

**L.U.I.S.S.**  
**LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI**  
**Guido Carli**

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO**  
**XXI CICLO**

*"L'evoluzione del sistema di riparto di giurisdizione e la nullità  
del provvedimento amministrativo"*

**TUTORS**

**Chiar.mo Prof. Filippo Lubrano**

**Chiar.mo Prof. Salvatore Alberto Romano**

**CANDIDATO**

**Avv. Lucio Insinga**

## PREMESSA

L'idea di approfondire un argomento assai ampio quale quello del riparto di giurisdizione è nata a seguito del clamore suscitato dalle numerose riforme legislative e dalle altrettanto numerose pronunce giurisprudenziali che si sono susseguite in materia nel corso dell'ultimo decennio.

L'approfondimento è stato realizzato *in primis* mediante una ricostruzione del lungo percorso evolutivo della giustizia amministrativa e dei suoi rapporti con la giustizia civile. Detta ricostruzione, rivelatasi utile per meglio comprendere i problemi che affliggono l'attuale sistema di riparto della giurisdizione, si è concretizzata nel primo capitolo della tesi.

Successivamente si è cercato d'indagare sul rapporto esistito ed esistente tra il riparto di giurisdizione ed i vizi del provvedimento amministrativo, con particolare riguardo al vizio della nullità. Questa scelta è derivata dalla constatazione che nel nostro ordinamento, per quasi cinquant'anni, s'è fatta una tale confusione in merito al significato della posizione giuridica dell'interesse legittimo ed ai vizi del provvedimento amministrativo, che la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione ha potuto costituire in favore del giudice ordinario una sorta di riserva di giurisdizione sull'esercizio dell'azione amministrativa, che in forza dei principi costituzionali di riparto non gli sarebbe spettata.

Ed infatti, sostenendo che alcuni provvedimenti amministrativi emessi in violazione di norme procedurali sarebbero afflitti dal vizio della nullità (o, addirittura, dell'inesistenza) e non già dal vizio dell'annullabilità, e che il provvedimento nullo non potrebbe configurare posizioni giuridiche d'interesse legittimo in capo al privato, il giudice della giurisdizione ha *de facto* spostato presso il giudice ordinario la naturale sede di tutela giudiziaria di talune posizioni giuridiche d'interesse legittimo.

Il terzo capitolo, quindi, è stato dedicato all'esame dei rapporti tra il vizio della nullità del provvedimento amministrativo ed il riparto di giurisdizione, anche alla luce della recente opera di novellazione della Legge n. 241 del 1990, con la quale sono stati individuati tassativamente i casi di nullità del

provvedimento amministrativo e s'è affermato il principio per il quale, salvo diversa disposizione di legge, il provvedimento emesso in violazione di legge è sempre annullabile e non già nullo.

A fare idealmente da “cerniera” tra i due capitoli, infine, è stato inserito un approfondimento sulle più recenti pronunce della Corte Costituzionale in materia di riparto di giurisdizione, rivelatosi indispensabile per comprendere quali effetti la codificazione dei casi di nullità del provvedimento amministrativo abbia prodotto sul sistema di riparto stesso.

Il giudice delle leggi, infatti, nel pronunciarsi a più riprese sui problemi di costituzionalità sollevati dalle citate iniziative legislative dell'ultimo decennio, ha fornito al legislatore ed all'interprete del diritto una lettura del sistema di riparto che, condivisibile o meno, rappresenta comunque uno strumento per orientarsi nei complessi meandri del sistema.

Non è un caso, allora, che a conclusione della presente opera si sia fatto riferimento, *de iure condendo*, alla previsione dell'articolo 44 della Legge 18 giugno 2009, n. 69, recante la delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo, nella quale è stato previsto il mandato a riordinare le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo e ad allinearle tra l'altro alle indicazioni fornite dalla predetta giurisprudenza costituzionale ed ai più recenti istituti di diritto sostanziale.

Roma, 30 gennaio 2010

Lucio Insinga

## INDICE - SOMMARIO

<b>Premessa</b>	<b>I</b>
<b>Indice</b>	<b>III</b>

### **CAPITOLO I**

#### **LE ORIGINI E L'EVOLUZIONE DEL RIPARTO DI GIURISDIZIONE**

<b>1.</b> Le origini della giustizia amministrativa e del riparto di giurisdizione: dalla nascita del Consiglio di Stato alla Legge del 1859	1
<b>2.</b> Segue: la Legge abolitrice del contenzioso amministrativo	3
<b>3.</b> Segue: la nascita della IV Sezione del Consiglio di Stato	9
<b>4.</b> Il dibattito sulla natura della IV Sezione del Consiglio di Stato	14
<b>5.</b> Il dibattito sulla natura del giudizio amministrativo e sui criteri di riparto della giurisdizione: il caso Laurens	16
<b>6.</b> Il Concordato giurisprudenziale del 1930	21
<b>7.</b> La riforma del 1923: la giurisdizione esclusiva e la distinzione giurisprudenziale tra atti d'imperio ed atti paritetici	25
<b>8.</b> L'evoluzione giurisprudenziale successiva al Concordato del 1930: la distinzione carenza-cattivo uso del potere e le prime teorie sulla nullità nel diritto amministrativo	31
<b>9.</b> Le scelte del Legislatore costituente: l'unicità della giurisdizione	37
<b>10.</b> Segue: diritto soggettivo e l'interesse legittimo quali indici costituzionali di riparto della giurisdizione	40
<b>11.</b> La carenza di potere in concreto	44
<b>12.</b> La legislazione successiva alla Costituzione	50
<b>13.</b> Il riparto di giurisdizione alla fine del XX secolo	55

### **CAPITOLO II**

#### **IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE NELLE PRONUNCE DELLA CONSULTA DEGLI INIZI DEL XXI SECOLO**

<b>1.</b> La sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004: i contenuti	67
---	----

2. I principi generali desumibili dall'ordinanza n. 204: il giudice amministrativo quale giudice nell'amministrazione per la tutela degli interessi legittimi	71
3. Segue: i limiti del legislatore nell'ampliamento della giurisdizione esclusiva e la concentrazione degli strumenti di tutela in capo ad un unico giudice	79
4. Segue: il risarcimento del danno quale modalità di tutela degli interessi legittimi	83
5. Gli effetti dell'ordinanza n. 204: la materia dei servizi pubblici	90
6. Segue: le materie dell'urbanistica e dell'edilizia e l'ordinanza n. 190 del 2006	96
7. Segue: la pregiudiziale amministrativa	107
8. La sentenza n. 77 del 2007 e l'articolo 59 della Legge n.69 del 2009	116
9. La Corte costituzionale torna sulle posizioni giuridiche soggettive e sul riparto di giurisdizione: la sentenza n. 140 del 2007	119

### **CAPITOLO III**

#### **LA NULLITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO ED IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE**

1. La nullità del provvedimento amministrativo prima della riforma del 2005: i casi di nullità testuale e l'interpretazione fornita da dottrina e giurisprudenza	126
2. Segue: la svolta giurisprudenziale della fine del secolo scorso	138
3. La legislazione d'inizio secolo sfata la concezione tradizionale del processo amministrativo quale mero processo tipico d'impugnazione e tipizza il vizio di nullità del provvedimento amministrativo	142
4. Le nullità previste dall'articolo 21 <i>septies</i> : le sorti della c.d. nullità virtuale nel diritto amministrativo	148
5. Segue: la nullità testuale e strutturale	154
6. Segue: la nullità per difetto assoluto d'attribuzione	158

7. Segue: la nullità per violazione o elusione del giudicato	160
8. La giurisdizione nei casi di nullità del provvedimento amministrativo: l'esercizio del potere autoritativo da parte dell'amministrazione fonda la giurisdizione del giudice amministrativo anche nei casi di nullità del provvedimento	167
9. Segue: il caso di nullità per violazione del giudicato ed elusione del giudicato	171
10. L'ammissibilità dell'azione dichiarativa della nullità del provvedimento innanzi al giudice amministrativo ed al giudice ordinario	173
11. I caratteri dell'azione dichiarativa della nullità innanzi al giudice amministrativo: il termine entro cui agire in giudizio	178
12. Segue: la legittimazione ad agire e la rilevabilità d'ufficio della nullità del provvedimento	181
13. Il risarcimento del danno nei casi di provvedimento nullo	186
<b>Considerazioni conclusive</b>	194
<b>Bibliografia</b>	199

# CAPITOLO I

## L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA E DEL RIPARTO DI GIURISDIZIONE

### **1. Le origini della giustizia amministrativa e del riparto di giurisdizione: dalla nascita del Consiglio di Stato alla Legge del 1859.**

Un'indagine sul sistema di riparto di giurisdizione non può prescindere da una rapida ricostruzione dell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa.

Partendo dalle origini della storia d'Italia, allora, può storicamente dirsi che la giustizia amministrativa nasce con l'Editto del 18 agosto 1831, provvedimento con il quale Carlo Alberto istituì nel Regno di Sardegna il Consiglio di Stato, organo consultivo articolato in tre Sezioni, il cui parere era obbligatorio per l'emanazione degli atti aventi forza di legge e dei regolamenti, nonché degli atti relativi ai conflitti tra la giurisdizione giudiziaria e l'amministrazione, al bilancio generale dello Stato e alle liquidazioni del debito pubblico<sup>1</sup>.

Solo con le Regie Patenti del 25 agosto e del 31 dicembre 1842, però, si costituì nel Regno di Sardegna un vero e proprio sistema del contenzioso amministrativo, fondato sulla distinzione tra le controversie riservate all'amministrazione, per le quali era escluso qualsiasi ricorso giurisdizionale e permesso il ricorso alle Intendenze, e le controversie di "amministrazione contenziosa", per le quali era invece permesso il ricorso in primo grado al Consiglio d'Intendenza e, in secondo grado, alla Camera dei Conti.

Con l'Editto del 29 ottobre 1847, poi, si attribuì ai Consigli d'Intendenza la funzione di giudice ordinario del contenzioso amministrativo con competenza sulle questioni relative ai rapporti fiscali tra Stato e cittadini, ai contratti pubblici, alla materia catastale, alle strade e alle acque pubbliche, al pagamento degli stipendi, alla

---

<sup>1</sup> Sulle origini e sull'evoluzione del Consiglio di Stato si rinvia a ROMANO S., *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Studi per il centenario*, vol. I, Roma, 1932; PESCATORE G., *Il Consiglio di Stato: da Carlo Alberto ai problemi attuali*, in *Studi per il cento cinquantenario del Consiglio di Stato*, vol. I, Roma, 1891, 1; ROHERSSEN G., *Consiglio di Stato e Tribunali amministrativi regionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. III, Torino, 1989, p. 422. In particolare, sulle funzioni consultive del Consiglio di Stato si veda LANDI G., *La funzione consultiva del Consiglio di Stato*, in *Studi per il cento cinquantenario del Consiglio di Stato*, vol. III, Roma, 1997, p. 1267 ed a p. 2081.

materia penale in fatto d'imposte dirette ed indirette; si affidò alla cognizione dei giudici ordinari ogni controversia inerente il regio patrimonio (in precedenza di competenza della Camera dei conti) e s'individuò nella Camera dei conti la suprema giurisdizione del contenzioso amministrativo.

Dopo la guerra d'Indipendenza ed in occasione della modifica dell'ordinamento del Regno (con la quale il Regno fu diviso in Comuni, Mandamenti, Circondari e Province, nelle quali v'erano un Governatore, un Vice Governatore ed un Consiglio di Governo), il sistema del contenzioso amministrativo venne riformato e, con la Legge 30 ottobre 1859, n. 3708, si attribuì ai Consigli di Governo la qualità di giudici ordinari del contenzioso amministrativo, con competenza di decidere sulle questioni relative al pagamento e alla riscossione dei tributi, alla riscossione delle quote di consorzio per i lavori di acque e strade, ai contratti pubblici, alla loro validità ed interpretazione, nonché alla materia catastale.

Fu così che le sentenze dei Consigli di Governo produssero gli stessi effetti di quelle dei giudici ordinari e furono appellabili per le materie della contabilità innanzi alla Corte dei Conti, istituita con la Legge 30 ottobre 1859, n. 3706, e, per tutte le altre materie, innanzi al Consiglio di Stato, riordinato con Legge 30 ottobre 1859, n. 3707, e succeduto alla Camera dei conti, soppressa con Legge n. 3705, anch'essa del 30 ottobre 1859.

Si stabilì, inoltre, che il Consiglio di Stato decidesse in prima ed ultima istanza sulle controversie in materia di debito pubblico, di liquidazione delle pensioni e sugli affari relativi alle miniere ed alle cave. Dette decisioni furono revocabili dallo stesso Consiglio in caso di errore di fatto, di rinvenimento di nuovi documenti e nel caso in cui si fosse debordato da quanto le parti richiedevano o si fosse violata taluna tra le norme prescritte a pena di nullità.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Si trattò di giurisdizione piena o propria, nel senso cioè che il giudizio fu in realtà un giudizio sul fatto, ovvero un giudizio sull'applicazione della legge al fatto con eventuale reintegrazione dei diritti e degli interessi colpiti dagli atti e dai comportamenti della pubblica amministrazione. Sul punto, PONTICELLI V., *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato – Indagini storiche*, Milano, 1958, p. 172; SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, p. 127; MEREGAZZI R., *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato, Atti del Congresso celebrativo delle leggi amministrative di unificazione*, nel volume *La giustizia amministrativa*, a cura di MIELE G., Vicenza, 1968, p. 204; BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano,



Per ogni altra questione, non contemplata dalla Legge, restò ferma la competenza dell'autorità amministrativa<sup>3</sup>.

Detta riforma, però, finì per essere non altro che una “*riproduzione, poco meno che uniforme, degli ordinamenti dell'amministrazione francese del Secondo Impero*”<sup>4</sup>, non incarnando nessuno dei principi espressi dal pensiero liberale del tempo. A tal proposito, F. Cammeo<sup>5</sup> ebbe ad evidenziare che, malgrado il Consiglio di Stato avesse mantenuto la funzione di giustizia delegata che il Consiglio di Stato francese avrebbe conseguito solo nel 1872, la sua sostituzione alla Camera dei conti importò un notevole regresso comportando la sostituzione di un magistrato indipendente, dotato della dignità ed irremovibilità giudiziaria, con un collegio composto da amministratori amovibili.

Fu per queste ragioni che nel 1860, presso lo stesso Consiglio di Stato, si costituì una Commissione per gli studi legislativi con il compito di predisporre una normativa che riordinasse la materia della giurisdizione amministrativa in maniera completa, definitiva ed uniforme in tutto il territorio del nuovo Stato dell'Italia unita<sup>6</sup>.

## **2. Segue: la Legge abolitrice del contenzioso amministrativo.**

Già all'indomani della proclamazione dell'unità d'Italia, allora, traendo spunto dai lavori della citata Commissione per gli studi legislativi, il Ministro Minghetti

---

1969, p. 607; LEDDA F., *La giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *Nuova rassegna*, 1971, p. 2718; MAZZAROLLI L., *Il Consiglio di Stato come giudice dei diritti soggettivi*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 252.

<sup>3</sup> Sul punto si veda GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, pp. 47-48.

<sup>4</sup> Così, SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, p. 310.

<sup>5</sup> CAMMEO F., *Commentario delle leggi di giustizia amministrativa*, Milano, 1911-12, vol. I, pp. 389, 401 e 417.

<sup>6</sup> Va ricordato che all'atto dell'unificazione del Regno d'Italia, coesistevano nella penisola sistemi di giustizia ordinaria ed amministrativa del tutto diversi. Alcuni, quale appunto il sistema duale del Regno di Sardegna e quello del Regno delle due Sicilie, erano stati mutuati dall'ordinamento francese. Altri, quali quelli del Granducato di Toscana e del Regno di Modena, erano stati mutuati dall'Impero austroungarico ed erano caratterizzati dall'esistenza del solo giudice ordinario. Sul punto si veda GIANNINI M.S. – PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, pp. 265 e ss.; ROHERSSEN G., *Giustizia amministrativa*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. VII, Torino, 1965, pp. 1121 e ss..

presentò alla Camera dei deputati una proposta di legge, con la quale s'intendeva sostanzialmente restituire alla giurisdizione ordinaria tutte le materie che le erano state sottratte a favore del contenzioso e della giurisdizione amministrativa. La proposta, pur presentata due volte, a distanza di due anni, non divenne legge.

Ciò malgrado, in Parlamento si affermò con sempre maggior vigore l'intento di distaccare il diritto pubblico italiano dal modello francese<sup>7</sup> ed ispirarlo al modello fornito dalle disposizioni della Costituzione belga<sup>8</sup>. La spinta riformista, tuttavia, si arrestò innanzi ad un grosso ostacolo di natura teorica e sistematica: non bastava,

---

<sup>7</sup> Ci si riferisce al sistema introdotto in Francia da Napoleone Bonaparte, prima con la Costituzione del 12 dicembre 1799, istitutiva del Consiglio di Stato, poi con la Legge del 16 febbraio 1800, istitutiva dei Consigli di Prefettura, ed infine con la Legge del 16 settembre 1807, istitutiva della Corte dei Conti. Più in particolare: i Consigli di Prefettura erano organi collegiali composti da funzionari di nomina governativa che affiancavano il Prefetto, organo fondamentale dell'amministrazione attiva decentrata, ed esercitavano il contenzioso amministrativo di primo grado nelle materie indicate dalla legge istitutiva ed in quelle successive. Alla loro decisione era attribuita forza esecutiva pari a quella dei tribunali ordinari. Il Consiglio di Stato, invece, operava come organo consultivo del Governo. Esso, tra l'altro: esprimeva parere sulle questioni che erano state già decise dai Ministri e dai Consigli di Prefettura e su tutti gli atti di amministrazione viziati per incompetenza ed eccesso di potere, risolveva i conflitti tra Amministrazione e Tribunali e si pronunciava sui ricorsi in materia di abuso in materia ecclesiastica. In seno al Consiglio di Stato venne costituita la Commissione del contenzioso, presieduta dal Gran Giudice, Ministro della Giustizia, nella quale si concentrarono *de facto* tutti i poteri decisori. Le decisioni del Consiglio assunsero efficacia decisionale solo con la decretazione (*arret*) a firma del Capo dello Stato. La Corte dei Conti, infine, aveva mandato di giudicare sull'operato dei contabili dello Stato. Tra gli organi del contenzioso amministrativo, la Corte fu quello che ebbe più affinità con i supremi corpi giudiziari, vantando i suoi componenti la garanzia dell'inamovibilità ed essendo sottoposta al giudizio del Consiglio di Stato "*per violazione delle forme o della legge*". Il sistema, infine, era completato da alcuni organi decisori, specializzati in questioni di natura tecnica: i Consigli di reclutamento militare, i Consigli di Università, i Consigli accademici, la Commissione per le bonifiche e le acque e quella sul titolo ed il peso dei metalli monetari e lavorati.

<sup>8</sup> Si fa riferimento alla Costituzione del 7 febbraio 1831, nella quale si affermava a chiare lettere l'esclusività della giurisdizione del giudice ordinario per le questioni attinenti ai diritti civili e politici dei cittadini. Sullo svolgimento del sistema di giustizia amministrativa in Belgio, Francia, Germania ed Austria, si rinvia a ORLANDO V.E., *Contenzioso amministrativo*, in *Digesto italiano*, vol. VIII, parte 2°, Torino 1988, p. 864, il quale riferendosi al tipo di ordinamento della giurisdizione amministrativa vigente in Belgio (giurisdizione unica) osserva che l'avversione nazionale del Belgio per il sistema francese aveva principalmente una ragione storica, individuata nella "*abborrita organizzazione del contenzioso amministrativo*" imposta nel periodo di occupazione. Diffusamente sul punto, BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, pp. 592 e ss..

infatti, decretare le materie che costituivano i confini della ripartizione tra giurisdizione ordinaria ed amministrazione attiva, ma bisognava determinare il criterio direttivo di tale riparto, in base al quale attribuire ora all'uno ora all'altro potere le materie appartenute all'ormai moribondo contenzioso amministrativo.

Si decise, pertanto, di abbandonare la tecnica dell'enumerazione empirica dei casi come criterio di riparto di giurisdizione, che tante eccezioni ed incongruenze aveva generato, e di rifarsi al principio di separazione dei poteri, dal quale fare discendere i criteri generali di riparto della giurisdizione.

Conseguentemente, si fece distinzione tra i diritti dei cittadini, ai quali accordare ampia e piena difesa giurisdizionale, ed i meri interessi che, invece, non potevano essere tutelati se non attraverso l'esercizio dell'attività propria dell'amministrazione attiva<sup>9</sup>.

Si pensò, inoltre, di restringere l'efficacia del giudicato sull'atto amministrativo, prevedendo che esso non potesse essere modificato o revocato se non tramite ricorso all'autorità amministrativa stessa.

Si scelse, infine, di riconoscere all'autorità giudiziaria il potere di valutare la legalità dei regolamenti e degli atti amministrativi che essa era chiamata ad applicare.

Completata in Commissione la stesura del disegno di legge, esso giunse all'approvazione della Camera e divenne subito oggetto di un'accesissima discussione nella quale, ancora una volta, si fronteggiarono la scuola di pensiero che si rifaceva al modello napoleonico e quella che si rifaceva al pensiero liberale.

Lievemente emendato rispetto al testo originale, il disegno di legge della seconda Commissione fu approvato a grande maggioranza e fu subito presentato al Senato, dove furono apportate alcune modifiche: l'originaria formula *“tutte le controversie che riguardano i diritti civili e politici”* fu sostituita da *“tutte le controversie di diritto privato o politico suscettivo di azione giuridica”*, il concetto

---

<sup>9</sup> SORDI B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione d'interesse legittimo*, Milano, 1985, p. 33, osserva che il *“contrapporre diritto a interesse non voleva dire distinguere due diverse situazioni giuridiche soggettive, ma enucleare il rilevante dall'irrilevante giuridico, separare cioè ciò che doveva essere attribuito al giudice ordinario perché espressione della libertà del cittadino e corrispondente quindi ad una attività amministrativa regolata dalla norma, e ciò che doveva invece essere attribuito all'amministrazione, alla sua libertà, ad ipotesi non coperte dal vincolo legislativo”*.

dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato fu meglio puntualizzato e, infine ma non da ultimo, si lasciò sparire la contrapposizione tra interessi individuali e collettivi e diritti civili, prevedendo che tutte le materie non devolute all'autorità giudiziaria dall'articolo 2, spettassero all'autorità amministrativa.

Il disegno ripassò alla Camera che accettò le modifiche apportate dal Senato con esclusione di quella relativa ai diritti civili e politici, che tornò al testo originale.

La Legge sul contenzioso amministrativo, dunque, fu approvata come allegato E della Legge sull'unificazione amministrativa del 20 marzo 1865, n. 2248.

Conosciuta come "abolitrice del contenzioso amministrativo", in realtà, la Legge eliminò solo le attribuzioni speciali del contenzioso amministrativo, ossia quelle attribuite in primo grado ai Consigli di Prefettura ed in secondo grado al Consiglio di Stato ed alla Corte dei conti.

Quest'ultima, infatti, conservò la sua competenza in materia di responsabilità contabile e di pensioni dei pubblici dipendenti ed il Consiglio di Stato rimase giudice d'appello delle sentenze della Corte dei conti per i motivi di eccesso di potere ed incompetenza per materia.

Il Consiglio di Stato, inoltre, ebbe giurisdizione piena sui conflitti d'attribuzione tra autorità giudiziaria ed autorità amministrativa, nonché giurisdizione propria nelle questioni relative al debito pubblico, ai sequestri di temporalità ed a quelle relative agli atti provvisori di sicurezza generale concernenti le potestà civili ed ecclesiastiche.

Vennero, poi, in maniera apparentemente anormale e provvisoria fatte salve dall'articolo 12 le attribuzioni contenziose di "*altri corpi o collegi*" che erano già esistenti o che sarebbero state fissate da lì a poco<sup>10</sup>.

Dove, tuttavia, la Legge segnò un cambiamento epocale nella storia della giustizia amministrativa e del riparto di giurisdizione, fu proprio all'articolo 2, col quale si stabilì che ogni controversia in cui era in gioco un diritto civile o politico di un cittadino dovesse essere demandata al giudice ordinario, anche se in essa vi era coinvolta l'amministrazione.

---

<sup>10</sup>Si fa riferimento alle Commissioni censuarie ed ai Consigli di leva.

Più specificamente, per diritto civile il legislatore intese tutto ciò che atteneva ai diritti di famiglia e di proprietà, garantiti ai cittadini dal Codice civile, mentre per diritti politici intese la facoltà del cittadino di partecipare all'esercizio del potere pubblico o di esercitare certe pubbliche funzioni o, ancora, le facoltà garantite ai cittadini dallo Statuto costituzionale<sup>11</sup>.

La cognizione di tutto ciò che non rientrava tra queste materie, quindi, secondo il disposto dell'articolo 3, fu sottratta al giudice ordinario e attribuita alla competenza dell'amministrazione, la quale disponeva del potere d'annullamento.

Le previsioni degli articoli 2 e 3, poi, furono completate dagli articoli 4 e 5, traslati quasi letteralmente dall'articolo 107 della citata Costituzione belga.

Il primo dei due articoli garantiva la formale intangibilità dell'atto amministrativo da parte dell'autorità giudiziaria<sup>12</sup> e l'obbligo per l'amministrazione di uniformarsi al giudicato. Il secondo fissava il principio per il quale il giudice poteva dichiarare illegittimo l'atto amministrativo solo in relazione alla fattispecie da lui conosciuta e non anche in relazione a tutte le altre<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup>Afferma ROMANO A., *La situazione legittimante del processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1989, p. 539, che l'attribuzione di giurisdizione al giudice ordinario in materia di diritti civili e politici, operata dalla Legge del 1865, si basava su un concetto di diritto soggettivo più ampio di quello in senso stretto poi ritenuto. L'Autore osserva che "ogni più precisa articolazione e distacco dal generale ambito di esso, di situazioni giuridiche di vantaggio distinte da quest'ultimo, è dovuto, come ben si sa a elaborazioni dottrinali, italiane e tedesche, della specifica figura dell'interesse legittimo non meno che della categoria dei c.d. diritti potestativi, di vari decenni posteriori" e conclude "quella espressione legislativa, allora, non poteva essere comprensiva di tutto quello che è concettualizzabile in termini di risvolti soggettivi di tutela di una norma giuridica oggettiva". Sul punto si veda anche CAPOGRASSI G., *Le questioni di stato e la giurisdizione ordinaria*, in *Foro italiano*, 1915, I, p. 259.

<sup>12</sup>SANDULLI P., *La tutela dei diritti dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione per materia*, Milano, 2004, p. 21, osserva che la previsione dell'intangibilità ed i limiti alla disapplicazione fissati dagli articoli 4 e 5 della Legge del 1865, segnarono i confini della giurisdizione del giudice ordinario, ancora oggi non superati. A riprova di ciò, l'Autore rileva che: a) il Codice di procedura civile, approvato con Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 ed entrato in vigore il 21 aprile 1942, in tema di riparto di giurisdizione si limitò a recepire i citati confini interni derivanti dalla Legge del 1865; b) il vigente Codice del rito civile, all'articolo 37, non fa alcun cenno all'impossibilità del giudice ordinario di annullare l'atto amministrativo e, al secondo comma dell'articolo 41, recepisce in modo totalmente acritico il portato della Legge sui conflitti del 1877 (su detta Legge si veda la nota 27 del presente capitolo).

<sup>13</sup>GIANNINI M.S. – PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 233, si chiedono come mai il legislatore del 1865 abbia scelto

Detto impianto, tuttavia, pur rappresentando un notevole passo avanti verso la tutela delle posizioni giuridiche del cittadino, mostrò da subito i suoi limiti<sup>14</sup>: il più significativo di essi fu quello di aver previsto una tutela giurisdizionale per i soli diritti soggettivi e non anche per gli interessi diversi<sup>15</sup>.

---

la via della restituzione all'arbitrio dell'amministrazione degli interessi che trovavano difesa davanti ai tribunali del contenzioso. Secondo gli Autori "non è da discutersi l'urgenza da ogni parte sostenuta di attribuire ai tribunali ordinari la competenza a giudicare in ordine ai diritti civili e politici ma il modo col quale si ritenne che questa esigenza dovesse essere soddisfatta, ossia, innanzi tutto, l'ordine di determinazioni sistematiche che porteranno ad ascrivere tra i cardini ideali della l. n. 2248, all. E, il principio della unicità della giurisdizione". Gli Autori pervengono alla conclusione che "la formazione sul contenzioso amministrativo nacque dalla ricerca di un difficile punto di equilibrio tra le due opposte esigenze, l'esigenza di non togliere nulla al carattere autoritativo dell'azione amministrativa, la necessità di ammettere il principio dell'azionabilità delle pretese del cittadino verso l'amministrazione. La prima prevalse sulla seconda. Si spiega così la ragione per la quale, fissata la soluzione del problema della tutela dei cittadini verso l'amministrazione al livello di certi fondamentali diritti (diritti patrimoniali e lato meramente politico dei diritti di libertà), garantita l'amministrazione mediante il divieto fatto al giudice di annullare i provvedimenti di questa, non solo si impedì che al livello di questa potessero afferire altri diritti o rapporti, ma si volle che a questi fosse negata anche quella più attenuata forma di difesa che sarebbe derivata da una modifica dell'art. 3 l. n. 2248 all. E".

<sup>14</sup>MINGHETTI M., *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, 1881, p. 147, afferma che "nel maggior numero dei casi nei quali è ammesso il ricorso amministrativo, esso va dinnanzi all'Autorità superiore a quella contro la quale il cittadino si grava. Ora se questa Autorità è sempre quasi per naturale istinto inclinata a sorreggere il proprio agente, se dirado, e a mal suo grado, si induce a dargli torto, questa inclinazione si trasforma in abitudine ed in giustizia volontaria quando vi si mescolano le passioni di parte".

<sup>15</sup>Osserva DALFINO E., *Le stagioni del giudice amministrativo*, in *Appunti sulla giustizia amministrativa*, Bari, 1986, vol. II, p. 5, che "storicamente la nascita della giurisdizione amministrativa fu determinata da un errore del legislatore del 1865, il quale nell'intento di potenziare il sistema di tutela del cittadino nei confronti della p.A., con l'articolo 1 dell'all. E della legge 20 marzo 1865, mentre da un lato abolì i tribunali fino allora investiti della giurisdizione sul contenzioso amministrativo, dall'altro attribuì le relative controversie alla giurisdizione ordinaria ed all'autorità amministrativa, in base ai successivi artt. 2 e 3". Pertanto, soggiunge l'Autore, "tutta l'area non coperta dall'art. 2 restò affidata alla c.d. amministrazione pura, cioè al sistema delineato dall'art. 3, il quale prevedeva la tutelabilità delle situazioni giuridiche soggettive dei privati mediante un procedimento amministrativo in contraddittorio. Solo la sempre più insostenibile riduzione di quell'area, accompagnata dalla pressoché totale vanificazione del sistema ex art. 3 (peraltro prevista, se non proprio voluta, dal legislatore del 1865) pose sul tappeto il problema di un giudice degli interessi".

Ciò determinò una riserva di non giustiziabilità per gli atti amministrativi, che apparve tanto più ingiusta quanto più l'amministrazione dimostrò un insufficiente tasso d'imparzialità e d'impermeabilità rispetto ai propri interessi particolari e non rese effettivo il principio della partecipazione del cittadino, già fissato dall'articolo 3 della stessa Legge abolitrice del contenzioso amministrativo<sup>16</sup>.

Gli altri grossi limiti dell'impianto istituito con la Legge del 1865, consistettero nelle già citate deroghe all'abolizione del contenzioso amministrativo e nella mancanza della previsione di un giudizio d'ottemperanza delle sentenze del giudice ordinario, strumento di tutela che sarebbe stato previsto solo con la successiva Legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato.

### **3. Segue: la nascita della IV Sezione del Consiglio di Stato.**

Nel 1873 Francesco Crispi, che già durante il dibattito per l'approvazione della Legge abolitrice del contenzioso aveva evidenziato i difetti dell'approvando impianto giurisdizionale<sup>17</sup>, presentò alla Camera un disegno di Legge con il quale si ammetteva il ricorso diretto al Consiglio di Stato avverso i decreti emanati

---

<sup>16</sup>Sulla portata e sui motivi d'insoddisfazione della Legge del 1865, si rinvia a BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa, op. cit.*, pp. 599 e ss., il quale, dopo aver osservato che a seguito della predetta legge diventava sempre più vasta e percepibile la zona degli interessi lasciati all'arbitrio dell'amministrazione, rileva che la stessa amministrazione "lungi dall'attuare con il proprio impegno morale i precetti dell'art. l. n. 2248 all. E, trascurò sempre di più questa norma, risolvendo con autorità e senza controllo dei destinatari i problemi o le controversie tra l'esigenza pubblica e gli interessi privati". In realtà, soggiunge l'Autore, "la legge abolitiva del contenzioso amministrativo aveva inconsapevolmente favorito l'assorbimento a livello politico di ogni questione di libertà, aveva in altri termini disimpegnato l'amministrazione dal dovere di riprodurre o attuare nei procedimenti amministrativi i principi dello Stato di diritto. Salvato formalmente il diritto soggettivo, tutto il resto era libero all'invasione dell'amministrazione. Sul piano politico prendevano consistenza sempre maggiore l'atto imperativo e l'arbitrio sostanziale in esso contenuto".

<sup>17</sup>SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi, op. cit.*, p. 368, riporta che già alla presentazione del Disegno di Legge Minghetti, intervenuto a proposito dell'abolizione del contenzioso amministrativo, Francesco Crispi aveva affermato che "invece di essere un'opera di libertà e progresso, riuscirebbe illiberale e, allo stato delle nostre politiche istituzioni, qualora fosse accettato, noterebbe il nostro regresso".

dall'autorità amministrativa per la decisione delle questioni ad essa riservate dalla Legge del 1865<sup>18</sup>.

Il disegno, tuttavia, non fu approvato neanche quando, nel 1875, il suo estensore lo presentò per la seconda volta.

Il 22 novembre 1887, dopo che numerose altre proposte normative in materia erano state discusse in Parlamento senza riceverne l'approvazione, Crispi ripresentò la sua proposta di modifica della legge sul Consiglio di Stato<sup>19</sup>. Il disegno, a seguito di un lunghissimo e assai complesso dibattito parlamentare, divenne legge dopo due anni, il 31 marzo 1889<sup>20</sup>.

