aveva sollevato, sul finire degli anni settanta del secolo scorso, alcune voci particolarmente critiche da parte di coloro che – facendo leva sulla qualificazione di peculiari situazioni giuridiche soggettive – ne avevano escluso la comprimibilità da parte del potere amministrativo¹⁴⁴. Il riferimento era nello specifico a una categoria di diritti c.d. 'non affievolibili', in quanto non suscettibili di condizionamento e degradazione per la loro inerenza alla sfera della persona o semplicemente in virtù del particolare «rango» costituzionale della loro tutela, i cui prototipi erano rappresentati dal diritto alla salute¹⁴⁵ ed all'integrità ambientale così come da quello alla integrità personale¹⁴⁶. Si venivano in tal

¹⁴⁴ In tal senso A. Corasaniti, *La tutela degli interessi diffusi davanti al giudice ordinario*, in «Riv. dir. civ.», 1978, pp. 180 ss. (ma dello stesso autore alcuni anni più tardi si veda *Note in tema di diritti fondamentali. I diritti fondamentali, inviolabili, dell'uomo*, in «Dir. e soc.», 1990, pp. 214 ss.), che oltre che l'«ideologo» dei diritti fondamentali «non degradabili» è stato l'estensore di alcune delle sentenze richiamate nel testo.

¹⁴⁵ R. Ferrara, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, pp. 513 ss., si riferisce al diritto alla salute «come fondamentale, inviolabile e non condizionabile ad opera della pubblica amministrazione», richiamando anche il «disegno di fondo» della legge 23 dicembre 1978, n. 833 istitutiva del servizio sanitario nazionale.

¹⁴⁶ Sul punto F. Bassi, *Diritti fondamentali e art. 4, secondo comma, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*, in «Dir. proc. amm.», 1988, pp. 606 ss., ha sviluppato una riflessione critica con riguardo alla tematica *de qua* in connessione con la problematica circa il «se» il giudice ordinario, quando un privato azioni un diritto fondamentale, incontri o meno nell'esercizio dei

modo a configurare delle vere e proprie sfere di rilevanza soggettiva rispetto alle quali i diritti dei singoli individui non potevano subire alcuna forma di compressione per effetto dell'intervento del potere amministrativo. La ratio di siffatto inquadramento era da leggere nella prospettiva della pienezza della tutela di tali situazioni soggettive incompressibili, evitando così una *deminutio* sul piano della loro effettiva protezione¹⁴⁷ in un momento (ancora molto lontano rispetto alla «storica» sentenza del 1999) in cui la qualificazione degli interessi legittimi, e soprattutto la tutela ad essi accordata dal giudice amministrativo, poteva apparire meno garantista di quella offerta dal giudice ordinario per i diritti soggettivi¹⁴⁸.

La conseguenza derivante da tale premessa, sul piano della piena ed effettiva protezione dei richiamati diritti fondamentali non degradabili, fu immediatamente dedotta dalla Corte di Cassazione, la quale non tardò a sviluppare un orientamento volto a riconoscere la peculiare rilevanza di tali posizioni, definendone uno statuto processuale autonomo e derogatorio rispetto al tradizionale modello di giustizia amministrativa. Fu così che – in alcune pronunce riconducibili alla fine degli anni settanta (tra cui è possibile richiamare, ad esempio, Cass. sez. unite 6 ottobre 1979, n. 5172)¹⁴⁹ – la Cassazione pervenne a riconoscere che il diritto alla salute, avendo un «contenuto di socialità e di sicurezza», si presenta «non solo come

propri poteri giurisdizionali i limiti di cui all'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo.

¹⁴⁷ Osserva al proposito R. Ferrara, *Salute (diritto alla)*, cit., p. 534, che «il degrado del diritto alla salute a (mero) interesse legittimo, secondo il procedimento classico dell'affievolimento del diritto, oppure semplicemente partendosi da una nozione di diritto affievolito ab origine, innerva (...) un modello di tutela giudiziale obiettivamente depotenziato» (enfasi nostra).

¹⁴⁸ Al proposito F. Merusi, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, in «Storia Amministrazione Costituzione», 23/2015, pp. 225 ss., ha osservato (spec. pp. 272-273) come in tal modo si era fatta strada «l'idea che ci fossero dei diritti assoluti, riconosciuti come tali nella Carta costituzionale (essenzialmente, se non esclusivamente, il cd. 'diritto alla salute'), i quali, nella loro assolutezza, non erano suscettibili di «degradazione» da parte di atti della pubblica amministrazione e, conseguentemente, di sottrazione alla giurisdizione del giudice ordinario».

¹⁴⁹ Il cui testo è consultabile in «Giur. it.», 1980, I, 1, pp. 464 ss. Nello stesso senso, prima di tale pronuncia, si veda Cass., sez. unite, 9 marzo 1979, n. 1436 che ha inaugurato l'orientamento cui ci si è richiamati e successivamente dello stesso anno a conferma di tale impostazione Cass., sez. unite, 2 novembre 1979, n. 5688 per la quale «il bene della salute è assicurato all'uomo come il primo dei diritti fondamentali», a tal punto che «anche all'autorità pubblica è negato il potere di disporre di esso». Al proposito F. Patroni Griffi, *Diritto alla salute e riparto della giurisdizione: notazioni riflessive a margine di un dibattito orientamento giurisprudenziale sulla non degradabilità dei c.d. diritti fondamentali*, in «Foro amm.», 1985, pp. 665 ss.

mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, ma come vero e proprio diritto all'ambiente salubre che neppure la pubblica amministrazione può sacrificare o comprimere, anche se agisca a tutela specifica della salute pubblica»¹⁵⁰. Da tale configurazione derivava che «il diritto alla salute nel suo duplice aspetto è tutelabile giurisdizionalmente davanti al giudice ordinario anche contro la pubblica amministrazione le cui attività lesive devono considerarsi poste in essere in difetto di poteri»¹⁵¹. In definitiva, in base ad una tale lettura, l'esercizio dell'azione amministrativa non risultava idoneo a produrre una sostanziale incisione ed un condizionamento rispetto a tali diritti qualificati come «tutelati in via primaria e assoluta» la cui protezione, proprio in quanto «resistenti» ad una possibile degradazione, non poteva che essere rimessa al giudice ordinario¹⁵².

Un tale orientamento da parte della Cassazione, se da un lato chiariva la posizione della Suprema corte in merito al rapporto tra diritti fondamentali e amministrazione, dall'altro non sembrava risolvere i problemi legati alla materia de qua, offrendo una lettura confinata entro una dimensione di tipo astratto. I problemi, apparentemente risolti dalla Cassazione, non tardarono tuttavia a riemergere¹⁵³. Il consolidarsi, nei decenni successivi, del modello della

¹⁵⁰ Al proposito F. Bassi, *Diritti fondamentali*, cit., p. 609, si è soffermato sul dato – desumibile dalla richiamata sentenza della Cassazione – per il quale rispetto ai diritti «fondamentali» si veniva a configurare, in base alla lettura della Suprema Corte, una «difesa a tutt'oltranza, contro ogni iniziativa ostile, da chiunque provenga (...) persino l'Autorità pubblica» (enfasi nostra).

¹⁵¹ Cfr. Cass., sez. unite, 6 ottobre 1979, n. 5172, cit., con specifico riguardo alla proposizione da parte di alcuni soggetti privati di fronte al pretore di Pozzuoli di una azione di danno temuto nei confronti della Cassa del mezzogiorno, che aveva intrapreso la costruzione di un depuratore di rifiuti per disquinare il Golfo di Napoli.

¹⁵² Per questo «il giudice ordinario non difetta di giurisdizione sulla domanda con cui si chiede, al fine della preservazione della salubrità dell'ambiente di una comunità abitativa che si assume minacciata da opere intraprese dalla P.A., la sospensione delle opere medesime. La domanda con la quale il privato chieda la sospensione di un'opera intrapresa dalla p.a., assumendo che questa, per effetto di esalazioni e rumori, pregiudica la salubrità dell'ambiente in cui abita o lavora, recando così nocumento al proprio benessere biologico e psichico, si ricollega ad una posizione soggettiva inquadrabile nell'ambito del diritto alla salute, che la Costituzione riconosce e tutela in via *primaria, assoluta, non condizionata ad eventuali interessi di ordine collettivo o generale*, e, quindi, anche nei confronti dell'amministrazione medesima. Sull'indicata domanda, pertanto, *va affermata la giurisdizione del giudice ordinario*, restando irrilevante a tale fine, ogni questione di merito sulla concreta sussistenza della denunciata situazione di pericolo, e sull'esperibilità, a difesa di quel diritto, di un'azione di carattere inibitorio nei confronti della P.A.» (così ancora Cass., sez. unite, 6 ottobre 1979, n. 5172, cit., enfasi nostra).

¹⁵³ Una critica a siffatto tipo di impostazione seguita dalla Cassazione fu sviluppata pochi anni più tardi da P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, spec. pp. 379 ss., sulla base di un'argomentazione incentrata sull'idea di uno spostamento

giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, al quale il legislatore fece espresso riferimento in materie nelle quali si poteva far questione di «un diritto alla salute», pose con tutta evidenza il problema della legittimità di norme che prevedevano la devoluzione al giudice amministrativo di controversie nelle quali si faceva questione di diritti fondamentali. Si imponeva, a questo punto, una rilettura del rapporto tra diritti fondamentali e giurisdizione amministrativa, la quale fosse idonea a determinare un superamento dell'idea della reciproca inconciliabilità tra i due termini di riferimento. Fu così che la questione finì davanti alla Corte costituzionale, la quale fu chiamata a pronunciarsi in merito ad una disposizione della legge finanziaria per l'anno 2005 che prevedeva la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie aventi ad oggetto le procedure ed i provvedimenti in materia di impianti di energia elettrica¹⁵⁴.

La Corte costituzionale, con sentenza 27 aprile 2007 n. 140¹⁵⁵, se da un lato si pronunciò nel senso dell'infondatezza della questione di legittimità costituzionale della disposizione impugnata, dall'altro assunse una posizione chiara nei confronti della problematica concernente la devoluzione al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, di controversie in cui si faccia questione di diritti fondamentali¹⁵⁶. A tal proposito, il giudice delle leggi ha avuto modo di specificare che, mediante la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con riferimento a «procedure e provvedimenti» tipizzati dal legislatore e concernenti la specifica materia degli impianti di generazione di energia elettrica, quest'ultimo ha delineato un «sistema» che non è incompatibile col dettato costituzionale. Da questo punto di vista – ed è questo il profilo che assume rilevanza ai fini del rapporto tra diritti fondamentali e giuri-

dell'attività di ponderazione di interessi pubblici e privati dall'Amministrazione al giudice ordinario, che, in tal modo, «verrebbe a diventare egli stesso l'amministratore».

¹⁵⁴ La questione di legittimità costituzionale fu sollevata dal Tribunale di Civitavecchia con riferimento al comma 552 dell'art. 1 della legge 30 dicembre 2004 n. 311, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2005», di cui si sospettava l'illegittimità costituzionale in relazione agli artt. 103 e 25 della Costituzione.

¹⁵⁵ Il cui testo è consultabile in «Foro Amm.», 2007, pp. 1109 ss.

¹⁵⁶ Sul punto F. Martini, *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, in «Dir. proc. amm.», 2009, pp. 377 ss., cui si rinvia per una riflessione che, muovendo dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 140/2007, opera un inquadramento relativo alla «dialettica autorità-diritti».

sdizione amministrativa – la Corte ha affermato che non ostava «alla validità costituzionale del sistema in esame la natura fondamentale dei diritti soggettivi coinvolti nelle controversie de quibus (...) non essendovi alcun principio o norma, nel nostro ordinamento, che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti»¹⁵⁷.

In tale prospettiva la dottrina¹⁵⁸ ha rilevato come, attraverso questa pronuncia, la Corte costituzionale abbia «risolto la sciarada affermando che qualunque giudice, e perciò anche il giudice amministrativo, può tutelare i diritti fondamentali, purché abbia i poteri processuali per farlo, il che, con la completa «processualizzazione» anche del giudice amministrativo» accade anche per quest'ultimo; trattandosi di una soluzione «che, naturalmente, non ha accontentato i sostenitori del ritorno del giudice ordinario sub specie di giudice dei diritti fondamentali».

La posizione assunta dalla Corte costituzionale non ha tardato a determinare un 'seguito' da parte della Corte di Cassazione, la quale ha così abbandonato – quasi segnando un nuovo *jus poenitendi* della Suprema corte dopo la sentenza n. 500 del 1999 – la posizione assunta alla fine degli anni settanta, aprendosi verso il nuovo orientamento delineato dal giudice delle leggi. In tale ottica, ad esempio, è stato affermato come «successivamente al d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come modificato dalla l. 21 luglio 2000, n. 205, non vi è ragione per denegare la cognizione dei giudici amministrativi allorché, in materia di giurisdizione esclusiva, vi sia una controversia avente ad oggetto comportamenti materiali che siano effetto di atti della P.A. o espressione di poteri di questa e ledano diritti, anche se fondamentali e tutelati dalla Costituzione»¹⁵⁹.

Era così aperta la strada a un ritorno al 'degrado' anche di diritti fondamentali, come il preteso diritto alla salute, che potevano

¹⁵⁷ Da questo punto di vista, concludeva la Corte costituzionale che «legittimamente, pertanto, possono essere riconosciuti esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare la piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto, anche in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblica da parte della pubblica amministrazione.»

¹⁵⁸ In tal senso, F. Merusi, *Consiglio di Stato*, cit., p. 273, al quale sono riferibili le espressioni richiamate successivamente nel testo.

¹⁵⁹ Cfr. Corte Cass. 28 dicembre 2007 n. 27187 in «Foro.it», 2008, I, pp. 766 ss.

così essere soddisfatti da un giudice di legittimità, qual è il giudice amministrativo pur esso dotato di poteri cautelari del tutto identici a quelli del giudice ordinario e al divieto al giudice ordinario di sostituirsi e/o di impartire ordini alla pubblica amministrazione *ex lege* 1865 All. E, compreso quello al Servizio sanitario nazionale di somministrare cure alternative. 'Un ritorno all'ordine'... avrebbe detto l'anonimo dello studio Farinacci.

Ma quel che non può fare il giudice può farlo il legislatore. Come prevede la Costituzione all'art. 113 il legislatore può prevedere anche casi di «giurisdizione esclusiva» del giudice ordinario, sottraendo così la giurisdizione al giudice amministrativo. Lo ha fatto con la legge 31 dicembre 1996, n. 675 sulla disciplina del diritto alla riservatezza. Qui è il legislatore che, partendo dal presupposto che il diritto alla riservatezza sia un diritto fondamentale e, come tale, un diritto soggettivo «indegradabile» a interesse legittimo da parte dei provvedimenti dell'autorità amministrativa indipendente preposta alla tutela della *privacy*, ha previsto la giurisdizione «esclusiva» del giudice ordinario. Una soluzione identica a quella inizialmente individuata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione per i c.d. 'diritti fondamentali', ma questa volta individuata dal legislatore. E come tale insindacabile perché ammessa dall'art. 113 Cost. che prevede che il legislatore possa concentrare nel giudice ordinario anche i poteri del giudice amministrativo.

Ma il legislatore può anche partire dal basso e operare «furti di giurisdizione» partendo dai presupposti della giurisdizione, cambiando il diritto sostanziale, passando dal diritto amministrativo al diritto privato. È quel che ha fatto con la privatizzazione del pubblico impiego e con la «aziendalizzazione» del servizio sanitario nazionale. In questi due casi la giurisdizione è stata «sottratta» dal legislatore al giudice amministrativo attraverso la modificazione del diritto sostanziale: il pubblico impiegato è diventato un prestatore d'opera sulla base di un contratto di lavoro di diritto privato e il servizio sanitario nazionale una organizzazione aziendale che eroga servizi regolati dal diritto privato¹⁶⁰. In entrambi i casi con delle ec-

¹⁶⁰ Il processo di progressiva «aziendalizzazione» del servizio sanitario nazionale è stato avviato per effetto della legge delega n. 421/1992, alla quale hanno fatto seguito i due decreti attuativi (d.lgs. n. 502/1992 e n. 517/1993, a integrazione e correzione del primo) mediante i quali si è prodotto il riordino della disciplina in materia sanitaria per effetto di specifici strumenti di razionalizzazione. Tra questi assume rilevanza il riconoscimento dell'Unità sanitaria locale in termini «azienda», la quale si viene a configurare come ente strumentale della

cezioni: il pubblico impiego è stato conservato per una serie, enumerata, di dipendenti che esercitano pubbliche funzioni (magistrati, militari e professori universitari) lasciando così sopravvivere parzialmente, per alcune categorie di dipendenti «la rivoluzione fascista» della giurisdizione amministrativa esclusiva di cui si parlava all'inizio, mentre nel servizio sanitario nazionale è sopravvissuta la giurisdizione amministrativa per i medici universitari «clinicizzati» nel servizio sanitario nazionale per i quali la Corte di Cassazione ha però ridimensionato la deroga alla privatizzazione stabilendo che anche per loro sussiste la giurisdizione del giudice ordinario per ogni profilo «integrativo» del loro trattamento economico rispetto a quello universitario¹⁶¹.

Regione, dotato di personalità giuridica pubblica, di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica, fermo restando il diritto-dovere degli organi rappresentativi di esprimere il bisogno socio-sanitario delle comunità locali. In tale contesto l'art. 3 del d.lgs. n. 502/1992 ha affermato che «tutti i poteri di gestione, nonché la rappresentanza dell'unità sanitaria locale, sono riservati al direttore generale», nominato dal presidente della giunta regionale su conforme delibera della giunta medesima, specificando che il rapporto di lavoro del soggetto in questione «è a tempo pieno, regolato da contratto di diritto privato di durata quinquennale». Per una riflessione in merito al ricordato processo S. Cassese, *Stato e mercato: la sanità*, in G. Amato, S. Cassese, G. Turchetti, R. Varaldo (a cura di), *Il governo della sanità*, Milano, 1999, pp. 17 ss. cui si rinvia per un inquadramento più ampio sul tema della riforma sanitaria, alla luce delle principali «direzioni» che la hanno caratterizzata (tra le quali, ad esempio, decentramento, rafforzamento dei diritti dei fruitori e razionalizzazione mediante applicazione delle tecniche del new public management); G. Pastori, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in «Dir. pubbl.», 2002, pp. 85 ss., sui «numerosi riassesti e aggiustamenti del disegno iniziale della legge 833 del 1978», con un espresso richiamo alla «riforma della riforma» del 1992-1993 ed alla trasformazione delle Usl in «aziende-enti dotati di autonomia gestionale e patrimoniale sotto la conduzione unitaria di una figura tecnico-professionale» quale quella del direttore generale; R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, spec. pp. 176 ss. per una riflessione in merito al settore sanitario come primo ad accogliere le istanze della privatizzazione avviando un percorso accidentato che ha investito la dirigenza pubblica; nonché da ultimo M. Conticelli, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012, spec. pp. 57 ss. sull'utilizzo di moduli privatistici nella gestione ed organizzazione del servizio sanitario.

¹⁶¹ Il dato è desumibile da una specifica giurisprudenza che è maturata con riferimento al tema in questione, potendosi richiamare in questa sede, a titolo esemplificativo, Cass. Civ., Sez. unite, 22 dicembre 2009, n. 26960, per la quale «appartiene alla giurisdizione del g.o. la controversia avente ad oggetto il rapporto lavorativo del personale universitario con l'azienda sanitaria, dovendosi ritenere che, pur in presenza di un autonomo inquadramento di detta categoria, ricondotta nell'ambito dell'organico funzionale definito dal direttore generale d'intesa con il rettore, le qualifiche di docenti e ricercatori costituiscono il mero presupposto del rapporto di lavoro con l'azienda sanitaria, nei cui fini istituzionali e nella cui organizzazione si inserisce l'attività di assistenza svolta dal personale universitario». In tale specifica ipotesi le Sezioni unite della Cassazione, applicando il ricordato principio, hanno dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario rispetto alla domanda di corresponsione della «indennità di posizione variabile» proposta da alcuni docenti universitari. Successivamente Cass. civ., Sez. unite, 15 maggio 2012, n. 7503, ha precisato che «appartiene alla giurisdizione del giudi-

In entrambi i casi il legislatore non avrebbe cambiato la giurisdizione, bensì il diritto sostanziale che dà luogo alla giurisdizione. Anche se in entrambi i casi è dato dubitare che tale cambiamento si sia effettivamente verificato. In entrambi i casi il diritto privato è più «enunciato» che realizzato perché la pubblica amministrazione continua a gestire sia il rapporto di impiego, sia il servizio sanitario con atti tipici unilaterali del tutto identici a quelli che in precedenza venivano considerati amministrativi¹⁶²... e non negozi giuridici. Tanto che non è mancato chi si è chiesto se tali «furti legislativi» di giurisdizione siano costituzionalmente legittimi¹⁶³.

ce ordinario la controversia avente ad oggetto il rapporto lavorativo del personale universitario con l'azienda sanitaria, poiché l'art. 5, comma 2, d.lg. 21 dicembre 1999 n. 517 distingue il rapporto di lavoro dei professori e ricercatori con l'università da quello instaurato dagli stessi con l'azienda ospedaliera e dispone che, sia per l'esercizio dell'attività assistenziale, sia per il rapporto con le aziende, si applicano le norme stabilite per il personale del servizio sanitario nazionale, con la conseguenza che, quando la parte datoriale si identifichi nell'azienda sanitaria, la qualifica di professore universitario funge da mero presupposto del rapporto lavorativo e l'attività svolta si inserisce nei fini istituzionali e nell'organizzazione dell'azienda, determinandosi perciò l'operatività del principio generale di cui all'art. 63, comma 1, d.lg. 30 marzo 2001 n. 165, che sottopone al giudice ordinario le controversie dei dipendenti delle aziende e degli enti del servizio sanitario nazionale».