Detta legge fu coordinata con l'Allegato D della legge del 1865, e confluiti insieme a quest'ultima nel Regio Decreto n. 6166 del 2 giugno 1889, recante la normativa sul Consiglio di Stato.

---

<sup>18</sup>Come osserva ARU, *A proposito della "effettività" del giudizio amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo anniversario del Consiglio di Stato*, vol. III, Milano, 1983, non appare senza significato che il primo progetto di legge del 1873, proposto solo otto anni dopo l'abolizione del contenzioso, "sia stato presentato da un deputato siciliano, il Crispi, che aveva visto funzionare nel suo paese il sistema francese, riaffiorato a Napoli con legge 21 marzo 1817, superati che furono gli impeti della reazione contro Giuseppe Napoleone e Gioacchino Murat, ed esteso in Sicilia con R.D. 7 maggio 1838".

<sup>19</sup> Nella discussione tenutasi nella Camera dei Deputati, Crispi affermò: "Io voglio che il Governo non possa avere tanto potere che gli dia tanto arbitrio da mancare ai suoi doveri. Io voglio chiuderlo entro certi limiti che gli sia forza adempiere a quelle condizioni, senza le quali un governo libero non può esistere". Il passo è tratto da GIORGI G., *La giustizia amministrativa nel Consiglio di Stato*, in *La giustizia amministrativa*, 1911, vol. IV, p.8.

<sup>20</sup>Per una puntuale ricostruzione della vicenda parlamentare che condusse all'approvazione della Legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, cfr., SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi.*, op. cit., p. 488; CODACCI PISANELLI A., *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, ne *La giustizia amministrativa*, 1892, vol. IV, p. 9; SCIALOJA V., *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1931, I, p. 407; GIANNINI M.S.-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, op.cit., p. 241; IANNOTTA R., *La giurisdizione del giudice amministrativo*, Milano, 1985, p. 41; BARUCCHI A., *La creazione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel quadro politico-istituzionale del tempo*, in *Consiglio di Stato*, 1989, vol. VI, p. 1864; DI MODUGNO N., *Silvio Spaventa e la giurisdizione amministrativa in un discorso mai pronunciato*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1991, P. 375; GUARINO G., *E' ancora attuale il pensiero di Silvio Spaventa?* in *Silvio Spaventa. Filosofia Diritto Politica*, a cura di RICCI S., Napoli, 1991, pp. 423 e ss..



Alle già esistenti tre Sezioni del Consiglio di Stato con funzioni consultive, se ne affiancò una quarta. La competenza di tale nuova Sezione, definita dall'articolo 3 del Testo unico, consistette nel giudicare in merito ai ricorsi per incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge avverso atti e provvedimenti dell'amministrazione, che avessero per oggetto l'interesse d'individui o di enti morali giuridici<sup>21</sup>. Furono fatte salve la competenza dell'autorità giudiziaria

---

<sup>21</sup>Nella legge del 1889 fu eliminata la previsione delle figure dell'ingiustizia manifesta e dell'abuso di potere. Tale eliminazione è considerata incoerente da GIANNINI M.S. e da PIRAS A., *ult. op.cit.*, p. 243, e viene ricondotta alla eccessiva prudenza della Camera Alta. Sul dibattito in ordine all'espunzione dal testo legislativo sia dell'abuso di potere che della ingiustizia manifesta, ABBAMONTE O., *L'eccesso di potere – Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1986, p. 82. Va, comunque, ricordato che l'espressione eccesso di potere non ebbe nella terminologia legislativa del 1889 un significato ampio e generico come quello annesso in Francia alla espressione *excès de pouvoir*. Infatti, mentre in Francia l'eccesso di potere era stato concettualizzato come categoria di ricorso al Conseil d'Etat, comprensiva di tutti i vizi di legittimità, in Italia il legislatore configurò l'eccesso di potere come uno dei tre possibili vizi dell'atto, distinguendolo dall'incompetenza e dalla violazione di Legge. Va, altresì, ricordato che la giurisprudenza del Consiglio di Stato attribuì inizialmente all'eccesso di potere il significato di straripamento del potere e solo successivamente, con l'adozione della formula "*contrarietà allo spirito della legge*", si orientò su di una nozione di eccesso di potere più estesa di quella accolta dalla Legge, fino alla matura e consapevole costruzione della nozione di uso improprio del potere discrezionale. Per una più completa trattazione della rapida evoluzione della giurisprudenza del Consiglio di Stato in ordine all'accertamento del vizio di eccesso di potere, si veda BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa, op. cit.*, p. 602, secondo cui la larghezza e la varietà di aspetti con cui s'è data sembianza all'istituto è testimonianza dell'intensa ricerca del giudice amministrativo dei primi tempi verso la conoscenza della verità sostanziale delle vicende amministrative. "*Infatti*", osserva l'Autore, "*proprio la denuncia di eccesso di potere offrì al Consiglio di Stato in più casi l'occasione di indagine sulla verità e giustizia e di portare il suo esame sugli elementi di fatto della fattispecie offerta alla sua cognizione*". Non è dubbio che a tale svolgimento non fu estranea l'esperienza maturata con l'attività consultiva nell'ambito del ricorso straordinario al Re. Esperienza nella quale il Consiglio di Stato non si era limitato ad un esame di mera legalità dell'azione amministrativa "*ma al di là di questo aveva sempre teso a conoscere del merito delle scelte compiute dall'amministrazione nei casi concreti; in funzione, e di concreta urgenza di tutela degli amministrati, e del perseguimento effettivo da parte dell'amministrazione degli scopi di interesse pubblico posti dalla legge*". Così., CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984 p. 466. La difficoltà d'inquadramento sistematico della nozione ha suscitato un notevole interesse dottrinale per il vizio di eccesso di potere. Tra gli scritti meno recenti si vedano: il già citato CODACCI PISANELLI A., *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, nel *La giustizia amministrativa*, 1892, vol. IV; CARNELUTTI F., *Eccesso di potere*, in *Rivista di diritto processuale*

ordinaria e quelle dei giudici speciali e fu escluso il ricorso al Consiglio di Stato per il caso di atti o provvedimenti emanati dal Governo aventi natura politica.

La Legge costitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, dunque, ebbe il merito di provare a fare chiarezza su parecchi punti oscuri della tutela fornita al cittadino dalla Legge del 1865, mettendo al centro del dettato normativo il provvedimento amministrativo ed affermando in maniera implicita il principio per il quale l'esercizio del potere d'imperio da parte dell'amministrazione escludeva l'esistenza del diritto soggettivo e, conseguentemente, la giurisdizione del Giudice ordinario.

La Legge, poi, precisò che il provvedimento impugnato andava vagliato e, ove ritenuto illegittimo, eventualmente annullato da un organo estraneo all'Amministrazione ed imparziale rispetto ad essa.

Precisò, inoltre, che l'annullamento del giudice doveva essere successivo e non anche preventivo rispetto alla produzione degli effetti del provvedimento e, conseguentemente, che il ricorso non sospendeva *ex se* il provvedimento ma che la sospensione poteva essere chiesta al giudice solo in presenza di gravi ragioni.

Ancora, la Legge fissò la regola per la quale il cittadino avrebbe dovuto esperire tutti i gradi del ricorso gerarchico prima di potere impugnare il provvedimento innanzi al Consiglio di Stato e rese alternativo il ricorso straordinario al Re rispetto al ricorso alla Quarta Sezione, risolvendo ogni possibile contrasto tra l'attività consultiva e quella con funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

La Legge, infine, riaffermò il principio per il quale il Consiglio di Stato giudicava in unico grado, nel merito e con potere sostitutivo sulle materie di cui già

---

civile, 1924, vol. I, p. 47; D'AMELIO M., *L'eccesso di potere definito dal legislatore*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1930, vol. I, p. 357; FORTI, *In tema di eccesso di potere*, in *Foro italiano*, 1937, p. 122; RESTA F., *La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di CAMMEO F.*, vol. II, Padova, 1933; GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, p. 173; SANDULLI A.M., *Interferenze fra incompetenza ed eccesso di potere*, in *Giurisprudenza italiana*, 1947, vol. III, p. 193; BENVENUTI F., *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1950, vol. I, p.1, che ricostruisce l'eccesso di potere quale vizio della funzione amministrativa; GASPARRI P., *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 124.

dal 1859 aveva competenza piena e diretta<sup>22</sup>, ed aggiunte al novero di dette materie quella dell'esecuzione coattiva delle pronunce del giudice ordinario nei confronti dell'amministrazione<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup>Sulla natura della giurisdizione di merito si veda PONTICELLI V., *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato, Indagini storiche*, Milano, 1958, e più di recente GARRONE G.B., in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di ROMANO A., Padova, 2001, pp. 396 e ss..

<sup>23</sup> Il rimedio dell'ottemperanza sarebbe stato esteso al giudicato amministrativo solo successivamente dal diritto pretorio del Consiglio di Stato. Più specificamente, con la decisione della IV Sezione del 5 marzo 1928, in *Giurisprudenza italiana*, 1928, III, c. 123, il Consiglio di Stato affermò che l'articolo 27 n. 4 del T.U. n. 1054 del 1924, si applicava anche ai casi di inosservanza dell'obbligo di conformarsi ai propri giudicati. Questa tesi estensiva fu poi adottata in materia di giurisdizione non esclusiva rispetto ai diritti affievoliti e in genere agli interessi legittimi. Così, Consiglio di Stato, V Sezione, 22 aprile 1947, in *Foro amministrativo*, 1947, I, 2, p. 165; *Id.*, V Sezione, 20 giugno 1951, in *Raccolta del Consiglio di Stato*, 1951, p. 20; *Id.*, VI Sezione, 20 giugno 1951, *ivi*, 1951, p. 1086. La giurisprudenza della Cassazione fu concorde sul punto (così Cassazione, Sezione unite, n. 2157 del 1953, in *Foro amministrativo*, 1953, I, 1, c. 182) e motivò l'estensione sostenendo che: “*non pare che con l'annullamento dell'atto e per effetto della natura costitutiva della decisione pronunciata, dal Consiglio di Stato in sede di legittimità, l'ordine giuridico venga senz'altro a restaurarsi. Le relazioni giuridiche non costituiscono una realtà fenomenica, gli effetti dell'attività giuridica non si producono materialmente come le conseguenze dei fenomeni fisici o chimici. Il mutamento che la sentenza costitutiva opera resta una realtà spirituale, una qualificazione della situazione giuridica, alla quale è possibile, in linea di mero fatto, non si adeguino i soggetti, astenendosi dal compiere l'ulteriore attività che costituisce il logico corollario del mutamento medesimo [...]*” da qui “*la necessità di ulteriori comandi giurisdizionali che, sostituendosi eventualmente all'inerzia del soggetto, integrino nei suoi effetti la pronuncia di annullamento*”. A parte queste considerazioni di ordine generale, la legittimità dell'estensione dell'istituto in esame venne provata e fondata dalla Corte in modo particolare sulla natura della situazione che per effetto del giudicato amministrativo di annullamento, si produce tra le parti: “*come la citata decisione 2 luglio 1952, n. 13 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha ritenuto, l'esecuzione del giudicato amministrativo costituisce un obbligo della pubblica amministrazione, ad essa imposto nel superiore e generale interesse dell'attuazione della giustizia, regola fondamentale dello stato di diritto. Dalla quale premessa scaturisce evidente che al privato spetta non già un interesse semplice, ma un interesse legittimo all'adempimento del giudicato da parte della pubblica Amministrazione. Né la qualificazione d'interesse legittimo contrasta con la comprensione dell'ipotesi considerata nell'ambito della giurisdizione di merito*”. Successivamente, nello stesso senso si vedano: Consiglio di Stato, Sezione V, n. 370 del 1964, in *Il Consiglio di Stato*, 1964, p. 497; *Id.*, V Sezione, n. 1051 del 1965, *ivi*, 1965, p. 1926.

#### 4. Il dibattito sulla natura della IV Sezione del Consiglio di Stato.

La costituzione della Quarta Sezione suscitò grossi dubbi interpretativi.

*In primis*, infatti, ci si interrogò sulla natura giurisdizionale o amministrativa della neo costituita Sezione.

A sostegno della natura amministrativa fu evidenziato<sup>24</sup> che la tutela giurisdizionale atteneva ai diritti e che, per di più, i membri della Quarta Sezione erano di nomina governativa e la loro imparzialità era discutibile. Si affermò, inoltre, che la Quarta Sezione pronunciava decreti e non già sentenze<sup>25</sup> e che l'organo che disponeva di un potere costitutivo nei confronti dei provvedimenti dell'amministrazione non poteva, in un sistema di rigida separazione dei poteri, che avere natura amministrativa<sup>26</sup>.

Detta impostazione, tuttavia, contrastava con le funzioni giurisdizionali esercitate di fatto dalla Quarta Sezione. Per farla salva si diede, allora, un'interpretazione ampia e non tecnica del concetto di giurisdizione e si qualificò

---

<sup>24</sup>Tra gli altri: SCHANZER C., *La posizione costituzionale della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Nuova antologia*, 1900, p. 458; ORLANDO V.E., *Contenzioso amministrativo*, op. cit., p. 915, che sosteneva che bisognava necessariamente “*negarsi alla 4° Sezione il carattere giurisdizionale, perché verrebbe a mancare il primo e fondamentale elemento, cioè che la materia del contendere si riferisca a diritti. Esclusa la competenza in materia di diritti, comunque si voglia o si possa qualificare la maniera di competere della 4° Sezione, è già compreso nell'ipotesi di tale ricerca che siano esclusi i diritti. E se non vi è jus in controversia, non vi può essere una jurisdictio.*”. Nello stesso senso ROCCO A., *La sentenza civile*, Torino, 1906, p. 50, che riteneva il carattere amministrativo attribuito alla IV Sezione atteso che “*il diritto soggettivo può essere oggetto di tutela giurisdizionale e non già l'interesse legittimo.*”.

<sup>25</sup>Si ricorda che, solo con la Legge istitutiva dei T.A.R., le decisioni del giudice amministrativo divennero sentenze.

<sup>26</sup>Nella Relazione dell'Ufficio centrale del Senato alla Legge istitutrice della Quarta Sezione si sottolinea che “*il nuovo istituto non è un tribunale giudiziario speciale o eccezionale, ma rimane nella sfera del potere esecutivo (...)*”. SCIALOJA V., *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1931, I, p. 410, inoltre, riporta che secondo l'opinione generale “*fu fortuna che così si riguardasse la cosa, perché, in caso diverso, la riforma tanto fondamentale per il nostro ordinamento giuridico molto probabilmente sarebbe stata irrimediabilmente condannata (...): un sindacato generale di carattere giurisdizionale, con il potere di sospendere prima e di annullare o di revocare atti dell'amministrazione, sarebbe parso troppo contrastante con i concetti tuttora dominanti sulla divisione e l'indipendenza dei poteri, quale insopportabile ingerenza giurisdizionale sulla pubblica amministrazione, capace di paralizzarne l'attività.*”.

l'operato della Quarta Sezione come una sorta di giurisdizione interna all'amministrazione stessa.

La Legge 1 maggio 1890, n. 6837, però, attribuì alla Giunta provinciale amministrativa, organo statale che esercitava il controllo sugli enti locali e le cui decisioni erano revocabili secondo le norme del Codice di procedura civile e ricorribili innanzi alla Quarta Sezione del Consiglio di Stato, una competenza modellata su quella della Quarta Sezione e precisò che detta competenza aveva natura dichiaratamente giurisdizionale. La legge, infatti, si apriva con le parole “*La Giunta provinciale amministrativa è investita di giurisdizione amministrativa per decidere (...)*” ed il Crispi nel suo discorso al Senato, disse che con detta legge s'intendeva “*dare ad un istituto amministrativo le funzioni giurisdizionali sopra quelle materie le quali non escludono per loro natura di richiedere le forme tutelari di un giudizio amministrativo*”.

Anche la Corte di Cassazione di Roma, quale Giudice dei conflitti<sup>27</sup>, si schierò a favore della tesi giurisdizionale, dichiarando ammissibili i ricorsi per difetto di giurisdizione avverso le pronunce del Consiglio di Stato.

---

<sup>27</sup>Le decisioni sui conflitti di attribuzioni tra Giudice ordinario e Amministrazione, come già visto, erano state devolute provvisoriamente dall'Allegato D della Legge n. 2248 del 1865 alla giurisdizione del Consiglio di Stato. Detto organo, tuttavia, malgrado pronunciasse in merito ai conflitti per giurisdizione propria e non anche decretazione reale, rimaneva parte dell'Amministrazione sia per la nomina dei suoi componenti, che era attribuita al potere esecutivo, sia per la mancanza delle garanzie proprie della magistratura giudicante, che era amovibile, sia per l'assenza di regole che ne disciplinavano il rito. Questo stato di cose provocò, allora, un notevole malcontento nei fautori dell'abolizione del contenzioso: il MANCINI, illustre giurista liberale del tempo, tra gli altri, qualificò il giudizio di risoluzione dei conflitti innanzi al Consiglio di Stato come inconciliabile con i principi che informavano lo Stato italiano ed aggiunse che detto giudizio inficiava lo spirito di rinnovamento della legislazione del 1865. Si discusse, inoltre, di come potesse esistere un conflitto di giurisdizione in presenza di una sola giurisdizione. Si pervenne alla conclusione che l'ammissibilità o meno di una domanda da parte del Giudice ordinario fosse una forma di giudizio di merito e non già di giurisdizione e che, pertanto, essa doveva essere conosciuta dal Giudice ordinario, non anche da un organo estraneo al giudizio. Il problema venne risolto con la Legge del 31 marzo 1877, n.3761, che demandò alle Sezioni unite della Corte di Cassazione di Roma sia i conflitti positivi e negativi tra Amministrazione e Giudice ordinario che i conflitti positivi e negativi tra la giurisdizione ordinaria e le giurisdizioni speciali che erano state fatte salve dalla previsione del predetto articolo 12 della Legge del 1865. La Legge, inoltre, individuò nel Prefetto l'organo legittimato a sollevare la questione a tutela delle attribuzioni dell'Amministrazione,

La Legge 7 marzo 1907, n. 62, quindi, mise fine alla disputa riconoscendo *apertis verbis* il carattere giurisdizionale della Quarta Sezione, mediante l'introduzione della distinzione tra sezioni consultive (le prime tre) e sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (la Legge, infatti, al fine d'alleggerire il compito della Quarta Sezione, istituì la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, anch'essa con funzioni giurisdizionali al pari della Quarta ma con competenze diverse, divenendo destinataria dei ricorsi il cui sindacato s'estendeva anche al merito)<sup>28</sup> e contemplando espressamente la possibilità del ricorso alla Corte di Cassazione “*agli effetti della legge 31 marzo 1877, n. 3761*” avverso le decisioni di queste ultime.

## **5. Il dibattito sulla natura del giudizio amministrativo e sui criteri di riparto della giurisdizione: il caso Laurens.**

Alla disputa sulla natura giurisdizionale della IV Sezione del Consiglio di Stato se ne accompagnò un'altra, riguardante un altrettanto fondante problema interpretativo: ci si chiese, infatti, quale fosse la reale funzione della giurisdizione amministrativa.

---

fissò il principio di pubblicità della discussione in contraddittorio e di irrevocabilità del giudicato, rinviò al Codice di procedura civile per il rito da seguire.

<sup>28</sup>Per detti casi, si differenziò il rito del giudizio amministrativo a seconda che esso s'estendesse alla sola legittimità o anche al merito; si riformò la disciplina del procedimento davanti alle Giunte provinciali (delle quali, con riferimento alle funzioni contenziose, si ribadì espressamente la natura giurisdizionale) e si fissò un termine perentorio per il ricorso straordinario al Re. Il coordinamento fra le due Sezioni fu affidato alle Sezioni Unite del Consiglio di Stato, composte dai componenti di entrambe le Sezioni. La distinzione tra le competenze della Quarta e della Quinta provocò non pochi conflitti tra le due e, come ha osservato GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa, op. cit.*, p. 56, finì per inficiare gli effetti positivi della costituzione della Quinta Sezione. Sulla riforma del 1907 e sulla problematica che ne scaturì si veda D'ALESSIO V. F., *Rapporti e conflitti fra le due Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Milano 1912, p. 348; CAMMEO F., *La efficacia di un ricorso al Consiglio di Stato diretto ad una Sezione incompetente*, in *Giurisprudenza italiana*, 1909, vol. III, p. 170; GIORGI G., *giustizia amministrativa nel Consiglio di Stato*, in *La giustizia amministrativa*, 1911, vol. IV., secondo cui non vi poteva essere dualità di giurisdizione “*ma soltanto dualità nell'esercizio di funzione riguardanti una sola e medesima giurisdizione. La legge dunque non volle fare uno spostamento di giurisdizione, ma soltanto una ripartizione di esercizio delle funzioni giurisdizionali*”.

La questione era legata all'imprecisa previsione dell'articolo 3 della Legge del 1889, che individuando come oggetto dei ricorsi al giudice amministrativo l'interesse degli individui o degli enti morali giuridici, non aveva fornito elementi per comprendere se detto interesse avesse natura sostanziale o meramente processuale<sup>29</sup>.

La distinzione era di non poca importanza, in quanto, nel caso in cui si fosse dato valore sostanziale all'interesse, il giudizio amministrativo avrebbe assunto la funzione di protezione degli interessi dei singoli, con la conseguente emersione di una giurisdizione di tipo soggettivo, speculare a quella del giudice ordinario (teoria della *causa petendi*)<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup>In realtà, secondo la concezione dominante dell'epoca fondata sulla definizione di JHERING (sul punto si veda CAMMEO F., *Commentario delle leggi di giustizia amministrativa, op. cit.*, vol. I, p. 105), ogni interesse protetto con l'azione era, e non poteva non essere, che un diritto soggettivo e riconoscere la natura sostanziale all'interesse di cui all'articolo 3, sarebbe risultato incompatibile con la sua stessa tutelabilità giurisdizionale. Conseguentemente, l'alternativa era secca: o gli interessi dell'articolo 3 erano diritti soggettivi o essi non avevano natura sostanziale. Fu CHIOVENDA G. che, teorizzando l'azione come diritto potestativo distinto dal diritto soggettivo sostanziale, spezzò il nesso tra diritto soggettivo e azione giurisdizionale ed aprì definitivamente la strada alla concezione dell'interesse legittimo come posizione giuridica sostanziale. In questo senso si veda l'opera del citato Autore, *Principii di diritto processuale civile*, terza edizione, Napoli, 1923, pp. 45 e ss., nella quale si dice che "l'azione è un bene e un diritto per sé stante", la cui autonomia ed indipendenza è più evidente nei casi in cui essa "o tende ad un bene che non può essere prestato ad alcun obbligato, ma che può conseguirsi solo nel processo; o tende ad un bene senza che vi sia, o senza che vi sappia che vi sia, un diritto soggettivo in colui che ha l'azione". Tra questi casi l'Autore rammenta espressamente "il diritto di chiedere l'annullamento degli atti amministrativi illegittimi".

<sup>30</sup>A riconoscere carattere meramente individualistico alla giurisdizione amministrativa, tra gli altri: ROVELLI L., *Sui caratteri delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1914, vol. I, p. 208; VITTA, *La giurisdizione amministrativa e il diritto obiettivo*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1921, vol. I, p. 352; RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, p. 392; GARBAGNATI E., *La giurisdizione amministrativa*, Milano 1950, p. 21; BENVENUTI F., *L'istruzione del processo amministrativo*, Padova, 1953, p. 37; ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, vol. II, p. 117; SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963., p. 38; e più di recente, PIRAINO S., *L'azione nel processo amministrativo*, Milano, 1981, p. 114; VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica Amministrazione*, Milano, 1982, p. 210; LUGO A., *Il potere dispositivo e l'onere della prova nel processo amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1983, p.1056; IANNOTTA R., *La giurisdizione del giudice amministrativo, op. cit.*, p. 281;

Diversamente, qualora si fosse dato valore processuale all'interesse, il giudizio amministrativo avrebbe assunto la funzione di garante della legittimità dell'azione amministrativa<sup>31</sup>, con la conseguente emersione di una giurisdizione di tipo oggettivo, la cui competenza sarebbe sussistita ogni qualvolta l'amministrazione fosse stata parte del giudizio e non si fosse controvertito di un diritto civile o politico del cittadino (teoria del *petitum* sostanziale)<sup>32</sup>.

---

MIGLIORINI L., *Brevi note sulla posizione del giudice e delle parti nel processo amministrativo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, cit., vol. II, p. 459; MAZZAROLLI L., *Profili evolutivi della tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Diritto e società*, 1990, p. 6, che osserva che le ramificazioni della diafrasi tra concezione soggettiva ed oggettiva “sono tutt’oggi presenti se ad essa possono essere in certo modo ricondotti sia il contrasto tra chi inquadra l’interesse legittimo tra le situazioni giuridiche soggettive sostanziali e chi ritenga che esso non si presti ad essere altrimenti considerato che come un titolo di legittimazione, una situazione legittimante la richiesta di annullamento di un atto in sede giurisdizionale; sia quello tra chi è portato a configurare anche il giudizio amministrativo come un giudizio sul rapporto (un rapporto giuridico che intercorrerebbe tra la p.a. e il cittadino, ovviamente preesistente alla proposizione del ricorso e di cui, mediante questo, verrebbe ad essere investito il giudice amministrativo, chiamato perciò a giudicare non tanto della legittimità o illegittimità dell’azione amministrativa, quanto della spettanza e della consistenza della pretesa avanzata da uno dei soggetti del rapporto nei confronti dell’altro) e chi invece continua a ritenere che l’atto amministrativo e la sua illegittimità non possano non rappresentare il momento centrale di quel giudizio”.

<sup>31</sup>In questo senso, la teoria dell’interesse meramente processuale non è molto distante da quella dell’interesse occasionalmente protetto per la quale l’interesse legittimo sarebbe un “puro effetto riflesso” della protezione che il diritto obiettivo fornisce a “un interesse maggiore e più importante, che esiste collateralmente e anche cumulativamente con esso”. Così CAMMEO F., *Commentario delle leggi di giustizia amministrativa*, op. cit., vol. I, p. 107. L’Autore nel suo *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 1914, pp. 756 e ss., definisce gli interessi legittimi come “interessi protetti da una norma di legge, che sono stati diritti muniti d’azione giudiziaria” dato che la legge mira a proteggere “l’utile pubblico”.

<sup>32</sup>Non è da escludere che il processo amministrativo sia nato nel 1889 come procedimento volto all’esercizio di una funzione giustiziale per la tutela in via principale ed esclusiva dell’interesse pubblico, così da garantire all’interesse individuale una protezione solo eventuale e riflessa. Una probante testimonianza di tale concezione sorta nella dottrina dell’Ottocento la fornisce SPAVENTA S., *Del Consiglio di Stato*, in RAFFAELE RICCI, *Discorso inedito di S. S. per l’inaugurazione della IV Sezione*, Milano, 1909 (estratto dalla *Rivista di diritto pubblico*), secondo cui “in questa giurisdizione non si tratta di definire controversie nascenti dalla collisione di diritti individuali ed omogenei, ma di conoscere solamente se il diritto obiettivo sia stato osservato. Ciò può servire mediatamente anche all’interesse dell’individuo, ma non ne è l’immediata conseguenza. Il diritto obiettivo qui si realizza in sé e per proprio conto, senza che ne nasca in ogni singolo caso un diritto soggettivo o se può nascerne, non è qui



La questione giunse all'attenzione della Corte di Cassazione, in funzione di giudice dei conflitti di giurisdizione, in occasione dell'esame del famoso "caso Laurens".

Più nel dettaglio, il Signor Laurens, agente d'emigrazione, aveva impugnato innanzi alla IV Sezione del Consiglio di Stato, per violazione di legge ed eccesso di potere, una circolare con la quale il Governo aveva interpretato la Legge del 30 ottobre 1888 sull'emigrazione, ponendo assoluto divieto anche agli agenti muniti di regolare patente di procurare l'imbarco nei porti esteri.

Il ricorrente si era limitato a chiedere che fosse sospesa e dichiarata nulla ed improduttiva d'effetti detta proibizione, asserendo che essa pregiudicava sia il diritto dei cittadini di immigrare o emigrare liberamente, sia quello degli agenti di esercitare la propria attività sia, infine, le finalità perseguite dalla Legge stessa che dichiarava libera l'emigrazione dei cittadini, salvo il rispetto degli obblighi loro imposti dalle Leggi. Il ricorrente non aveva avanzato alcuna pretesa risarcitoria.

L'Avvocatura Erariale, nella difesa del Ministero dell'Interno, aveva sollevato l'eccezione d'incompetenza del Consiglio di Stato, sostenendo che se si fosse considerato il provvedimento impugnato diretto alla tutela degli emigrati e del decoro del sentimento nazionale, esso sarebbe stato emesso nell'esercizio del potere politico; se invece lo si fosse considerato diretto a tutelare il diritto dei cittadini di emigrare e a quello degli agenti di esercitare il proprio mestiere, esso avrebbe leso

---

*la sede dove possa farsi valere. L'interesse individuale offeso è solamente preso come motivo ed eccezione, per l'amministrazione stessa, per il riesame dei suoi atti; ma non è l'oggetto proprio della decisione a cui tale riesame può mettere capo".* Al riguardo, osserva NIGRO M., *Silvio Spaventa e lo Stato di diritto*, in *Foro italiano*, 1989, vol .V, p. 121, "Spaventa come Gneist conferisce dunque natura obiettiva alla giurisdizione amministrativa ed al controllo di legalità, una materia che meglio si accorda, è ovvio, con l'idea di una amministrazione sovrastante i cittadini e da essi staccata: in questa versione l'amministrazione si autocontrolla per raffinare la propria forza e la propria efficienza". Peraltro, anche dopo Spaventa, non è mancato chi abbia insistito nel definire la giurisdizione amministrativa come giurisdizione di diritto oggettivo. Così SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, *op. cit.*, p. 129; ORLANDO V.E., *Contenzioso amministrativo*, *op. cit.*, vol. VIII, parte 2°, p. 129; CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, *op. cit.*, p.213; D'ALESSIO V.F., *Le parti nel giudizio amministrativo*, Roma, 1915, p. 213, il quale pur definendo la giurisdizione amministrativa di diritto obiettivo, riconosceva la stretta subordinazione del processo all'interesse personale del ricorrente; CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1942, p. 68; e più di recente GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, *op. cit.*, p. 72.

diritti e non già interessi. Nel primo caso il provvedimento sarebbe stato insindacabile, nel secondo sarebbe dovuto essere sottoposto alla cognizione del giudice ordinario.

Il Consiglio di Stato rimise la questione alla Corte di Cassazione, che, con la storica sentenza del 24 giugno 1891<sup>33</sup>, riconobbe la competenza del giudice ordinario ed affermò che l'autorizzazione all'esercizio del mestiere di agente dell'emigrazione, pur avendo natura di provvedimento amministrativo, generava in capo al Signor Laurens non già un semplice interesse bensì una posizione giuridica di pieno diritto e che, pertanto, l'istanza di tutela del ricorrente doveva essere oggetto di cognizione del giudice ordinario e non già della IV Sezione del Consiglio di Stato.

Per la prima volta<sup>34</sup>, allora, il giudice della giurisdizione affermò il principio per il quale la cognizione delle controversie spetta al giudice ordinario ogni qual volta il cittadino chiede al giudice il riconoscimento e la tutela di un diritto soggettivo, mentre spetta al giudice amministrativo ogni qual volta il cittadino domanda il riconoscimento ed il rispetto di un interesse tutelato dall'ordinamento.

---

<sup>33</sup>Sentenza pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 1891, I, 3, 181, ed in *Foro italiano*, 1891, I, col. 118 e 961 con nota di VITALE A.. Sul dibattito in merito alle funzioni del giudizio amministrativo, si vedano anche: MEUCCI L., *Il principio organico del contenzioso amministrativo nelle leggi recenti*, in *Giustizia amministrativa.*, 1891, IV, 1; ORLANDO V.E., *Rapporti tra la competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato e quella giudiziaria*, in *Archivio di Diritto. Pubblico*, 1891, 66; SCIALOJA V., *Sui limiti della competenza della Sezione IV del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Giustizia amministrativa.*, 1891, IV, 59; RANELETTI O., *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa*, in *Foro italiano.*, 1893, c. I, 470; MORTARA L., *Ancora sui limiti rispettivi delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria e dell'autorità amministrativa*, in *Giurisprudenza italiana.*, 1897, I, 1, 1034; PORRINI, *La giurisdizione amministrativa di annullamento*, in *Archivio Giuridico*, 1892; LEPORINI, *Di una teoria dei limiti della competenza della IV Sezione*, in *Studi senesi*, 1892, 205.

<sup>34</sup>La Cassazione ripropose in più sentenze il principio sulla giurisdizione enunciato nel c.d. caso Laurens. Per tutte, quella del 24 giugno 1897, in *Giurisprudenza italiana*, 1897, I, 1, p. 744 e ss.

## 6. Segue: il concordato giurisprudenziale del 1930.

Le conclusioni cui era giunta la Cassazione nel caso Laurens, fondate sul riconoscimento della natura sostanziale dell'interesse di cui all'articolo 3 della Legge del 1889, non furono accolte di buon grado dal Consiglio di Stato, il quale continuò a sostenere nelle proprie pronunce la natura processuale dell'interesse e la conseguente sussistenza della giurisdizione amministrativa in tutti casi in cui la posizione giuridica fatta valere dal cittadino non fosse consistita in un diritto civile o politico.