¹⁶² Né nella nostra legislazione confusa ed estemporanea mancano altri esempi, affidati, quando non sono espliciti, all'interpretazione della giurisprudenza. In merito a tali profili, per un quadro più completo, si rinvia all'ampia condotta da F. Figorilli, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002, pp. 95 ss. sulle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario su atti di natura dichiarativa quale anticipazione episodica e frammentaria della progressiva affermazione di un modello di giurisdizione piena.

¹⁶³ In questa sede ci si riferisce a M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, spec. p. 256, ove l'autore si interroga sulla libertà del legislatore di «qualificare in termini privatistici un'intera materia», ponendosi altresì un ulteriore quesito: «se il giudice delle leggi ha sanzionato le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, proprio perché il legislatore ha conferito indiscriminatamente «tutte» le controversie, non dovrebbe dirsi lo stesso per l'attribuzione al giudice ordinario di «tutte» le controversie in materia di pubblico impiego o in ogni altro caso in cui si ricorra a formule analoghe?».

9. *Lo scoppio della questione pregiudiziale al risarcimento degli interessi legittimi: le principali sentenze del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione e i loro opposti argomenti. La fine della «guerra» sancita dal codice del processo amministrativo del 2010 con una variante della solita soluzione della giurisdizione esclusiva*

Il richiamo più volte operato alla sentenza delle S.U. della Corte di Cassazione n. 500 del 1999 risulta di particolare interesse in questa sede in quanto essa aveva affrontato anche il problema del rapporto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nel caso di danni da lesione di un interesse legittimo anche ove la giurisdizione ordinaria fosse devoluta, come poi è accaduto, al giudice amministrativo. In quella sede infatti la questione era stata posta osservando come «rispetto all'azione risarcitoria promossa avanti la giurisdizione ordinaria contro la p.a. per il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo non è ravvisabile la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento avanti la giurisdizione amministrativa, e pertanto – qualora l'illegittimità dell'azione amministrativa non sia stata preventivamente accertata e dichiarata dal giudice amministrativo – il giudice ordinario potrà svolgere siffatto accertamento, costituendo tale illegittimità uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.»¹⁶⁴. Su tale fondamento si sono successivamente sviluppate due diverse chiavi di lettura rispettivamente riconducibili alla giurisprudenza della Cassazione ed alla giurisprudenza amministrativa: si tratta di due opposti e contrastanti orientamenti le cui coordinate essenziali (ed

¹⁶⁴ Cfr. Corte Cass., Sez. unite, 22 luglio, 1999, n. 500, cit. Per un inquadramento più ampio circa la problematica della pregiudizialità amministrativa si rinvia *ex multis* a C.E. Gallo, *Questioni pregiudiziali*, III) *Diritto processuale amministrativo*, ad vocem in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, pp. 2 ss.; V. Domenichelli, *Responsabilità amministrative e giurisdizione (le confuse linee di confine fra le giurisdizioni)*, in «Dir. e soc.», 2003, pp. 310 ss.; G.D. Comporti, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, in «Dir. proc. amm.», 2005, pp. 280 ss. (ma già prima dello stesso autore, Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni, cit., pp. 23 ss.); V. Gasparini Casari, *In tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, Padova, 2007; F. Cancelli, *Il rapporto tra azione di annullamento e azione risarcitoria nella giurisdizione del giudice amministrativo*, in E. Follieri (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, 2004, pp. 47 ss.; F. Cortese, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova, 2007, pp. 139 ss.; Un bilancio a dieci anni dalla sentenza Cass., sez. unite n. 500 del 1999 è stato tracciato da L. Torchia, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in «Giorn. dir. amm.», 2009, pp. 385 ss.

opposti argomenti) potranno essere così ricostruiti nei suoi passaggi essenziali¹⁶⁵.

In questa contrapposizione la Corte di Cassazione ha assunto una posizione tendente a negare una pregiudiziale amministrativa affermando l'autonomia della tutela risarcitoria rispetto a quella meramente caducatoria. Al proposito Cassazione civile, Sez. unite, 13 giugno 2006, n. 13659¹⁶⁶, afferma che «è possibile domandare al giudice amministrativo la sola tutela risarcitoria, senza necessità di impugnare tempestivamente l'atto lesivo, poiché l'azione di risarcimento del danno non è soggetta a termine di decadenza» e che «la domanda di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi non è soggetta ai termini di decadenza e non è preclusa dalla inoppugnabilità del provvedimento lesivo: il rigetto della domanda, determinato dalla mancata o tardiva impugnazione del provvedimento, è sindacabile con ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione ai sensi dell'art. 111 cost.». In tale ottica «al fine del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, non può considerarsi necessaria la pregiudiziale impugnazione del provvedimento lesivo, sicché, qualora il g.a. dichiarasse inammissibile, per tale ragione, una domanda della specie, la sua decisione configurerebbe un rifiuto di esercizio della giurisdizione e si presterebbe, dunque, a cassazione da parte delle Sezioni unite, quale giudice del riparto della giurisdizione. La decisione del g.a. che rifiuta di esercitare la giurisdizione, si presta, ex art. 362 c.p.c. a cassazione da parte delle Sezioni unite della Cassazione, quale giudice del riparto della giurisdizione, se l'esame del merito della domanda autonoma

¹⁶⁵ Una ricostruzione in merito ai due contrastanti orientamenti giurisprudenziali sul tema della pregiudizialità o meno dell'annullamento dell'atto rispetto al risarcimento del danno, è stata operata da R. Chieppa, *La pregiudiziale amministrativa*, in R. Chieppa, V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, pp. 655 ss.; V. Fanti, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006, 9 ss., la quale si sofferma specificamente sulla novità recata dalla sentenza delle S.U. della Cassazione n. 500/1999 per quanto concerne il riconoscimento della possibilità per il g.o. di pronunciarsi direttamente sulla domanda risarcitoria, in via autonoma ed indipendente dall'esito del giudizio di annullamento dell'atto; F.F. Tuccari, *Annulamento dell'atto e processo amministrativo risarcitorio*, Napoli, 2004, spec. pp. 13 ss.; A. Travi, *Pregiudizialità amministrativa e confronto tra giurisdizioni*, in «Foro it.», 2008, III, pp. 3 ss.

¹⁶⁶ Il testo della pronuncia della cui massima si richiamano in questa sede alcuni passaggi è consultabile in «Foro it.», 2007, 11, I, pp. 3181 ss. Per un primo commento alla pronuncia *de qua*, M.A. Sandulli, *Finalmente «definitiva» certezza sul riparto di giurisdizione in tema di «comportamenti» e sulla c.d. «pregiudiziale» amministrativa? Tra i due litiganti vince la «garanzia di piena tutela»*, in «Riv. giur. edilizia», 2006, pp. 880 ss.

di risarcimento del danno è rifiutato per la ragione che nel termine per ciò stabilito non sono stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti». In tale prospettiva si afferma ancor più esplicitamente, dopo che la legge 21 luglio 2000, n. 205 intervenuta subito dopo la sentenza n. 500 aveva devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche la competenza a giudicare del risarcimento di eventuali danni conseguenti alla lesione di interessi legittimi, che la giurisdizione sulla tutela dell'interesse legittimo spetta, in linea di principio, al giudice amministrativo, sia quando il privato invochi la tutela di annullamento, sia quando insista per la tutela risarcitoria, in forma specifica o per equivalente, «non potendo tali tecniche essere oggetto di separata e distinta considerazione ai fini della giurisdizione. E siccome deve escludersi la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, al giudice amministrativo può essere chiesta la tutela demolitoria e, insieme o successivamente, la tutela risarcitoria completiva, ma anche la sola tutela risarcitoria, senza che la parte debba in tal caso osservare il termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento»¹⁶⁷. Ancora rilevante in termini di riparto di giurisdizione è l'affermazione per la quale «il giudice amministrativo conosce delle pretese risarcitorie nei confronti della p.a., anche non proposte congiuntamente all'azione di annullamento, quando vi sia il collegamento con l'esercizio in concreto del potere, secondo le forme tipiche dell'ordinamento, e ciò sia nella giurisdizione esclusiva che di legittimità. La giurisdizione spetta invece al giudice ordinario quando l'amministrazione agisca in posizione di parità con i privati, il diritto del privato non sopporti compromissione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo o l'azione amministrativa si espliciti in via di mero fatto e non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere». Ancora, «la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste in presenza di un concreto esercizio del potere, riconoscibile per tale in base al procedimento svolto ed alle forme adottate, in consonanza con le norme che lo regolano; spetta, pertanto, al giudice ammini-

¹⁶⁷ Al proposito F. Martini, *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, cit., pp. 377 ss., la quale richiama la sentenza n. 13659/2006 delle Sezioni unite della Cassazione nell'ambito di una riflessione più ampia relativa ai rapporti tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa ed alla operatività della connessione fra azione demolitoria ed azione risarcitoria.

strativo dispone le diverse forme di tutela che l'ordinamento appresta per le situazioni soggettive sacrificate dall'esercizio illegittimo del potere e tra queste forme di tutela rientra il risarcimento del danno».

In adesione rispetto a tale impostazione, già prima del 2006, era possibile richiamare anche Corte Cass., Sez. unite, 5 giugno 2002, n. 8158¹⁶⁸, ove si afferma che «la domanda, proposta da un privato nei confronti della p.a., di risarcimento del danno derivante dall'atto amministrativo di annullamento di una gara di appalto - concorso di lavori, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, non essendo attribuita ad altro giudice dotato in materia di giurisdizione esclusiva estesa alla cognizione dei diritti patrimoniali consequenziali; né rileva che la domanda contenga anche la richiesta di annullamento del provvedimento amministrativo, atteso che nell'azione risarcitoria per illegittimo esercizio di una funzione pubblica l'atto amministrativo forma bensì oggetto di accertamento da parte del giudice ordinario in via diretta ed immediata, ma al solo fine di riscontrare la sussistenza di un elemento costitutivo della fattispecie dell'illecito civile». Ancora più esplicitamente Corte Cass., Sez. unite, 22 febbraio 2002, n. 2624¹⁶⁹, per la quale «nella giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie in materia di diritti rientrano le controversie in tema di responsabilità da lesione di situazioni di interesse giuridicamente rilevanti, anche quando detta responsabilità sia imputata all'amministrazione come effetto derivante dall'adozione di un provvedimento amministrativo e senza che ai fini della configurabilità di tale giurisdizione sia necessario il previo annullamento del provvedimento ad opera del giudice amministrativo. Sussiste, pertanto, la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda - proposta anteriormente alla nuova disciplina sul riparto di giurisdizione dettata dagli art. 34 e 35 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80 e dall'art. 7 l. 21 luglio 2000 n. 205¹⁷⁰ - di risarcimento del danno derivante dall'illegittimo annullamento di una concessione edilizia precedentemente rilasciata, non ostandovi l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi

¹⁶⁸ La cui massima è consultabile in «Giust. civ.» (Mass.), 2002, p. 970.

¹⁶⁹ Il cui testo è consultabile in «Giur. it.», 2002, pp. 2162 ss.

¹⁷⁰ Che, come abbiamo visto, aveva pensato bene di risolvere il problema del rapporto fra giudice amministrativo e giudice ordinario con la solita tecnica della devoluzione al giudice amministrativo in via «esclusiva» anche della giurisdizione del giudice ordinario.

dell'art. 16 l. 28 gennaio 1977 n. 10, della competenza a conoscere dei ricorsi diretti ad ottenere l'annullamento di provvedimenti in tema di concessioni edilizie. Ma sempre sull'autonomia dell'azione risarcitoria si richiama la sentenza «gemella» della n. 13659 del 2006 delle S.U. della Corte di Cassazione (ovvero la pronuncia Corte Cass., Sez. unite, 13 giugno 2006, n. 13660)¹⁷¹ la quale testualmente afferma che «con la sentenza in esame – e con la pronuncia «gemella» n. 13659/2006 – le S.U. della Cassazione intervengono in maniera decisiva su due questioni che da sempre alimentano il dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza, affermando che: 1) sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo in tutti i casi in cui vi è esercizio in concreto di potere amministrativo; 2) l'azione di risarcimento del danno può essere esercitata in via autonoma a prescindere, cioè, dalla previa richiesta di annullamento del provvedimento illegittimo»¹⁷². In conclusione «spetta al g.a. disporre le diverse forme di tutela che l'ordinamento appresta per le situazioni soggettive sacrificate dall'esercizio illegittimo del potere, sia quando

¹⁷¹ In «Giur. it.», 2007, 11, pp. 2471 ss. (della cui massima si richiamano nel testo alcuni passaggi), per un inquadramento della quale – in parallelo con la «gemella» Corte cass., n. 13659/2006 – si rinvia, oltre al già richiamato commento di M.A. Sandulli, *Finalmente «definitiva» certezza sul riparto di giurisdizione*, anche a V. Fanti, *La «rivoluzione» operata dalla Corte di Cassazione sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di pregiudiziale amministrativa*, in «Dir e proc. amm.», 2007, pp. 145 ss.; P. Carpentieri, *Il nuovo riparto della giurisdizione*, in «Foro amm.» (Tar), 2006, pp. 2760 ss.

¹⁷² Nello specifico è stato precisato che «nel sistema introdotto dalla l. 21 luglio 2000 n. 205, la tutela giurisdizionale risarcitoria contro l'agire illegittimo della p.a. spetta al g.o. solo in casi marginali, come quando costituisca reazione alla lesione di diritti incompressibili del privato (come la salute o l'integrità personale); ovvero, se ne sia possibile la compressione, quante volte l'azione della p.a. non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere, che sia riconoscibile come tale, perché a sua volta deliberato nei modi e in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o provvedimento e non come mera via di fatto. La giurisdizione del g.a. sussiste, invece, in presenza di un concreto esercizio del potere, riconoscibile per tale in base al procedimento svolto ed alle forme adottate, in consonanza con le norme che lo regolano. E sussiste altresì ove la lesione di una situazione soggettiva dell'interessato è postulata come conseguenza di un comportamento inerte (si tratti di ritardo nell'emissione di un provvedimento risultato favorevole o di silenzio), giacché in tali casi viene in rilievo un comportamento che si concreta nella violazione di una norma che regola il procedimento ordinato all'esercizio del potere e perciò nella lesione di una situazione di interesse legittimo pretensivo». In tale contesto viene altresì riconosciuto che «la domanda di risarcimento del danno derivante dal provvedimento amministrativo lesivo di un interesse legittimo deve essere proposta dinanzi al giudice amministrativo, e la relativa azione può essere esperita anche in via autonoma ed indipendentemente dall'eventuale decorso del termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento. Il termine per proporre l'azione di risarcimento del danno causato dall'esercizio di attività amministrativa è un termine di prescrizione e non di decadenza. Ne consegue che non è possibile subordinare la proposizione della domanda risarcitoria al preventivo e favorevole esperimento della tutela demolitoria».

il privato invochi la tutela di annullamento, sia quando richieda quella risarcitoria, in forma specifica o per equivalente, non potendo tali tecniche essere oggetto di separata e distinta considerazione ai fini della giurisdizione. E siccome deve escludersi la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, al g.a. può essere chiesta la tutela demolitoria e, insieme o successivamente, la tutela risarcitoria completiva, ma anche la sola tutela risarcitoria, senza che la parte debba in tal caso osservare il termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento. Pertanto, ove egli rifiuta di esercitare la giurisdizione, la sua decisione, a norma dell'art. 362 comma 1 c.p.c., si presta a cassazione da parte delle sezioni unite quale giudice del riparto della giurisdizione, se l'esame del merito della domanda autonoma di risarcimento del danno è rifiutato per la ragione che nel termine per ciò stabilito non sono stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti».

Su posizioni diametralmente opposte si collocò la giurisprudenza amministrativa, la quale apparve più propensa a una vera e propria opera di «difesa» della pregiudiziale amministrativa¹⁷³, in ossequio ad un'idea di sussidiarietà (o complementarietà in chiave integrativa) della tutela risarcitoria rispetto a quella demolitoria in quanto connessa alla peculiarità del contesto di riferimento rappresentato dal rapporto tra cittadino ed amministrazione pubblica. Tra le pronunce decisamente schierate per la pregiudiziale amministrativa è possibile richiamare, ad esempio, Tar Campania, sez. I, 8 febbraio 2001 n. 603¹⁷⁴, per la quale «tenuto conto che l'esercizio del potere della p.a. ha una valenza plasmante sulla posizione soggettiva incisa dal potere medesimo, l'annullamento del provvedimento lesivo è pregiudiziale all'accesso alla tutela risarcitoria degli interessi legittimi sia pretensivi che oppositivi: tale principio tradizionale è stato confermato dalla l. 21 luglio 2000 n. 205 che, avendo inserito l'azione di risarcimento nel quadro tradizionale della giuri-

¹⁷³ Tale aspetto è stato messo in luce, ad esempio, da M. Allena, *La pregiudizialità amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, in «Dir. proc. amm.», 2006, pp. 105 ss., ove si fa riferimento alle argomentazioni di una giurisprudenza del giudice amministrativo «tutta schierata in difesa della pregiudizialità amministrativa», osservandosi altresì come tale atteggiamento si fondi su argomenti «classici» quali il «divieto di elusione del termine di decadenza previsto per l'azione di annullamento e la impossibilità, per il g.a., di disapplicare un provvedimento illegittimo».

¹⁷⁴ In «Dir. proc. amm.», 2002, pp. 125 ss.

sdizione amministrativa ha implicitamente, ma chiaramente, confermato i principi cui tale giurisdizione si conformava e, quindi, in primo luogo la regola della pregiudizialità dell'annullamento. Il potere di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi non è esercitabile dal giudice amministrativo, sia perché ove il legislatore ha inteso riconoscerlo ne ha fatto espressa menzione (cfr. art. 68 d.lg. n. 29/93), sia perché, a fronte della svolta giurisprudenziale e legislativa in tema di risarcimento del danno, la tematica della disapplicazione va rimeditata in termini restrittivi, in quanto, diversamente opinando, tale istituto assumerebbe quelle temute dimensioni devastanti per l'amministrazione pubblica, evocabile in giudizio, in modo generalizzabile, per pretese risarcitorie dipendenti da suoi atti, in termini non decadenziali ma prescrizionali». Sempre ad avviso di tale giurisprudenza «il preventivo annullamento degli atti amministrativi costituisce il necessario presupposto per ottenere innanzi al G.A. il risarcimento del danno derivante dalla lesione di interesse legittimo. Ciò in quanto quest'ultimo, nella sua indissolubile connessione con la potestà, trova la sua ragion d'essere e quindi la naturale soddisfazione nel corretto esercizio della funzione che, tramite la sentenza del giudice amministrativo e il relativo potere conformativo, essa è in grado di imporre all'amministrazione. La regola della pregiudizialità è imposta, altresì, dalla mancanza in capo al giudice amministrativo del potere di disapplicazione degli atti amministrativi».

Tale lunghezza d'onda appare decisamente confermata da Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002 n. 3338¹⁷⁵, per il quale «ai sensi dell'art. 7 l. 21 luglio 2000 n. 205 l'annullamento dell'atto lesivo, da impugnare entro l'ordinario termine di decadenza, costituisce una condizione necessaria per la responsabilità civile dell'amministrazione. Nell'attuale sistema di giustizia amministrativa, la tutela risarcitoria ha una funzione sussidiaria rispetto alla tutela giurisdizionale finalizzata all'annullamento dell'atto impugnato, ma ovviamente la previa o contestuale proposizione dell'azione di annullamento del provvedimento amministrativo non costituisce presupposto di ammissibilità dell'azione risarcitoria nel caso in cui l'atto sia già stato caducato a seguito di ricorso straordinario al presidente della Repubblica o dall'amministrazione in sede di autotutela, o nella diver-

¹⁷⁵ In «Foro it.», 2003, III, pp. 311 ss., della cui massima si richiamano di seguito nel testo alcuni passi.

sa ipotesi in cui il danno derivi non già da un atto, ma da un'attività della p.a. (per esempio, danno da ritardo)». Peraltro, ad avviso di tale giurisprudenza¹⁷⁶, «non è ammissibile l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo della legittimità di un atto non impugnato nei termini decadenziali ai soli fini di un giudizio risarcitorio; l'assenza del potere di disapplicazione in capo al giudice amministrativo circa gli atti amministrativi di natura non regolamentare non costituisce principio di carattere puramente processuale, ma assume valenza sostanziale, in quanto è strettamente collegato col principio di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, al cui presidio è posto il breve termine decadenziale di impugnazione dei provvedimenti amministrativi». Si afferma così ancora una volta che «l'azione di risarcimento può essere proposta contestualmente all'azione di annullamento o in via autonoma, ma è ammissibile solo a condizione che sia stato tempestivamente impugnato il provvedimento illegittimo e che sia stato coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento»¹⁷⁷.