Il già ampio divario interpretativo sulla funzione del giudizio amministrativo e sul criterio sul quale fondare il riparto di giurisdizione si accentuò ulteriormente quando, all'interno dello stesso Consiglio di Stato, si manifestò un'ulteriore spaccatura: la neo costituita V Sezione, infatti, sostenne a più riprese una terza tesi interpretativa, suffragata in dottrina da E. Scialoja<sup>35</sup>, per la quale in presenza di un

---

<sup>35</sup>SCIALOJA E., *La competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Foro italiano*, 1891, c. 1117; *Sui limiti della competenza della Sezione IV del Consiglio di Stato*, in *Giustizia amministrativa*, 1891, IV, pp. 59 e ss.; *Ancora sui limiti della competenza della Sezione IV del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Giustizia amministrativa*, 1892, IV, pp. 50 e ss.. Il tentativo di affermare positivamente la possibilità di una doppia tutela è stato successivamente ripetuto: la tesi più elaborata si deve a GUCCIARDI E., *Diritto, interesse e doppia tutela*, in *Giurisprudenza italiana*, 1951, III, pp. 33 e ss., che annotando una decisione della Quarta Sezione che sembrava orientarsi nel senso da lui auspicato, ritenne “*di poter dire che se, dopo quaranta anni di giurisprudenza amministrativa, si era arrivati a scartare il criterio del petitum, ora, dopo altri vent'anni, si è giunti al superamento del criterio della causa petendi, e a una nuova impostazione dei rapporti fra giurisdizione e giurisdizione amministrativa*”. Spiega l'Autore che “*si era respinta la conclusione, cui portava la tesi del petitum, che il diritto soggettivo potesse farsi valere come interesse; ma ora ci si è accorti che il criterio della causa petendi portava ad un'altra conclusione egualmente inaccettabile, quella che l'interesse dovesse farsi valere nel diritto soggettivo, e la si è del pari abbandonata, per affermare invece il principio della separata tutela dell'interesse e del diritto soggettivo e, quindi, la possibilità della doppia tutela del cittadino entro il medesimo rapporto e contro lo stesso comportamento dell'Amministrazione*”. Per l'Autore “*la chiave per questa soluzione sta nel riconoscimento che la posizione di diritto soggettivo non assorbe quella d'interesse, ma può coesistere con essa*”. Questa impostazione è conseguenza dell'esistenza, secondo l'Autore, di due diversi tipi di norme riferentisi all'amministrazione, le norme di relazione, “*volte a stabilire i diritti e gli obblighi*” fra l'amministrazione ed il cittadino, e le norme di azione, “*volte ad imporre all'amministrazione doveri giuridici per garantire il retto esercizio dei poteri a tutela dell'interesse pubblico*”. La violazione delle norme di azione (atto illegittimo) “*segna una*

atto amministrativo lesivo di un diritto soggettivo, il cittadino avrebbe potuto ricorrere sia al giudice ordinario, per una tutela di stampo risarcitorio, sia al giudice amministrativo, facendo valere il diritto come interesse, per l'annullamento dell'atto (c.d. teoria del *petitum* formale).

Il dibattito, che intanto era sfociato in un acceso scontro giurisprudenziale tra le due massime giurisdizioni<sup>36</sup>, trovò un inatteso epilogo in un'intesa raggiunta nel 1930 tra il Primo Presidente della Corte di Cassazione, Mariano D'Amelio, e l'allora Presidente del Consiglio di Stato, Santi Romano.

Detta intesa, denominata "concordato giurisprudenziale"<sup>37</sup>, si manifestò mediante le pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 e 2 del 14

---

*deviazione dell'interesse pubblico o addirittura una violazione di esso" e comporta la tutela di interesse legittimo".*

<sup>36</sup>Sulla contrapposizione dei due supremi organi giudiziari si veda D'AMELIO M e ROMANO S., *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1929, I, p. 181; D'AMELIO M., *Il caso Laurens in quarant'anni di giurisprudenza*, in *Studi per CAMMEO F.*, Padova, 1933, I, p. 319; ROMANO S., *Relazione al capo del Governo sull'attività del Consiglio di Stato nel biennio 1929-30*, Roma, 1930-31, p. 100; MORTATA L., *La giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa per il sindacato di legittimità degli atti amministrativi*, in *Rivista diritto pubblico*, 1930, pp. 389 e ss.; *Id.*, *Un contrasto tra il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione felicemente eliminato*, in *Giurisprudenza italiana.*, 1932, I, 1, 10; RUSSO, *Sulla competenza del sindacato di legittimità dei provvedimenti amministrativi nei contratti dei Comuni*, in *Foro italiano*, 1931, I, c. 1128; RANELLETTI O., *L'impugnativa di un atto amministrativo nella competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa*, in *Foro amministrativo.*, 1931, I, 1, p. 18; DE VALLES A., *Limite di competenza fra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Foro amministrativo*, 1931, I, 1, p. 18; CARUSO INGHILLERI D., *Petitum, causa petendi ed oggetto del ricorso nella giurisdizione amministrativa di annullamento*, in *Rivista diritto pubblico*, 1934, I, p. 18.

<sup>37</sup>Per quanto riguarda il Concordato giurisprudenziale di cui è parola, parte della dottrina pone in luce che più di un vero e proprio accordo si trattò di un auspicio, il quale successivamente fu raccolto dal Consiglio di Stato e dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite. Così, D'AMELIO P., *La formazione del diritto amministrativo*, in *Foro Amministrativo*, 1969, vol. II, p. 118; CERULLI IRELLI V., *Il problema del riparto delle giurisdizioni – Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979, p. 89, nota 2; SCOCA F. G., *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni, (ordinaria e amministrativa)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1989, p. 551, nota 7.

giugno 1930<sup>38</sup>, c.d. “caso Terme stabbiane” e “caso Possenti”<sup>39</sup>, e nella pronuncia delle Sezioni Unite del 15 luglio 1930, n. 2680<sup>40</sup>.

Più nel dettaglio, l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si era pronunciata per risolvere la questione, sorta tra la IV e la V Sezione, se la competenza del giudice amministrativo si regolasse secondo il criterio del *petitum* o della *causa petendi*.

Nel primo caso al vaglio dell’Adunanza plenaria, la Società anonima Terme Stabiane aveva chiesto l’annullamento di un Regio decreto che dichiarava la nullità del visto di esecutorietà di un contratto intercorso tra il Comune di Castellammare di Stabia e la stessa società ricorrente, stipulato a trattativa privata, senza previa autorizzazione prefettizia e senza il previo parere del Consiglio di Prefettura.

Nel secondo caso, invece, il ricorrente Possenti aveva chiesto l’annullamento di un Regio Decreto che invalidava il contratto con cui la Provincia di Roma aveva affidato al ricorrente, per la durata di un quinquennio, la riscossione di somme che, per massima parte, la legge non consentiva che fossero oggetto di riscossione.

L’Adunanza plenaria ritenne in entrambi i casi propria la giurisdizione, in quanto il titolo posto a fondamento delle istanze dei ricorrenti era non già il diritto, bensì il legittimo interesse dei ricorrenti a far rivivere i rapporti contrattuali invalidati dai provvedimenti impugnati. Rigettò nel merito i ricorsi.

---

<sup>38</sup>La pronuncia n. 1, è pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 1930, III, 149; in *Foro italiano*, 1930, III, c. 169; in *Foro amministrativo*, 1930, I, 2, p. 249; la n. 2 è pubblicata in *Foro italiano*, 1931, III, p. 9 e in *Rivista diritto pubblico*, 1930, II, p. 513.

<sup>39</sup>Entrambe le pronunce dell’Adunanza plenaria furono, poi, annullate dalle Sezioni Unite della Cassazione rispettivamente con sentenza del 25 novembre 1931, pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 1932, I, 1, 33, e con sentenza del 30 novembre dello anno, pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 1932, I, 1, 33. La Suprema corte non mise in discussione il criterio enunciato dal Concordato ma per precisò che quanto concordato non era stato rettamete inteso dalle due decisioni dell’Adunanza plenaria. La circostanza che l’Adunanza plenaria ritenne la propria competenza perché le controversie avevano ad oggetto la legittimità dell’annullamento governativo divenne per la Cassazione una vera “*petizione di principio*”, perché in realtà, “*valutare della legittimità del regio decreto di annullamento governativo significa andare a valutare della legittimità della manifestazione di volontà che ha portato alla conclusione del contratto*”, dunque della fondatezza di un diritto soggettivo sorto da tale contratto. Così, CAVALLO PERIN R., *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D’amelio*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2004, pp. 14 e ss..

<sup>40</sup>Sentenza pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 1930, I, p. 964.

Le Sezioni Unite, da parte loro, si pronunciarono sul ricorso per motivi di giurisdizione presentato dalla Società Nazionale Ferrovie e Tranvie, concessionaria della costruzione e dell'esercizio della ferrovia Iseo-Edolo. Detta società, infatti, aveva impugnato innanzi alla V Sezione del Consiglio di Stato tre inviti, che le erano stati rivolti dal Governo a rendere i conti per permettere a quest'ultimo di partecipare agli utili netti derivanti dall'esercizio della menzionata ferrovia. La V Sezione, con sentenza del 10 maggio 1929<sup>41</sup>, dichiarata la propria competenza a conoscere della questione, aveva rigettato i ricorsi.

La Cassazione, accogliendo il ricorso per motivi di giurisdizione della Società, cassò detta sentenza e rilevò che, ai fini della giurisdizione, a nulla importava che il ricorrente avesse chiesto l'annullamento di atti amministrativi, in quanto *de facto* oggetto del giudizio era non già un interesse legittimo bensì un diritto, quello di credito vantato dal Governo nei confronti della Società.

Con le loro pronunce, dunque, ripetendo quanto già era stato affermato nella pronuncia sul caso Laurens, il Consiglio di Stato e le Sezioni Unite riconobbero espressamente che la posizione giuridica soggettiva fatta valere innanzi il giudice amministrativo aveva natura sostanziale e non meramente processuale e che la giurisdizione amministrativa aveva la finalità di garantire la tutela di detta posizione giuridica e non solo la legittimità dell'*agere* amministrativo.

La conseguenza di ciò fu che il criterio del *petitum*, unitamente al congegno della doppia tutela del diritto elaborato dallo Scialoja, scomparvero dall'orizzonte sia del giudice ordinario che del giudice amministrativo ed il criterio della *causa petendi* si affermò definitivamente quale criterio generale di riparto della giurisdizione<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Sentenza pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 1929, III, p.136, con nota di CAMMEO F..

<sup>42</sup> Osserva GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Rivista di diritto processuale*, 1963, p. 226, che la sconfitta della teoria del *petitum* e della tesi di Scialoja "fu una sconfitta della libertà" perché la teoria della discriminazione delle competenze giurisdizionali in base al *petitum* "era l'adozione di una concezione generale della giustizia amministrativa che avrebbe attribuito al giudice civile un ruolo pieno, di verace sindacato sui provvedimenti amministrativi illegittimi produttivi di effetti di estinzione, perdita e modificazione dei diritti e poteri dei privati, e quindi avrebbe aumentato la tutela giurisdizionale di questi" e aggiunge che "il concordato giurisprudenziale era ben altro che un accordo sui problemi processuali e che esso rappresentava invece la definitiva sanzione della concezione del provvedimento amministrativo come atto imperativo".

## **7. La riforma del 1923: la giurisdizione esclusiva e la distinzione giurisprudenziale tra atti d'imperio ed atti paritetici.**

Mentre ancora era vivo il dibattito sulla natura dell'interesse tutelato dalla giurisdizione amministrativa, su proposta e relazione del Ministro Segretario di Stato agli affari dell'Interno Luzzati, con Regio decreto 13 luglio 1910, n. 500, il governo istituì una Commissione di studio con il compito di vagliare la possibilità di apportare modifiche sostanziali all'allora vigente normativa sulla giustizia amministrativa.

L'oggetto del mandato era amplissimo ed andava dall'ipotesi di costituire un supremo tribunale amministrativo, a quella d'istituire un giudice della giurisdizione a composizione mista (giudici ordinari ed amministrativi), a quella, ancora, di riformare l'intera materia della giustizia modificandone addirittura i fondamenti.

I lavori della Commissione (composta da illustri giuristi dell'epoca quali Codacci Pisanelli, Mortara, Scialoja, Orlando e Calandra), tuttavia, si concentrarono sulla proposta di V. E. Orlando e di Santi Romano di qualificare il sindacato di legittimità sul provvedimento, al tempo ancora riservato alla Quarta Sezione, come avente natura amministrativa<sup>43</sup>.

La proposta non tardò ad essere respinta dalla Commissione, la quale espresse una decisa volontà di non voler tornare indietro al sistema previsto dalla Legge abolitrice del contenzioso amministrativo<sup>44</sup> e approvò, invece, la proposta generalmente condivisa d'individuare i casi nei quali la giurisdizione del Consiglio di Stato doveva intendersi piena ed esclusiva.

---

<sup>43</sup> Sui lavori della commissione e sulle discussioni che li accompagnarono si veda GIANNINI M.S.-PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, op. cit., pp. 247 e ss..

<sup>44</sup> NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, p. 101, osserva che la Commissione, che pur discusse anche di profili di radicale riorganizzazione del sistema e tra l'altro della possibilità d'innovare il criterio di ripartizione fra il giudice ordinario e giudice amministrativo rendendo il controllo contenzioso di legittimità generale e indipendente rispetto alla natura della situazione giuridica fatta valere, "si trovò però concorde nel proporre solo parziali modificazioni e prudenti ritocchi richiesti da reali inconvenienti manifestatisi nel funzionamento del sistema".

In tal senso, la Commissione formulò un elenco di nove materie nelle quali le Sezioni contenziose del Consiglio di Stato avrebbero potuto occuparsi anche delle questioni concernenti i diritti e del risarcimento dei danni chiesto in via accessoria<sup>45</sup>.

Il Legislatore, allora, prendendo spunto dai lavori della Commissione Luzzati<sup>46</sup>, con Regio Decreto 30 dicembre 1923, n. 2840<sup>47</sup>, riconobbe al giudice amministrativo la capacità di giudicare in via principale dei diritti soggettivi nelle nove materie<sup>48</sup> individuate proprio dalla Commissione<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup>ROMANO A., *Il quadro normativo della giurisdizione esclusiva sino all'avvento della Costituzione*, in *Atti del XLIX convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2004, p. 52, osserva che le nove materie individuate dalla commissione ricalcarono in gran parte le materie della giurisdizione di merito del Consiglio di Stato, previste dall'articolo 23 della Legge del 1889, e già prima dalle Leggi del 1865 e del 1859.

<sup>46</sup>La relazione conclusiva dei lavori della Commissione fu pubblicata sulla *Rivista di diritto pubblico*, 1916, I, p. 290.

<sup>47</sup> Provvedimento, cui fecero seguito il Testo unico sulla Giunta provinciale amministrativa, approvato con Regio decreto 26 giugno 1924, n. 1058, ed il Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con Regio decreto 26 gennaio 1924, n. 1054.

<sup>48</sup>I nove casi previsti dall'articolo 29 del Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato erano: a) “*i ricorsi relativi al rapporto d'impiego, prodotti dagli impiegati dello Stato, degli enti od istituti pubblici sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dell'amministrazione centrale dello Stato o da agenti di ferrovie e tramvie concesse all'industria privata, ai sensi del R.D.L. 19 ottobre 1923, n.2311, quando non si tratti di materie spettanti alla giurisdizione della Corte dei Conti o a quella di altri corpi o collegi speciali*” (la materia dei ricorsi di agenti di ferrovie e tranvie fu poco dopo sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo per essere riportata a quella del giudice ordinario dall'articolo 10 del Regio Decreto 8 gennaio 1931, n. 148); b) “*i ricorsi contro i provvedimenti che autorizzano o negano la fondazioni di istituzioni pubbliche di beneficenza, o di istituzioni pubbliche di istruzione e di educazione o che ne approvano o modificano gli statuti*”; c) “*i ricorsi relativi al concentramento, al raggruppamento, alla trasformazione, alla costituzione in consorzio o alla federazione delle istituzioni pubbliche indicate nel numero precedente o ad esse equiparate a norma dell'art. 91 della Legge 17 luglio 1980, n. 6972*”; d) “*controversie tra lo Stato e i suoi creditori riguardanti l'interpretazione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti e delle altre norme debito pubblico, nonché la risoluzione delle controversie indicate nell'art. 14 della legge 27 aprile 1885, n. 3048*”; d) tre casi “*di spedalità*” e di sanità pubblica (venuti meno con la riforma sanitaria intervenuta con Legge 23 dicembre 1978, n. 833); e) “*i ricorsi contro il decreto del prefetto, che in seguito al reclamo di parte o di ufficio, abbia provveduto per regolare o vietare l'esercizio di industrie insalubri o pericolose ai termini degli articoli 32, 33, 34 della legge sulla pubblica sicurezza 30 giugno 1889, n. 6144 e dell'articolo 68 della legge sanitaria, testo unico 1 agosto 1907, n. 636*” (le due Leggi richiamate sono state sostituite rispettivamente dagli articoli 64 e 645 del Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 773, e dall'articolo 216 del R.D. 27 luglio 1934, n. 1265).



Riconobbe, inoltre, che il giudice amministrativo potesse conoscere sempre in via incidentale delle posizioni di diritto soggettivo, fatta eccezione per le questioni riguardanti lo stato e la capacità delle persone e la querela di falso che rimasero riservate al Giudice ordinario<sup>50</sup>.

Abolì, infine, le differenze di competenze tra Quarta e Quinta Sezione, resolvendo definitivamente i problemi d'individuazione del giudice competente e individuando nell'Adunanza plenaria la sede di risoluzione dei contrasti di giurisprudenza tra le due Sezioni.

Di tutte le innovazioni descritte, tuttavia, la più importante rimase, comunque, quella della cognizione piena ed esclusiva del giudice amministrativo, battezzata in breve come nuova giurisdizione<sup>51</sup>.

In realtà, più che della creazione di una nuova giurisdizione, l'opera del legislatore volle essere una presa di coscienza, seppur incompleta, di una realtà già esistente: taluni casi della giurisdizione di merito del Consiglio di Stato, infatti,

---

<sup>49</sup>Si trattava, osserva GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa, op. cit.*, p.58, di materie di prevalente carattere tecnico – amministrativo, nelle quali era dato riscontrare un'ampia penetrazione tra l'interesse pubblico ed il diritto del cittadino e per le quali quindi poteva risultare più arduo il riuscire a distinguere i casi in cui la lesione lamentata toccava un diritto in senso proprio e quelli in cui invece era in gioco un interesse legittimo. In tal senso, va ricordato quanto si legge nella relazione ministeriale al Re del Regio Decreto, in relazione alle materie da devolvere alla giurisdizione esclusiva: “è in esse così connotato col diritto l'interesse pubblico, che è impossibile, o assai difficile, separare l'uno dall'altro, mentre l'interesse suddetto è così prevalente ed assorbente da far scomparire o affievolire la portata effettiva della questione patrimoniale o di diritto privato”.

<sup>50</sup>Sulla pregiudizialità nel processo amministrativo si veda FORTI U., *Competenza del giudice amministrativo sulle questioni pregiudiziali concernenti diritti civili*, in *Foro italiano*, 1935, vol. III, p. 155, e di recente ROMANO A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1965; ALESSI R., *Spunti in materia di pregiudizialità nel processo amministrativo*, in *Il processo amministrativo, Scritti in onore di Miele*, Milano, 1979, p. 1.

<sup>51</sup>Osserva GIACCHETTI S., *La giurisdizione esclusiva*, in *Foro amministrativo*, 1985, II, p. 2069, che la giurisdizione esclusiva ha due date di nascita, una formale e l'altra reale. Quella formale risale al Regio decreto n. 2840 del 1923, quella reale invece viene identificata negli anni 1939-40. Solo a partire da tale data, infatti, come meglio si vedrà più avanti, la giurisdizione esclusiva assunse una sua precisa identità differenziandosi dalla normale legittimazione di legittimità grazie alla migliore tradizione pretoria del Consiglio di Stato, che elaborò la nota distinzione tra atto autoritativo e atto paritetico.

avevano già ad oggetto veri e propri diritti soggettivi<sup>52</sup>. S'intese, allora, attuare una diversa o, almeno parzialmente, migliore sistemazione dei vari tipi di giurisdizione del giudice amministrativo<sup>53</sup> e, nell'occasione, si attribuì a questi la cognizione di alcune materie del tutto nuove, in deroga al principio di riparto basato sulla distinzione tra diritti ed interessi<sup>54</sup>

Le ragioni di detta operazione, in genere, furono e sono ancor oggi ravvisate nell'intreccio e nell'intima connessione del diritto con l'interesse, che nelle materie individuate esisteva e che difficilmente si sarebbe potuto scindere<sup>55</sup> e il più

---

<sup>52</sup>Ipotesi, peraltro, avvalorata dalla stessa *Relazione della Commissione di riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa*, pubblicata in *Rivista di diritto pubblico*, 1916, vol. I, p. 302, ove si legge: “con la costituzione di questo gruppo di materie, nelle quali sarebbe dichiarata piena ed esclusiva la giurisdizione esclusiva delle Sezioni contenziose del Consiglio di Stato, si verrebbe ad estendere una forma e una categoria di attribuzioni giurisdizionali esclusive, già esistenti nella legge attuale, quali sono quelle risultanti dalle controversie tra lo Stato e i suoi creditori, indicate nel n. 1 dell'art. 23 della legge sul Consiglio di Stato”.

<sup>53</sup>ROHERSSEN G., *La giurisdizione esclusiva*, in *Impresa ambiente e pubblica amministrazione*, 1978, vol. I, p. 124; e nello stesso senso, MEREGAZZI R., *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, *Atti del Congresso celebrativo delle leggi amministrative di unificazione*, nel volume *La giustizia amministrativa*, a cura di MIELE G., Vicenza, 1968, p.208, osserva che “impropriamente si parla di un terzo tipo di giurisdizione del Consiglio di Stato aggiunto ai due tradizionali con la legge del 1923: i poteri del giudice amministrativo sono sempre quelli inerenti il sindacato di legittimità o al sindacato di merito, mentre con la legge del 1923 è stato soltanto ampliata la sua competenza a pronunciarsi su certe categorie di diritti, oltre che generalmente sugli interessi legittimi”.

<sup>54</sup>Anche se, come osserva LESSONA S., *Competenza esclusiva e decisioni di condanna*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1928, vol. II, p. 15. “la competenza esclusiva non innova ab imis il sistema stesso ma è l'inserzione di un nuovo ramo sul vecchio tronco che ha la sua origine nella riforma attuata con le leggi degli anni 1889 e 1890”. Lo stesso Autore, nella nota 2, suffraga ulteriormente il convincimento espresso nel testo richiamando la reazione del Consiglio dei Ministri ove è detto che “il progetto conserva il principio fondamentale dominante nel sistema giurisdizionale italiano che consiste nella distinzione tra diritto ed interesse, la quale va intesa nel senso che alla giurisdizione ordinaria restano conservate tutte le controversie relative a diritti civili e politici, salve le eccezioni stabilite per legge, riferibili alla giustizia amministrativa. Resta quindi confermata nel suo vigore la legge abolitiva del contenzioso amministrativo. Il criterio delle due competenze è quello di diritto ed interesse”.

<sup>55</sup>In questo senso: RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia amministrativa nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, p. 439; MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1958, p. 216; ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, cit., vol. II, p. 234; ALESSI R., *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1966, vo. II, 833; VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica Amministrazione*, Milano, 1982, p. 177.

verosimile fondamento di siffatta concezione sembra rinvenirsi nel passo racchiuso nella Relazione al Re che accompagnava il Regio Decreto 30 dicembre 1923, n. 2840, ove si diede atto che il (Governo) “*accoglie il principio che formò oggetto di concreta proposta da parte della commissione reale di deferire alla cognizione esclusiva della giurisdizione amministrativa taluna determinata materia nella quale è così connaturato l’interesse pubblico, che è impossibile o assai difficile separarne l’uno dall’altro, mentre l’interesse suddetto è così prevalente ed assorbente da far scomparire o affievolire la portata effettiva della questione patrimoniale o di diritto privato*”<sup>56</sup>.

Detta tesi, tuttavia, non è sembrata bastevole a spiegare il perché delle scelte del legislatore: nella relazione della Commissione, infatti, non si faceva menzione alcuna degli intrecci d’interessi e diritti di cui parla la Relazione e si rappresentava, invece, la necessità di individuare le materie nelle quali la giurisdizione del Consiglio di Stato dovesse essere piena ed esclusiva, al solo fine di evitare le tardività e gli inconvenienti connessi alle duplicità delle competenze giurisdizionali, incompatibili con la necessità pubblica di definire sollecitamente le controversie nei confronti dell’amministrazione.

Inoltre, l’area della giurisdizione esclusiva comprendeva anche ipotesi nelle quali il problema della distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi non si poneva proprio, per il semplice fatto che si trattava di materie nelle quali erano configurabili o soltanto diritti soggettivi o soltanto interessi legittimi.

La tesi tradizionale, pertanto, che pure ha avuto il merito di dare una spiegazione politica della giurisdizione esclusiva, è apparsa insufficiente e si è ritenuto da più parti che, più realisticamente, la *ratio legis* invece sarebbe dovuta essere individuata nella necessità, avvertita dal legislatore del tempo, di semplificare il compito di chi chiedeva giustizia, sollevandolo dall’onere di dovere preventivamente qualificare le posizioni giuridiche secondo la neonata (e già farraginoso) distinzione diritto-interesse.

Comunque e qualunque sia stata la ragione che indusse il legislatore alla riforma, va detto che essa risultò da subito incompleta.

---

<sup>56</sup>La relazione è pubblicata ne *Le leggi*, 1924, p. 99.

Innanzitutto, perché i poteri di cognizione e di decisione del giudice amministrativo in sede esclusiva rimasero gli stessi di quelli della giurisdizione di legittimità.

A tal proposito, F. Benvenuti osservò che *“il processo da ricorso non ha fatto altro che incapsulare anche il giudizio nuovo, nella sostanza, che avrebbe dovuto sorgere dalla giurisdizione esclusiva, nella quale, com'è noto, il profilo dell'atto imperativo dovrebbe essere sostituito dal profilo del rapporto, e dove il ricorrente agisce a tutela di una situazione soggettiva nella quale appare superata la separazione del diritto dall'interesse”*<sup>57</sup>.

Al problema dei poteri spendibili dal giudice amministrativo nel decidere sui diritti soggettivi, poi, si aggiunse quello dell'applicazione del vincolo decadenziale previsto per i ricorsi al giudice amministrativo a materie che, altrimenti, sarebbero state sottoposte al normale vincolo prescrizione previsto per l'esercizio del diritto<sup>58</sup>.

Per risolvere detto problema, il Consiglio di Stato inaugurò un nuovo orientamento giurisprudenziale<sup>59</sup>, che distinse tra pretese fatte valere nei confronti

---

<sup>57</sup>BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, voce in Enciclopedia del diritto, XIX, Milano, 1970, p. 609, il quale ricorda *“come la logica del processo di legittimità si sia imposta a tal punto, da dare luogo, ad esempi, alla finzione del deposito dell'atto impugnato, anche quando tale atto non esisteva ed era impossibile che esistesse, giacché la controversia si svolgeva esclusivamente nell'ordine di un rapporto intersoggettivo”*.

<sup>58</sup>Sul punto si veda JEMOLO A. C., *Limiti della “giurisdizione esclusiva” del Consiglio di Stato in materia di pubblico impiego*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1926, vol. I, p. 113 e ss.; RANELLETTI O., *L'impugnativa di un atto amministrativo nella competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1931, vol. I, p. 457 e ss.; BOZZI C., *La competenza esclusiva del Consiglio di Stato e il rapporto di pubblico impiego*, in *Il Consiglio di Stato*, cit., vol. III, p. 157 e 185; CAMMEO F., *Osservazioni in tema di competenza esclusiva del Consiglio di Stato in materia di pubblico impiego*, in *Foro italiano*, 1925, col. III, pp.1 e ss.

<sup>59</sup>La distinzione tra atti autoritativi e atti paritetici venne enunciata per la prima volta dal Consiglio di Stato, Sezione V, pronuncia del 1 dicembre 1939 n. 795, in *Foro amministrativo*, 1940, vol. I, p. 2 e 42, con nota di D'AUDINO, *Del termine per il ricorso amministrativo in materia di diritti patrimoniali degli impiegati pubblici*; in *Foro italiano*, 1940, vol. III, p. 9, con nota redazionale e in *Giurisprudenza italiana*, 1940, III, 99, con nota di BODDA P., *Intorno ad un nuovo indirizzo in tema di giurisdizione esclusiva*, e successivamente confermata dall'Adunanza Plenaria, 18 dicembre 1940, n. 4, in *Foro amministrativo*, 1941, vol. I, p. 1 e 50.

dell'amministrazione su di un piano sostanzialmente paritetico e fondate direttamente sulla legge (senza la necessaria mediazione di un atto amministrativo)<sup>60</sup>, e pretese che, invece, per la loro soddisfazione postulavano la emanazione di un atto amministrativo o in esso trovavano ostacolo.

Secondo questa importante distinzione, allora, il processo amministrativo sugli atti paritetici fu considerato come un “*vero e proprio processo da citazione, una giurisdizione su rapporti tra parti in posizione di parità*”<sup>61</sup>, con un termine prescrizionale per far valere la posizione giuridica del cittadino. Differentemente, il processo amministrativo sugli atti d'imperio rimase un processo impugnatorio e, come tale, fu sottoposto al termine decadenziale.

## **8. L'evoluzione giurisprudenziale successiva al Concordato del 1930: la distinzione carenza-cattivo uso del potere e le prime teorie sulla nullità nel diritto amministrativo.**

Il Concordato giurisprudenziale, cui seguì la definitiva affermazione del criterio della *causa petendi*, oltre a comporre i contrasti tra le massime giurisdizioni appena descritte ebbe due ulteriori effetti: quello di sollevare serie perplessità nell'individuazione dei confini tra le posizioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo e quello, di natura politico-giudiziaria, di vedere in tutte le controversie nelle quali era coinvolto un interesse legittimo (ossia in tutte le controversie riguardanti la violazione delle regole sulla legittimità amministrativa) la Cassazione<sup>62</sup> costretta a negare la propria giurisdizione ed a riconoscere quella del

---

<sup>60</sup> SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1973, vol. I, p. 599, definisce gli atti paritetici “*quegli atti amministrativi, i quali, pur consistendo in manifestazioni di volontà inerenti all'esercizio di un potere pubblico e dotate di una propria autonomia funzionale che le mette in grado di operare immediatamente e direttamente nei rapporti esterni (sono atti unilaterali in grado di produrre ex se, immediatamente, l'effetto loro proprio), non rivestono tuttavia carattere autoritativo (infatti non sono in grado di alterare autoritativamente le posizioni giuridiche dei soggetti particolari, i quali perciò hanno la possibilità di far valere nei loro confronti difese analoghe a quelle esercitabili nei confronti degli atti di diritto comune)*”.

<sup>61</sup> Il corsivo è di GIACCHETTI S., *La giurisdizione esclusiva*, in *Foro amministrativo*, 1985, vol. II, p. 2083.

<sup>62</sup> Emblematica, in tal senso, è la sentenza delle Sezioni Unite del 30 novembre 1927, pubblicata in *Foro italiano*, 1928, I, pp. 67 e ss., nella quale si afferma che “*salvo il caso che una precisa norma di legge o*

giudice amministrativo<sup>63</sup>, con il conseguente restringimento della sfera di giurisdizione propria del giudice ordinario e l'impossibilità per lo stesso di esercitare il potere di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi previsto dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo<sup>64</sup>.

Per porre rimedio e fare chiarezza, allora, la Cassazione decise di fissare un criterio stringente che consentisse di individuare con esattezza ed in concreto quando una controversia riguardava gli interessi legittimi e quando i diritti soggettivi. Rifacendosi all'emergente teoria dell'affievolimento<sup>65</sup>, già recepita in

---

*regolamento limiti, negli interessi dei privati, l'attività discrezionale della pubblica Amministrazione, la medesima [...] signoreggia sovrana ed insindacabile, perché attua una mera potestà di comando, un imperium, capace di creare solo una responsabilità di diritto pubblico, sottratta alla cognizione del giudice ordinario". GIANNINI - PIRAS, Giurisdizione amministrativa, op. cit., p. 277, osservano che "il giudice ordinario, restringendo l'area della giurisdizione a favore del giudice amministrativo, è stato mosso da sentimenti di giustizia" e D'AMELIO M. e ROMANO S., I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, in Rivista di diritto pubblico, 1929, I, p. 182, osservano che "l'esame dell'autorità ordinaria – com'è pacificamente riconosciuto – deve limitarsi alla indagine se l'atto sia emesso da un'autorità competente, se siano state rispettate le norme di legge e se l'atto cagioni una lesione al diritto soggettivo perfetto. Sfuggono così ad ogni sindacato della giurisdizione ordinaria, in modo speciale, gli atti discrezionali dell'amministrazione, rispetto ai quali assume invece, particolare importanza il controllo del Consiglio di Stato, sotto il profilo dell'indagine sull'eccesso di potere, in quella speciale forma che suole essere designata col nome di sviamento del potere".*

<sup>63</sup>Va detto che l'Avvocatura dello Stato, dal canto suo, non perdeva occasione per confermare detta insindacabilità. Nella Relazione per gli anni 1930-1941, vol. I, Roma, 1945, p. 11, si afferma che "*nel conflitto del potere discrezionale della pubblica Amministrazione col diritto privato [...] dovendo prevalere la potestà amministrativa, cessa la possibilità di esplicazione del potere giurisdizionale*".

<sup>64</sup> Così SCOCA F. G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, p. 107, il quale afferma che "*dal 1947, il Consiglio di Stato aveva affermato che era sufficiente per fondare la sua giurisdizione che l'amministrazione avesse adottato un provvedimento nell'esercizio di un potere discrezionale presuntivamente spettante; e che non influiva sulla affermazione della giurisdizione la effettiva sussistenza di questo potere. Ciò comportava che anche in caso di insussistenza effettiva di un potere (discrezionale) di incidere sfavorevolmente su un diritto soggettivo, la giurisdizione spettasse al giudice amministrativo, per il fatto che l'amministrazione, con l'atto impugnato, aveva esercitato il potere stesso*".

<sup>65</sup> La teoria dell'affievolimento, per la quale l'interesse legittimo altro non è se non un diritto soggettivo che ha subito una compressione a causa del suo rapportarsi con l'interesse generale e con il potere discrezionale dell'amministrazione, può essere rinvenuta già in ORLANDO V.E., voce *Contenzioso amministrativo*, op. cit., Vol. VIII, p. 889 e ss., il quale in sostanza afferma che allorché l'amministrazione eserciti un potere conferitole dalla legge non è mai possibile per il soggetto privato

alcune pronunce del Consiglio di Stato<sup>66</sup>, la storica sentenza n. 1657 del 4 luglio 1949, affermò che *“la discriminazione tra la competenza giudiziaria e quella del giudice amministrativo si precisa così: se il cittadino nega che potere siffatto sia conferito all’autorità amministrativa, la competenza a conoscere di tale*

---

dolersi in giudizio del non corretto uso di tale potere, posto che di fronte ad un’attività discrezionale dell’amministrazione non vi può essere presenza nel soggetto stesso di una posizione di diritto soggettivo. L’elaborazione della teoria moderna sull’affievolimento del diritto, in quanto comprensiva degli sviluppi successivi all’istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, invece, si deve a RANELLETTI O. il quale in *A proposito di una questione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892, pp. 64 e ss., affermò che oggetto della giurisdizione amministrativa non sono gli interessi occasionalmente protetti, ossia gli interessi che sorgono, vivono e muoiono in occasione della cura dell’interesse pubblico (interessi semplici), bensì i diritti che subiscono una compressione quando si trovano in contrasto con l’interesse generale. Detto contrasto, continua l’Autore, *“toglie loro il mezzo ordinario di farli valere, cioè l’azione comune”*. Alla teoria dell’affievolimento aderì MIELE G., *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall’interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amministrativo*, 1940, IV, p. 49. Nello stesso senso PICCARDI L., *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa*, Roma, 1932; SIOTTO PINTOR G., *Effetti di atti discrezionali e competenza della autorità giudiziaria*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1912, II, p. 7. La teoria è rinvenibile anche nella *Relazione dell’avvocatura Erariale per gli anni 1926-1929*, Roma, 1930, p. 96, nella quale si fa cenno alla trasformazione del diritto in interesse, come effetto del provvedimento discrezionale. Di degradazione parla anche CARUSO INGHILLERI D., *Petitur, causa petendi ed oggetto del ricorso nella giurisdizione amministrativa di annullamento*, in *Rivista diritto pubblico*, 1934, I, p. 23, che affermò che *“quando l’amministrazione usa il potere discrezionale [...], degrada il diritto del concessionario, il quale non può vantare che un interesse”*. La descrizione completa della teoria dell’affievolimento è, comunque, dovuta a ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., I, p. 188, che a proposito dei diritti soggettivi, *“la cui sussistenza è condizionata alla loro compatibilità con l’interesse pubblico”* (c.d. diritti condizionati) affermò: *“questi diritti, finché non si verifica la condizione che ne impone il sacrificio, si comporta come interessi direttamente e pienamente tutelati: sono cioè diritti subiettivi in senso stretto [...]. Verificatasi la condizione [...] l’interesse che già era tutelato come diritto non cessa di essere in qualche modo riconosciuto e protetto: il suo titolare ha mezzi per controllare che l’esigenza dell’interesse pubblico realmente sussista, che essa sia accertata nei modi voluti dalla legge, che l’atto di cessazione del diritto sia emanato nelle forme prescritte”*. Su queste posizioni anche ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, p.149, e GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 420, il quale ne accolse il carattere generale (*“tutti i diritti soggettivi si degradano ad interessi protetti”*) e lo configurò come manifestazione della imperatività del provvedimento amministrativo.

<sup>66</sup>La teoria dell’affievolimento compare per la prima volta nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, con la pronuncia della Sezione V del 13 novembre 1937, in *Foro italiano*, 1938, III, pp. 1 e ss., con nota di FORTI U..

*controversia spetta all'autorità giudiziaria perché si tratta di accertare se il diritto subjettivo sia tale anche di fronte alla pubblica Amministrazione. Se invece la controversia abbia per suo oggetto l'esercizio, che si pretende scorretto, del potere discrezionale conferito, sotto l'aspetto della competenza, della forma o del contenuto, specie in relazione all'eccesso di potere in tutte le sue manifestazioni, la competenza a conoscere è del giudice amministrativo". Ed ancora, riferendosi ai diritti subjettivi, sostenne che "quello che occorre, volta per volta, accertare è se la legge conferisce all'autorità amministrativa il potere d'incidere sugli stessi in nome e per la tutela di un interesse pubblico" e ciò perché "di fronte all'autorità amministrativa investita del potere discrezionale dispositivo anche dei diritti subjettivi a tutela di un pubblico interesse, il diritto subjettivo del singolo si attenua nella sua consistenza e si trasforma, soltanto relativamente (ossia soltanto di fronte alla pubblica Amministrazione) in un interesse legittimo (c.d. diritto affievolito) e come tale non può ricevere protezione se non dalla giurisdizione amministrativa. Peraltro, in tanto il diritto subjettivo si attenua nella sua consistenza e muta di tutela giurisdizionale, in quanto un potere discrezionale di disporre anche di quel diritto sia conferito alla pubblica Amministrazione"<sup>67</sup>. La pronuncia in questione, che determinò nei fatti una diretta ed imprescindibile relazione tra l'esercizio del potere e la giurisdizione del giudice amministrativo stabilendo l'equazione carenza di potere = violazione di un diritto subjettivo, cattivo uso del potere = violazione di un interesse legittimo, fu recepita immediatamente dalla giurisprudenza dell'epoca<sup>68</sup> ma non mancò di suscitare perplessità in dottrina<sup>69</sup>. Ed infatti, in dottrina si dubitò su quale dovesse essere il momento in cui si sarebbe avuta la degradazione del diritto:*

---

<sup>67</sup> ANGELETTI A., *L'interesse legittimo tra provvedimento amministrativo e criteri distintivi*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, vol. III, p.53 e ss., a proposito della citata pronuncia osserva: "appare evidente che ai fini della discriminazione delle competenze non è tanto la situazione di partenza che si impone, quanto quella che si ravvisa nell'impatto con l'agire autoritativo dell'ente pubblico. Vi sono quindi tre elementi che concorrono, se si valuta nella sua effettività il principio su enunciato, a determinare la sfera di competenza del giudice: la situazione subjettiva, il potere, il rapporto tra atto e potere".

<sup>68</sup> Si veda per tutte Cassazione 31 luglio 1950, in *Repertorio del Foro italiano*, 1950, *Competenza civile*, n. 62.

<sup>69</sup> Sul dibattito che s'ingenerò, si rinvia a SCOCA F. G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, pp. 107 e ss..



ci si chiese se la degradazione avvenisse con la sola sussistenza del potere in capo all'amministrazione<sup>70</sup> o se a seguito dell'esercizio del potere discrezionale da parte della stessa<sup>71</sup>.

Ci si affannò, poi, nell'individuare quale, tra nullità ed inesistenza, fosse il vizio che affliggeva il provvedimento emesso in carenza di potere. Ed infatti, sin dalla pubblicazione del primo studio sistematico sul problema della nullità dell'atto amministrativo<sup>72</sup> si era evidenziata una notevole confusione concettuale tra le categorie dell'inesistenza, della nullità e dell'annullabilità, che risultavano ben delineate nella pandettistica germanica<sup>73</sup> ma non anche nella dottrina amministrativa

---

<sup>70</sup>SANDULLI A.M., *Questioni in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro italiano*, 1952, I, pp. 1073 e ss., afferma che “*si è in presenza di veri e propri diritti, entro quel certo ambito in cui l'interessato, di fronte all'esercizio del potere di incidenza da parte dell'Amministrazione, non abbia altra possibilità che quella di far valere la propria pretesa a che esso si svolga in conformità delle regole poste dall'ordinamento*” cosicché “*la competenza a giudicare dei casi, nei quali non possa essere riconosciuta all'Amministrazione la possibilità di incidenza, non può essere negata al giudice ordinario; mentre la competenza a giudicare dei casi in cui si faccia valere l'illegittimità dell'uso del potere (che non può essere disconosciuto dall'Amministrazione) è propria del giudice amministrativo*”. Per l'Autore, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 114, l'affievolimento si ha fin dal momento in cui “*esiste la possibilità*” che sul diritto “*incida legittimamente un potere*”.

<sup>71</sup>Così AMORTH A., *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, il quale rifiuta “*quella equivoca se non misteriosa trasformazione del diritto in interesse legittimo che non pare necessaria né per costruire il diritto affievolito, né per spiegare l'affievolimento di un diritto perfetto*” ed afferma che “*il titolare del diritto affievolito ha nei confronti dell'amministrazione competente anche un interesse a che il potere discrezionale, da cui la sorte del suo diritto dipende, venga esercitato non secondo arbitrio, ma secondo discrezione, cioè in perfetta osservanza delle formalità come dello scopo per il quale è stato concesso*”. La tesi è sviluppata da GASPARRI P., *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Bologna, 1948, p. 187, e da GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1949, pp. 295 e ss.: “*tirate le somme il c.d. diritto affievolito si riduce a questo: esistono due situazioni giuridiche facenti capo allo stesso soggetto, che siano, ad esempio, un diritto soggettivo ed un interesse legittimo a che un potere dell'amministrazione, che può porre fine a quel diritto, sia esercitato nei modi di legge. Il potere viene esercitato illegittimamente e produce da una parte l'estinzione del diritto, dall'altra la lesione dell'interesse*”.

<sup>72</sup> PORRINI R., *Contributo alla teoria delle nullità di atti amministrativi*, in *Archivio giuridico*, LXIV, 1900.

<sup>73</sup> Per la quale si veda WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, I, Torino, 1930.

italiana, inizialmente assorta nella ricerca dei tratti di specialità che distinguessero l'atto amministrativo da quello negoziale<sup>74</sup> e fortemente influenzata dalla tradizione civilistica francese, per la quale non potevano esistere nullità all'infuori di quelle espressamente previste per legge. Il processo di assimilazione delle categorie di origine tedesca, pertanto, era avvenuto molto lentamente<sup>75</sup> e solo con l'opera di O. Ranalletti<sup>76</sup> e l'elaborazione della teoria del negozio giuridico pubblico, si era avuto, il compimento del processo di omologazione tra l'atto di diritto privato e l'atto amministrativo sia sotto il profilo funzionale che sotto quello patologico.

Le predette teorie, però, se pur continuate da autorevoli esponenti della dottrina amministrativistica dell'epoca<sup>77</sup>, furono criticate da molti autori che ritennero,

---

<sup>74</sup> Si fa riferimento agli studi di CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 571 e ss., RAGGI L., *Sull'atto amministrativo*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1917, I, pp. 199 e ss.; ROMANO S., *Il diritto pubblico italiano*, Milano, edizione postuma, 1988, p. 287 e ss..

<sup>75</sup> Indicative, in tal senso, sono alcune opere alla cui lettura si rinvia per comprendere l'entità del problema: DE VALLES A., *Validità degli atti amministrativi*, Padova, 1986, ristampa edizione del 1916; TRENTIN S., *L'atto amministrativo – contributi allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione*, Roma, 1915; TREVES G., *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, 1936. In giurisprudenza si vedano: Consiglio di Stato, Sezione IV, 23 marzo 1906, pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 1906, III, p. 269, nella quale pronuncia si dichiarava la nullità essenziale di un decreto che aveva attribuito una piazza notarile senza previamente aver acquisito la proposta del Consiglio notarile ed il parere della Corte d'Appello previsti dalla normativa vigente; Consiglio di Stato, Sezione IV, 17 giugno 1904, in *Giurisprudenza italiana*, 1904, III, p. 250; Sezione V, 13 maggio 1910, in *Giurisprudenza italiana*, 1910, III, p. 374.

<sup>76</sup> Si fa riferimento alla *Teoria degli Atti amministrativi Speciali*, Milano, 1945. Muovendo dall'estensione agli atti amministrativi dei principi privatistici che regolavano gli atti a titolo gratuito, l'Autore affermò che la nullità dell'atto era determinata dalla mancanza della volontà o dal contrasto tra essa e la dichiarazione, mentre nell'ambito del processo di formazione della volontà i motivi presupposti, in quanto previsti dalle norme, non dovevano essere espressi. Altro requisito richiesto a pena di nullità, per l'Autore, sarebbe stato il contenuto (determinato o determinabile) mentre la motivazione (contenente la causa ed i motivi) non sarebbe dovuta essere considerata essenziale. La mancanza della forma, infine, avrebbe potuto non rilevare ai fini della validità dell'atto ma solo se essa non fosse stata indice di mancanza della volontà.

<sup>77</sup> Ci si riferisce a ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1936; CODACCI PISANELLI G., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, pp. 64 e ss.; LUCIFREDDI R., *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1941 p. 346; ESPOSITO C., *La validità delle leggi*, Padova, 1934 (letto nella ristampa inalterata ESPOSITO C., *La validità delle leggi*, Milano,

invece, che la teoria dell'invalidità amministrativa dovesse essere ricostruita alla luce del diritto positivo, con la conseguenza che solo due dovevano essere le invalidità amministrative: l'annullabilità e l'inesistenza<sup>78</sup>.

In giurisprudenza, inoltre, le teorie della pandettistica non trovarono accoglimento e, così, si creò un serio scollamento tra le conclusioni cui era pervenuta la dottrina maggioritaria ed il diritto giurisprudenziale<sup>79</sup>.

## **9. Le scelte del Legislatore costituente: l'unicità della giurisdizione.**

Con la nascita della Repubblica, intanto, spettò all'Assemblea Costituente il compito di fare il punto sullo stato della giustizia italiana e sui rapporti tra le giurisdizioni esistenti.

In seno al dibattito che condusse all'elaborazione delle norme costituzionali in materia di giurisdizione e di riparto, emersero da subito due diverse impostazioni sul criterio con cui informare il sistema della giurisdizione: quella prospettata dal Calamandrei, dal Leone e dal Patricolo<sup>80</sup>, da una parte, e quella rifacentesi alle teorie del Mortati, dall'altra.

---

1964), che applicò la teoria pandettistica a tutti gli atti dello Stato, anche se con particolare riferimento alla Legge (pp. 233 e ss.).

<sup>78</sup> In tal senso si veda ROMANELI V.M., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, pp. 108 e ss..

<sup>79</sup> Non è un caso, allora, che la riflessione giuridica sul tema dell'invalidità di diritto amministrativo ritrovò un nuovo impulso ed una nuova impostazione con il superamento della ricostruzione dogmatica del provvedimento in termini mutuati dagli studi privatistici e con la teorizzazione, da parte di M.S. Giannini, del provvedimento quale figura centrale del diritto amministrativo, che si distingue dai singoli atti del procedimento in quanto momento in cui si puntualizza concretamente il rapporto autorità-libertà. Così già in *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, op. cit. e, per la prima volta in maniera compiuta, in *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 290. In proposito, SORDI B., *Giannini e il diritto amministrativo del suo tempo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, pp. 1023 e ss., ha osservato che la costruzione gianniniana della "teoria del provvedimento scava un solco con le sintesi precedenti (del tipo negozi di diritto pubblico/atti amministrativi e con la sequela degli elementi: soggetto, oggetto, volontà, contenuto, forma, ancora centrali nella sistematica di Zanobini)" per cui "il rapporto provvedimento negozio è ricostruito in modo dicotomico; tra lo statuto amministrativo e quelli offerti dal diritto comune non esiste alcun nesso di contiguità".

<sup>80</sup> Le relazioni di CALAMANDREI P. e LEONE sono riportate da RIGANO F. in *Costituzione e potere giudiziario*, rispettivamente a p.263 ss. ed a p.273 ss.. La relazione di Patricolo si rinviene in *Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Discussioni*, p. 1899.

Per la prima, ispirata dagli ideali che erano stati propri del legislatore della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, l'ordinamento della giustizia sarebbe dovuto essere informato al principio dell'unicità della giurisdizione e le giurisdizioni speciali sarebbero dovute essere trasformate in sezioni specializzate della magistratura ordinaria, composte da magistrati e, se necessario, da esperti della materia. L'esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale ed amministrativa, dunque, sarebbe dovuto essere affidato ai giudici ordinari appartenenti al medesimo ordine con al vertice la Corte di Cassazione.

L'attuazione di questo disegno, in breve, avrebbe comportato (secondo conseguenze lucidamente delineate dallo stesso Calamandrei) la scomparsa del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, quali giurisdizioni autonome.

Per la seconda impostazione, invece, l'unicità della giurisdizione non sarebbe dovuta essere il principio intorno al quale costruire l'ordinamento delle giurisdizioni né, tantomeno, il perno del futuro riparto di giurisdizione. Al contrario, la Costituzione avrebbe dovuto sancire espressamente il principio della pluralità delle giurisdizioni, cui dovevano ispirarsi sia la normativa sul riparto di giurisdizione che l'organizzazione delle varie magistrature.

Secondo Mortati, infatti, la funzione giurisdizionale non si sarebbe dovuta né incarnare nel solo giudice ordinario, né cristallizzare in capo ad un nucleo di organi giurisdizionali preordinati. Si sarebbe dovuto, piuttosto, istituire giudici speciali, reclutati e preparati in modo diverso rispetto a quello ordinario, che avrebbero dovuto comporre un sistema articolato almeno su tre livelli differenti: il primo costituito dalla magistratura ordinaria, il secondo costituito da giudici speciali competenti per tutte controversie in cui era parte l'Amministrazione, il terzo, infine, comprendente il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti, le cui competenze sarebbero dovute essere tassativamente fissate dalla Costituzione.

Le due innovative proposte, tuttavia, s'indebolirono a vicenda e lasciarono spazio alle posizioni conservatrici. Prevalse, in tal modo, una decisa volontà, generalmente condivisa, di respingere ogni tipo di progetto che tendesse ad articolare eccessivamente il sistema giurisdizionale e che potesse in qualche modo ricreare la situazione di pluralismo delle giurisdizioni prodottasi in precedenza.

La formulazione finale del dettato costituzionale, allora, pur conferendo una notevole centralità nel sistema giudiziario alla magistratura ordinaria<sup>81</sup>, non giunse alle estreme conseguenze invocate dal Calamandrei di trasformare i grandi corpi giurisdizionali speciali esistenti (Consiglio di Stato e Corte dei Conti) in organi di un'unica magistratura e finì per costituzionalizzare il sistema giurisdizionale predisposto dalle leggi del 1865, del 1877 e del 1889-1890<sup>82</sup>.

La Costituente, dunque, pur attribuendo con l'articolo 102 la funzione giurisdizionale alla magistratura ordinaria e pur fissando, al secondo comma, il divieto per il legislatore d'istituire giudici speciali, già all'articolo 103 prevedette espressamente la giurisdizione della Corte dei Conti e dei Tribunali militari e attribuì al Consiglio di Stato ed agli altri organi di giustizia amministrativa la giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, nelle materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.

Andando oltre la mera ricognizione del precedente sistema, poi, la Costituente fissò alcuni principi a garanzia dell'imparzialità e dell'indipendenza delle magistrature speciali: all'articolo 108, nel quale è rinvenibile il principio d'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali; all'articolo 111, nel quale si rinviene il principio di ricorribilità in Cassazione avverso le decisioni della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato in Cassazione solo per motivi di giurisdizione; all'articolo 125, nel quale è fissata la previsione programmatica dell'istituzione dei Giudici amministrativi di primo grado presso ciascuna Regione.

---

<sup>81</sup> La magistratura ordinaria, che nello Statuto albertino non aveva avuto rilevanza costituzionale ma, anzi, aveva subito una forte compressione da parte dei poteri legislativo ed esecutivo ed era considerata parte di esso, nel dettato costituzionale divenne un potere dello Stato. Sulla compressione del potere giudiziario nello Statuto albertino, si vedano CASANOVA L., *Del diritto costituzionale*, Genova, 1860, vol. I, pp. 416 e ss.; PEVERELLI P., *Commenti intorno allo statuto del regno di Sardegna*, Torino, 1849, pp. 141 ss.; MOSCA G., *Appunti di diritto costituzionale*, Firenze, 1912, pp. 135 ss..

<sup>82</sup> Sulla continuità con il sistema precostituzionale, tra gli altri, ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, *op. cit.*, vol. II, p. 50; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, p. 550 ss.; R. LUCIFREDDI, *La nuova costituzione italiana raffrontata con lo Statuto albertino e vista nel primo triennio di sua applicazione*, pp. 237 ss; BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, pp. 39 ss.; GIANNINI M.S., *La giustizia amministrativa*, pp. 44 ss.; GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, *op. cit.*, pp. 58 ss.; MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, p. 1036.

Fermo restando il divieto assoluto di costituzione di altri giudici speciali, allora, il legislatore costituente pose a fianco del giudice ordinario ben tre giudici speciali per le materie amministrativa, contabile e militare, e ne rafforzò le garanzie d'imparzialità ed indipendenza, delineando, *de facto*, un sistema giurisdizionale unitario imperfetto nel quale magistratura ordinaria ed i giudici speciali, costituzionalmente riconosciuti, hanno tra loro pari dignità.

#### **10. Segue: diritto soggettivo e l'interesse legittimo quali indici costituzionali di riparto della giurisdizione.**

Col prevedere agli articoli 24, 102 e 103 rispettivamente la pari garanzia giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi<sup>83</sup>, il divieto d'istituire giudici speciali e la giurisdizione del Consiglio di Stato e degli altri organi di giustizia amministrativa per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi, il Costituente oltre ad accogliere e rendere intangibile dall'opera del legislatore ordinario la struttura del sistema di giustizia amministrativa "codificata" dal legislatore del 1924<sup>84</sup>, adottò ufficialmente quale criterio fondamentale di riparto di giurisdizione quello fondato sulla concezione sostanziale

---

<sup>83</sup> Che l'articolo 24 garantisca l'integrità della sfera giuridica del cittadino anche nei confronti dell'amministrazione è affermazione ormai pacifica in dottrina. Sul punto, tra i tanti, CANNADA BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, p. 41; LESSONA S., *Le garanzie dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, p. 1446, ove efficacemente si sottolinea che l'estensione ex articolo 24 del principio di difesa anche agli interessi legittimi "segna la parificazione qualitativa in senso processuale tra tali situazioni giuridiche e i diritti soggettivi"; TROCKER N., *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, p.137; CAMOGLIO, in *Commento della Costituzione* a cura di BRANCA G., sub articolo 24, Bologna, 1981, pp. 118 e ss.. Per una nozione generale di situazione giuridica soggettiva, CASSARINO S., *Le situazioni giuridiche soggettive e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, pp. 1 e ss.. Sulla relatività delle situazioni giuridiche soggettive si rinvia a MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, p. 61; ROMANO A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, pp. 206 e ss.; VACIRCA G., *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per cento cinquantenario del Consiglio di Stato*, op. cit., p. 1586.

<sup>84</sup> NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 102, e già prima MIELE G., *La giustizia amministrativa*, in *Atti del Convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Venezia, 1969, p. 37, qualificano la scelta del Costituente piuttosto imprudente.

dell'interesse legittimo e sulla distinzione di questo dal diritto soggettivo (criterio della *causa petendi*).

In tal senso, l'inserzione "*sistemica e di principio*", come è stato affermato da autorevole dottrina<sup>85</sup>, dell'interesse legittimo nel testo costituzionale, manifestò l'intento del legislatore costituente di voler superare la tradizionale configurazione dell'interesse legittimo come posizione giuridica "ancillare" ed occasionalmente tutelata dall'ordinamento, e voler invece conferire al diritto soggettivo ed all'interesse legittimo una posizione in tutto e per tutto paritaria.

Nel testo costituzionale, infatti, si preferì parlare di "*tutela nei confronti della pubblica amministrazione*" o "*contro gli atti della pubblica amministrazione*" e non già di tutela per la realizzazione dell'interesse della pubblica amministrazione alla legittimità della sua azione.

La figura dell'interesse legittimo, pertanto, uscì chiarita e precisata dall'opera del Costituente, il quale ne sottolineò i caratteri e la rigorosa appartenenza alla sfera di un soggetto distinto dall'amministrazione, nel momento in cui questa possiede ed esercita un potere per il perseguimento dell'interesse pubblico e per il contemperamento di esso con l'interesse del privato<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, op. cit..

<sup>86</sup> Giova, a tal proposito, riportare alcuni passaggi del dibattito che si sviluppò in sede di Assemblea Costituente in merito alla tutela dell'interesse legittimo. Nell'intervento nella seduta pomeridiana del 28 marzo 1947, G. CODACCI PISANELLI affermò: "*quanto ai diritti e agli interessi, è notevole il fatto che sia stata mantenuta una delle distinzioni teoriche, le quali hanno, anche nel campo pratico, conseguenze non indifferenti. Come è noto, specialmente nel campo del diritto pubblico, non sempre ad ogni dovere fa riscontro un diritto. L'ordinamento raggiunge i suoi scopi imponendo doveri ai quali non sempre fa riscontro una pretesa di altri e protetta in maniera così completa come avviene per il diritto. Mi basta accennare all'esempio dei doveri che vengono imposti dalla pubblica amministrazione, per esempio nei procedimenti che debbono precedere la emanazione degli atti amministrativi, procedimenti che implicano la osservanza di doveri e dal cui rispetto derivano per alcune persone particolari vantaggi, che non possono però essere considerati veri e propri diritti. Si è notato in passato che il limitare la difesa giurisdizionale ai soli diritti non accordava una sufficiente protezione ai cittadini, e allora si è cercato di giungere a proteggere anche queste aspettative, che dovevano rappresentare semplici vantaggi; vantaggi innegabili, ma che non potevano essere trascurati, se si fosse voluto raggiungere l'ideale della giustizia a cui uno Stato, che voleva ispirarsi al rispetto del diritto, doveva pur aspirare. L'articolo dice che «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi». In questa maniera, si è provveduto ad assicurare la tutela giurisdizionale degli interessi, che trovano la loro protezione nella*

Detta espressa previsione, tuttavia, non comportò alcuna presa di posizione da parte del Costituente sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Gli articoli della Costituzione che si riferiscono alle due posizioni giuridiche, infatti, non fecero (e non fanno) alcun riferimento agli elementi di differenziazione

---

*legge. Ma, forse, l'espressione non è del tutto completa, perché vi sono anche alcuni vantaggi, alcune utilità particolari dei singoli, i quali non trovano la loro protezione in una vera e propria norma giuridica, ma nel buon uso del potere discrezionale. A questi particolari vantaggi è stata già accordata la tutela giurisdizionale e non ritengo che l'articolo abbia voluto toglierla".* Nell'intervento del 15 aprile 1947, invece, l'onorevole G. DOMINEDÒ affermò: *"basteranno poche parole per dar conto di questo emendamento che ha una portata essenzialmente tecnica. Io propongo che sia corretta la dizione dell'articolo 19, dove si parla di «diritti e interessi legittimi», formula che può assumere un significato restrittivo secondo il significato tecnico di interesse legittimo, come è comprovato dall'articolo 103 dello stesso progetto dove si adotta una dizione più lata: «diritti e interessi». Uguale formulazione io proporrei in sede di articolo 19, col significato, di includere e gli interessi legittimi e gli interessi discrezionalmente protetti e gli interessi semplici nel caso in cui per questi sussista possibilità di tutela giurisdizionale come nel caso dell'azione popolare. In tal modo si comprenderebbero gli interessi nel campo civile oltre che amministrativo, sempre che per essi sussista possibilità giuridica di agire, per il che mi richiamo all'emendamento che propone di contemplare in sede costituzionale il concetto di «abuso di diritto». Penso che la formula lata di «diritti e interessi» risulti la più appropriata, rispondendo a quella adottata anche nell'articolo 103, ed essendo certamente tale da non involgere il dubbio che con ciò si possa concedere azione nei confronti d'un interesse per il quale dall'ordinamento giuridico non emerga possibilità di agire. Questo dubbio è eliminato dalla circostanza che la dizione lata qui proposta ha invece una finalità specifica, servendo a menzionare tutte le diverse categorie di interessi, nei confronti dei quali vi sia una facoltà di agire, sia pure sfumata e graduata secondo le enunciazioni testè fatte. Se l'Assemblea non dovesse accedere a questa più lata terminologia, che mi pare conveniente e tale da escludere la possibilità di equivoci, in subordine accederei alla formula proposta dall'onorevole Codacci Pisanelli, cioè di «interessi giuridicamente protetti» anziché «interessi legittimi»".* Nella stessa seduta il presidente della prima sottocommissione U. TUPINI, sintetizzò il problema affermando: *"all'onorevole Dominedò faccio osservare che la dizione principale contenuta nel suo emendamento è troppo lata e darebbe luogo ad una complessa casistica e a una serie notevole di incertezze e perplessità. La Commissione non crede di dover secondare, senza gravi preoccupazioni, una simile possibilità. Quanto alla dizione «interessi giuridicamente protetti», che rappresenta la subordinata nella quale l'onorevole Dominedò si rifugia, d'accordo con l'onorevole Codacci Pisanelli, faccio osservare, in linea di forma, primo: che se è un interesse giuridicamente protetto, intanto è un interesse legittimo; secondo: che la giurisprudenza — e l'onorevole Dominedò, che è un competente in materia, potrà darmene atto — ha sempre costituito un mirabile banco di prova per la concretizzazione di quello che suole chiamarsi «interesse legittimo». Lasciamo quindi anche per l'avvenire, senza inopportuni imbrigliamenti, il libero giuoco della funzione propria della giurisprudenza".*



tra le stesse ma, lo si ripete, sottolinearono solamente la necessità della loro tutela e dell'esistenza di istituti di carattere giurisdizionale a ciò deputati.

Ciò determinò due importanti conseguenze: la prima fu quella che il Costituente lasciò all'opera dell'interprete la classificazione delle situazioni giuridiche dei cittadini ora in diritti soggettivi, ora in interessi legittimi (con le ovvie conseguenze in termini di tutela giurisdizionale).

La seconda consistette nel fatto che il costituente, pur avendo accomunato diritti ed interessi nella "*tutela giurisdizionale*", non volle che detta tutela fosse necessariamente sempre la medesima.

Nel disegno del Costituente, infatti, la tutela avrebbe dovuto certamente essere il più possibile efficace ed efficiente per tutti ma attuata in modo diversificato, in considerazione delle differenze esistenti tra diritto civile e diritto amministrativo (diversamente, il legislatore costituzionale avrebbe proceduto all'unificazione delle giurisdizioni).

In tal senso, lo si ripete, il Costituente non si limitò a far proprio il rigido dualismo delle giurisdizioni preesistente<sup>87</sup> ma, costituzionalizzando la giurisdizione esclusiva e non escludendo la tutela dei diritti da parte del giudice amministrativo<sup>88</sup>,

---

<sup>87</sup> In tal senso, NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 89 e ss., e PALADIN L., *Problemi e prospettive dei rapporti fra giudici ordinari e pubbliche amministrazioni*, in *Atti del Convegno Funzione amministrativa e funzione giurisdizionale: rapporti interferenze conflitti*, Venezia, 1979, pp. 13 e ss.; VERBARI G.B., *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1992, pp. 23 e ss..

<sup>88</sup> Dai lavori preparatori dell'articolo 103, si desume che se nella Seconda Sezione della Seconda Sottocommissione non si parlò affatto della giurisdizione esclusiva se non per sottolineare che la sua istituzione denotava ed al contempo attenuava le difficoltà e gli inconvenienti legati alla distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi, durante la discussione generale sui titoli IV e VI della Parte II della Costituzione, nella seduta pomeridiana del 12 novembre 1947, l'onorevole CACCURI osservò che "*se per particolari ragioni si vuol conservare la giurisdizione del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, è necessario che la materia propria di tali organi costituzionali sia limitata alla tutela degli interessi legittimi. Esclusa perciò la competenza esclusiva e restituite alla giurisdizione ordinaria le controversie di puro diritto oggi attribuite al Consiglio di Stato, va mantenuta la distinzione tra giurisdizione di interessi e giurisdizione di diritti, lasciando la prima agli organi giurisdizionali amministrativi e l'altra ai giudici ordinari*". Nella seduta pomeridiana del 21 novembre, l'onorevole GRASSI chiese che fosse precisato nella Costituzione "*quale è il compito di questa giurisdizione amministrativa e anche le materie specialmente determinate dalla legge per la tutela dei diritti contro gli atti della pubblica amministrazione*". Gli onorevoli ADONNINO e PERRONE CAPANO proposero che si specificasse che

lasciò al legislatore ordinario un certo grado di libertà nello stabilire le modalità di protezione delle situazioni giuridiche soggettive.

Il Costituente era conscio, del resto, della relatività e storicità delle nozioni di diritto soggettivo e d'interesse legittimo.

A breve si vedrà come la maggior parte dei problemi in materia di riparto nell'attuale sistema siano derivati dalla difficoltà che ha avuto il legislatore d'individuare i limiti della predetta libertà.

## **11. La carenza di potere in concreto.**

Alla fine degli anni cinquanta ed in concomitanza con il definitivo affermarsi della teoria della degradazione<sup>89</sup>, la Suprema Corte tornò sul problema della carenza di potere e rivalutò le posizioni espresse nel 1949.

---

*il Consiglio di Stato e le giurisdizioni amministrative regionali "sono competenti in materia di interessi legittimi". Gli onorevoli CONTI, REALE, BETTIOL, PERASSI E FABBRI proposero il seguente testo: "il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, degli interessi legittimi, ed anche per la tutela di diritti soggettivi nelle particolari materie determinate dalla legge". L'onorevole LEONE rilevò che il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti "devono restare non solo per il prestigio, la capacità e l'indipendenza di cui hanno dato prova in tutti i tempi" ma anche perché "sono sorti non come usurpazione al giudice ordinario di particolari attribuzioni, ma come conquista di una tutela giurisdizionale da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione". Quest'ultimo aspetto venne sottolineato dall'onorevole RUINI, secondo il quale "limitarsi ai soli interessi legittimi non è possibile; vi sono materie di competenza esclusiva, residue da vecchie leggi, come in tema di debito pubblico, che debbono sottrarsi al Consiglio di Stato; ma v'è un gruppo di controversie, quelle di pubblico impiego, che per la inscindibilità delle questioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, e per la prevalenza delle prime, debbono restare al Consiglio di Stato". Venne, infine, approvato, quale terzo comma dell'articolo 95, il testo proposto dall'onorevole CONTI ed accettato dalla Commissione: lievemente modificato nella forma, esso divenne il primo comma dell'articolo 103 della Costituzione. I verbali delle sedute dell'Assemblea nelle quali si discusse della giustizia amministrativa sono riprodotti nel vol. V de *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, Roma, 1970.*

<sup>89</sup> La teorizzazione della degradazione è dovuta soprattutto a M.S. GIANNINI, il quale progressivamente la elaborò ed affinò in una serie di opere. Oltre alle già citate *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, si veda a tal proposito la voce *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, p. 188, ove la degradazione dei diritti viene raffigurata come uno degli effetti in cui si articola la imperatività del provvedimento, e conseguentemente la carenza di attribuzione viene considerata come limite alla imperatività. La vicenda della degradazione è stata accolta, in dottrina anche da SCOCA F. G., *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione*, Milano, 1965,

La carenza di potere in astratto, infatti, era risultata configurabile solamente in rarissimi casi di scuola e non aveva garantito quella riespansione della giurisdizione del giudice ordinario che era stata originariamente auspicata dalla Cassazione. Conseguentemente, le Sezioni Unite, con due storiche pronunce<sup>90</sup>, affermarono che il potere dell'amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni doveva assumersi inesistente (con conseguente negazione della degradazione del diritto soggettivo in interesse legittimo) non soltanto nei casi di mancata attribuzione del potere da parte della norma ma anche nel caso di mancanza dei presupposti per il suo esercizio. In particolare, nella pronuncia n. 3457, le Sezioni Unite affermarono che la *“generica nozione di potere amministrativo è una costruzione dottrinale astratta, desunta da fattispecie legali che prevedono distinti poteri, che si contrappone alla nozione, del pari astratta, di esercizio del potere in un procedimento amministrativo”* e che, poiché le disposizioni sul riparto delle giurisdizioni danno *“rilevanza non alle nozioni astratte del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo, ma al riconoscimento che, per diritto positivo, abbia l'uno e l'altro, la formula esistenza del potere-esercizio del potere non può intendersi nel senso di un aprioristico criterio di discriminazione delle giurisdizioni, dando rilievo a note dominanti delle nozioni generiche”*, si rende necessario accertare *“la disciplina del singolo potere in relazione alla tutela del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo, stabilire, cioè, con riferimento alle norme di legge da applicare, se la questione concerne l'esistenza di un presupposto che possa qualificarsi di astratta attribuzione del potere in quanto la sua mancanza esclude la riferibilità dell'atto al potere e quindi importa il sindacato del giudice ordinario [...] ovvero un presupposto che non*

---

pp. 105 e ss; LEDDA F., *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Torino, 1962, pp. 48 e ss.; STELLA RICHTER P., *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970; NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, op. cit., Bologna, 1983, pp. 185 e ss.; SATTA F., *Principi di giustizia amministrativa*, Padova, 1978, pp. 16 e ss.; CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988, pp. 109 e ss..