Il giudice amministrativo afferma altresì in tale ipotesi che «è inammissibile nel processo amministrativo una domanda volta ad ottenere che sia ordinata l'adozione da parte della p.a. di un deter-

¹⁷⁶ Tuttavia criticamente, a commento di tale pronuncia, G. Mari, *Tutela risarcitoria degli interessi legittimi: pregiudiziale amministrativa e natura della reintegrazione in forma specifica*, in «Riv. giur. edilizia», 2002, pp. 1357 ss., ha osservato come «le due azioni, di annullamento e risarcitoria, rispondono, in realtà, a finalità diverse che ne giustificano la reciproca autonomia. L'azione di annullamento, infatti, è diretta ad ottenere la rimozione dell'atto e, tramite essa, il rispetto del principio di legalità nel successivo svolgimento dell'attività amministrativa. L'azione risarcitoria, invece, è diretta a riparare il danno subito dal privato, mentre non è deputata alla rimozione dell'illegittimità provvedimentale». Sul punto già prima V. Lopilato, *Pregiudiziale amministrativa e risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi: unione perfetta o intollerabile convivenza?*, in «Urb. e app.», 2001, pp. 134 ss., cui si rinvia per l'affermazione della necessità di una differenziazione tra le due forme di azione.

¹⁷⁷ Con riguardo alla fattispecie oggetto del giudizio è stato altresì affermato che «l'annullamento dell'atto di gara contestato rappresenta un *passaggio obbligato* per affermare la responsabilità dell'amministratore, atteso che ai fini dell'azione di risarcimento dei danni derivanti da un atto amministrativo illegittimo è necessaria la previa decisione sulla illegittimità dell'atto contestato». Pertanto «la tempestiva domanda di annullamento del provvedimento amministrativo costituisce *presupposto di ammissibilità della domanda di risarcimento* del danno, che da quel provvedimento si assume essere derivato; deve quindi essere escluso nel caso concreto esaminato che l'intervenuta integrale esecuzione della progettazione, oggetto di procedura selettiva, renda inammissibile o improcedibile il ricorso per l'annullamento degli atti di gara, in quanto l'eventuale statuizione giurisdizionale di annullamento della procedura di gara assume necessariamente rilievo nel successivo giudizio risarcitorio diretto a ristabilire la società del pregiudizio patito per effetto dell'illegittimità provvedimentale, costituendo l'annullamento dell'atto un *passaggio obbligato* per affermare la responsabilità dell'amministrazione» (enfasi nostra).

minato atto amministrativo, dato che il risarcimento ha una funzione sussidiaria rispetto alla tutela giurisdizionale accordata con l'annullamento dell'atto impugnato e quindi la reintegrazione in forma specifica non può avere lo scopo di sostituire la tutela demolitoria o conformativa che si connette all'annullamento giurisdizionale, ma quello di integrare la tutela, colmando eventuali lacune». E si precisa altresì che «sulla base della disciplina vigente non appare ammissibile una domanda, sulla falsariga dell'azione di adempimento prevista nell'ordinamento tedesco, tesa nella sostanza ad ordinare all'amministrazione l'emanazione di provvedimenti amministrativi, anche se di carattere vincolato (o ad accertare un obbligo in tal senso, come richiesto nel caso di specie, con domanda sostanzialmente analoga a quella di condanna)»¹⁷⁸.

Il percorso giurisprudenziale così delineato ha condotto ad una pronuncia dell'adunanza plenaria che ha consacrato e avvalorato ulteriormente la richiamata «difesa» della pregiudizialità ammini-

¹⁷⁸ Una riflessione più ampia in merito all'orientamento della giurisprudenza amministrativa circa la questione della pregiudizialità amministrativa è stata condotta da F. Cortese, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, cit., spec. pp. 139 ss., per un richiamo specifico alle argomentazioni cui è stato fatto ricorso per giustificare la riaffermazione del paradigma pregiudiziale e del conseguente onere della preventiva impugnazione del provvedimento ai fini dell'esperimento dell'azione risarcitoria. Una particolare presa di posizione nell'ottica dell'affermazione dell'idea di una «accessorietà» tra azione risarcitoria ed azione di annullamento si ritrova in Tar Campania, sez. I, 27 marzo 2002, n. 1651, per la quale «l'azione di annullamento di un provvedimento amministrativo, che è giudizio sull'atto, è presupposto della conseguenziale azione risarcitoria, che è giudizio sul rapporto, (ed il diritto al risarcimento è un diritto patrimoniale conseguenziale). Pertanto, non si può, in sede di giurisdizione piena, agire per danni se è preclusa l'azione per l'accertamento dell'illegittimità - nella specie, per scadenza del termine per l'impugnazione dell'atto illegittimo. Anche a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 205 del 2000, deve ritenersi che (così come previsto, originariamente, dall'art. 13 l. n. 142 del 1990) il preventivo annullamento degli atti amministrativi costituisca il presupposto necessario per ottenere, poi, dinanzi al Giudice amministrativo, il risarcimento del danno derivante da lesione di interessi legittimi. Difatti, la valutazione di illegittimità è costitutiva dell'illiceità da imputarsi all'amministrazione e, pertanto, segmento necessario, anche se non sufficiente, dell'affermazione della responsabilità dell'amministrazione e quindi dell'accoglimento della domanda risarcitoria». Analogamente Tar Lazio, sez. III, 16 luglio 2003, n. 6462, per cui «non è consentito l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo della legittimità di un atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine di un giudizio risarcitorio; l'azione di risarcimento del danno può essere proposta sia unitamente all'azione di annullamento o in via autonoma, ma solo a condizione che sia stato tempestivamente impugnato il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento. Altrimenti argomentando verrebbe eluso il termine decadenziale previsto per l'impugnazione degli atti amministrativi; né d'altra parte il g.a. dispone di un potere di disapplicazione, ma può solo conoscere in via principale il provvedimento amministrativo».

strativa. Si tratta di Cons. Stato, Ad. plenaria, 26 marzo 2003, n. 4¹⁷⁹, ove si afferma che «al g.a. non è concesso disapplicare atti amministrativi non regolamentari», da ciò conseguendo «l'impossibilità giuridica di risarcire i danni derivanti da atti amministrativi che non siano stati tempestivamente impugnati e annullati dalla competente autorità giudiziaria amministrativa. La concentrazione presso il giudice amministrativo della tutela impugnatoria dell'atto illegittimo e di quella risarcitoria conseguente non consente l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo dell'illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine di un giudizio risarcitorio. L'azione risarcitoria può essere proposta solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo, in quanto al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari». Pertanto, «chi lamenti un danno da lesione di interessi legittimi, causata da un provvedimento illegittimo della p.a., non può pretenderne il risarcimento se non provveda, nel termine decadenziale, ad impugnare l'atto asseritamente fonte di danno chiedendone l'annullamento»¹⁸⁰.

In quest'ottica la pregiudizialità amministrativa raggiunse il suo «culmine» argomentativo in decisioni successive, della stessa adunanza plenaria del Consiglio di Stato: Cons. Stato, Ad. plenaria, 18 ottobre 2004, n. 10¹⁸¹, per la quale «nel sistema disegnato dalla l. n. 205 del 2000, il giudice competente a conoscere dell'impugnazione del provvedimento lesivo è quello stesso che ha titolo a conoscere del risarcimento, non rilevando il fatto che la domanda risarcitoria

¹⁷⁹ In «Foro it.», 2003, III, pp. 433 ss., della cui massima si richiamano nel testo alcuni passaggi.

¹⁸⁰ Peraltro, sempre ad avviso di tale giurisprudenza, «una volta concentrata presso il giudice amministrativo la tutela impugnatoria dell'atto illegittimo e quella risarcitoria conseguente, non è possibile ritenere che l'azione di risarcimento del danno possa essere proposta sia unitamente all'azione di annullamento che in via autonoma, ma l'azione di risarcimento è ammissibile solo a condizione che sia stato impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia stato coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, in quanto al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari». Inoltre, «la circostanza che in una materia vi sia giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non significa che tutte le controversie vertano su diritti soggettivi. Infatti, la giurisdizione esclusiva implica l'attribuzione di un'intera materia al giudice amministrativo, a prescindere dal tipo di situazione giuridica soggettiva fatta valere, e dunque senza necessità di individuare il tipo di situazione soggettiva, ma questo al solo fine della determinazione della giurisdizione; una volta stabilito che la giurisdizione è del giudice amministrativo, occorre anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva, individuare il tipo di situazione soggettiva lesa (interesse legittimo o diritto soggettivo) al fine di delimitare i poteri del giudice».

¹⁸¹ In «Foro it.», 2005, III, pp. 282 ss.

sia stata avanzata con autonomo ricorso, proposto dopo che il giudizio di impugnazione si era concluso. L'atto, dalla cui illegittimità si origina la domanda di riparazione, si manifesta come momento essenziale per la cognizione della ulteriore vicenda di ripristino della situazione del soggetto che ne è stato leso, perché è la causa diretta delle conseguenze negative lamentate. Ne segue che il giudice di fronte al quale è portata l'impugnazione del provvedimento lesivo è lo stesso che ha titolo per conoscere del ristoro per equivalente». E due anni dopo la richiamata pronuncia sul punto è tornata l'Ad. plenaria, 9 febbraio 2006, n. 2¹⁸², ove si afferma che «spetta al g.a. la giurisdizione sulla domanda risarcitoria proposta in via autonoma dopo l'annullamento dei provvedimenti amministrativi che hanno causato il danno. La giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di risarcimento dei danni causati da un provvedimento amministrativo illegittimo non viene meno per il fatto che la pretesa sia stata avanzata separatamente da quella che ha dato corso al sindacato di legittimità; la scelta di un momento successivo per prospettare la domanda consequenziale, non giustifica una diversa competenza giurisdizionale, né sul piano testuale, giacché l'art. 7 l. Tar, e l'art. 34 comma 1 d.l. n. 80 del 1998, non introducono una prescrizione di contestualità fra sindacato di legittimità e cognizione degli effetti di ordine patrimoniale, né sul piano logico-sistematico, perché si mostra inaccettabile, in via di principio, una tesi che lasci al ricorrente la scelta del giudice competente, proponendo insieme o distintamente le due domande, senza che mutino i presupposti di fatto e di diritto sui quali si fondano e, in definitiva, in contraddizione con lo «strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio e/o conformativo», riconosciuto dal giudice costituzionale (Corte cost. n. 204 del 2004) a giustificazione della concentrazione nel giudizio amministrativo della cognizione delle questioni consequenziali di ordine patrimoniale»¹⁸³. Peraltro,

¹⁸² In «Foro amm.» (CdS), 2006, 2, pp. 367 ss. della cui massima si richiamano di seguito alcuni passi.