<sup>90</sup> Le sentenze “pilota” in materia di carenza di potere in concreto sono la n. 2481 del 26 giugno 1957, pubblicata in *Giustizia civile*, 1957, I, p.1682, e la n. 3457 del 24 ottobre 1958, pubblicata in *Giustizia civile*, 1958, I, p. 2029, con nota adesiva di SANDULLI A.M., *Lesione di diritti soggettivi per l'esercizio di potestas publica non dum nata*. Le sentenze riguardavano rispettivamente il decorso perentorio per il compimento dell'opera rispetto al decreto di espropriazione e la mancanza della dichiarazione di pubblica utilità rispetto al decreto di espropriazione.

*essendo di astratta attribuzione del potere abbia la funzione di tutela dell'interesse pubblico, come la prescrizione di carattere formale”.*

Il ragionamento proposto dalla Suprema Corte, quindi, si fondò sulla considerazione che la sussistenza di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, su cui si basa il tradizionale criterio di riparto, sarebbe dovuta essere vagliata alla luce del diritto positivo. In particolare, secondo la Cassazione, si sarebbe reso necessario un accertamento della disciplina del singolo potere in relazione alle due situazioni giuridiche soggettive per verificare se la fissazione di un presupposto o di una condizione per l'esercizio del potere fosse volta o meno a tutelare l'interesse pubblico o specificamente il diritto soggettivo. In questo secondo caso, infatti, la carenza del presupposto o della condizione avrebbe escluso la riferibilità del provvedimento concretamente adottato al potere medesimo ed avrebbe incardinato la giurisdizione dinnanzi al giudice ordinario.

L'affermarsi di detto orientamento, tuttavia, acuì ulteriormente i problemi interpretativi già emersi in occasione dell'elaborazione del criterio della carenza assoluta del potere. In proposito, la dottrina si polarizzò su due differenti orientamenti: uno facente capo agli studi di M.S. Giannini, l'altro a quelli di A.M. Sandulli.

I due Autori, pur impegnati nel comune intento di affrancare il diritto amministrativo dalle teorie della pandettistica<sup>91</sup>, fornirono soluzioni diametralmente opposte dello stesso problema: il primo, giurista “realista” per antonomasia, fondò la propria analisi sulla casistica giurisprudenziale e criticò aspramente la tesi della carenza di potere in concreto, ritenendo ammissibile solo quella in astratto. Egli, infatti, notò che tutti i casi di carenza di potere in concreto potevano essere intesi come casi di cattivo uso del potere e, come tali, come casi di violazione di Legge comportanti l'annullabilità per difetto dei presupposti previsti dalla norma<sup>92</sup>. Quanto al tipo d'illegittimità del provvedimento viziato da carenza assoluta di potere, però, l'Autore non diede mai una soluzione definitiva e mutò opinione per ben quattro volte nel corso della sua vita, tornando in ultimo alla sua intuizione iniziale per la

---

<sup>91</sup> Sull'evoluzione del dibattito dottrinale in materia di vizi dell'atto amministrativo si veda la nota 58 del presente capitolo.

<sup>92</sup> GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, prima edizione, p. 620.

quale la carenza assoluta di potere determinava l'inesistenza (e non già la nullità) del provvedimento amministrativo<sup>93</sup>.

Il secondo, invece, giurista "teorico", prima elaborò una sua tesi sulla inesistenza<sup>94</sup>, poi parametrò detta tesi alla carenza di potere, per come veniva elaborata progressivamente dalla giurisprudenza. Più in particolare, l'Autore individuò tre diverse tipologie di vizi del potere, corrispondenti a tre diverse sanzioni: il difetto di consistenza e titolarità del potere (cioè difetto del soggetto, dell'oggetto, del contenuto, della causa del potere, nonché il difetto d'attribuzione), da cui sarebbe derivata l'inesistenza; il difetto di effettività del potere (mancanza dei presupposti per l'esercizio del potere, quale ad esempio la dichiarazione di pubblica utilità), cui sarebbe stato correlato l'atto esistente lesivo di diritti; l'esercizio difettoso del potere (vizi di legittimità), infine, comportante l'annullabilità. Quella di Sandulli volle essere una ricostruzione del problema che, rompendo con la teoria della pandettistica, riconducesse il diritto amministrativo a regole tutte sue, non mutuata dal diritto privato. Pur rimanendo per molti versi in linea con la teoria giurisprudenziale della carenza di potere in astratto ed in concreto, però, neanche la posizione sandullianna fu recepita pienamente dal diritto vivente e dalla dottrina prevalente<sup>95</sup>, che invece si attestarono sulla tesi della inesistenza del provvedimento

---

<sup>93</sup> Così in, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, pp. 384 e ss. e 428 e ss., dove GIANNINI sostenne che la Cassazione aveva introdotto (anche se con contorni poco nitidi) l'inesistenza dell'atto, definita come "un fatto impeditivo, che crea una situazione oggettiva in presenza della quale l'autore del provvedimento non può esercitare le potestà che dal provvedimento gli provengono e, per converso, legittima l'inottemperanza al provvedimento da parte dell'amministrato". In questo quadro, l'Autore precisò che l'inesistenza è un fenomeno marginale che va limitato a "casi circoscritti", quali: a) quello del provvedimento concretizzantesi in un reato; b) quello della via di fatto, in cui l'autorità pone in essere un comportamento giustificato su un provvedimento mai venuto in essere; c) quello dell'atto adottato al di fuori delle attribuzioni dell'amministrazione agente. L'Autore aggiunse che "la figura della nullità degli atti amministrativi è sconosciuta nel diritto amministrativo positivo come figura generale".

<sup>94</sup> La teoria è rinvenibile in due saggi dell'Autore della fine degli anni Quaranta: *Per la delimitazione del vizio d'incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1948, I, pp. 25 e ss. e 101 e ss., ed *ivi*, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, 1949, I, pp. 125 e ss..

<sup>95</sup> Tra le figure dell'atto amministrativo inesistente vanno ricordati: MONTESANO L., *Sulla riparazione dei sacrifici patrimoniali imposti da atti amministrativi illegittimi*, in *Foro italiano*, 1964, IV, p. 43; VERBARI G.B., *Procedimenti amministrativi in materia di modelli, invenzioni e marchi*, Milano, 1969, p. 108; GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, I, Milano 1983, p. 231

viziato dalla carenza di potere<sup>96</sup>. Presso la giurisprudenza della Suprema Corte, comunque, la carenza di potere in concreto trovò ampio seguito e ne furono affermati in modo pressoché costante ed unanime i principi soprattutto in materia di provvedimenti ablatori adottati in assenza<sup>97</sup> o dopo la scadenza della dichiarazione di pubblica utilità<sup>98</sup>.

---

e ss.; BASSI F., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1969, IV, pp. 89 e ss.; CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, p. 243. Posizione mediana è quella di CORSO G., *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, pp. 127 e ss, secondo cui l'inesistenza è quella situazione in cui l'atto è affetto da carenza di potere in astratto, mentre nel caso di carenza di potere in concreto si avrebbe nullità, in quanto "l'atto esiste ma non degrada il diritto". Parlano di "non esistenza dell'atto", ALESSI R., *Principi di diritto amministrativo*, I, Milano, 1966, pp. 364 e ss.. In senso non dissimile PICOZZA E., *Linee guida di diritto amministrativo*, Padova, 1999, p. 247, per cui "il documento che lo racchiude non ha alcune rilevanza come provvedimento (può averla come atto illecito)".

<sup>96</sup> Va detto che qualche giurista "eretico", che ha voluto salvaguardare la figura della nullità, nel tempo c'è stato: CANNADA BARTOLI E. in *La tutela giudiziaria del cittadino verso l'amministrazione*, Milano, 1964, pp. 18 e ss., infatti, ha sostenuto che il diritto comune va applicato "normalmente e non in via d'eccezione all'autorità amministrativa", per cui il "diritto privato [...] concorre a costituire il diritto amministrativo" e in *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, p. 25 e ss., ha messo in evidenza che la figura dell'inesistenza postula la figura dell'atto privo di valore giuridico e che la nullità prevale sull'inesistenza e l'assorbe in quanto "il concetto d'inesistenza è per sua natura assoluto", stando ad indicare "la mancanza assoluta di valore giuridico", ma l'inesistenza si rivela come un concetto contraddittorio perché una volta che la fattispecie inesistente è oggetto di un giudizio giuridico, la medesima acquista valore giuridico. In altri termini, l'indirizzo in questione aderisce alla tesi di teoria generale del diritto secondo la quale l'inesistenza non è una forma d'invalidità ma la conseguenza che colpisce l'atto nullo in quanto fattispecie inefficace.

<sup>97</sup> Tra le tante si veda, in proposito: Cassazione civile, Sezioni Unite, n. 826 del 11 aprile 1960, in *Giustizia civile*, 1960, I, p. 878, con nota adesiva di SANDULLI A.M., *Mancanza di dichiarazione di pubblica utilità e potere di disapplicazione*; Cassazione civile, Sezioni Unite, n. 1479 del 4 giugno 1960, in *Foro italiano*, 1960, I, 1506; Cassazione civile, Sezioni Unite, n. 2087 del 22 luglio 1960, in *Giustizia civile*, 1960, I p. 1927; Cassazione civile, Sezioni Unite, n. 419 del 28 febbraio 1961, in *Foro italiano*, 1962, I, 1568; Cassazione civile, Sezioni Unite, n. 179 del 2 febbraio 1963, in *Foro italiano*, 1963, I, 1199; Cassazione civile, Sezioni Unite, n. 1172 del 24 aprile 1964, in *Repertorio del Foro italiano*, 1964, sub voce "competenza civile", n. 21; Cassazione, Sezioni Unite, 30 gennaio 1987, n. 191, in *Foro italiano*, 1988, p. 578; Cassazione, Sezione Unite, 10 ottobre 1992, n. 12514, in *Repertorio del Foro italiano*, 1992, sub voce "espropriazione per pubblico interesse", n. 207.

<sup>98</sup> Tra le tante si veda, in proposito Cassazione, Sezioni Unite, 12 giugno 1984, n. 3478, in *Repertorio del Foro italiano*, 1984, sulla voce "Espropriazione per pubblico interesse", n. 207.

La carenza di potere in concreto, del resto, consentì al giudice ordinario di riconquistare il terreno che era stato perso nei confronti del giudice amministrativo a seguito del Concordato del 1930: se con la carenza di potere in astratto, infatti, egli aveva potuto occuparsi solo del riscontro della presenza del presupposto soggettivo dell'atto, con la carenza di potere in concreto tornò ad indagare su tutti gli altri presupposti, compresa la situazione storico ambientale, e quindi su tutte le condizioni e gli elementi che erano presenti nella fattispecie che definiva il singolo potere e che erano espressi in termini elastici, come la pubblica utilità e l'urgenza.

Supportato dalla carenza di potere, in alcuni casi<sup>99</sup>, il giudice ordinario arrivò perfino a controllare l'esercizio del potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione.

Fu per questo che il giudice amministrativo mostrò da subito ostilità nei confronti della carenza di potere in concreto, proprio e soprattutto nella materia dell'espropriazione per pubblica utilità ed in particolare nei casi di qualificazione del provvedimento ablatorio emesso dopo la scadenza della dichiarazione di pubblica

---

<sup>99</sup> In tal senso si veda Cassazione Civile, Sezioni Unite, n. 2693 del 21 agosto 1972, pubblicata in *Giustizia civile*, 1972, I, p. 1924, relativa ad un caso nel quale era stato adottato un provvedimento d'urgenza in situazione di calamità naturale. La Cassazione ebbe a statuire “*che il fatto obiettivo dell'urgenza assume [...] il carattere [...] di una condicio juris del potere, è un limite per l'insorgenza di esso proprio a garanzia del diritto da sacrificare, la ragione del provvedimento extra ordinem che non può formare oggetto di valutazione assolutamente discrezionale: certo la forza esecutiva del provvedimento non può essere paralizzata, ma l'effetto dell'affievolimento del diritto non si realizza se la cennata condizione non sussiste obiettivamente e non è riscontrata dall'autorità giudiziaria ordinaria*”. Il caso è eccezionale in quanto, trattandosi di un caso in cui l'amministrazione godeva di amplissima discrezionalità, l'atto sarebbe sfuggito a qualsiasi controllo da parte del giudice ordinario. Assai vicine al controllo del potere discrezionale sono anche Cassazione Civile, Sezioni Unite, n. 4883 del 30 luglio 1980, in *Foro italiano*, 1980, I, 2413, che ritenne adottato in carenza di potere l'ordinanza di requisizione di un immobile al fine di adibirlo a scuola ritenendo non esistenti in astratto i motivi d'igiene, edilizia e sicurezza pubblica, che in base alla Legge legittimavano l'esercizio di tale potere, e Cassazione Civile, Sezioni Unite, n. 3948 del 23 aprile 1987, in *Giustizia civile*, 1987, I, p. 2272, che afferma il difetto di potere del sindacato ad adottare provvedimenti di requisizione di alloggi per sistemare due famiglie di senza tetto, in quanto sarebbe stato di “lampante evidenza” l'assenza di interesse pubblico.

utilità ovvero in base ad una dichiarazione non contenente i termini d'inizio e completamento dei lavori e per l'adozione del decreto di esproprio<sup>100</sup>.

## **12. La legislazione successiva alla Costituzione.**

Se dopo l'avvento della Carta Costituzionale il dibattito sul riparto di giurisdizione e sui problemi da esso discendenti non risultava sopito, tardava invece a decollare il sistema di giustizia amministrativa che proprio la Costituzione aveva inteso delineare: l'articolo 125 della Costituzione, infatti, aveva impegnato il legislatore ad effettuare una profonda riforma della giustizia amministrativa, elevando gli organi periferici di detta giurisdizione dal rango provinciale (le Giunte provinciali) a quello regionale, in armonia con il nuovo assetto delle autonomie che vedeva la Regione sostanzialmente protagonista del decentramento istituzionale.

Il legislatore ordinario, tuttavia, era rimasto inerte<sup>101</sup> e non aveva attuato quanto previsto dalla predetta disposizione, così che il giudice delle Leggi fu costretto prima ad affermare che il termine indicato nella VI disposizione transitoria e finale della Costituzione era ordinatorio e che i giudici speciali preesistenti e non espressamente menzionati dalla Costituzione non erano stati caducati automaticamente<sup>102</sup>. Poi, con una nutrita serie di pronunce d'incostituzionalità<sup>103</sup>,

---

<sup>100</sup> Sul primo profilo, mentre con le decisioni del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, nn. 5 e 6 del 30 maggio 1962, rispettivamente in *Foro italiano*, 1962, III, 260 e *Giustizia amministrativa*, 1962, I, p. 1568, si ritenne la giurisdizione del giudice amministrativo sostenendo che nella specie la dichiarazione di pubblica utilità non aveva perduto i suoi effetti, a partire dalla pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria n. 24 del 1964, in *Giustizia civile*, 1965, II, p. 129, negli stessi casi il giudice amministrativo si orientò per riscontrare semplicemente il cattivo uso del potere. Analoga divisione si presentò in materia di mancata prefissione dei termini precedentemente indicati nella dichiarazione di pubblica utilità sul successivo provvedimento ablatorio.

<sup>101</sup> Le uniche iniziative legislative in materia di giustizia amministrativa che seguirono alla Costituzione furono: il Decreto Legislativo 15 novembre 1946, n. 367, con il quale s'istituì la Giunta giurisdizionale amministrativa per la Valle d'Aosta, successivamente abolita dal T.A.R. aostano; il Decreto Legislativo 6 maggio 1948, n. 654, con il quale s'istituì il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in attuazione dell'articolo 23 dello Statuto speciale della Sicilia; il Decreto Legislativo 5 maggio 1948, n.642, che portò da due a tre le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato con l'istituzione della VI Sezione.

<sup>102</sup> Si fa riferimento alla sentenza n. 41 dell'11 marzo 1957, pubblicata in *Giustizia Costituzionale*, 1957, p.511, con la quale la Corte Costituzionale si pronunciò, in relazione alle disposizione dell'articolo 102 ed



nell'arco di meno di due anni il giudice costituzionale smantellò tutto il sistema degli organi locali di giustizia speciale.

---

alla VI disposizione transitoria della Costituzione, sulla legittimità degli articoli dal 22 al 32 del Decreto Legge 7 agosto 1936, n. 1639, e dal 1 al 10 del Regio Decreto 8 luglio 1937, n. 1516, con i quali si determinavano la competenza e il funzionamento delle Commissioni per la risoluzione delle controversie in materia di imposte dirette e di imposte indirette sugli affari. La Corte non ritenne fondata la tesi che sosteneva essere perentorio il termine di cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione, fissato dalla VI disposizione transitoria della Costituzione stessa, entro il quale si sarebbe dovuto procedere alla "revisione" degli organi speciali di giurisdizione esistenti. Il giudice delle Leggi motivò detta interpretazione della norma costituzionale affermando: *"ai fini della dimostrazione della non perentorietà del termine, deve osservarsi che al differimento dell'entrata in vigore del principio della unità della giurisdizione, rispetto alle giurisdizioni speciali, non ha corrisposto, nella Costituzione, un'espressa comminatoria di cessazione del funzionamento delle giurisdizioni speciali. In difetto di una tale norma sanzionatoria, per sostenere l'avvenuta soppressione delle giurisdizioni speciali esistenti, bisognerebbe dimostrare, per altra via, l'esistenza di una prescrizione del genere, implicita nel sistema. E però questa è una dimostrazione che non si riesce a dare in modo convincente. Non è possibile, in primo luogo, argomentare dal termine in sé e per sé preso. La diversa natura del termine - se perentorio o soltanto ordinatorio - assume importanza nel campo del diritto privato e in quello processuale, specialmente nel senso che, in questi campi, decorso un termine perentorio, non possono più compiersi gli atti che entro quel termine dovevano essere compiuti. Diverso invece è l'effetto del termine nei più vasti campi dell'attività amministrativa e di quella costituzionale, nei quali non si tratta di tutelare soltanto interessi privati, ma interessi pubblici, ed anche gli interessi privati sono tutelati sotto la sfera del pubblico interesse. In tali campi, anche se si tratti di termini che appaiano perentori, non cessa, dopo il loro decorso, salvo i casi in cui il termine sia in modo tassativo stabilito dalla legge, il potere - che nello stesso tempo è dovere - della pubblica autorità di dare adempimento alle prescrizioni di legge. Nel campo dell'attività amministrativa, il decorso del tempo può solo facultare l'organo gerarchico superiore a sostituirsi a quello inferiore che non abbia adempiuto a quelle prescrizioni, salvo eventuali responsabilità amministrative o disciplinari a carico dell'organo oscitante o inadempiente. Nel campo costituzionale ciò è ancora più evidente, giacché non vi è alcun dubbio che permanga quel potere-dovere anche dopo il decorso del termine, con conseguente responsabilità - soprattutto di natura politica - qualora l'organo cui ne spettava l'esercizio non abbia provveduto in tempo"*.

<sup>103</sup> La prima sentenza fu la n. 93 del 27 dicembre 1965, con la quale la Corte Costituzionale dichiarò l'illegittimità delle norme che attribuivano ai consigli comunali e provinciali la materia del contenzioso elettorale, in quanto esse non garantivano l'imparzialità del giudicante. Seguirono la n. 55 del 3 giugno 1966, la n. 30 del 22 marzo 1967 e la n. 33 del 20 aprile 1968, con le quali la Corte dichiarò l'incostituzionalità rispettivamente dei Consigli di Prefettura, delle Giunte provinciali amministrative e della Giunta provinciale per la Valle d'Aosta.

A seguito di dette pronunzie, allora, il Consiglio di Stato attrasse in un unico grado tutte le materie di competenza degli organi soppressi e rimase l'unico organo di giustizia amministrativa del nostro Paese.

Detta situazione si protrasse fino 1971, anno in cui il legislatore con la Legge n. 1034 istituì i Tribunali amministrativi regionali e generalizzò il doppio grado della giurisdizione amministrativa per tutte le controversie che in quel momento erano di competenza del Consiglio di Stato.

Si trattò del più importante intervento realizzato in materia di giustizia e giurisdizione amministrativa dopo l'entrata in vigore della Costituzione.

La predetta Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, infatti, trasformò il Consiglio di Stato da giudice unico della giurisdizione amministrativa in giudice d'appello delle sentenze pronunciate dai T.A.R. (con l'eccezione delle funzioni di giudice dell'ottemperanza delle sentenze pronunciate dal giudice ordinario nei confronti di amministrazioni svolgenti la propria attività al di fuori di una sola Regione, nonché delle pronunce dello stesso Consiglio di Stato di riforma delle sentenze del primo grado)<sup>104</sup>.

Abolì, poi, l'obbligatorietà del ricorso amministrativo ordinario quale presupposto indispensabile per poter adire il giudice amministrativo<sup>105</sup>. Ampliò, inoltre, le materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, fino ad allora limitate ai casi previsti dall'articolo 29 del Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato e dall'articolo 4 del Testo unico sulle Giunte provinciali amministrative<sup>106</sup>, includendovi con la previsione dell'articolo 5, la materia delle

---

<sup>104</sup> Va evidenziato che la Legge costitutiva dei T.A.R., con la previsione dell'articolo 37, estese per la prima volta il giudizio di ottemperanza, fino ad allora previsto per le sole sentenze del giudice ordinario, alle pronunce del giudice amministrativo, traducendo in norma quello che era stato un consolidato orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione. Sul punto si veda *supra*, nota 23.

<sup>105</sup> Questa disposizione trovò riscontro in analoghe disposizioni del D.P.R. n. 1199 del 24 novembre 1971, con il quale il Governo riordinò il settore dei ricorsi amministrativi, dandovi una più organica disciplina.

<sup>106</sup> A cui s'erano aggiunte le controversie in materia: di censura cinematografica, prevista dall'articolo 8 della Legge n. 21 aprile 1962, n. 161; di decadenza e incompatibilità dei consiglieri regionali della Valle d'Aosta, prevista dall'articolo 30 della Legge 7 agosto 1962, n. 1257; di passaporti, prevista dall'articolo

concessioni di beni e servizi<sup>107</sup> e, con la previsione dell'articolo 6, la materia delle operazioni elettorali relative alle elezioni amministrative.

Attribuì, infine, con la previsione dell'articolo 26, la possibilità per il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva di condannare l'Amministrazione al pagamento di somme di denaro<sup>108</sup>.

---

11 della Legge 21 novembre 1967, n. 1185; ed infine, in materia di commercio, prevista dall'articolo 32 della Legge 11 giugno 1971, n. 426.

<sup>107</sup> Fu fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie concernenti le indennità, i canoni e gli altri corrispettivi delle concessioni. Fu fatta, altresì, salva la giurisdizione dei Tribunali delle acque pubbliche e del Tribunale superiore delle acque pubbliche, nelle materie indicate agli articoli 140-144 del Testo unico 11 dicembre 1933, n. 1775. Sull'argomento FAVARA F., *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di rapporti di concessione e la concessione contratto*, in *Rassegna Avvocatura di Stato*, 1974, vol. I, p. 1109; DELFINO B., *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni*, in *quaderni ISGEA*, 1976, P. 49; CORASANITI A., *La nuova giurisdizione in materia di concessioni dopo l'art. 5 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034*, in *quaderni ISGEA*, 1976, p. 16; ROHERSSEN G., *Brevi osservazioni sulla nuova giurisdizione in materia di concessioni*, in *Rassegna lavori pubblici*, 1976, vol. I, p. 75; BARBIERI E.M., *Giurisdizione esclusiva nel giudizio amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, p. 12.

<sup>108</sup> Sul tema dell'istituzione dei T.A.R. la dottrina è sconfinata. Si vedano, tra gli altri: STANCAMPIANO E., *Ragioni dell'avvento dei TAR*, in *Nuova rassegna*, 1972, pp. 1287 e ss.; VUCUSA R., *I T.A.R. nei riflessi dell'ordinamento regionale*, in *Funzione amministrativa*, 1972, pp. 952 e ss.; CARNEVALE P., *Gli istituendi T.A.R.*, in *Nuova rassegna*, 1970, pp. 2387 e ss.; SCOTTO I., *I T.A.R.*, in *Consiglio di Stato*, 1971, supplemento 10, p.3; SORRENTINO A., *Brevi note sulle norme transitorie della legge istitutiva dei T.A.R.*, in *Consiglio di Stato*, 1971, supplemento 10, p. 8; AMOROSINO E., *Interpretazione delle norme transitorie contenute negli atti 38 e 42 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, istitutiva dei T.A.R.*, in *Amministrazione italiana*, 1972, pp. 1137 e ss.; ANDRIOLI V., *Curatori al ventre per i T.A.R.*, in *Foro italiano*, 1972, III, 105; BALESTRA F., *I T.A.R.*, in *Nuova Rassegna*, 1971, pp. 2369 e ss.; BALLERINI A., *Alcune considerazioni sulla composizione dei T.A.R.*, in *Atti XVII Convegno Scienza amministrativa- Varenna 1971*, p. 524; COGO G.P. e altri, *I T.A.R.*, in *Avvocatura degli enti pubblici*, 1972, pp. 14 e ss.; CONTARDI G., *Schema per una discussione in tema di giustizia amministrativa*, in *Atti Varenna cit.*, pp. 515 e ss.; DE PAOLA F., *Sulla istituzione dei T.A.R. con riguardo alla Regione siciliana*, in *Rivista Amministrativa*, 1972, pp. 759 e ss.; GALLO N., *La difficile nascita dei T.A.R.*, in *Rivista trimestrale pubblica*, 1972, p. 450; LUCIFREDDI R., *I T.A.R.*, in *Atti di Varenna cit.*, pp. 407 e ss.; GIANNINI M.S., *Tribunali Amministrativi Regionali*, in *Temi romani*, 1972, pp. 903 e ss.; LUBRANO F., *Aspetti interpretativi e costituzionali dell'attuazione della legge sui T.A.R.*, in *Rivista Amministrativa*, 1972, pp.1 e ss.; LUGO A., *T.A.R. e diritto transitorio*, in *Giustizia civile*, 1972, II, pp. 93 e ss.; MAINELLI G., *Istituzione de T.A.R. e riordinamento della materia dei ricorsi amministrativi*, in *Amministrazione italiana*, 1972, p.183; MANFREDI M., *Tramonto di un'illusione*, in

Nel ventennio che seguì all'istituzione dei T.A.R., il legislatore non apportò grossi cambiamenti al sistema del riparto di giurisdizione e della giustizia amministrativa.

Gli unici rilevanti mutamenti che si registrarono, infatti, consistettero nella previsione del D.P.R. 21 aprile 1973, n. 214, recante il regolamento di esecuzione della Legge n. 1034; nell'articolo 16 della Legge 27 gennaio 1977, n. 10, che ricondusse alla cognizione del giudice amministrativo le controversie riguardanti le concessioni edilizie, il contributo di concessione e le sanzioni amministrative per gli abusi edilizi<sup>109</sup>; nel D.P.R. 27 aprile 1978, n. 204, del con cui si attuarono alcune norme dello Statuto speciale siciliano in materia di composizione del Consiglio di

---

*Nuova rassegna*, 1971, pp. 1963 e ss.; MARTINO A., *Ancora sui T.A.R.*, in *Nuova rassegna*, 1971, pp. 2121 e ss.; NIGRO M., *La legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali*, in *Consiglio di Stato*, 1972; ORSI BATTAGLINI, *I tribunali amministrativi regionali e la continuità dello Stato liberale*, in *Quale Giustizia*, 1972, pp. 366 e ss.; PASINI G., *Un problema di mancato coordinamento tra le nuove norme di giustizia amministrativa*, in *Rivista amministrativa*, 1972, pp. 609 e ss.; ROHERSEN G., *I tribunali amministrativi regionali nel quadro della giustizia amministrativa. I tribunali amministrativi e l'ordinamento regionale*, in *Rivista amministrativa*, 1972, pp. 317 e ss.; VIRGA P., *Il tribunale amministrativo della Sicilia*, in *Osservatorio legislativo*, 1972; ANDRIOLI V., *Rapporti tra giudice ordinario e amministrativo e istituzione dei tribunali amministrativi regionali. Ancora a proposito dei tribunali amministrativi regionali nelle controversie d'impiego dei dipendenti di enti*, in *Foro italiano*, 1973, vol. I, 1011; CANNADA BARTOLI E., *La legge sui tribunali amministrativi regionali ed i limiti della giurisdizione amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, pp. 1970 e ss.; FAZZALARI E., *Il doppio grado nella legge sui tribunali amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, pp. 1898 e ss.; LUBRANO F., *Problemi in tema di competenza dei tribunali amministrativi regionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, pp. 1920 e ss.; CAIANELLO V., *Problemi di giurisdizione e competenza nella legge istitutiva dei tribunali regionali amministrativi*, in *Atti della tavola rotonda sul processo amministrativo (Bologna, 1973)*, pp. 29 e ss.; DE ROBERTO A., *I tribunali amministrativi: le vicende che hanno portato alla loro istituzione*, in *Foro amministrativo*, 1984, II, pp. 251 e ss..

<sup>109</sup> Sulla Legge sull'edificabilità dei suoli, si veda PREDIERI A., *La legge 28 gennaio 1977 n. 10 sull'edificabilità dei suoli*, Milano, 1977; ALESSI R., *Primi rilievi sulla l. 28 gennaio 1977 n. 10 sull'edificabilità dei suoli*, in *Consiglio di Stato*, 1976, vol. II, p. 1387; D'ANGELO L., *Regime dei suoli e disciplina dell'attività costruttiva*, in *Rivista giuridica ed.*, 1977, vol. II, p. 113; AA.VV., *Norme sulla edificabilità dei suoli, Commentario* a cura di SHLESINGER P., ne *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1978, pp. 1 e ss.; BESSONE M., *Edificabilità dei suoli, rendita urbana e pubblici poteri di governo del territorio*, in *Giurisprudenza di merito*, 1978, vol. IV, p. 245; MAZZAROLLI L., *Sul regime della proprietà immobiliare*, in *Rivista di diritto civile*, 1978, vol. I, p. 1.

Giustizia Amministrativa; nella Legge 27 maggio 1982, n. 186, di riforma dell'ordinamento della giustizia amministrativa, con la quale tra l'altro fu istituito l'organo di autogoverno della magistratura amministrativa; nel D.P.R. 6 aprile 1984, n. 426, con il quale si creò il Tribunale Amministrativo nella Regione Trentino Alto Adige; nella Legge 8 giugno 1986, n. 349, con la quale si attribuì a certi soggetti in possesso di dati requisiti la legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo per la tutela di interessi riconducibili alla categoria degli interessi diffusi.

### **13. Il riparto di giurisdizione alla fine del XX secolo.**

Agli inizi degli anni Novanta, dopo quasi vent'anni di "torpore normativo", il legislatore tornò ad interessarsi della materia del riparto di giurisdizione ed iniziò a manifestare i primi intenti "espansionistici" in ambito di giurisdizione amministrativa esclusiva.

Più in particolare, con l'ultimo comma dell'articolo 11 della Legge 7 luglio 1990, n. 241, attribuì alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi conclusi tra Amministrazione e cittadino, atti a determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero a sostituirlo<sup>110</sup>.

Fu così che, per la prima volta nella storia del diritto italiano, il giudice amministrativo venne investito della tutela di diritti soggettivi ed interessi legittimi in assenza di un provvedimento o di un comportamento che potesse essere ritenuto espressione del suo potere pubblico, ed in presenza solamente di un atto bilaterale imputabile congiuntamente all'amministrazione ed al cittadino.

---

<sup>110</sup> Sul contratto di diritto pubblico, senza alcuna pretesa di completezza, si rinvia a GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, pp. 857 e ss.; TOMEI R., *L'accordo di programma nella legislazione per il Mezzogiorno, profili generali ed istituzionali*, in *Archivio giuridico Serafini*, 1992, p. 37; PIZZI A., *Le convenzioni amministrative: considerazioni sul regime giuridico applicabile*, in *Rivista trimestrale diritto processuale civile*, 1985, p. 288; FERRARA R., *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985; QUARANTA R., *Il principio di contrattualità dell'azione amministrativa e gli accordi procedurali, normativi e di organizzazione*, in *Consiglio di Stato*, 1986, vol. II, p. 1199; GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato – I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986; AZZARITI G., *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, cit., vol. III, p. 99; BERTI G., *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, cit., vol. II, p. 49.

In ordine temporale, poi, seguirono la Legge 14 novembre 1995, n. 481, istitutiva dell'Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, e la Legge 31 luglio 1997, n. 249, istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, nelle quali rispettivamente agli articoli 2, comma 25, e all'articolo 1, comma 26, si attribuirono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative agli atti delle due Autorità istituite.

Fu, però, con il Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 80, che il Legislatore spinse al massimo l'allargamento dei confini della giurisdizione esclusiva, conferendo al giudice amministrativo la cognizione sulle controversie in materia di pubblici servizi<sup>111</sup> e quella sulle controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia.

Il Decreto legislativo, inoltre, modificò il testo dell'articolo 7 della Legge n. 1034 del 1971, consentendo al Giudice amministrativo, nelle nuove materie di giurisdizione esclusiva, di disporre la reintegrazione in forma specifica della posizione giuridica violata e di adoperare tutti i poteri istruttori (fatta eccezione per il giuramento e l'interrogatorio formale), che fino ad allora erano rimasti propri del giudice ordinario.

In tal modo il legislatore, da un lato intese riequilibrare il "peso" delle due giurisdizioni<sup>112</sup>, compensando il transito della materia del pubblico impiego dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a quella del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro<sup>113</sup> con l'attribuzione alla cognizione del giudice

---

<sup>111</sup> Il legislatore fu portato a rimodellare la giurisdizione in materia di servizi pubblici, eliminando le parole "o di servizi" dall'articolo 5 della Legge n.1034 del 1971, e limitando così la portata della norma alle sole concessioni di beni, anche in ragione del fatto che nel rispetto della normativa comunitaria le concessioni di pubblici servizi erano state in gran parte sostituite da contratti che, come già le concessioni, erano divenuti veri e propri strumenti di programmazione del servizio pubblico. I concessionari di servizi pubblici, pertanto, erano stati sostituiti il più delle volte da soggetti di diritto privato che non adottavano in senso formale provvedimenti amministrativi, non avevano un'attività procedimentalizzata e, nel caso delle società miste, non obbedivano alle regole dell'evidenza pubblica.

<sup>112</sup> In tal senso, FORLENZA O., *Per Servizi ed urbanistica giudice unico è il Tar*, in *Guida al diritto*, 1998, fasc. 16, p. 108.

<sup>113</sup> La scelta di attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la materia di pubblico impiego era rimasta confermata nel tempo sin dal 1924. La Legge quadro del 1983, infatti, pur

amministrativo delle materie dei servizi pubblici e dell'urbanistica. Dall'altro lato, estese ai nuovi casi di giurisdizione esclusiva il principio fissato dalla Legge 19 febbraio 1992, n. 142, di recepimento della Direttiva comunitaria 89/665/CEE, per il quale chiunque avesse subito danni a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario nell'ambito degli appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento, avrebbe potuto chiedere all'Amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno<sup>114</sup>.

Contemporaneamente, anche il quadro giurisprudenziale in materia di giurisdizione e di tutela degli interessi legittimi iniziò a mutare: dopo quasi vent'anni dall'ultima pronuncia in materia (il precedente è dato dall'ordinanza della Corte n. 3 del 23 febbraio 1980), infatti, la Corte Costituzionale si ripronunciò sul problema del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi.

Decidendo sulla questione di costituzionalità sollevata nel corso di un giudizio promosso da un ente pubblico nei confronti di un Comune per il risarcimento dei danni conseguenti all'illegittimo diniego della concessione edilizia per la realizzazione di opere relative alla captazione delle acque, la Corte Costituzionale nella sentenza n. 165 dell'8 maggio 1998<sup>115</sup>, dichiarò inammissibile la questione di

---

estendendo al processo del pubblico impiego innanzi il giudice amministrativo tutta la normativa contenuta nel Libro secondo del Codice di procedura civile, aveva ribadito all'articolo 28 la necessità di conservare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblico impiego. La ragione giustificatrice di detta scelta era ravvisata nella maggiore contiguità del giudice amministrativo alla pubblica amministrazione, la quale facilitava ai fini processuali l'acquisizione di atti, documenti e prove, e nella più semplice procedura di instaurazione del giudizio d'ottemperanza per dare esecuzione alle sentenze. La situazione mutò con la previsione dell'articolo 2 della Legge n. 421 del 1992 e con il dicendente Decreto Legislativo n. 29 del 1993, che recepirono interamente per il pubblico impiego la normativa in materia di lavoro subordinato, dettata dal Codice civile. Si ritenne, allora, che le ragioni che avevano indotto a prevedere la giurisdizione esclusiva per il pubblico impiego fossero venute meno e, conseguentemente, si fece trasmigrare detta materia dalla cognizione del giudice amministrativo a quella del giudice ordinario.

<sup>114</sup> Richiesta che sarebbe dovuta esser fatta al Giudice ordinario dopo aver ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del Giudice amministrativo. Per un approfondimento sull'argomento si veda PROTO M., *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997.

<sup>115</sup> La pronuncia è pubblicata tra l'altro in: *Giustizia civile*, 1998, I, 1763 e ss.; *Responsabilità civile e previdenziale*, 1998, 969 con nota di PROTO M.; *Foro italiano*, 1998, I, 3485, con nota di CARANTA

legittimità costituzionale dell'articolo 2043 del Codice civile, in riferimento agli articoli 3, 24 e 113 della Costituzione, e, tuttavia, non mancò di avvertire che l'indirizzo interpretativo della giurisprudenza sul danno ingiusto risultava inadeguato e che il “*problema di ordine generale*” richiedeva “*prudenti soluzioni normative, non solo nella disciplina sostanziale ma anche nel regolamento delle competenze giurisdizionali*” e nelle scelte tra misure risarcitorie, indennitarie, reintegrative in forma specifica e ripristinatorie ed infine nella delimitazione delle utilità economiche suscettibili di ristoro patrimoniale nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Anche sulla scorta del predetto pronunciamento, allora, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione pronunciarono la storica sentenza n. 500 del 22 luglio 1999<sup>116</sup>,

---

R.; *Urbanistica ed appalti*, 1998, 6, p. 623 con nota di CARINGELLA F.; *Corriere giuridico*, 1998, 6, p. 651, con nota di CARBONE).

<sup>116</sup> Sentenza pubblicata tra l'altro in: *Giustizia civile*, I, 2261, con nota di MORELLI A.; *Danno e responsabilità*, 199, 10, 965, con nota di CARBONE V., MONATERI P.G.; *Rivista dell'arbitrato*, 2000, 47, con nota di SANDULLI M.A.; *Contratti*, 1999, 10, 869, con nota di MOSCARINI L.; *Giurisprudenza italiana*, 2000, 1380, con nota di PIZZETTI F.; *Corriere giuridico*, 1999, 11, 1367, con nota di DI MAJO, MARICONDA; *Foro italiano*, 1999, I, 2487, 3201, con nota di CARANTA R., FRACCHIA F., ROMANO A.; *Foro amministrativo*, 1999, con nota di CAIANELLO V., DELFINO B.; *Urbanistica ed appalti*, 1999, 1067, con nota di PROTO M.. Si vedano anche ALIBRANDI T., *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Cassazione relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi: continua il dibattito*, in *Giustizia civile*, 2000, II, p. 199; MANZI A., *La risarcibilità da lesione d'interesse legittimo nella sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Temi romana*, 2000, I, p. 1026; ALPA G., *Prime riflessioni sulla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Cassazione relativa alla lesione degli interessi legittimi*, in *Giustizia civile*, 1999, II, p. 427, ed ivi: SANINO M. e STELLA RICHTER P., *Prime riflessioni sulla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Cassazione relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Giustizia civile*, 1999, II, p. 427; IANNOTTA R., *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Cassazione relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi: continua il dibattito*, in *Giustizia civile*, 1999, II, p. 509; BILE F., *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, 4, p. 897; SATTA F., *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1999, 5, 317; AZZARITI G., *La risarcibilità degli interessi legittimi tra interpretazioni giurisprudenziali e interventi legislativi. Un commento alla sentenza n. 500 del 1999 della Corte di Cassazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, 6, p. 4062; ALPA G., *La sentenza n. 500/1999 in tema di lesione di interessi legittimi. Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, II, p. 373.



con la quale infransero il tabù della irrisarcibilità dei danni derivanti dalla lesione di un interesse legittimo<sup>117</sup>: la Suprema Corte, chiamata a decidere sul regolamento di giurisdizione proposto da un'amministrazione comunale convenuta in giudizio da un soggetto privato per ottenere in sede giudiziale il risarcimento del danno scaturito dall'adozione di un provvedimento amministrativo già annullato dal giudice amministrativo, proclamò il principio di diritto sostanziale per il quale anche la lesione di un interesse legittimo può provocare un danno ex articolo 2043 C.c. e riconobbe la primarietà del criterio di riparto diritti - interessi fissato in Costituzione. Rilevò, inoltre, che l'espansione della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, pur avendo il merito di meglio garantire la piena tutela del cittadino con l'ottenimento dell'effetto caducatorio e di quello risarcitorio in un unico contesto giurisdizionale, doveva rimanere un'eccezione alla regola.

La Cassazione, quindi, affermò a chiare lettere che la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto, determina in capo al cittadino una posizione giuridica soggettiva di pieno diritto soggettivo, nettamente distinta dalla posizione giuridica lesa e, conseguentemente, che il cittadino può o far valere l'interesse innanzi al giudice amministrativo ed il diritto soggettivo innanzi al giudice ordinario, oppure può ottenere giustizia ricorrendo al Giudice ordinario che, senza i condizionamenti del preventivo esperimento del giudizio amministrativo

---

<sup>117</sup> Tabù risalente alla metà del Ventesimo secolo, come osservato da CARANTA R. in *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Milano, 1993, VII. In realtà, per quanto riguardava gli interessi oppositivi, il risarcimento del danno era stato ammesso dalla giurisprudenza già in tempi piuttosto risalenti (si vedano, in tal senso: Cassazione Civile, Sezioni Unite, n. 5429 del 18 ottobre 1979, in *Massimario della Giustizia civile*, 1979, f. 10; id., n.12316 del 18 novembre 1992, in *Massimario della Giustizia civile*, 1992, f. 11; id., n. 6542 del 9 giugno 1995, in *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, 1, p. 191). Anche per quanto riguardava i c.d. diritti "affievoliti *ab origine*", ossia le posizioni giuridiche soggettive di interesse legittimo di chi, destinatario di un atto amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica, era stato successivamente privato dall'amministrazione con un atto di secondo grado dei relativi benefici, la giurisprudenza ne aveva riconosciuto la risarcibilità prima del 1999 (si vedano, in tal senso: la storica sentenza della Cassazione Civile, Sezioni Unite, n. 5145 del 5 ottobre 1979, in *Massimario del Foro italiano*, 1979; id., n.656 del 3 febbraio 1986, in *Massimario della Giustizia civile*, 1986, f. 2; id., n. 2436 del 19 marzo 1997, in *Giustizia civile*, 1997, I, p. 2785; id., n.3384 del 2 aprile 1998, in *Massimario della Giustizia civile*, 1998, p. 703). Le uniche posizioni giuridiche rimaste sprovviste di tutela risarcitoria prima del 1999 erano, dunque, gli interessi legittimi pretensivi.

caducatorio dell'atto lesivo, può conoscere dell'illegittimità della condotta dell'amministrazione in via incidentale<sup>118</sup>.

Dal canto suo, il Consiglio di Stato con la monumentale ordinanza n. 1 del 30 marzo 2000, affermò che a seguito del citato Decreto Legislativo n. 80 del 1998, il criterio di riparto fissato dalla Costituzione aveva ceduto il passo a quello per materia senza che ciò avesse comportato la violazione del dettato costituzionale<sup>119</sup>.

Riprendendo posizioni presenti *in nuce* nella predetta sentenza n. 500 del 1999<sup>120</sup> e già espresse nel parere n. 30 del 1998 reso dall'Adunanza Generale<sup>121</sup>, infatti, il Consiglio di Stato giunse ad affermare che la norma delegante, cui erano seguiti gli articoli 33, 34 e 35 del Decreto Legislativo n. 80 del 1998, aveva segnato “*un cambiamento di rilievo storico dell'ordinamento*”, poiché aveva notevolmente ampliato le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo fino a ribaltare il rapporto di regola-eccezione che fino a tempi molto recenti l'aveva legata al criterio basato sulla consistenza delle posizioni giuridiche sostanziali coinvolte, rendendo “*ormai residuale il tradizionale criterio generale basato sulla distinzione fra diritti ed interessi legittimi*”. Ciò sarebbe stato consentito, secondo il massimo

---

<sup>118</sup> Per una lettura critica della pronuncia in questione si veda il paragrafo 4 del successivo capitolo.

<sup>119</sup> La pronuncia si occupava della materia del servizio farmaceutico, con particolare riguardo al problema se, *in subjecta materia*, la nozione di servizio pubblico fosse tale da ricomprendere anche i rapporti posti, per così dire a monte rispetto all'erogazione del servizio all'utente finale (in particolare, i rapporti tra le farmacie convenzionate e le AA.SS.LL.), ovvero soltanto i rapporti posti, per così dire a valle della stessa materia (in particolare le prestazioni finali di servizi fornite dalle farmacie convenzionate agli utenti del S.S.N.). La soluzione fornita fu quella di dare alla nozione di servizio pubblico l'accezione più vasta possibile, tale da ricomprendere anche i servizi resi dai gestori privati di farmacie, intesi come gestori di pubblici servizi e rientranti, pertanto, nella previsione dell'articolo 33 del Decreto Legislativo n. 80 del 1998. L'ordinanza è pubblicata, tra l'altro, in *Foro amministrativo*, 2000, p. 768 e 2555; *Giurisprudenza italiana*, 2000, p. 2177; *Urbanistica ed appalti*, 2000, p. 617 con nota di PISANI; *Foro italiano*, 2000, vol. III, col. 365, con nota di FRACCHIA F.; *Giurisprudenza italiana*, 2000, p. 2177, con nota di MIRATE S.; *Corriere giuridico*, 2000, vol. 5, p. 594, con nota di CARBONE V..

<sup>120</sup> Si fa riferimento alla parte in cui la Suprema Corte afferma: “*risulta in tal modo compiuta dal legislatore una decisa scelta nel senso del superamento del tradizionale sistema del riparto della giurisdizione in riferimento alla dicotomia diritto soggettivo – interesse legittimo, a favore della previsione di un riparto affidato al criterio della materia*”.

<sup>121</sup> Il citato parere fu emesso dall'Adunanza Generale sullo schema di Decreto Legislativo poi divenuto Decreto n. 80 del 1998.

organo di giustizia amministrativa, dal fatto che “l’art. 103 Cost., coordinato con l’articolo 113, 1° co., riserva all’esclusiva giurisdizione amministrativa le controversie riguardanti gli interessi legittimi ma rimette alle valutazioni discrezionali del Legislatore ordinario l’individuazione dei casi in cui il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa conoscano anche di diritti soggettivi”.

Le Sezioni unite della Cassazione, dal canto loro, con le sentenze n. 71 e 72 dello stesso 30 marzo 2000, tornarono a ribadire l’eccezionalità del criterio di riparto per materie<sup>122</sup>. In particolare, nella pronuncia n. 72, le Sezioni Unite affermavano che il disposto dell’articolo 103 della Costituzione avrebbe costituito un impedimento all’*“indiscriminata estensione”* delle ipotesi di giurisdizione esclusiva<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> Le pronunce sono pubblicate in: *Giornale di diritto amministrativo*, vol. 6, p. 573, con nota di TRAVI A.; *Giurisprudenza italiana*, 2000, p. 2177, con nota di MIRATE S.; *Corriere giuridico*, 2000, vol. 5, p. 591, con nota di CARBONE V.; *Urbanistica ed appalti*, 2000, vol. 6, p. 602, con nota di GAROFOLI; *Giustizia civile*, 2000, p. 1 con nota di SASSANI B..

<sup>123</sup> Le Sezioni Unite, riferendosi alle lettere e) ed f) del secondo comma dell’articolo 33 del Decreto Legislativo n. 80 del 1998, affermavano: “di entrambe le riferite disposizioni sono già state proposte, in dottrina e in sede di prima applicazione giurisprudenziale, due letture, di segno opposto - ispirate da una differente filosofia di approccio (in prospettiva ampliativa o in termini più cautamente ricostruttivi) alla nozione sostanziale di “servizio pubblico” ed alle tipologie processuali delle liti correlative (in ragione anche di un’opposta opzione di fondo sulle valenze del sotteso nuovo criterio di riparto per materie all’interno del sistema di giustizia amministrativa) - e risolvendosi (tali opposte letture) nell’attribuzione di una funzione, rispettivamente, “integrativa” ovvero l’esemplificativa e/o delimitativa” all’elenco di controversie contenuto nel comma 2 della norma in esame [...] la lettura pubblicistica dell’articolo 33 d.lgvo. n. 80, in parte qua - comportando una estensione della giurisdizione amministrativa a controversie di carattere e contenuto esclusivamente patrimoniale, non direttamente ed effettivamente connesse ad interessi generali, come, intesi, quelle relative alla verifica (sulla base di categorie privatistiche) della puntualità o meno della esecuzione di contratti conclusi dal gestore (sia esso pubblico o privato) di un servizio pubblico per l’acquisizione di beni ed opere strumentali a detta attività - ponga seri dubbi di compatibilità con il precetto dell’art. 103 Cost. Atteso che detta norma, nel costituzionalizzare la giurisdizione speciale del G.A., ne ha contestualmente anche circoscritto l’ambito a controversie comunque correlate all’interesse generale, in quanto volte alla tutela di (collegate) posizioni di interesse legittimo o “in casi particolari” “anche” di diritti soggettivi, senza possibilità di indiscriminata estensione - parrebbe quindi, di poterne inferire - a tipologie di liti, come quella in esame, coinvolgenti unicamente diritti patrimoniali. Anche l’art. 3 della Costituzione potrebbe risultare vulnerato, sia sotto profilo della (dubbia) ragionevolezza di una scelta distributiva tra due diversi plessi

In questo complesso quadro d'innovazioni normative e di continui *exploit* giurisprudenziali, ancora una volta fu la Corte Costituzionale a far chiarezza in materia di riparto di giurisdizione: con la sentenza n. 292 del 17 luglio 2000<sup>124</sup>, infatti, il giudice delle leggi dichiarò l'incostituzionalità del Decreto Legislativo n. 80 del 1998, nella parte in cui ampliava i confini della già esistente giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di edilizia, urbanistica e pubblici servizi. Nello specifico, dopo aver esaminato i lavori parlamentari che avevano condotto alla pubblicazione della legge delega<sup>125</sup>, la Corte Costituzionale evidenziò come il legislatore delegante non aveva inteso conferire al Governo un mandato a compiere un ampliamento di tale portata ma aveva, piuttosto, voluto soltanto rendere piena ed effettiva la tutela del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione, mediante la concentrazione innanzi alla giurisdizione

---

*giurisdizionali di controversie identicamente attinenti a vicende di inadempimento di obbligazioni di diritto comune; sia per il profilo della eguaglianza, cui si riconduce l'esigenza della uniforme interpretazione della legge che (stante la non ricorribilità delle sentenze dei giudici amministrativi per violazione di legge ex art. 360 n. 3 c.p.c.) non avrebbe, viceversa strumento alcuno per attuarsi a fronte di differenti orientamenti (e di un diverso "diritto vivente", quindi) che dovesse (e lo potrebbe) formarsi in ordine a medesime disposizioni codicistiche nelle non comunicanti giurisprudenze dei giudici ordinari e amministrativi. 7. L'opzione per l'interpretazione pubblicistica delle citate disposizioni dell'art. 33 d.l.gvo n. 80/98 - pur in astratto, per quanto detto, plausibile - dovrebbe allora misurarsi con la verifica di fondatezza di così emersi dubbi di costituzionalità (in parte già del resto formalizzati in non poche ordinanze di rimessione di giudici ordinari e amministrativi, alla Corte costituzionale): dubbi che non toccano invece l'alternativa esegesi che si è definita privatistica. Ma le norme di legge ordinarie non vanno sottoposte al sindacato accentrato di legittimità sol perché sia possibile darne una interpretazione incostituzionale bensì solo quando, e perché, sia impossibile darne una interpretazione costituzionale. La mancata previa verifica della cui praticabilità conduce, anzi, alla inammissibilità, in limine, della questione come reiteratamente ribadito nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (cfr. nn. 443, 441/94 e, da ultimo, n. 314/1999). Il "canone fondamentale" della l'interpretazione adeguatrice" impone, quindi, di scegliere tra le due esegesi possibili quella, appunto privatistica, costituzionalmente compatibile".*

<sup>124</sup> La sentenza è pubblicata anche in *Giustizia Civile*, 2000, I, p. 2491, con nota di SASSANI B.; *Giurisprudenza Italiana*, 2000, 135, con nota di CAVINO M.; *Foro Italiano*, 2000, I, c. 2393, con nota di TRAVI A.; *Urbanistica e appalti*, 2000, 9, 950, con nota di PAGANO A.; *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2000, I, 10, con nota di SCLAFANI F.; *Giornale Dritto Amministrativo*, 2000, 12, 1219, con nota di MAZZARELLI V..

<sup>125</sup> Esame, dal quale risulta che per due volte in Parlamento fu respinta ogni formulazione che implicava l'introduzione di un riparto per blocchi di materie.

amministrativa, sia di legittimità che esclusiva, della fase del controllo di legittimità dell'azione amministrativa e di quella della riparazione per equivalente.

La Corte, tuttavia, evitò di pronunciarsi in merito agli altri profili d'incostituzionalità relativi agli articoli 3, 103 e 113, che pure i giudici remittenti avevano lamentato nelle loro ordinanze<sup>126</sup>, in quanto ritenuti assorbiti nella pronuncia d'incostituzionalità per eccesso di delega.

---

<sup>126</sup> La Corte fu investita di sei separati giudizi di costituzionalità. Le ordinanze n. 252 del Pretore di Roma, nn. 659 e 704 del 1999, entrambe del Tribunale di Roma, prospettavano sostanzialmente la medesima questione, sia quanto ai parametri di costituzionalità invocati, sia quanto alla norma denunciata. Censuravano l'articolo 33 del Decreto legislativo n. 80, per essere incorso in eccesso della delega prevista dall'articolo 11, 4° comma, lettera g), Legge 15 marzo 1997 n. 59, laddove – superando il dettato di quest'ultima, che aveva demandato al governo di estendere la giurisdizione del giudice amministrativo nella materia dei servizi pubblici (oltre che in quella dell'urbanistica e dell'edilizia) ai "*diritti patrimoniali consequenziali, ivi compreso il risarcimento del danno*" – aveva istituito una nuova giurisdizione esclusiva in quella materia. L'ordinanza n. 495 del 1999, del Giudice di pace di Palermo, paventava l'eccesso di delega con una prospettazione più articolata nei riferimenti ai vari commi dell'articolo 33 (in quanto coinvolgeva espressamente il 2° comma, lettera f, ed il 3° comma), ma sotto un profilo più limitato, lamentando essa, infatti, soltanto l'estensione della nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici anche alle controversie relative al pagamento di canoni, corrispettivi ed indennità concernenti le concessioni di servizi (riguardo alle quali, ai sensi del 2° comma dell'articolo 5 della Legge 6 dicembre 1971 n. 1034, sussisteva in precedenza la giurisdizione ordinaria). In via subordinata, la stessa ordinanza, per il caso che non si fosse ritenuto esistente l'eccesso di delega e, quindi, la formulazione della legge delega fosse stata considerata idonea a consentire l'istituzione della giurisdizione esclusiva, aveva sollevato la questione di costituzionalità della stessa legge di delegazione, per il mancato rispetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 76 della Costituzione. L'ordinanza n. 394 del 1999 del Tar Lazio, Sezione Latina, si articolava con una triplice gradata prospettazione, anche qui riferita all'articolo 33, lamentando in primo luogo e con una certa singolarità una sorta di attuazione insufficiente della delega, per non avere il legislatore delegato ricompreso nell'istituita nuova giurisdizione esclusiva (particolarmente in materia di servizio sanitario) i c.d. rapporti individuali di utenza (nella specie, si trattava di una richiesta di erogazione di somatostatina). In secondo luogo, anche detta ordinanza lamentava l'eccesso di delega, sotto un profilo non diverso da quello delle altre ordinanze. In terzo luogo, l'ordinanza deduceva anch'essa la mancanza nella legge delega – interpretata nel senso che fosse consentita l'istituzione della giurisdizione esclusiva – dei requisiti di cui all'art. 76 Cost., nonché una violazione da parte della stessa delle norme degli articoli 3, 24 e 113 della Costituzione. L'ordinanza n. 195 del 2000 del Tribunale di Vibo Valentia, Sezione distaccata di Tropea, si discostava dalle altre, sia in quanto coinvolgeva nella censura, oltre all'articolo 33, anche gli articoli 34 (istitutivo della giurisdizione esclusiva in materia di edilizia ed urbanistica) e 35 (disciplinante l'azione di risarcimento danni avanti al giudice amministrativo nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva di cui agli art.

A questo punto il legislatore, che nel mentre non era riuscito a varare la riforma della Costituzione nella quale si prevedeva, tra l'altro, la sostituzione del vigente sistema di riparto con quello per blocchi di materie<sup>127</sup>, decise di riproporre prima della fine della legislatura la riforma già bocciata dalla Corte Costituzionale, riformulandola in un testo di legge votato dal Parlamento, recante disposizioni in materia di giustizia amministrativa, che venne pubblicata in Gazzetta Ufficiale come Legge 21 luglio 2000, n. 205<sup>128</sup>.

L'articolo 7 della predetta Legge, pertanto, sostituì gli articoli 33, 34 e 35 del Decreto Legislativo n. 80 del 1998, con un nuovo testo che ripropose sostanzialmente i medesimi contenuti del precedente.

Poche, ma significative, furono le modifiche apportate al testo originario. Esse riguardarono l'estensione della cognizione delle questioni risarcitorie alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, l'estensione della giurisdizione esclusiva alle questioni relative all'affidamento degli appalti pubblici; l'estensione dei nuovi poteri istruttori e decisorio del giudice amministrativo a tutti i casi di esercizio della giurisdizione esclusiva; la previsione della tutela arbitrale per i diritti soggettivi oggetto di cognizione del giudice amministrativo<sup>129</sup>.

---

33 e 34, oltre che abolitivo – al 4° comma – della previsione della spettanza alla giurisdizione ordinaria, nelle materie di giurisdizione esclusiva, delle controversie sui rapporti patrimoniali consequenziali), sia in quanto assumeva come parametri della questione di costituzionalità direttamente gli articoli 3, 103 e 113. In particolare, quella ordinanza lamentava la violazione dell'articolo 103 (ma la censura avrebbe dovuto evocare anche l'articolo 102) della Costituzione., sotto il profilo che le tre nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva, attesa la loro ampiezza, avrebbero eluso il precetto di quella norma in ordine alla «particolarità» delle materie affidabili al giudice amministrativo e sottratte al giudice ordinario.

<sup>127</sup> Si fa riferimento agli articoli sulla riforma dell'Ordinamento giurisdizionale del testo della proposta di Legge costituzionale elaborato dalla Commissione bicamerale della XIII legislatura, che confluirono nel corso della medesima legislatura nel progetto di legge CERULLI IRELLI, A.C. 7465, presentato alla Camera dei Deputati il 28 novembre 2000.

<sup>128</sup> Va ricordato, per gli amanti delle date, che la Commissione affari costituzionali del Senato approvava in sede deliberante il disegno di legge n. 2934/B, recante la riforma del processo amministrativo già approvata dalla Camera il 5 luglio, il giorno 19 luglio, mentre contemporaneamente veniva pubblicata in Gazzetta Ufficiale la sentenza n. 292.

<sup>129</sup> Sull'importanza della Legge n. 205 del 2000 nel processo evolutivo del giudizio amministrativo si rinvia al Capitolo III.

L'intervento del legislatore, che sembrava poter chiudere il ciclo delle tanto discusse riforme degli anni novanta<sup>130</sup>, tuttavia, generò nuove polemiche ed ulteriori contrasti giurisprudenziali. Anche questa volta, infatti, mentre il giudice amministrativo accolse con pieno favore l'ampliamento dei confini della giurisdizione esclusiva, la Suprema Corte confermò a più riprese il suo già espresso e consolidato convincimento per il quale, nel costituzionalizzare la giurisdizione

---

<sup>130</sup> Fra i numerosi contributi sulle riforme degli anni novanta, e sugli aspetti di legittimità costituzionale, si vedano tra gli altri: MONTEDORO G., *La costituzionalità del nuovo assetto del riparto di giurisdizione dopo l'Adunanza Plenaria n. 4 del 2003*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2004, pp. 94 e ss.; ROMANO A., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, *Diritto processuale amministrativo*, 2001, pp. 602 e ss.; PROTO PISANI A., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro Italiano*, 2001, vol. V, col. 26 e ss.; MAZZAMUTO M., *Il riparto di giurisdizione: dal criterio del petitum con pregiudizialità del giudice amministrativo alla legge n. 205 del 2000*, in *Diritto Pubblico*, 2001, pp. 319 e ss.; TISCINI, *La giurisdizione esclusiva tra (vecchi e nuovi) sospetti di illegittimità costituzionale*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2001, pp. 801 e ss.; TRAVI A., *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme*, in *Foro Italiano*, 2001, vol. V, col. 68 e ss.; LIPARI M., *I nuovi criteri di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. I lineamenti della riforma*, in *Diritto e formazione*, 2001, pp. 733 e ss.; CINTIOLI F., *Il servizio pubblico come criterio di riparto della giurisdizione*, ibidem, pp. 143 e ss.; CAVINO, *La specializzazione della magistratura amministrativa: una modifica tacita della Costituzione?*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2001, pp. 135 e ss.; CLARICH M., *Dieci anni di trasparenza amministrativa: una scommessa vinta per il cittadino*, in *Guida al Diritto*, fascicolo 30 del 2000, pp. 5 e ss.; CARBONE V., *Dannosità e illegittimità dell'atto amministrativo prima della l. 205/2000 e della sentenza 292/2000 della Corte Costituzionale*, in *Corriere Giuridico*, 2000, pp. 1134 e ss.; BERTI G., *La giustizia amministrativa dopo il D. Lgs. N. 80 del 1998 e la sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Diritto Pubblico*, 2000, pp. 1 e ss.; CANNADA BARTOLI E., *Sul criterio del «petitum» (nota a Cons. di Stato, Sezione VI, 23 ottobre 1998, n. 1478)*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1999, 1537 e segg.; SASSANI B., *La nuova giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1999, pp. 1022 e ss.; CADEDU L., *La ripartizione delle giurisdizioni nella giurisprudenza (1996-1998)*, in *Giornale diritto amministrativo*, 1999, pp. 757 e ss.; CAIANIELLO V., *Il giudice amministrativo ed i nuovi criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Foro Amministrativo*, 1998, vol. II, pp. 1943 e ss.; LIPARI M., *La nuova giurisdizione amministrativa in materia edilizia, urbanistica e dei pubblici servizi*, in *Urbanistica e Appalti*, 1998, pp. 593 e ss.; GAROFOLI R., *Unicità della giurisdizione e indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema giurisdizionale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1998, pp. 130 e ss.. Si veda, inoltre, la *Relazione di sintesi dei lavori della commissione di studio istituita dai presidenti della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato per l'approfondimento dei problemi di maggiore rilievo in tema di riparto di giurisdizione*, pubblicata su *Foro Italiano*, 2004, IV, pp. 18 e ss..

speciale del giudice amministrativo, il Costituente aveva inteso circoscriverne i limiti alle controversie in cui era in gioco un interesse generale e s'intendeva tutelare un interesse legittimo, e ne aveva escluso, invece, le controversie coinvolgenti solo i diritti patrimoniali<sup>131</sup>.

L'eterno contrasto tra giurisdizioni sui problemi del riparto non accennava a risolversi e così, come si vedrà a breve, a neanche quattro anni di distanza dalla predetta sentenza n. 292, il Giudice delle leggi sarebbe stato nuovamente chiamato a pronunciarsi sulla questione di legittimità del nuovo criterio di riparto per "blocchi di materie" introdotto dal legislatore.

---

<sup>131</sup> Un'interpretazione in tal senso emerge, tra le altre, in Cassazione, Sezioni Unite, n. 43 del 25.5.2000 e n. 71 del 30.03.2000, entrambe in *Foro italiano*, 2000, I, 2143 e ss. e 2210 e ss..



## CAPITOLO II

### IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE NELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

#### 1. La sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004: i contenuti.

Per completare il quadro evolutivo di cui al precedente capitolo e tentare di fare chiarezza sui problemi legati al sistema di riparto di giurisdizione, occorre ora soffermarsi su alcune pronunce della Corte Costituzionale dell'ultimo quinquennio, con le quali il giudice delle leggi ha inteso fornire al legislatore ed agli interpreti del diritto alcuni criteri guida per garantire una evoluzione “costituzionalmente orientata” del sistema di riparto di giurisdizione<sup>132</sup>.

Nello specifico, con la sentenza n. 204 del 6 luglio 2004<sup>133</sup>, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dei commi 1 e 2 dell'articolo 33 del

---

<sup>132</sup> Giova qui segnalare che in un primo ed assai lucido commento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, CLARICH M, *La tribunalizzazione del giudice amministrativo evitata*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 9, pp. 969 e ss., ha osservato: “*ebbene, la sentenza della Corte costituzionale 5 luglio 2004, n. 204 - una pronuncia additiva che ha riscritto in parte gli articoli 33 e 34 per renderli conformi in special modo all'art. 103 della Costituzione che consente al legislatore di prevedere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «in particolari materie» - fa venire in mente la famosa tesi di Kirchman, secondo cui basta un mutamento legislativo perché intere biblioteche giuridiche vadano al macero. Kirchman peraltro non poteva prevedere almeno due evenienze. La prima è che nei sistemi a Costituzione rigida fondati su un sindacato della costituzionalità delle leggi accentrato, anche le sentenze della Corte costituzionale possono produrre un analogo effetto. La seconda, che si verifica più raramente, è che mutamenti legislativi improvvisi (o le sentenze della Corte costituzionale) possono ridare attualità a scaffali di volumi lasciati ammuffire negli scantinati. Con la sentenza n. 204 si verificano entrambe le evenienze. Da un lato, perdono di rilevanza molti contributi dottrinari sull'estensione della nuova giurisdizione esclusiva e sull'affermarsi del nuovo criterio di riparto fondato sui blocchi di materie. Dall'altro, poiché la Corte costituzionale rivaluta la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi quale criterio generale di riparto di giurisdizione, ritornano attuali molti studi sulle situazioni giuridiche soggettive e in particolare sull'interesse legittimo, categoria ormai destinata, secondo parte della dottrina, a scomparire, con o senza rimpianti, o a essere riassorbita in quella più generale dei diritti soggettivi”.*

<sup>133</sup> La sentenza è stata pubblicata, tra l'altro, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, p 917, con nota di CHINE' G.; *Foro amministrativo*, CDS, 2004, p. 1895, con nota di SATTA F.; GALLO C. E. e SICLARI M. e p. 2475 con nota di MARZANO L.; *Urbanistica ed appalti*, 2004, 11, p. 1275, con nota di LOTTI G.; *Foro italiano*, 2004, 1, 2594, con nota di FRACCHIA F. e TRAVI A.; *Giurisprudenza italiana*, 2004, p. 2255,

già citato Decreto Legislativo n. 80 del 1998, come modificato dalla Legge n. 205 del 2000, nella parte in cui essi devolvevano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi senza specificarne i limiti, e dell'articolo 34, comma 1, nella parte in cui esso devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia urbanistica ed edilizia anche in presenza di meri comportamenti dell'amministrazione<sup>134</sup>.