¹⁸³ Con specifico riguardo alla pronuncia della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, cit., è da rilevare come quest'ultima avesse precisato che la dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, non poteva investire in alcun modo «l'art. 7 della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui (lettera c) sostituisce l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998: il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova «materia» attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per

«allorché l'azione di risarcimento dei danni sia proposta dopo l'annullamento degli atti in sede giurisdizionale, il momento iniziale del decorso del termine quinquennale di prescrizione dell'azione di risarcimento va individuato nella data di passaggio in giudicato della decisione di annullamento del giudice amministrativo». Ma ancora più esplicitamente «condizione necessaria per la domanda di risarcimento del danno cagionato da un provvedimento amministrativo illegittimo è la pronuncia che riconosce l'illegittimità di provvedimenti dalla cui esecuzione sorgono i danni lamentati; è perciò dal passaggio in giudicato della decisione del giudice amministrativo che può avere inizio il decorso del periodo di prescrizione per la proposizione della domanda risarcitoria»¹⁸⁴.

Un'ulteriore presa di posizione nell'ottica della configurazione di un rapporto, non certo dialogico quanto piuttosto conflittuale tra i due giudici¹⁸⁵, è rappresentata da Cons. Stato, Ad. Plenaria, 22

rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione». Pertanto l'attribuzione di tale potere al giudice amministrativo «non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato (...), ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola (avvenuto, peraltro, sovente in via pretoria nelle ipotesi *olim* di giurisdizione esclusiva), che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l'art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, che pure era di derivazione comunitaria), costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost.» (considerato in diritto n. 3.4.1).

¹⁸⁴ In tale percorso evolutivo è possibile altresì fare riferimento a Cons. Stato, sez. IV, 8 maggio 2007, n. 2136, laddove è stato riconosciuto che «al di fuori del caso del silenzio-inadempimento, qualora si chieda la tutela di un interesse legittimo, l'oggetto principale del giudizio amministrativo è l'atto autoritativo lesivo. Pertanto, in considerazione del fatto che la tutela risarcitoria costituisce un rimedio di tutela ulteriore per chi abbia impugnato l'atto lesivo, deve essere confermato l'orientamento secondo il quale il soggetto leso da un provvedimento autoritativo può ottenere il risarcimento del danno solo ove lo abbia ritualmente e fondatamente impugnato nel prescritto termine di decadenza. In assenza della tempestiva impugnazione dell'atto lesivo, non può domandarsi al giudice amministrativo il risarcimento del danno previa disapplicazione dell'atto stesso, atteso che l'inoppugnabilità dell'atto preclude la verifica dell'antigiuridicità del danno, in quanto cagionato *secundum ius*».

¹⁸⁵ Il profilo è stato evidenziato da M. Clarich, *La pregiudizialità amministrativa riaffermata dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in «Giorn. dir. amm.», 2008, pp. 55 ss., cui si rinvia per una riflessione concernente il «metodo» seguito dal giudice amministrativo nella riaffermazione della propria posizione in antitesi a quella della Cassazione. Nello stesso senso, già prima, P. De Lise, *Le nuove frontiere del giudice amministrativo: pregiudiziale, risarcimento, translatio*, pubblicato sulla Rivista elettronica «Giustamm.it» (2007), il quale aveva osservato come la decisione in questione si caratterizzasse per «espressioni» tutt'altro che «aperte» verso «un confronto tuttora in corso e per la scelta di un metodo in cui il dialogo ha lasciato il posto alla contrapposizione, perdendo così

ottobre 2007, n. 12¹⁸⁶, per la quale «ai fini del risarcimento del danno derivante da lesione di interessi legittimi, è essenziale il previo annullamento del provvedimento lesivo, in quanto la tutela risarcitoria ha carattere consequenziale, ulteriore ed eventuale rispetto a quella annullatoria, secondo un assetto ordinamentale e normativo che privilegia la certezza delle situazioni di diritto pubblico (che vanno contestate entro ristretti termini di decadenza) e che non trova smentita nelle sentenze rese al riguardo dalla Corte costituzionale [essendo] coerente con le caratteristiche proprie dell'interesse legittimo, la cui tutela non può prescindere dalla considerazione degli interessi collettivi coinvolti, che avviene appunto nell'ambito del giudizio di legittimità introdotto dall'azione impugnatoria». Ancora più esplicitamente – e con un accento chiaramente polemico nei confronti della richiamata giurisprudenza della Cassazione, quasi a volere riconoscere che le Sezioni unite della Cassazione non hanno il potere di imporre al giudice amministrativo il contenuto delle proprie sentenze – si afferma che «non può essere sindacata dalla Corte di Cassazione la pronuncia del giudice amministrativo dichiarativa dell'inammissibilità della domanda di risarcimento del danno svincolata dalla richiesta di annullamento dell'atto amministrativo adottato dalla p.a. La problematica della pregiudizialità non costituisce una questione di giurisdizione; pertanto è arbitrario disporre la cassazione con rinvio di siffatta statuizione ex art. 362 c.p.c., non potendosi ipotizzare alcun diniego di giustizia a carico del privato». Pertanto «la regola della pregiudiziale amministrativa poggia su ragioni formali e sostanziali, quali: la struttura stessa della tutela del g.a. che è specialmente articolata sia in sede di giurisdizione di legittimità sia in sede di giurisdizione esclusiva, nel senso che il provvedimento amministrativo lesivo di un interesse sostanziale può essere aggredito e in via impugnatoria, per la sua demolizione, e 'conseguenzialmente' in via risarcitoria, per i suoi effetti lesivi, ponendosi nell'uno e nell'altro caso, la questione della sua legittimità¹⁸⁷; diritto ed interesse, benché molto spesso partecipati di una assomila-

un'occasione propizia per smentire il rimprovero talvolta rivolto al giudice amministrativo di autocratica tendenza all'autoreferenzialità» (enfasi nostra).

¹⁸⁶ In «Resp. civ. e prev.», cit., pp. 228 ss. della cui massima si richiamano di seguito nel testo alcuni passaggi.

¹⁸⁷ Nella stessa prospettiva di inquadramento, successivamente alla pronuncia dell'adunanza plenaria n. 12/2007 qui ricordata, si possono vedere successivamente Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2008, n. 2249 e Tar Veneto, sez. I, 26 maggio 2009, n. 1609.

bile pretesa ad un cd. bene della vita, sono situazioni soggettive fortemente differenziate: mentre il primo è assistito da una tutela tendenzialmente piena e diretta e nei suoi confronti è sempre circoscritta la eventualità di condizionamenti esterni, anche se imputabili a una p.a. e perciò ad interessi generali, il secondo origina da un compromesso, chiaramente solidaristico, tra le esigenze collettive di cui è portatrice l'amministrazione e la pretesa, di colui che dalla loro legittima soddisfazione è coinvolto, di veder preservati quei suoi beni giuridici che preesistono all'attività pubblica ovvero che nel corso di questa si profilano; la natura principalmente impugnatoria dell'azione dinanzi al g.a., cui spetta non solo di tutelare l'interesse privato ma di considerare e valutare gli interessi collettivi che con esso si confrontano e non solo di annullare, bensì di conformare l'azione amministrativa affinché si realizzi un soddisfacente equilibrio tra l'uno e gli altri interessi; il legislatore è pervenuto a stabilire, con formula che privilegia le ritenute esigenze di concentrazione dei giudizi, il criterio della consequenzialità – evidentemente inteso a confermare la priorità del processo impugnatorio e in vista della prevalenza dell'interesse collettivo al pronto e risolutivo sindacato dell'agire pubblico e in vista della convenienza, per la collettività, dell'esercizio del sindacato stesso secondo criteri e modalità che, essendo positivamente propri del giudizio di annullamento, da esso non consentono di prescindere – ed il criterio della eventualità del risarcimento del danno arrecato all'interesse legittimo, criterio rafforzato dalla diversa prescrizione in tema di giurisdizione esclusiva e che, perciò, non solo esclude automatismi ma impone i predetti apprezzamenti specifici, possibili soltanto allorché sia in causa, siccome suo oggetto principale e diretto, il provvedimento, con le sue ragioni ed i suoi effetti»¹⁸⁸.

La risposta¹⁸⁹ a tale presa di posizione da parte della Corte di Cassazione non ha tardato ad arrivare e così Corte cass., Sez. unite,

¹⁸⁸ Sul punto P.A. De Santis, *Contributo allo studio della pregiudizialità*, in «Giur. merito», fasc. n. 2/2009, cui si rinvia per una ricognizione in merito al criterio della «consequenzialità del danno rispetto alla illegittimità del provvedimento» inteso quale «argomento a favore della pregiudizialità».

¹⁸⁹ Al proposito R. Villata, *Problemi attuali della giustizia amministrativa*, Milano, 2009, spec. pp. 85 ss. per una riflessione che riconduce la «risposta» della Cassazione nell'ambito di un «confronto tra le giurisdizioni» che «ha assunto toni ancora più vivaci, sì da concretare un vero e proprio conflitto».

23 dicembre 2008 n. 30254¹⁹⁰ ha cristallizzato la propria posizione affermando che «proposta al g.a. domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del g.a. che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento. L'attribuzione al g.a. della tutela risarcitoria, in caso di esercizio illegittimo della funzione pubblica, presuppone che quella tutela sia esercitata con la medesima ampiezza, sia per equivalente sia in forma specifica, che davanti al g.o. e, per altro verso, che spetta, in linea di principio, al titolare dell'interesse sostanziale leso, nel caso in cui alla tutela risarcitoria si aggiunga altra forma di tutela (ad es., quella demolitoria), scegliere a quale far ricorso al fine di ottenere ristoro al pregiudizio subito (principio di diritto enunciato dalle S.U. nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363 c.p.c.)».

Come è facile constatare, al di là degli argomenti «retorici» usati dall'una o dall'altra parte, si è trattato di un dialogo simile a quelli delle commedie di Ionesco, del c.d. teatro dell'assurdo, nel quale viene messo in scena il fenomeno della «incomunicabilità», di un falso dialogo nel quale i personaggi ripetono ossessivamente la propria «storia» senza mai incontrare quella dell'altro.

Il vero problema, taciuto o sottinteso da entrambe le parti, è che non si possono tenere assieme due processi, uno con un ricorso entro termini di decadenza e uno con un ricorso ammesso entro un termine di prescrizione. Il problema era già emerso negli esecrati contenziosi amministrativi preunitari – da nessuno a quanto risulta a dire il vero evocati nello «scontro» de quo – ed era stato risolto sul modello del processo civile: termine normale di prescrizione, salvo che singole leggi non prevedessero, per ragioni di «certezza amministrativa», un termine breve di decadenza per chiedere l'annullamento dell'atto. L'inverso di quello che era accaduto nel nostro ordinamento prevedendo due giudici, uno adibibile entro un termine di decadenza e uno adibibile entro un termine di prescrizione, che, se uniti assieme in un unico giudice «esclusivo», produce-

¹⁹⁰ In «Riv. giur. edilizia», 2008, 6, I, pp. 1331 ss.

vano un «dissociato» che non sapeva come unire assieme un processo fondato sulla decadenza e uno fondato sulla prescrizione. O meglio pretendeva di esercitare prima la giurisdizione fondata sulla decadenza del ricorso e soltanto dopo quella fondata sulla prescrizione.