Con la pronuncia in parola, il giudice delle leggi ha *de facto* interrotto il processo di espansione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo avviato agli inizi degli anni novanta e culminato con l'emanazione delle predette disposizioni del Decreto legislativo n. 80 del 1998, prima, e della Legge n. 205 del 2000, poi<sup>135</sup>.

Il ragionamento addotto dalla Corte a fondamento della propria decisione ha preso le mosse dal giudizio espresso dai giudici remittenti in relazione all'evoluzione subita dalla giurisdizione esclusiva nell'ultimo decennio del ventesimo secolo<sup>136</sup>: il giudice delle leggi, infatti, ha affermato che nel periodo

---

con nota di POGGIO A.; *Corriere giuridico*, 2004, 9, 1167 con nota di PALMA G.; *Rivista trimestrale degli appalti*, 2005, 247, con nota di FRANCO I.; *Urbanistica e appalti*, 2004, 9, p. 1031, con nota di CONTI R.; *Diritto processuale amministrativo*, 2004, pp. 820 e ss., con nota di CERULLI IRELLI V. e VILLATA R.; *Rivista di giurisprudenza edilizia*, 2004, n.4, con nota di SANDULLI M.A.; *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, pp.2203 e ss., con nota di SCOCA F.G. e LARICCIA S..

<sup>134</sup> Va precisato che la sentenza n. 204 è una pronuncia parzialmente additiva che riscrive integralmente il testo dell'articolo 33 nel seguente modo: “*Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla Legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato immobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla Legge 14 novembre 1995, n. 481.*”

<sup>135</sup> Come onestamente ebbe ad ammettere DE LISE P. nell'intervento nel convegno su *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva* del 20 ottobre 2004 (a cura di SANDULLI M.A.), la situazione nella quale si trovò la Corte costituzionale nel pronunciare la sentenza n. 204 del 2004 era una situazione di “*pan giurisdizionalismo amministrativo*”.

<sup>136</sup> La Corte è stata investita di quattro giudizi di costituzionalità promossi tutti dal Tribunale di Roma. In particolare, l'ordinanza n. 488 del 2002, censurava l'art. 33, commi 1 e 2, lettere b) ed e), del Decreto

precedente il Decreto Legislativo n. 80 del 1998, l'espansione della giurisdizione amministrativa del giudice amministrativo non aveva creato alcun conflitto con i parametri costituzionali in quanto essa era stata limitata a specifiche controversie, connotate non solo da una generica rilevanza pubblicistica ma anche dall'intreccio di situazioni soggettive qualificabili come interessi legittimi e diritti soggettivi.

Diversamente, ha continuato la Corte, l'espansione voluta dal legislatore del 1998 ha violato il disposto costituzionale in materia di riparto<sup>137</sup> in quanto, perseguendo l'intento di sostituire al criterio previsto dalla Costituzione quello per "blocchi di materie", ha attribuito talune materie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per il solo fatto che esse comportavano la mera partecipazione della pubblica amministrazione o il coinvolgimento del pubblico interesse nel giudizio innanzi il giudice amministrativo.

Nella sentenza in esame, invece, la Corte ha ritenuto che la nostra Carta costituzionale ha recepito il nucleo dei principi di giustizia amministrativa evolutisi sin dal tempo della Legge abolitrice del contenzioso amministrativo, principi che, come s'è visto, hanno condotto prima alla istituzione delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e, poi, alla scelta del legislatore costituzionale di riconoscere al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti

---

legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi "*tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi*" e, in particolare, le controversie "*riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del servizio sanitario nazionale*", per contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 100, 102, 103, 111 e 113 della Costituzione. Le ordinanze n. 226, 227 e 680 del 2003, invece, censuravano l'art. 34, comma 1, nel testo sostituito dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati, in materia di urbanistica ed edilizia, in per contrasto con gli artt. 3, 24, 102, 103, 111 e 113 della Costituzione.

<sup>137</sup>L'espansione operata dal Decreto Legislativo n.80 del 1998, in realtà, era stata concepita in previsione dell'approvazione del già citato e mai approvato progetto di riforma della Costituzione (si veda paragrafo 10 del capitolo I) che, nel modificare l'articolo 103, avrebbe previsto quale oggetto della giurisdizione amministrativa "*le controversie con la pubblica amministrazione indicate dalla legge*". In questo senso, si veda l'Atto Camera n. 7465 della XIII Legislatura.

dell'amministrazione, delle situazioni giuridiche soggettive non contemplate dalla Legge del 1865.

Il giudice amministrativo, pertanto, non va considerato né quale giudice della pubblica amministrazione né quale giudice dell'interesse pubblico, ma esclusivamente quale giudice degli interessi legittimi. Esso è un giudice "*nell'amministrazione*", ossia un garante costituzionale della legittimità dell'azione amministrativa, a fronte della quale i cittadini vantano posizioni d'interesse legittimo.

La Corte, quindi, ha precisato che i limiti entro i quali il legislatore deve muoversi per ridistribuire le funzioni giurisdizionali tra giudice ordinario ed amministrativo, devono individuarsi nella Costituzione.

In poche righe ed a chiare lettere, infatti, la Consulta ha chiarito che il legislatore ordinario non ha discrezionalità assoluta ed incondizionata nell'attribuire al giudice amministrativo le materie devolute alla giurisdizione esclusiva, ma può ampliare l'area della giurisdizione amministrativa con riguardo a particolari materie, nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe anche i diritti soggettivi. Tale collegamento è necessario in forza dell'articolo 103 della Costituzione, che statuisce che le materie della giurisdizione esclusiva devono essere particolari rispetto a quelle devolute alla giurisdizione di legittimità, e cioè devono partecipare alla loro stessa natura, che è contrassegnata dal fatto che la pubblica amministrazione deve agire come autorità.

La giurisdizione esclusiva, in breve, deve riguardare materie che, in assenza di un'espressa previsione, contemplerebbero pur sempre la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo.

All'esito di queste considerazioni la Corte ha concluso affermando che, nella materia dei pubblici servizi, sono escluse dalla cognizione della giurisdizione del giudice amministrativo le controversie relative ai casi nei quali l'amministrazione non agisce esercitando il suo potere autoritativo, ovvero adottando gli strumenti negoziali, attribuitile dalla Legge in sostituzione di detto potere. Alla pari, in materia di edilizia ed urbanistica, sono escluse dalla cognizione della giurisdizione esclusiva tutte le controversie in materia di meri comportamenti dell'amministrazione.

La Corte, infine, sebbene non chiamata a giudicare sulla costituzionalità dell'articolo 35 del Decreto Legislativo n. 80 del 1998, ha colto l'occasione per enunciare un giudizio di legittimità costituzionale sulla previsione normativa secondo la quale *“il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica”*.

Ed infatti, ha affermato la Consulta, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce una nuova materia (di giurisdizione esclusiva) devoluta alla cognizione del giudice amministrativo ma è uno strumento di tutela riconosciuto al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, a fronte della lesione di una posizione di interesse legittimo, che si aggiunge ai tradizionali mezzi individuabili nella tutela demolitoria e conformativa propria del giudizio di legittimità.

## **2. I principi generali desumibili dalla sentenza n. 204: il giudice amministrativo quale giudice nell'amministrazione per la tutela degli interessi legittimi.**

Dalla citata pronuncia della Corte possono desumersi quattro principi, fondamentali per il riparto della giurisdizione e per la prosecuzione della nostra trattazione.

Il primo di essi è quello relativo alla portata di un altro principio, quello costituzionale di unità della giurisdizione.

Con le parole di Mortati<sup>138</sup>, infatti, la Corte qualifica l'unità della giurisdizione come un' *“unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi”*.

In sostanza, pur ricordando gli interventi di Calamandrei, la Corte torna ad esprimersi in merito al “mito” dell'unità della giurisdizione<sup>139</sup> e ribadisce che se è

---

<sup>138</sup> Sul contributo fornito da C. MORTATI e da P. CALAMANDREI nell'ambito del dibattito in seno all'Assemblea costituente si è già detto al paragrafo 8 del capitolo I.

<sup>139</sup> Va evidenziato che sul principio di unità della giurisdizione, la Corte costituzionale ha seguito percorsi non rettilinei, pur nella saldezza delle categorie fondamentali. Si possono, infatti, rinvenire pronunce in cui il principio in parola è affermato con nettezza (si veda la sentenza n. 200 del 28 dicembre 1970, pubblicata in *Giurisprudenza costituzionale* del medesimo anno, p. 2240), altre in cui è revocato in

vero che nel nostro ordinamento la giurisdizione è unica ed esercitata in linea di principio da magistrati ordinari, è anche vero che la magistratura amministrativa ha, nell'esercizio della sua funzione di garante della tutela degli interessi legittimi, la medesima dignità che la Costituzione attribuisce al giudice ordinario per la tutela dei diritti soggettivi.

In considerazione di ciò, allora, il giudice amministrativo torna ad essere il giudice naturale degli interessi legittimi, con la conseguenza che deve intendersi vietato al legislatore ordinario di sottrarre del tutto la pubblica amministrazione alla giurisdizione alla quale soggiace il comune cittadino.

Si esclude, pertanto, e questo è il primo principio ricavabile dalla sentenza della Corte, che il giudice amministrativo possa trasformarsi a Costituzione invariata da giudice “*nell'amministrazione*” (secondo la dizione dell'articolo 100, primo comma, della Costituzione) in giudice “*dell'amministrazione*”, cioè in un giudice che interviene ogni qualvolta parte in causa è una pubblica amministrazione<sup>140</sup>.

---

dubbio (si veda la sentenza n. 5 del 19 febbraio 1965, pubblicata in *Giurisprudenza costituzionale* del medesimo anno, p. 44), altre ancora in cui è decisamente respinto (si veda la sentenza n. 55 del 22 marzo 1971, pubblicata in *Giurisprudenza costituzionale* del medesimo anno, pp. 578 e ss.). Se, però, si presta attenzione alla motivazione con la quale la corte esclude che il principio dell'unicità sia stato accolto nella Costituzione, ci si accorge che la posizione negativa riguarda innanzi tutto la giurisdizione intesa in senso strutturale-processuale. Per negare, infatti, l'esistenza di un “*presunto principio di unità della giurisdizione*”, la Corte osserva che “*la stessa Costituzione prevede una molteplicità di specie di pretese, affidate alla cognizione di giurisdizioni diverse (articoli 102, 103, 113), mentre nell'ambito della stessa giurisdizione ordinaria si realizza una varietà di organi diversamente competenti*”. La Costituzione, dice in sostanza la Corte, non ha istituito un giudice unico agente secondo un'unica procedura, ma una pluralità di giudici, che esercitano le loro funzioni in modi strutturalmente e processualmente adeguati alla peculiare natura delle pretese che vengono fatte valere in giudizio. La giurisdizione, in breve, se rimane unica nel suo complesso non può non articolarsi al suo interno in una molteplicità di istanze, ognuna delle quali viene ritenuta dall'ordinamento maggiormente idonea a dare risposte di giustizia in settori e situazioni particolari.

<sup>140</sup> Va rilevato che l'espressione “giudice nell'amministrazione” può farsi idealmente risalire al nome del movimento per la giustizia nell'amministrazione, capeggiato da Silvio Spaventa, che contribuì a sviluppare il clima politico che portò all'approvazione della Legge Crispi del 1889. Il senso dell'espressione si può ritrovare nel già citato discorso che lo Spaventa avrebbe dovuto pronunciare per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato (e che, invece, non fu mai pronunciato in quanto il Governo del tempo decise di non dare eccessiva risonanza all'evento) e nel quale venivano individuati i principi cui bisognava ispirare l'attività del nuovo organo di giustizia amministrativa. Spaventa, infatti,

Il secondo dei principi desumibili dalla lettura della sentenza n. 204, poi, è quello relativo al fondamento della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo.

La Corte, infatti, afferma che il giudice amministrativo è il giudice dell'interesse legittimo ed aggiunge che affinché questi abbia giurisdizione non è sufficiente che sia coinvolto un interesse pubblico nel giudizio o che di esso sia parte una pubblica amministrazione ma, piuttosto, è necessario che vi sia stato esercizio del potere da parte dell'amministrazione. In tal modo, non vi è tutela di una posizione giuridica d'interesse legittimo se non vi è esercizio del potere da parte dell'amministrazione.

---

dichiarando che *“la prima norma di ogni attività amministrativa è l’osservanza assoluta della legge come tale [...]. La seconda [...] è che tutta l’attività di un’amministrazione deve avere per iscopo l’interesse generale [...]. La terza norma è che nella collisione dell’interesse pubblico col privato gli atti amministrativi, per quanto liberi, non abbiano ad arrecare a terzi e alla volontà degli individui restrizioni maggiori di quello che è richiesto necessariamente dall’interesse generale. La quarta norma è che così in queste restrizioni, come nei favori che l’amministrazione accade di largire nell’interesse generale essa deve serbar sempre un’ugual misura, ossia quella dell’imparzialità, che è l’idea suprema di giustizia”* intendeva affermare l’idea di una giustizia amministrativa garante in via principale della legittimità dell’azione amministrativa e dell’interesse pubblico, e solo in via eventuale e riflessa della posizione giuridica del privato. L’espressione “giudice nell’amministrazione” si rinviene, poi, nel dettato dell’articolo 100 della Costituzione della Repubblica. Si ritiene che con detta espressione il Costituente abbia inteso ribadire il ruolo particolare dell’organo giurisdizionale Consiglio di Stato e non si sia limitato alle funzioni svolte da esso nell’ambito del ricorso straordinario al Capo dello Stato. Ed infatti, nel corso della discussione in sede di Assemblea costituente, A. BOZZI nel confutare quanto sostenuto da P. CALAMANDREI in merito all’asserito esaurimento delle funzioni del Consiglio di Stato, nella seduta del 9 gennaio 1947, affermò che il problema essenziale non era quello di trasferire le funzioni del Consiglio di Stato ad una sezione specializzata del giudice ordinario, ma quello di considerare il Consiglio di Stato come l’organo di controllo della pubblica Amministrazione. Lo Stato democratico, infatti, continua il BOZZI, ha bisogno di organi di controllo indipendenti, perché in tanto un controllo è efficace, in quanto l’organo che lo esercita è posto in una situazione di indipendenza rispetto all’organo controllato. Come il Parlamento, pure accordando la sua fiducia al Governo, esercita un controllo su di esso nell’attuazione della direzione politica e nelle manifestazioni singole nelle quali tale direzione si attua, così, attraverso il Consiglio di Stato, questo stesso organo, quale rappresentante del popolo e quindi dell’interesse collettivo alla legalità dell’azione amministrativa, dovrebbe esercitare anche un controllo sull’attività amministrativa del Governo. La questione fondamentale affrontata dal primo comma dell’articolo 100 fu, pertanto, quella di mantenere il Consiglio di Stato nelle sue funzioni tradizionali, salvo limitarle ed inquadrarle democraticamente, facendo dell’istituto un organo di controllo dell’attività amministrativa del Governo.

Così dicendo, la Corte sembra riportare la problematica del riparto di giurisdizione al 1949, ossia al tempo in cui la Cassazione affermava che se vi era esercizio del potere la giurisdizione spettava al giudice amministrativo, diversamente bisognava rivolgersi al giudice ordinario.<sup>141</sup>

La Corte, però, non si limita alla mera enunciazione del principio ma tenta di fornire “l’anello mancante” spiegando il modo attraverso cui individuare quando si è in presenza di un potere e quando detto potere fonda la giurisdizione del giudice amministrativo.

Ed infatti, uno dei problemi destati dal criterio di riparto carenza-cattivo uso del potere, è sempre consistito nel fatto che i contorni del potere amministrativo, che pur indica un modello di attività squisitamente pubblicistica e rinvia sia al concetto di procedimento amministrativo che al particolare regime di validità e di efficacia del provvedimento, non risultano normativamente definiti e su di essi non v’è accordo tra gli studiosi<sup>142</sup>

Avvertendo la precarietà della soluzione data già nel 1949, allora, la Corte prova a rinforzarla precisando, da un lato, i contorni del potere amministrativo mediante il ricorso al carattere dell’autoritarità-imperatività dello stesso e cercando, dall’altro, un riferimento nel diritto positivo alla Legge sul procedimento amministrativo.

Così facendo, tuttavia, la Corte rischia d’incappare nuovamente in un’altra imprecisione concettuale, in quanto anche il carattere dell’autoritarità-imperatività del provvedimento amministrativo, che pur costituisce una nozione fondamentale per tutto il diritto amministrativo della seconda metà del ventesimo secolo, si presenta quale concetto dai molteplici significati.

---

<sup>141</sup> Sul questo passaggio deve qui ritenersi richiamato quanto riportato nel paragrafo 7 del precedente capitolo.

<sup>142</sup> Per un approfondimento sulla problematica, si rinvia a: ROMANO S., *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pp. 178 e ss.; PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, pp. 175 e ss.; FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia giuridica*, XIV, Milano, 1965, p. 479; FROSINI V., *Potere (teoria generale)*, in *Nss. D.I.*, XIII, Torino, 1968, p. 440; LENER R., *Potere (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, p. 610; DI GASPARRE G., *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992.



Originato dal concetto ottocentesco d'atto d'imperio<sup>143</sup>, infatti, il carattere dell'autoritarità-imperatività è stato da sempre caratterizzato da una certa ambiguità, essendo stato riferito ora al fine pubblico dell'attività amministrativa, ora alla supremazia dell'amministrazione, ora alla discrezionalità della stessa, ora ancora al contenuto non patrimoniale degli atti<sup>144</sup>.

Nel nostro ordinamento, poi, la nozione di autoritarità ha assunto reale importanza solo con l'elaborazione della teoria del provvedimento amministrativo di cui è divenuta componente essenziale<sup>145</sup>, operando sia sul piano dell'efficacia del provvedimento, sia su quello delle concezioni generali dell'attività amministrativa, sia su quello del riparto di giurisdizione.

Tutti e tre i citati livelli d'impiego della nozione, però, sono stati concretamente messi in discussione nel corso degli ultimi vent'anni.

Ed infatti, quanto all'idea dell'autoritarività quale elemento fondante l'efficacia del provvedimento amministrativo, si può agevolmente obiettare che l'efficacia del provvedimento non dipende certo dalla sua natura autoritativa, quanto dall'obbligatorietà del diritto oggettivo, che impone di accettare gli effetti che conseguono all'esercizio dei poteri attribuiti dall'ordinamento stesso.

Quanto, poi, all'autoritarività quale caratteristica generale dell'agire amministrativo, va rilevato che se già M.S. Giannini, nel 1964, scriveva che “è rimasta, nel diritto amministrativo, una parte improntata a concetti autoritativi, che

---

<sup>143</sup> Con la distinzione tra atti d'imperio e di gestione, ROMAGNOSI G. D., *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, 1814, Milano, formulò un criterio di riparto di competenza tra giudice ed amministrazione, già diffusosi in Francia. In seguito la distinzione, variamente intesa, fu utilizzata fino alla metà del ventesimo secolo. Tra gli altri: RANELLETTI O., *Per la distinzione degli atti d'imperio e di gestione*, in *Studi di diritto moderno e di storia del diritto in memoria di V. Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, I, Milano, 1905, p. 703 (ora in *Scritti giuridici scelti*, III, Università di Camerino, 1992, p. 655); PRESUTTI E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, III edizione, Messina, 1931, pp. 135 e ss.; CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 52 e ss..

<sup>144</sup> Già CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 81 e ss., rilevava l'ambiguità della distinzione e la pluralità di criteri utilizzati dalla giurisprudenza e dalla scienza giuridica.

<sup>145</sup> GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 290 e 298, considera l'imperatività “un'invariante”, cioè un dogma consolidato, al pari del provvedimento stesso.

è quella dei procedimenti amministrativi, ma già essa si addolcisce, perdendo perentorietà man mano che la giurisprudenza introduce sempre più numerosi canoni di disciplina dei singoli atti, e man mano che la legislazione disciplina i procedimenti per l'emanazione degli stessi atti"<sup>146</sup>, ed altri illustri Autori hanno più recentemente parlato di "crisi dell'autoritarismo"<sup>147</sup> ed hanno rifiutato il "postulato di coscienza ideologica, [...] della generale supremazia della pubblica amministrazione"<sup>148</sup>, con la previsione della Legge n. 241, che ha generalizzato l'uso degli strumenti privatistici per l'esercizio dell'attività amministrativa, s'è almeno tendenzialmente voluto affiancare al modello dell'amministrazione per provvedimenti quello per accordi.

Quanto, infine, alla concezione dell'autoritatività come fondamento della giurisdizione amministrativa, essa presuppone una concezione superata del potere quale fattore di degradazione dei diritti soggettivi in interessi legittimi, che subisce un'evidente influenza dalla concezione ottocentesca dell'atto d'imperio<sup>149</sup> ma che risulta in sicuro contrasto con le più moderne teorie sulla figura dell'interesse legittimo<sup>150</sup> e, prima ancora, con il dettato dell'articolo 24 della Costituzione che, lo

---

<sup>146</sup> Voce *Diritto Amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, p. 865.

<sup>147</sup> Tra gli altri BENVENUTI F., *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, pp 84 e ss.

<sup>148</sup> Così ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1988, p. 21. Si vedano anche NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 185; ALLEGRETTI F., *Pubblica amministrazione ed ordinamento democratico*, in *Foro italiano*, 1984, vol. V, col. 205; BASSI, *Autorità e consenso*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1992, pp. 745 e ss.; CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, p. 176.

<sup>149</sup> Non a caso, GIANNINI M.S., in *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1963, pp. 530 e ss., indica nell'affievolimento una delle forme di manifestazione del fenomeno dell'imperatività del provvedimento. Sul punto si vedano anche GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., p.530; CERULLI IRELLI V., *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, op. cit. ,pp. 90 e ss.; CANNADA BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, op. cit., p. 76. Contro la teoria della degradazione si veda in particolare ROMANO A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, op. cit., pp. 220 e ss.. Tra le pronunce più recenti che si rifanno alla nozione di autoritatività del provvedimento ai fini del riparto, si vedano Cassazione Civile, Sezioni Unite n. 1970 del 22 febbraio 1995, pubblicata in *Giustizia civile*, 1995, I, p. 1168; Consiglio di Stato, Sezione V, n. 592 del 5 giugno 1997; T.A.R. Lazio, Roma, Sezione II, n.1897 del 2002, in *Foro amministrativo TAR*, 2002, p. 525.

<sup>150</sup> Osserva SCOCA F.G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Roma, 1990, p.23, che "in realtà alla base del diritto affievolito c'è un equivoco, dovuto al fatto che si è voluta spiegare una

si è detto nel precedente capitolo e lo si ripete ora, equipara le due figure di diritto soggettivo ed interesse legittimo, conferendogli uguale dignità di posizioni giuridiche soggettive.

La Corte costituzionale, in vero, facendo riferimento al potere autoritario-imperativo dell'amministrazione sembra aver voluto chiarire che esso consiste nella capacità dell'amministrazione, legalmente prevista, di curare o realizzare un interesse pubblico o mediante strumenti pubblicistici provvedimenti, oppure mediante strumenti negoziali previsti dalla Legge in sostituzione o integrazione dei primi.

In tal senso, non è casuale il riferimento che la Corte stessa fa alla Legge n. 241 del 1990 ed agli accordi di cui all'articolo 11 della stessa Legge, che oggi rappresentano *de facto* un mezzo di esercizio del potere, alternativo a quello tradizionale per provvedimenti.<sup>151</sup>

---

*vicenda tutta processuale (attinente al riparto delle giurisdizioni) con soluzioni di diritto sostanziale: poiché il diritto soggettivo inciso dal provvedimento amministrativo trova tutela dinanzi al giudice degli interessi legittimi, si è pensato che il provvedimento determinasse l'affievolimento del diritto, nel senso specifico di trasformarlo in interesse legittimo. La categoria del diritto affievolito è in realtà spuria ed inutile: spuria perché il provvedimento può modificare, conformare o anche estinguere il diritto soggettivo ma non può trasformarlo in interesse legittimo; inutile, perché il riparto delle giurisdizioni, e in particolare l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie relative a provvedimenti che abbiano sacrificato diritti, non presuppone affatto la vicenda (sostanziale) dell'affievolimento. Basta riflettere sulla possibile contemporanea sussistenza delle due situazioni soggettive (diritto ed interesse legittimo): occorre soltanto disporre di un criterio (processuale) che consenta di stabilire se e quando si tratti di controversie riguardanti il diritto ovvero di controversie riguardanti l'interesse legittimo. In definitiva il diritto affievolito non esiste: esso è la confusione in una unica (mostruosa) situazione soggettiva di due diverse situazioni contemporaneamente spettanti ad un solo titolare.”*

<sup>151</sup> Va precisato che l'articolo 11 trova i suoi precedenti nell'articolo 54 della Legge tedesca sul procedimento amministrativo del 26 maggio 1976 e nello schema originario della commissione presieduta da M. NIGRO. La parte IV della *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*, infatti, è dedicata al contratto di diritto amministrativo, definito come un contratto attraverso il quale viene costituito, modificato o estinto un rapporto giuridico nell'ambito del diritto pubblico. Come recepito nell'ordinamento tedesco, il principio di con sensualità dell'agire amministrativo non si esprime solamente in una facoltatività ma in una chiara alter natività rispetto alla soluzione autoritativa, in modo da sancire un vero e proprio “*doppio binario*” dell'agire amministrativo. Lo schema originario della Commissione Nigro aderiva a questo principio, prevedendo accordi che avevano “*per oggetto l'esercizio di potestà amministrativa e le*

L'articolo 11, del resto, risulta perfettamente coerente con la disposizione dell'articolo 1 *bis* della Legge n. 241 che, affermando che “*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”, da normativamente atto dell'esistenza di due differenti sfere dell'*agere* amministrativo: quella di diritto pubblico (definita autoritativa), che può essere esercitata mediante attività provvedimentoale o negoziale sostitutiva o integrativa, e quella di diritto privato che può essere esercitata solo mediante attività negoziale.

La Consulta, pertanto, nel tentativo di delineare i confini tra la giurisdizione amministrativa e quella del giudice ordinario mediante l'individuazione delle posizioni giuridiche lese, ci fornisce il secondo dei principi cui facevamo cenno in precedenza: l'interesse legittimo esiste quale situazione giuridica soggettiva in capo al privato ogni qual volta non solo vi è l'esercizio di un potere da parte dell'amministrazione ma detto potere è esercitato autoritativamente, ossia mediante atti di natura provvedimentoale o mediante atti sostitutivi o integrativi dei primi.

---

*corrispettive prestazioni di persone fisiche e giuridiche al fine di raggiungere obiettivi di interesse pubblico*”. Il Consiglio di Stato, tuttavia, nel parere n. 7 del 1987, in *Foro italiano*, 1988, III, pp. 22 e ss., espresse un atteggiamento prudente, di accettazione in via generale ma con riserve relative all'accordo sostitutivo, che da clausola generale fu ricondotto alla necessità di una previsione normativa specifica. La Legge n. 241, pertanto, prevedette che solo gli accordi integrativi potessero concludersi ogni qual volta l'amministrazione ne ravvisasse l'opportunità, mentre per gli accordi sostitutivi fu prevista una previsione normativa speciale. La Legge 11 febbraio 2005, n. 15, eliminando dal primo comma dell'articolo 11 le parole “*nei casi previsti dalla legge*”, ha restituito alla norma il tenore voluto dalla Commissione ed ha inteso perseguire quelli che erano gli obiettivi fondamentali della norma, ossia snellezza e flessibilità dell'*agere* amministrativo, nonché prevenzione del contenzioso. Sulle origini dell'articolo 11, si veda: SIRIANI G., *L'esame parlamentare della riforma del procedimento amministrativo*, in *Foro amministrativo*, 1993, p. 867; ROMANO G., *Prime riflessioni sulla Legge 7 agosto 1990 n. 241*, in *Rassegna giurisprudenza energia elettrica*, 1991, p. 13; D'AMICO A., *Considerazioni in ordine all'articolo 11, L. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Foro amministrativo*, 1992, pp. 2459 e ss.; POZZATO M., *Il principio di contrattualità nella L. n. 241/90, note di comparazione con la legge federale tedesca sul procedimento*, in *Contratti*, 1994, pp. 296 e ss.; PORTALURI P. L., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, pp. 25 e ss.; LEDDA F., *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi*, in *Diritto amministrativo*, 1996, p. 391.

### **3. Segue: i limiti del legislatore nell'ampliamento della giurisdizione esclusiva e la concentrazione degli strumenti di tutela in capo ad un unico giudice.**

Il terzo principio che può ricavarsi dalla sentenza n. 204 del 2004 è il seguente: *“il Costituente non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla giurisdizione amministrativa”* ma, anzi, ha ancorato in positivo il potere del legislatore alla *“natura delle situazioni soggettive coinvolte”*.

Ed infatti, afferma la Corte, il legislatore non ha piena discrezionalità nell'ampliare il numero delle materie di competenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ma può farlo se dette materie involgono anche posizioni giuridiche d'interesse legittimo, ossia posizioni giuridiche per la tutela delle quali sarebbe, comunque, prevista la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo.

Ciò in quanto l'articolo 103 prevede espressamente che tra la giurisdizione di legittimità e quella esclusiva del giudice amministrativo debba esistere un rapporto di specialità, che comporta che la seconda deve partecipare della prima<sup>152</sup>.

---

<sup>152</sup>Giova ricordare che la Corte, con la sentenza n. 204, ha disatteso il suo precedente e consolidato orientamento espresso da ultimo nella sentenza n. 439 del 7 novembre 2002, nella quale pronunciandosi in materia di attribuzione al giudice amministrativo delle controversie disciplinari dei dipendenti delle aziende nel settore dei trasporti (ferrovie, tranvie e linee di navigazione interna), aveva sostenuto: *“questa Corte ha ripetutamente affermato che resta rimesso alla scelta discrezionale (con i consueti limiti della non manifesta irragionevolezza e palese arbitrarietà) del legislatore ordinario - suscettibile di modificazioni in relazione ad una nuova valutazione delle esigenze di giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti sostanziali - ripartire la giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, a seconda della tipologia e del contenuto dell'atto oggetto di tutela giurisdizionale, conferendo anche un potere di annullamento con gli effetti previsti dalla legge (sentenza n. 275/2001; ordinanze n. 161/2002 e n. 414/2001)”*. Era sembrato, insomma, che la Corte avesse voluto acconsentire a che il legislatore ripartisse liberamente le materie tra giudice ordinario ed amministrativo, tanto più che essa aveva aggiunto che *“non si può affermare, in linea di principio, che dinanzi al giudice amministrativo sia offerta una tutela meno vantaggiosa o appagante di quella che si avrebbe davanti al giudice ordinario (sentenza n. 62/1996, in fattispecie identica alla presente; v. anche sentenza n. 140/1980; n. 47/1976; n. 43/1977)”*. La sentenza n. 439 del 2002 è pubblicata, tra l'altro, in *Urbanistica ed appalti*, 2003, 1, p. 51, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, VI, p. 3609. Si vedano anche le richiamate ordinanze n. 47 del 16 marzo 1976, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, I, p. 362 e ss.; n. 43 del 19 febbraio 1977, *ivi*, 1977, I, pp. 159 e ss.; n. 140 del 30 luglio 1980, *ivi*, 1980, I, pp. 1161 e ss.; n. 62 del 8 marzo 1996, *ivi*, 1996, pp. 623 e ss.. Si vedano ancora le più recenti sentenze n. 275 del 23 luglio 2001, in *Giurisprudenza*

Va precisato che autorevole dottrina<sup>153</sup>, nel commentare la sentenza n. 204, pur condividendo la necessità di limitare la discrezionalità del legislatore in forza del disposto dell'articolo 103 della Costituzione ha evidenziato come il richiamo della Corte al carattere dell'autoritarità possa, nei fatti, far venire meno l'esistenza della giurisdizione esclusiva.

È stato, infatti, osservato che in presenza dell'esercizio autoritativo del potere da parte dell'amministrazione non potrebbero esistere diritti soggettivi ma solo interessi legittimi e, conseguentemente, la giurisdizione del giudice amministrativo non potrebbe che essere giurisdizione di mera legittimità.

Questa conclusione, tuttavia, non risulta accettabile per due ordini di ragioni: il primo, di natura teorica, si fonda sulla convinzione che l'interesse legittimo non nasca dalle ceneri del diritto soggettivo ma sia una posizione giuridica autonoma, che possa convivere senza problemi con il diritto soggettivo e che possa essere fatta valere contemporaneamente ad esso nei confronti dell'amministrazione.

Detta impostazione trova riscontro, oltre che nella già citata previsione dell'articolo 24 della Costituzione, nelle riflessioni d'illustri giuristi e studiosi del diritto amministrativo quali Pietro Gasparri<sup>154</sup>, Elio Casetta<sup>155</sup>, Massimo Severo Giannini<sup>156</sup>, Alberto Romano<sup>157</sup> e Mario Nigro<sup>158</sup>.