Un compromesso¹⁹¹ fra i due duellanti è stato raggiunto nel codice sul processo amministrativo nel 2010 introducendo un *praescriptio brevis* per l'azione di risarcimento per lesione di interesse legittimo, approfittando però dell'occasione per mettere dei paletti di diritto sostanziale alla responsabilità della pubblica amministrazione.

L'art. 30 c.p.a.¹⁹², comma 3, prevede infatti che «la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva immediatamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti».

Alla richiamata disposizione è, inoltre, da affiancare l'ulteriore previsione di cui al comma 5, in forza della quale «nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza».

Allo Stato in generale irresponsabile per danni da lesione di interessi legittimi è stata dunque sostituita la figura dello Stato a responsabilità «limitata» sul modello di quanto accade in altri ordi-

¹⁹¹ In tale prospettiva – facendo espressamente riferimento a una «formula di compromesso» adottata dal codice del processo amministrativo – è stato riconosciuto come nell'iter formativo dell'art. 30 di quest'ultimo «si sono succedute diverse formulazioni della norma, a dimostrazione delle contrapposte tensioni fra sostenitori ed avversari della pregiudizialità» (in questi termini da ultimo G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015, spec. pp. 569 ss.).

¹⁹² Per un'indagine in merito a siffatta disposizione nel contesto del codice sul processo amministrativo del 2010 si rinvia a N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Napoli, 2015, spec. pp. 56 ss. per una lettura che evidenzia come «sul piano sostanziale» sia stata resa una «conferma della risarcibilità piena del danno per lesione di interessi legittimi».

namenti di diritto amministrativo in ipotesi similari, ancorché con tecniche varie¹⁹³.

Come dire che dopo la breve stagione della responsabilità generalizzata per lesione anche di interessi legittimi aperta dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 500 l'ambito di operatività della responsabilità per lesione di interessi legittimi si è notevolmente ristretta prima con l'attribuzione della giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo e, infine, con l'introduzione della *praescriptio brevis* e di limiti sostanziali all'individuazione della responsabilità della pubblica amministrazione nel codice del processo amministrativo.

10. *Il giusto processo amministrativo nella revisione costituzionale dell'art. 111 nel 1999*

Il 1999 è stato un anno fatale per la giustizia amministrativa: non solo la Cassazione, con una «palinodia», ha introdotto, con la sentenza n. 500, la responsabilità civile per lesione di situazioni di interesse legittimo successivamente attestatasi, processualmente, nei modi in precedenza descritti, ma è stata anche intaccata, con la modificazione dell'art. 111 della Costituzione, la costituzionalizzazione dello *status quo* del riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo voluto all'Assemblea costituente da Meuccio Ruini. Il principio del giusto processo è stato introdotto

¹⁹³ In tale prospettiva si rinvia ai contributi contenuti in D. Sorace (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, cit. Sul punto, per un inquadramento di carattere più ampio, E. García de Enterría, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Giuristi stranieri di oggi*, Milano, 2007, pp. 5 ss., ove la riflessione dell'autore si sofferma sul rapporto tra amministrazione e giurisdizione sia dal punto di vista della effettività della tutela del cittadino che da quello del progressivo «cambio di paradigma» nella configurazione della giustizia amministrativa (focalizzandosi sul livello europeo, sia pur con un approfondimento relativo ai sistemi francese e spagnolo). Da quest'ultimo punto di vista il significato di quello che – in chiave europea – l'autore definisce in termini di «cambio deciso e sostanziale del modello» di giustizia amministrativa viene chiarito facendo riferimento alla circostanza in forza della quale «il ricorso giurisdizionale amministrativo ha cessato di essere uno strumento in difesa della mera legalità, difesa (...) che conduceva, nel migliore dei casi, ad una mera pronuncia di illegittimità, e che dunque non consentiva al ricorrente di ottenere né una soddisfazione (immediata) della pretesa sostanziale soggettiva né un (successivo) intervento giudiziale utile a conseguirla». Questo strumento processuale è divenuto, ora, un vero diritto soggettivo (...) di domandare una tutela giurisdizionale effettiva e piena per un diritto materiale concreto, il che necessariamente comporta per il giudice non solo di dichiarare ciò che il diritto impone, ma altresì di garantire l'effettività della pronuncia».

nell'art. 111 Cost., con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, pensando essenzialmente al processo penale, nel quale, spesso e volentieri, nell'ordinamento italiano, veniva violato nella fase istruttoria, ma il principio non poteva non avere ripercussioni per ogni tipo di processo, compreso il processo amministrativo¹⁹⁴.

Il «giusto processo» è un principio generale¹⁹⁵ dal quale si sono fatti derivare per ogni tipo di processo dei corollari applicativi intesi a tutelare il diritto del cittadino «implicato» in un processo¹⁹⁶.

Qualcuno di questi non era e non è ricompreso nello *status quo* della giustizia amministrativa risultato dagli artt. 24, 103 e 113 Cost., il che significa che il disegno costituzionale originario, dopo il 1999, va integrato con quanto previsto nel nuovo art. 111 Cost.¹⁹⁷.

Lo ha subito colto la giurisprudenza del Consiglio di Stato nella quale è possibile leggere, in Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 marzo 2004, n. 1239, che «l'apprezzamento degli elementi di fatto del

¹⁹⁴ Sulle particolari implicazioni del giusto processo per il processo amministrativo si rinvia al quadro generale tracciato da G. Corso, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo amministrativo. Profili generali*, in Accademia Nazionale dei Lincei, *Il giusto processo*, Roma, 28-29 marzo 2002, Roma 2003, pp. 51 ss.; S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo. Studi sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; cui *adde*, dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, G.P. Cirillo, *I principi generali del processo amministrativo*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, volume XLII, *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014, pp. 15 ss., ove l'indagine in merito al principio in questione è condotta tra livello interno e livello comunitario; A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, spec. pp. 111-112.

¹⁹⁵ In tema F. Merusi, *Sul giusto processo amministrativo*, in E. Catelani, A. Fioritto, A. Massera (a cura di), *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Napoli, 2011, pp. 1 ss., il quale, in una prospettiva più ampia che fa riferimento al modello statunitense del *due process of law*, riconosce che «il processo per essere giusto deve poter soddisfare la pretesa dedotta in giudizio».

¹⁹⁶ Più recentemente, il tema del giusto processo amministrativo è stato ripreso nell'ambito di una riflessione circa il problema della connessione tra «fallimento del processo» e «fallimento del mercato» condotta da S. Lucattini, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013, spec. pp. 39 ss., cui si rinvia per un inquadramento più generale circa il rapporto tra giustizia ed attività di regolazione.

¹⁹⁷ Con particolare riferimento al tema del giusto processo nella lettura della Corte costituzionale M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa*, cit., pp. 505 ss. Oltre alla «novità indiretta» della modificazione dell'art. 111 Cost., più in generale il tema di una possibile modificazione della Costituzione per quanto si riferisce specificamente alla giustizia amministrativa. Prima dell'introduzione dell'art. 111 la questione di una possibile riforma costituzionale anche della giustizia amministrativa ha avuto un sussulto di attualità al tempo della Commissione D'Alema per modifiche da apportare alla Costituzione. Per le varie proposte e questioni prospettate si rinvia agli interventi raccolti in S. Cassese (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997.

provvedimento amministrativo, siano essi semplici o complessi (da rilevare attraverso valutazioni tecniche) attiene sempre alla legittimità del provvedimento e, pertanto, non può essere sottratto al giudice, pena la violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale e del nuovo canone costituzionale della parità processuale delle parti, come emerge dalla puntuale regola del giusto processo, sancita dal novellato art. 111, cost.», o, in Consiglio di Stato, sez. IV, 22 settembre 2005 n. 4989, il più ampio discorso integrativo del diritto processuale amministrativo esistente secondo il quale «i principî costituzionali in materia di diritto di azione e di difesa (art. 24), dell'assoggettamento dei provvedimenti amministrativi al sindacato giurisdizionale (art. 113) e del giusto processo (art. 111, inteso come luogo e strumento in cui e attraverso cui vengono concretamente ed effettivamente verificate le doglianze e le pretese del cittadino) comportano una lettura ed una valutazione assolutamente rigorosa delle lacune ed imperfezioni che affliggono la sentenza (tanto più in ragione della considerazione della circostanza che la funzione giurisdizionale deve essere intesa come servizio in favore del cittadino che ritenga di essere stato leso dal cattivo esercizio del potere amministrativo). Conseguentemente, laddove le imperfezioni siano tali da far ritenere (...) che il ricorso dell'appellante non sia stato quanto meno completamente esaminato dai primi giudici, la sentenza impugnata va annullata».

Principio che è stato immediatamente applicato anche alle novità processuali amministrative introdotte dopo la modifica costituzionale, come al rito acceleratorio della sentenza in forma semplificata introdotto l'anno successivo¹⁹⁸. Questa volta richiamando il corollario del giusto processo del rispetto del contraddittorio fra le parti necessariamente poste in posizione di parità. Secondo il Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 aprile 2002 n. 1907, infatti, «la prescrizione del rispetto del contraddittorio, posta a presupposto della scelta acceleratoria del giudicante ex art. 26 ultimo comma l. Tar, come sostituito dall'art. 9, l. 21 luglio 2000, n. 205, circa la decisione della causa in forma semplificata, nella camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare, ove ravvisi «la manifesta fondatezza

¹⁹⁸ Una riflessione specificamente dedicata a tale aspetto è contenuta in A. Clini, *La forma semplificata della sentenza nel «giusto» processo amministrativo*, Padova, 2009, cui si rinvia per un'indagine anche in chiave comparata delle diverse forme di accelerazione e semplificazione dei sistemi di giustizia amministrativa.

ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso», non può ridursi al solo aspetto formale della verifica, da parte dello stesso, dell'avvenuta notificazione del gravame a tutte le parti litisconsorti necessarie del giudizio, dovendosi garantire, su un piano di effettività, a ciascuna di esse, la reale possibilità di far valere le proprie ragioni nel giudizio stesso, secondo un principio di civiltà giuridica («*audiatur et altera pars*») a fondamento di ogni giusto processo».

E l'integrazione del processo amministrativo con corollari del principio del giusto processo non potrà che continuare dal momento che il principio è stato espressamente richiamato come «testa di capitolo» del codice del processo amministrativo del 2010, termine finale della nostra 'avventurosa storia' della giustizia amministrativa.

Quel che è successo e quel che succederà dopo il 2010 è un'altra storia. Ci basti solo accennare al fatto che, se verrà applicato il corollario della necessaria concentrazione dei «processi connessi»¹⁹⁹, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo diventando a «clausola generale» (tutti i casi in cui un processo ordinario su di una obbligazione è connesso con un processo amministrativo su di un atto) potrebbe realizzare quella «rivoluzione della giustizia amministrativa» che la battuta risalente allo studio legale cremonese, evocata in apertura di discorso, giudicava «interrotta». Per un motivo o per l'altro il giudice nei confronti della pubblica amministrazione si concentrerà, pressoché in toto, nel giudice amministrativo, vanificando così la legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo, o almeno buona parte del suo campo di applicabilità²⁰⁰.

¹⁹⁹ La cui operatività è stata messa in luce da M. Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, Milano, 2002, spec. pp. 199 ss., per una indagine che si sofferma sulla problematica degli effetti della connessione sulle regole di svolgimento del processo, analizzando il fenomeno con riguardo ai presupposti processuali delle singole cause, alle situazioni soggettive processuali delle parti, nonché agli atti che di siffatte situazioni rappresentano esercizio.

²⁰⁰ Per un esempio degli effetti integrativi del giusto processo in una giurisdizione speciale, con riferimento alla concentrazione dei giudizi, si rinvia a V. Giomi, *Giusto processo, effettività della giurisdizione e concentrazione dei giudizi: la Corte di Cassazione riforma in via interpretativa la specialità della giurisdizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche*, in «Dir. proc. amm.», 2013, pp. 1153 ss. e, in generale, sul giusto processo come causa di concentrazione dei processi nel giudice amministrativo si rinvia a F. Merusi, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in «Dir. proc. amm.», 2011, pp. 1 ss.

11. *Riepilogo*

Da più parti è stato messo in evidenza come il tema della giustizia amministrativa, pur oggetto di speciale attenzione, non abbia tuttavia condotto allo sviluppo di un dibattito particolarmente vivace ed acceso in sede di Assemblea costituente. Le pur diverse posizioni manifestate in merito alle possibili previsioni costituzionali in materia non condussero a una «rivoluzione» del modello di giustizia amministrativa delineatosi in epoca pre-costituzionale, da ciò derivando, in sede di formulazione delle nuove disposizioni costituzionali, una esplicita conferma dello *status quo* antecedente, qualificazioni dottrinali comprese, come la distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi. Tra le nuove disposizioni della Carta del 1948 una posizione del tutto peculiare (anche in termini di collocazione nel nuovo testo costituzionale) ha però assunto l'art. 125, contenente la previsione di organi di giustizia amministrativa di primo grado, istituiti a livello regionale la cui natura non appariva, almeno immediatamente dopo la loro previsione, del tutto chiara. Il percorso che ha condotto all'attuazione dell'art. 125 Cost. deve tenere necessariamente conto dell'intervento della Corte costituzionale, la quale ha svolto una funzione di «apripista» per il successivo legislatore. La dichiarazione di illegittimità costituzionale dei Consigli di prefettura e delle Giunte provinciali amministrative ad opera del Giudice delle leggi – dopo un periodo «transitorio» nel quale le controversie devolute alle Giunte provinciali amministrative furono trattate nella competenza in unico grado del Consiglio di Stato – ha rappresentato il punto di partenza per giungere al varo della legge n. 1034/1971 (c.d. 'legge Tesaurò'). Quest'ultima, colmando un precedente «vuoto» di disciplina, rappresentò una tappa fondamentale nel percorso di costruzione del nuovo sistema di giustizia amministrativa, costituendo soltanto in apparenza una soluzione limitata alla proiezione in primo grado della giurisdizione amministrativa esistente. Tra le previsioni contenute all'interno del nuovo corpo normativo una particolare rilevanza assunse la disposizione di un emendamento dell'ultima ora mediante la quale venne sancita la facoltatività del previo ricorso gerarchico.

L'immediata possibilità di adire il giudice ha, non solo determinato la marginalizzazione dei ricorsi amministrativi, ma ha altresì prodotto un fenomeno imprevisto, o comunque imprevisto nelle dimensioni progressivamente assunte, la pressoché generalizzata

presentazione, assieme all'immediato ricorso giudiziale, di istanze cautelari. La scomparsa della fase preliminare di 'decantazione' del ricorso gerarchico ha reso potenzialmente 'attuale' chiedere al momento della proposizione di ogni ricorso giudiziale anche la possibilità di chiedere provvedimenti cautelari.

L'allargamento procedurale (la possibilità di chiedere anche provvedimenti cautelari *ante causam* anche solo monocratici) e sostanziale (dall'originaria sospensione degli effetti del provvedimento amministrativo a ogni possibile provvedimento cautelare condizionante in senso negativo o positivo l'azione della pubblica amministrazione) determinato da interventi comunitari o della Corte costituzionale, ha fatto il resto. Oggi il processo amministrativo è nella sua quasi totalità un processo sommario che si gioca nella fase preliminare del processo nella quale si tenta di ottenere, non solo provvedimenti cautelari nei confronti della pubblica amministrazione, ma, in qualche caso, qualcosa di più di quel che la stessa sentenza finale potrà dare. Un fenomeno progressivo che il codice del processo amministrativo non ha cercato di arginare, ma che, con una minuziosa regolamentazione di ogni possibile profilo dell'azione cautelare, ha finito per accentuare.

Un altro fenomeno progressivamente emerso riguarda l'oggetto del ricorso vero e proprio. Si è assistito infatti progressivamente ad una vera e propria mutazione dell'oggetto del processo amministrativo, i cui caratteri sono ben individuabili facendo riferimento all'idea sostenuta nei primi anni sessanta del secolo scorso di un passaggio dal sindacato sull'atto al sindacato sul rapporto finalizzato ad una valutazione circa la fondatezza della pretesa del ricorrente. Non solo si chiede l'annullamento di un atto come previsto dalla legge del 1889, ma si chiede che l'annullamento «prefiguri» un provvedimento futuro, accertandone il contenuto e le caratteristiche, e/o si «pretende», quando ne ricorrano i presupposti, che l'amministrazione emani un determinato provvedimento astrattamente previsto dalla legge. Emergono così, nella sentenza, azioni di accertamento e/o di condanna nei confronti della pubblica amministrazione.

In questo contesto evolutivo si inquadra una ulteriore novità che, come sempre più spesso è avvenuto anche con riguardo ad altri settori del diritto amministrativo, rappresenta l'espressione di una progressiva rilettura del modello italiano di giustizia amministrativa alla luce delle indicazioni di derivazione comunitaria. L'erompere del diritto comunitario, con riguardo al sistema di tutela

delle posizioni giuridiche soggettive nei confronti dell'amministrazione pubblica, determina il progressivo sgretolamento del 'dogma' dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi. La tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione si rafforza progressivamente anche a fronte della 'risposta' interna alle sollecitazioni provenienti dal diritto comunitario. La Corte di Cassazione, con la «storica» sentenza delle Sezioni unite 22 luglio 1999, n. 500, facendo opera di «pentimento» rispetto alla propria precedente impostazione, fa cadere definitivamente il richiamato dogma, determinando un vero e proprio ripensamento rispetto alla propria precedente e consolidata giurisprudenza in tema di risarcibilità degli interessi legittimi. In questo percorso di trasformazione, pochi anni più tardi, la stessa Corte costituzionale pone fine a un dogma ulteriore, quello della assolutezza e non condizionabilità a opera del potere amministrativo di alcuni diritti definiti fondamentali che, per la loro peculiare natura, la Corte di Cassazione sul finire degli anni settanta del secolo scorso aveva ritenuto non «degradabili» e, di conseguenza, non tutelabili in forma piena ed effettiva mediante ricorso al giudice amministrativo. Questione risolta alla fine dalla Corte costituzionale che ha negato la possibilità di distinguere la tutela giurisdizionale fra «un diritto e l'altro».

A seguito di queste trasformazioni, il dibattito caratterizzato da un vivace e talora aspro «botta e risposta» tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato in merito alla questione della cd. pregiudizialità amministrativa dell'azione di responsabilità, rappresenta un ulteriore passaggio di siffatto «cammino» della giustizia amministrativa il cui compimento ha condotto alla soluzione di compromesso recepita nel 2010 dal codice del processo amministrativo. È il riferimento a quest'ultimo – all'interno del quale trova peraltro espresso richiamo anche il principio del giusto processo amministrativo la cui affermazione va ricondotta, in primis, alla riforma costituzionale dell'art. 111 operata nel 1999 – costituisce il punto di arrivo di questa «storia» che avrebbe dovuto concludersi con la redazione del codice del processo amministrativo. Dal codice sono però partite «altre storie», ad alcune delle quali abbiamo inevitabilmente accennato nella nostra esposizione, sulle quali non è questo il luogo per ripartire per un nuovo «viaggio» attraverso la «giustizia» ammini-

strativa, anche perché non sono ancora storie, ma cronache di avvenimenti contemporanei²⁰¹.

The Administrative Process from the Constituent to the Code
by Fabio Merusi and Emiliano Frediani

The different positions expressed in 1947 on the possible constitutional provisions regarding administrative justice did not lead to a “revolution” of the model outlined in the pre-constitutional period. Among the new provisions of the Italian Charter of 1948, a peculiar relevance was assumed by Art. 125, containing the prediction of the first instance of administrative organs, established at the regional level, whose nature did not appear, at least immediately after their forecast, completely clear. The evolution that led to the implementation of Art. 125 must take into account the intervention of the Italian Constitutional Court, which played a trailblazing role for the successive legislator. Along this evolutionary path, Law 1034 of 1971, filling a previous lack of discipline, was a fundamental step in the building of the new system of administrative justice. This law, establishing regional administrative tribunals, laid down the rule of the previous optional hierarchical appeal, recognizing the possibility to resort directly to the administrative tribunals. Another phenomenon that has progressively emerged concerns the object of the appeal to the administrative judge. In this context, there is another novelty: the expression of a progressive re-reading of the Italian model of administrative justice in the light of the indications of the European Community. The reference is, in particular, to the crumbling of the dogma of the non-compensation of legitimate interests. In this framework the conflict also arises between the Italian Court of Cassation and the State Council on the issue of the so-called “administrative precondition” to the liability action. This conflict represents a further step in the evolution of administrative justice whose fulfilment led to the compromise solution adopted in 2010 by the Italian Code of Administrative Procedure.

Keywords: administrative justice, constitutional court, Italian Republic, European community, administrative procedure.

Fabio Merusi, Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna, piazza Martiri della libertà 33, Pisa, f.merusi@merusitoscano.it

Emiliano Frediani, Istituto di Diritto, politica e sviluppo (Diripolis), Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna, piazza Martiri della libertà 33, Pisa, e.frediani@santannapisa.it

²⁰¹ Ma per un ‘viatico’ per un futuro ‘viaggio’, si veda già F. Patroni Griffi, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in «Riv. dir. e proc. civ.», 2016, pp. 115 ss.