---

*costituzionale*, 2001, pp. 2306 e ss. con nota di CHIRULLI; sentenza n. 414 del 18 dicembre 2001, *ivi*, 2001, pp. 3967 e ss.; sentenza n. 161 del 7 aprile 2002, *ivi*, 2002, pp. 1367 e ss..

<sup>153</sup> In questo senso si veda POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non più esclusiva*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, pp. 977 e ss.; SCOCA F.G., *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, V, p. 2209.

<sup>154</sup> Si fa riferimento all'opera *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1948, vol.I, p. 187, nella quale si teorizzava in luogo del concetto tradizionale di affievolimento la presenza nell'ambito del procedimento amministrativo di due distinte posizioni, quella del diritto preesistente che si comprime in presenza dell'atto amministrativo, e quella dell'interesse legittimo del destinatario di tale attività. Questa seconda posizione, secondo l'Autore, sarebbe sopravvissuta alla compressione del diritto originario, con il quale aveva convissuto per un certo periodo di tempo, e sarebbe stata tutelabile come interesse innanzi al giudice amministrativo.. Nello stesso senso GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1949; AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto suriettivo affievolito*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, pp. 201 e ss..

<sup>155</sup> Si fa riferimento all'articolo *Diritto soggettivo ed interesse legittimo; problemi della loro tutela giurisdizionale*, pubblicato in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, p. 633, nel quale si affermava

Il fatto che l'interesse legittimo preesista e sopravviva all'esercizio del potere, poi, risulterebbe confermato dall'incapacità della teoria della degradazione di spiegare l'esistenza degli interessi legittimi pretensivi, i quali consentono al privato di vedere ampliata la propria sfera giuridico patrimoniale e, non certo, di vederla ridotta.

Lo stesso vigente impianto normativo in materia di procedimento amministrativo, prevedendo gli istituti partecipativi e consentendo così al privato di fornire il proprio apporto alla formazione del prodotto dell'azione amministrativa,

---

che l'interesse al corretto svolgersi dell'azione amministrativa, quale interesse strumentale e giuridico alla legittimità dell'atto amministrativo, fosse il presupposto della posizione giuridica di interesse legittimo.

<sup>156</sup> GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, parte II, in *Rivista di diritto processuale*, 1964, p. 39, , che era giunto a definire "pittoresca" la teoria della degradazione, osservava che l'interesse legittimo non sorge contemporaneamente all'adozione del provvedimento lesivo del diritto, ma nasce già da prima con l'avvio del procedimento amministrativo. Chiariva, inoltre, che l'interesse legittimo "*non ha ad oggetto il diritto soggettivo, come taluni ritengono, bensì direttamente l'interesse alla conservazione del bene della vita che la pretesa ablatoria dell'autorità minaccia di togliergli*". Anticipava ulteriormente il momento della nascita dell'interesse legittimo, collocandolo cronologicamente in corrispondenza dell'attribuzione (in sede normativa) all'amministrazione del potere d'incidere sul diritto A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, che riconduceva l'affievolimento del diritto, non all'efficacia del provvedimento ma all'antecedente momento dell'attribuzione all'amministrazione del potere d'incidere sullo stesso. L'Autore notava, inoltre, che l'esclusione della giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative ad atti incidenti sui diritti soggettivi può riconoscersi solo in quanto si ammetta che l'eliminazione del diritto soggettivo del privato sia antecedente e non susseguente alla emanazione dell'atto imperativo o ritenuto tale.

<sup>157</sup> A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, anticipava ulteriormente il momento della nascita dell'interesse legittimo, collocandolo cronologicamente in corrispondenza dell'attribuzione (in sede normativa) all'amministrazione del potere d'incidere sul diritto. Riconduceva, inoltre, l'affievolimento del diritto non all'efficacia del provvedimento ma all'antecedente momento dell'attribuzione all'amministrazione del potere d'incidere sullo stesso. L'Autore notava, ancora, che l'esclusione della giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative ad atti incidenti sui diritti soggettivi può riconoscersi solo in quanto si ammetta che l'eliminazione del diritto soggettivo del privato sia antecedente e non susseguente alla emanazione dell'atto imperativo o ritenuto tale.

<sup>158</sup> Il quale sosteneva l'erroneità della teoria dell'affievolimento affermando che "*l'interesse legittimo si accoppia al diritto soggettivo per il fatto che l'interesse di cui consiste il diritto soggettivo è parte della situazione obiettiva in relazione alla quale il potere è attribuito*". Così, NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 123.

dimostra che l'interesse legittimo preesiste all'emanazione del provvedimento amministrativo riduttivo del diritto.

Perfino la giurisprudenza della Cassazione, che insiste nel fondare il riparto di giurisdizione sulla teoria della degradazione, finisce essa stessa per smentire il principio riconoscendo l'autonoma impugnabilità della dichiarazione di pubblica utilità pur in assenza dell'emanazione del decreto di esproprio<sup>159</sup>: se, infatti, si riconosce tutela all'interesse legittimo prima che il cittadino venga privato definitivamente del proprio diritto, si nega automaticamente che l'interesse sorga dalle ceneri del diritto e si ammette implicitamente che le due situazioni possano convivere. Ugualmente, l'orientamento del Consiglio di Stato che facoltizza il privato a far valere l'invalidità del provvedimento non ancora efficace, perché in attesa di un atto di controllo o del verificarsi di una condizione, chiarisce che l'interesse legittimo preesiste agli effetti del provvedimento.

Tornando, allora, alla tesi secondo la quale la Corte Costituzionale esclude *de facto* l'esistenza della giurisdizione esclusiva, deve dirsi che essa risulta inaccettabile oltre che per le ragioni teoriche appena rappresentate anche per ragioni di ordine pratico: ed infatti, pur volendo ammettere che in presenza dell'esercizio del potere autoritativo amministrativo la posizione giuridica del privato nei confronti dell'amministrazione muti comunque da quella di diritto soggettivo a quella d'interesse legittimo, non si può tuttavia esser certi (malgrado i chiari richiami fatti dalla Corte costituzionale alla Legge sul procedimento) che detto potere sia sempre agevolmente identificabile. S'è visto, infatti, che esistono fattispecie che, pur comportando una forma di esercizio del potere da parte dell'amministrazione, con difficoltà riescono ad identificarsi con l'esercizio autoritativo del potere e che finiscono per lasciare spazi a dubbi interpretativi in materia di riparto.

---

<sup>159</sup> Ci si riferisce a quel filone giurisprudenziale che, pur affermando che nelle procedure espropriative il momento del trasferimento della proprietà dal privato all'ente espropriante coincide con la data del decreto di esproprio, la degradazione consegue al precedente provvedimento con cui il potere di espropriazione diventa concretamente esercitabile (ossia la dichiarazione di pubblica utilità). Così Cassazione Civile, Sezioni Unite, n. 2087 del 1960, in *Foro italiano*, 1960, I, 1704; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria n. 10 del 9 ottobre 1986, in *Il Consiglio di Stato*, 1986, I, p. 9; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 14 del 15 giugno 1999, in *Diritto processuale amministrativo*, 2000, p. 775.



E', allora, per situazioni di tal sorta che sembra corretta la previsione di un plesso giurisdizionale unico, nel quale il privato possa vedere tutelate le posizioni giuridiche vantate nei confronti dell'amministrazione senza dovere indugiare sui problemi interpretativi in materia di riparto, che possono ma non debbono certamente pregiudicare il principio di parità di tutela delle posizioni giuridiche soggettive sancito dall'articolo 24 della Costituzione.

Questa, lo si è detto nel precedente capitolo, era stata probabilmente la vera ragione per la quale nel 1923 era stata costituita la giurisdizione esclusiva e questa è la ragione più concreta per la quale, al di fuori di tutte le valutazioni sull'essenza delle posizioni giuridiche tutelate, è necessario che permanga la giurisdizione esclusiva nel nostro ordinamento.

#### **4. Segue: il risarcimento del danno quale modalità di tutela degli interessi legittimi.**

Passando, ora, al quarto principio desumibile dalla sentenza n. 204, può dirsi che esso attiene alla materia della risarcibilità del danno da lesione d'interessi legittimi.

Nel precedente capitolo<sup>160</sup> s'è visto come, con la storica sentenza n. 500 del 1999, le Sezioni Unite della Cassazione hanno sostenuto che l'azione risarcitoria per lesione dell'interesse legittimo fosse un'azione a tutela di un diritto (quello al risarcimento del danno derivante da una azione od una omissione compiuta *in jure* da un soggetto terzo), con la conseguenza che la competenza a conoscere della relativa azione spetterebbe al giudice ordinario qualunque sia la situazione soggettiva fatta valere dal danneggiato (salvo, ovviamente, che per le materie di giurisdizione esclusiva).

Detta ricostruzione, però, ha incontrato da subito l'aperto disfavore di parte della dottrina<sup>161</sup> che si è dimostrata poco convinta del fatto che una posizione giuridica

---

<sup>160</sup> Si veda in proposito il paragrafo 12.

<sup>161</sup> Sul dibattito suscitato da questa pronuncia si segnalano, senza alcuna pretesa di completezza: ABBAMONTE G., *L'affermazione legislativa e giurisprudenziale della risarcibilità del danno derivante dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Profili sostanziali e processuali*, in *Consiglio di Stato*, 2000, VII, pp. 744 ss.; DI MAJO A., commento a T.A.R. Lombardia, 23 dicembre 1999 e a T.A.R. Catania, 18 gennaio 2000, n. 38, in *Corriere Giuridico*, 2000, pp. 393 ss.; SCHINAIA M. E., *Lo stato attuale dell'ordinamento italiano in relazione al processo di armonizzazione europea in materia di*

sostanziale (quella d'interesse legittimo), la cui lesione ha dato origine alla causa, possa scindersi dalla posizione giuridica strumentale (quella di diritto soggettivo al risarcimento) che l'ordinamento appronta per la piena tutela della posizione sostanziale<sup>162</sup>.

La soluzione della Suprema Corte, infatti, prestava il fianco ad almeno tre ordini di notazioni critiche: la prima era che la Cassazione aveva risolto la questione della giurisdizione sulla base di un approccio limitativo, in quanto pur condividendo in modo incondizionato la ricostruzione in termini di diritto soggettivo del risarcimento

---

*responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Consiglio di Stato*, 2002, VII, pp. 285 ss. Per un primo orientamento informativamente utile cfr. CARROZZA L.- FRACCHIA F., *Art. 35 D.Lgs. 80/98 e risarcibilità degli "interessi meritevoli di tutela": prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro Italiano*, 2000, III, pp. 200 ss., nonché gli approfondimenti di commento alla decisione 500 del 1999, comparsi sul *Foro Italiano*, 1999, I, 3201 ss., di CARANTA R., *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, di ROMANO A., *Sono risarcibili; ma perché devono essere legittimi?*, di FRACCHIA F., *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi* di SCODITTI E., *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, in *Foro italiano*, 1999, I, 3226 ; FALCON G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *La tutela dell'interesse al provvedimento (Atti del Convegno di Trento, 9-10 novembre 2000)*, Trento, 2001, nonché in *Diritto processuale amministrativo*, 2001, pp. 271 ss..

<sup>162</sup> In proposito si veda GIACCHETTI S., *La risarcibilità degli interessi legittimi è in coltivazione*, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1999, n. 10, pp. 1601 e ss., che osserva che: “*premesse che il diritto al risarcimento del danno è un diritto accessorio e strumentale (è cioè nient'altro che un mezzo di tutela reintegratoria per equivalente di una distinta posizione sostanziale alla quale accede) le spiegazioni possibili sono due: che questo diritto strumentale acceda direttamente alla posizione sostanziale di interesse legittimo, e quindi esista, almeno allo stato quiescente, all'interno del nucleo dell'interesse stesso, e venga liberato dal provvedimento lesivo (e quindi abbia per oggetto il risarcimento della lesione di tale interesse); che questo diritto strumentale acceda direttamente ad una diversa posizione sostanziale (che in questo caso dovrebbe essere il cosiddetto diritto all'integrità del patrimonio, che altro non è che la formulazione in termini positivi del principio del neminem laedere), e quindi esista all'esterno del nucleo dell'interesse legittimo, con la conseguenza che la lesione dell'interesse non sia oggetto diretto di tutela ma semplicemente l'occasione, il motivo, per la tutela risarcitoria di quest'altra posizione sostanziale, tutela risarcitoria che soltanto in via diretta e riflessa è riconducibile alla lesione dell'interesse*” e si ritiene che “*la prima possibilità sembra estranea alla logica civilistica, che permea il pensiero della Cassazione e che è stata sempre ferma di ritenere il diritto un maius rispetto all'interesse; il che farebbe escludere l'ipotesi teorica che dall'interesse possa nascere un diritto, e cioè l'ipotesi inversa a quella della sia pur mitica degradazione*”.

dei danni, si osservava che la riconduzione dei termini della questione al solo aspetto della cognizione risultava contrario alla lettera ed allo spirito della Costituzione, la quale devolve ai due plessi giurisdizionali la tutela delle posizioni giuridiche senza far distinzione tra la posizione giuridica sostanziale e quella strumentale.

La seconda notazione era quella che la Cassazione aveva rafforzato in modo poco convincente la centralità della posizione di diritto soggettivo ed aveva degradato al contempo la posizione d'interesse legittimo a mero oggetto mediato di tutela, irrilevante ai fini del riparto, con buona pace della parità riservata dalla Costituzione alle due posizioni giuridiche.

La terza notazione riguardava la difficoltà di armonizzare con l'attuale impianto costituzionale l'impostazione data dalla Cassazione, consistente in una sostanziale trasfigurazione del principio della *causa petendi* sancito nella carta fondamentale.

Il Consiglio di Stato, dal canto suo, nella già citata pronuncia n. 1 del 2000 dell'Adunanza Plenaria, aveva affermato che il Legislatore del 1998 aveva inteso conferire all'espressione controversie aventi ad oggetto "*diritti patrimoniali consequenziali*" il significato più vasto ed etimologico, intendendo con essa il rapporto di connessione causale tra i comportamenti lesivi dell'amministrazione e l'incidenza sulle posizioni giuridiche soggettive. Conseguentemente, secondo il Consiglio di Stato, il Legislatore aveva voluto riconoscere alla giurisdizione amministrativa anche la cognizione delle controversie risarcitorie non connesse all'annullamento degli atti amministrativi.

Anche questa soluzione, però, aveva prestato il fianco a numerose critiche, soprattutto da parte di chi vedeva nella predetta tesi una negazione della permanenza nel nostro ordinamento dell'istituto della pregiudiziale amministrativa<sup>163</sup>

---

<sup>163</sup> Così CIRILLO, *L'annullamento dell'atto amministrativo e il giudizio sull'antigiuridicità ingiusta dell'illecito derivanti dall'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa*, in *Foro amministrativo, Consiglio di Stato*, 2003, pp. 885 e ss.; FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2001, pp. 287 e ss.; CARROZZA e FRACCHIA, *Art. 35 d.lgs. 80/1998 e risarcibilità degli interessi meritevoli di tutela: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro italiano*, 2000, III, 200; MASI, *Interessi legittimi pretensivi e risarcimento: il giudice amministrativo alla ricerca del bene della vita*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, pp. 432 e ss.. Sulla pregiudiziale amministrativa si veda anche *infra*, paragrafo 8 del presente capitolo.

Con la sentenza n. 204 del 2004, allora, la Corte Costituzionale ha sovvertito le predette impostazioni ed ha affermato che la tutela risarcitoria altro non è che una delle modalità di tutela giurisdizionale sia dei diritti che degli interessi legittimi (modalità che si aggiunge al potere demolitorio e/o conformativo), con la conseguenza che la cognizione della domanda risarcitoria spetta al giudice che ha cognizione sulla posizione giuridica fatta valere.

La Corte ha giustificato detta impostazione con due argomentazioni: la prima è quella che la norma attributiva del potere risarcitorio al giudice degli interessi legittimi sia diretta emanazione dei principi costituzionali che riconoscono a quest'ultimo piena dignità di organo giurisdizionale. La seconda è quella che l'articolo 24 della Costituzione non tollera un sistema di tutela degli interessi legittimi fondato sul doppio grado di giurisdizione, in quanto esso comporta l'onere per il cittadino di rivolgersi prima al giudice amministrativo per ottenere l'annullamento del provvedimento lesivo, poi a quello ordinario per l'eventuale risarcimento del danno.

La netta presa di posizione della Consulta suscita tre ordini di considerazioni: la prima è che la Corte ha semplificato e chiarito la questione del riparto di giurisdizione in materia di risarcimento del danno, determinando la neutralità dello strumento risarcitorio rispetto alla tematica del riparto e conformandolo automaticamente agli assetti già determinati sui singoli ambiti contenziosi.

La seconda considerazione è che la Corte ha superato definitivamente l'approccio secondo il quale la devoluzione della giurisdizione risarcitoria in capo al giudice amministrativo è del tutto coerente solo per le materie devolute alla giurisdizione esclusiva e desta perplessità riguardo alla giurisdizione di legittimità<sup>164</sup>.

La terza è che, se da un lato la Corte ha dato una nuova impostazione al problema del risarcimento del danno ed alle conseguenti questioni di giurisdizione, dall'altro ha fissato implicitamente anche i limiti di detta soluzione. Ed infatti, la parte della

---

<sup>164</sup> Approccio che era stato il fondamento del primo comma dell'articolo 35 del Decreto Legislativo n. 80 del 1998, secondo cui *“il tribunale amministrativo regionale, nelle materie deferite alla sua giurisdizione esclusiva, conosce anche di tutte le questioni relative a diritti [...]”*, e che era già stato superato dalla modifica terminologica apportata dalla Legge n. 205, la quale aveva riferito i poteri risarcitori del giudice amministrativo all'intero ambito della sua giurisdizione superando, così, il riferimento al novero delle materie.

sentenza n. 204 relativa all'articolo 35 del Decreto Legislativo n. 80 del 1998 va letta in sistema con le altre parti della stessa, ed in particolare con quella riguardante l'articolo 34: escludendo categoricamente che esista una giurisdizione risarcitoria del giudice ordinario su fattispecie di responsabilità da provvedimento, pertanto, si nega al contempo che la giurisdizione del giudice amministrativo si possa estendere ai comportamenti dell'amministrazione non riconducibili all'esercizio del potere e, conseguentemente, se ne individua il limite oltre il quale non è concesso andare.

Ciò ha fatto emergere la più complessa questione dell'inquadramento giurisdizionale di casi di confine quali quelli della discussa responsabilità da contatto procedimentale<sup>165</sup> e di *culpa in contrahendo* dell'amministrazione

---

<sup>165</sup> La responsabilità "da contatto qualificato" trova le sue origini nella teoria civilistica della responsabilità per inadempimento senza obblighi di prestazione, elaborata con riferimento alle fattispecie di danno nelle quali il soggetto danneggiante, pur non essendo vincolato al danneggiato da un rapporto obbligatorio in senso stretto, vi è legato in via di fatto da una relazione (cd. contratto sociale qualificato) che espone il danneggiato ad un rischio specifico e più intenso rispetto alla generalità dei consociati. L'espressione "contatto sociale" indica, dunque, un rapporto socialmente tipico, che ingenera nei soggetti coinvolti un obiettivo affidamento, in ragione del fatto che si tratta di un rapporto "qualificato" dall'ordinamento giuridico, il quale vi ricollega una serie di doveri specifici di comportamento attivo. La figura responsabilità da "contatto" ha trovato particolare riconoscimento nella giurisprudenza civile con riguardo al problema della responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario nei confronti del paziente (si veda la sentenza della Cassazione Civile, n. 589 del 22 gennaio 1999, pubblicata in *Giurisprudenza Italiana*, 2000, p. 740, con nota di PIZZETTI F., *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da «contatto sociale»*), dell'insegnante rispetto all'alunno (si veda Cassazione Civile, Sezioni Unite, n. 9346 del 27 giugno 2002, pubblicata in *Foro Italiano*, 2002, I, 2635, con nota di DI CIOMMO F., *Note critiche in materia di responsabilità del medico ospedaliero*), nonché riguardo alla c.d. "responsabilità da prospetto", alla "responsabilità da revisione", nelle ipotesi di intermediazione mobiliare e con riferimento alle informazioni professionali non veritiere. S'è discusso sulla possibilità d'estendere il regime della responsabilità per violazione degli obblighi senza prestazione alla responsabilità dell'amministrazione per attività provvedimentoale. Il punto di partenza dell'analisi dottrina è stato quello che l'amministrazione non risponde nei confronti del privato ex articolo 2043 del Codice Civile e che, prima del danno, vi è comunque un "rapporto" tra amministrazione e privato (seppure non fondato su un contratto). Tale premessa è apparsa tanto più fondata in quanto, dopo l'introduzione della legge n. 241 del 1990, si sono annoverate sempre più occasioni di "contatto" tra privato ed amministrazione procedente (si pensi alla comunicazione dell'avvio del procedimento ed agli istituti di partecipazione). Il problema maggiore nel configurare la responsabilità da contatto nei rapporti procedimentali tra amministrazione e privato, allora, s'è presentato in relazione alla natura del rapporto esistente tra i due soggetti: mentre, infatti, nell'ambito dei rapporti privatistici vi è un rapporto *inter pares*,

ricongiunta alla regola dell'articolo 1337 c.c.<sup>166</sup>. In quest'ultimo caso la giurisprudenza si è costantemente appellata al disposto dell'articolo 6 della legge n.

---

nei rapporti con l'amministrazione questa esercita un potere autoritativo di natura pubblicistica. Pertanto, la disciplina giuridica deve tener conto dell'interesse pubblico sotteso all'*agere* amministrativo e della diversa natura dei soggetti coinvolti nel rapporto giuridico "da contatto sociale qualificato", che impediscono la diretta applicabilità dei principi privatistici al rapporto in questione. È stato osservato, però, che se s'intende il rapporto amministrazione-privato non come contrapposizione di due posizioni giuridiche semplici, ma come sintesi delle possibilità e doverosità che intercorrono tra detti soggetti, sarebbe possibile affermare che vi è un interesse legittimo delle parti a questo rapporto amministrativo, e che l'interesse legittimo "è" questo rapporto amministrativo. Di conseguenza, la responsabilità dell'amministrazione potrebbe essere inquadrata non come responsabilità per lesione di una situazione soggettiva, intesa come un bene della vita, ma come responsabilità per inadempimento o violazione di obblighi, la cui fonte sta proprio nella legge n. 241 del 1990, posta a garanzia dell'affidamento sulla legittimità dell'azione amministrativa. L'obbligazione risarcitoria, dunque, non viene ricollegata all'utilità finale cui aspira il privato ma ne prescinde, in quanto il danno è ricondotto all'inadempimento del rapporto che si genera in relazione all'obbligo imposto dalla norma e non alla perdita dell'utilità sostanziale cui il privato aspira. In questa prospettiva, la relazione che si instaura tra il privato e l'amministrazione nel corso del procedimento può considerarsi idonea a fondare un rapporto generatore di obblighi, il cui inadempimento da parte della amministrazione configura un autonomo titolo dell'obbligazione risarcitoria. In buona sostanza, la responsabilità dell'amministrazione che, ad esempio con riferimento all'obbligo di provvedere sancito dall'articolo 2 della legge n. 241 del 1990, non provveda o provveda in ritardo, su istanza del privato, sorge per inadempimento dell'obbligo di natura formale di provvedere entro un termine, ad esso rimanendo estraneo il dovere di natura sostanziale di emanare il provvedimento richiesto. In tale contesto il danno risarcibile deriverebbe dal perdurare della situazione di incertezza circa il rilascio o meno del provvedimento richiesto e non anche dal mancato o ritardato godimento del bene della vita o dell'utilità finale. Per una disamina completa del problema della responsabilità da contatto nell'attività provvedimentale dell'amministrazione si rinvia ad ANTONELLI V., *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, 3, pp. 601 e ss..

<sup>166</sup> L'ambito nel quale s'è sviluppato il problema della configurabilità della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione è stato quello delle procedure ad evidenza pubblica. Originariamente, infatti, la giurisprudenza riteneva che la responsabilità precontrattuale fosse configurabile in capo all'amministrazione solo nei casi nei quali essa agiva *jure privatorum*, senza cioè ricorrere ad una procedura di gara (la prima pronuncia in tal senso è quella della Cassazione Civile, Sezioni Unite n. 1675 del 1961, pubblicata in *Giustizia civile*, 1961, p. 1675, nella quale si riconobbe nel caso di recesso senza giustificato motivo da una trattativa privata la configurabilità della responsabilità precontrattuale in capo alla Pubblica amministrazione, affermando che compito del giudice di merito non è quello di valutare se il soggetto amministrativo sia stato un corretto amministratore, bensì se sia stato un corretto contraente). Ciò in quanto si riteneva che nel caso di procedura d'individuazione del contraente mancassero sia la

205 del 2000, ora sostituito dall'articolo 244 del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti), che prevede la giurisdizione esclusiva del giudice

---

relazione specifica tra soggetti, consistente nello svolgimento delle trattative a cui si riferiscono gli articoli 1337 e 1338 c.c., sia il rapporto personalizzato che giustificasse un obbligo di buona fede dell'amministrazione (in tal senso, per tutte, si veda Cassazione Civile, Sezioni Unite n. 4673 del 26 maggio 1997, in *Corriere giuridico*, 1997, p. 759, nella quale sono citati importanti precedenti giurisprudenziali tra cui la fondamentale pronuncia n. 6545 del 29 luglio 1987 della stessa Cassazione, pubblicata in *Foro italiano*, 1988, I, 460). Con una lenta ma inesorabile evoluzione, però, la Cassazione iniziò a riconoscere l'esistenza della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione anche nei casi di procedure di evidenza pubblica, nei quali fosse configurabile un rapporto personalizzato da cui far derivare per le parti obblighi di buona fede (così Cassazione Civile n. 2519 del 6 marzo 1998, in *Giustizia Civile*, 1998, I, p. 1242, con la quale fu riconosciuta la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione che aveva fatto intendere al contraente privato che il vizio inerente la forma del contratto sarebbe stato rimosso consentendo il buon esito delle trattative). Per le procedure di gara (aperte o ristrette), però, la giurisprudenza continuava ad operare un distinguo tra il caso in cui l'illecito fosse avvenuto prima ed il caso in cui fosse avvenuto dopo l'aggiudicazione. Ciò in quanto si riteneva che la responsabilità dell'amministrazione potesse essere affermata solo dopo l'aggiudicazione di una gara. Il dibattito sull'ammissibilità della responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione nell'ambito dell'attività negoziale si arricchì a seguito delle note riforme del 1998-2000 e della citata pronuncia delle Sezioni Unite n. 500 del 1999. Oggi in giurisprudenza si ammette pacificamente la configurabilità di una responsabilità precontrattuale a carico anche dell'amministrazione senza distinzioni tra la fase precedente o posteriore all'aggiudicazione, poiché si ritiene che anche a carico dell'amministrazione gravi l'obbligo giuridico sancito dall'art. 1337 c.c. di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative. Ed infatti, afferma la giurisprudenza (si vedano in tal senso, tra le altre, Cassazione Civile, Sezione I, n. 9366 dell'11 giugno 2003, pubblicata tra l'altro in *Foro italiano*, 2003, I, 3359, e Consiglio di Stato, Sezione V, n. 4776 del 12 settembre 2001, pubblicata in *Urbanistica e appalti*, 2000, p. 199 con nota di RACCA G.M.), con l'instaurarsi delle trattative sorge tra le parti un rapporto di affidamento che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela. Se durante tale fase formativa del negozio, una parte viola il dovere di lealtà e correttezza ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte (anche colposamente, in quanto non occorre un particolare comportamento oggettivo di malafede, né la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente) in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto, essa risponde per responsabilità precontrattuale. Sulla responsabilità contrattuale dell'amministrazione si segnala, da ultimo, la sentenza n. 11656 del 12 maggio 2008 delle Sezioni Unite della Cassazione, pubblicata tra l'altro in *Corriere giuridico*, 2008, 10, pp. 1380 e ss. con nota di CLARICH M e di FIDONE G., riguardante un caso di responsabilità precontrattuale in materia di vendita di cosa futura. Per un approccio critico a tali recenti indirizzi, si rinvia a CHINE' G., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'era della risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Foro Amministrativo*, TAR, 2003, II, pp.797 e ss..

amministrativo per tutte le controversie relative all'azione amministrativa volta alla scelta del contraente<sup>167</sup>. Nel caso delle controversie nelle quali si voglia ravvisare una responsabilità da contatto dell'amministrazione, invece, in mancanza di una previsione normativa espressa, sorge la necessità di indagare se l'*agere* amministrativo sia stato espressione di un potere autoritativo o di una condotta ad esso non riconducibile: nel primo caso la giurisdizione spetterà al giudice amministrativo<sup>168</sup>. Diversamente, il privato dovrà ricorrere al giudice ordinario per vedere tutelata la propria posizione giuridica di diritto soggettivo nei confronti dell'amministrazione.

## **5. Gli effetti immediati della sentenza n. 204: la giurisdizione in materia di servizi pubblici.**

Va preliminarmente precisato che la riscrittura dell'articolo 33 del Decreto Legislativo n. 80 del 1998, realizzata con la sentenza n. 204, non interessa in alcun modo il concetto sostanziale di servizio pubblico<sup>169</sup>, ormai pacificamente identificato

---

<sup>167</sup> Tra le più recenti si segnalano, oltre alla predetta Cassazione Civile, Sezioni Unite, n. 11656 del 12 maggio 2008; Cassazione Civile, Sezioni Unite, n. 5084 del 27 febbraio 2008, rinvenibile in CED della Cassazione; Consiglio di Stato, Sezione V, n. 7194 del 6 dicembre 2006, pubblicata in *Urbanistica e appalti*, 2007, 5, p. 595, con nota di TUCCARI F., *La responsabilità precontrattuale della P.A. al cospetto del giudice amministrativo*.

<sup>168</sup> Il che genera un altro problema, ossia quello di capire se vi è la necessità o meno d'impugnare preventivamente il provvedimento autoritativo dell'amministrazione per ottenere il risarcimento del danno. Si tratta del problema della c.d. pregiudiziale amministrativa, per il quale si rinvia al paragrafo 7 del presente capitolo.

<sup>169</sup> Sulla nozione di pubblico servizio si vedano i contributi apportati da: GIOVAGNOLI R., *Il contenzioso in materia di servizi pubblici*, Milano, 2004; SCOTTI E., *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, 36 ss.; SCISO E. M., *Il pubblico servizio*, Milano, 2003; NAPOLITANO G., *I servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; VILLATA R., *Pubblici servizi, discussioni e problemi*, Milano, 2001; CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2000, 47 ss.; GAROFOLI R., I servizi pubblici, in CARINGELLA F. - DE MARZO G. - DELLA VALLE F. - GAROFOLI R., *La nuova giurisdizione del giudice amministrativo*, Milano, 2000, 52 ss.; Volpe C., I servizi pubblici, in CERULLI IRELLI V., *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205*, Torino, 2000, 91; PARISIO V., *Servizi pubblici e Monopoli*, in PICOZZA E. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, Rimini, 1997. Da ultimo, di interesse, ZANELLI E., *Servizi pubblici locali e Corte costituzionale: un passo avanti e due indietro*, in



non più mediante la natura del soggetto che lo esercita, bensì mediante l'attività svolta e la sua capacità di corrispondere ad un interesse generale, secondo uno schema di funzionalizzazione della stessa che è l'effetto dei programmi e controlli previsti dal terzo comma dell'articolo 41 della Costituzione<sup>170</sup>.

---

*Corriere Giuridico*, 2005, p.133, e CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 618.

<sup>170</sup> Così VARONE S., *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, p. 5, ed ivi citato, POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964, pp. 52 e ss.. Giova ricordare che, secondo la concezione soggettiva, risalente ai primi interventi normativi in materia, il servizio pubblico costituisce un'attività non autoritativa, assunta da un pubblico potere, gestita direttamente dalla pubblica amministrazione oppure da un privato, dove la titolarità del servizio deve sempre fare capo all'amministrazione medesima. Sulla base di tale impostazione, allora, lo strumento principe utilizzato dall'amministrazione, nelle ipotesi in cui la gestione del servizio venga affidata ai privati, è rappresentato dall'adozione di provvedimenti concessori, nei quali si verifica la traslazione dell'esercizio del diritto mentre la titolarità rimane in capo alla pubblica amministrazione. Fra gli autori che accolgono la teoria così detta soggettiva della nozione di servizio pubblico si vedano: VILLATA R., *Pubblici servizi*, cit., pp. 10 ss.; PARISIO V., *Servizi pubblici e Monopoli*, cit., pp. 687 ss.; CAVALLO PERIN R., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993, pp. 33 ss.; MERUSI F., *Servizio pubblico*, in *Nss. Dig. It.*, Vol. XVII, 1970, p. 218 ss.; DI VALLES A., I servizi pubblici, in ORLANDO V. E. (a cura di), *Primo Trattato Completo di diritto amministrativo italiano*, Vol. VI, parte I, Milano, 1930, pp. 377 ss.. Secondo la concezione oggettiva, prevalente in dottrina e giurisprudenza, invece, il servizio pubblico comprende tutte le attività svolte da qualsivoglia soggetto, riconducibili a un ordinamento di settore, sottoposte cioè a controllo, vigilanza o a mera autorizzazione da parte di una pubblica amministrazione. Ai fini dell'individuazione delle attività sussumibili sotto la nozione di servizio pubblico, vengono in rilievo quelle che, per la loro rilevanza sociale, sono suscettibili di individuazione e di disciplina diversa dagli altri comuni servizi. Spetta, quindi, al legislatore selezionare le attività da qualificare come servizio pubblico sulla base della loro rilevanza collettiva. Per servizi pubblici, allora, si fa riferimento a tutte quelle figure, tipizzate per legge, che si distinguono dalle altre per la doverosità che assumono ai fini della soddisfazione di interessi collettivi. In giurisprudenza, lo si ripete, è generalmente condivisa la teoria oggettiva del concetto di servizio pubblico: sul punto, si vedano, tra le altre: Cassazione Sezioni unite n. 71 e del 2000, pubblicata in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000, 6, p. 573 con nota di TRAVI A.; *Diritto e giustizia*, 2004, f. 14, con nota di EVANGELISTA; *Corriere giuridico*, 2000, 5, p. 591 con nota di CARBONE; *Urbanistica e appalti*, 6, p. 602 con nota di GAROFOLI R.; *Giustizia civile*, 2000, I con nota di SASSANI. Si veda anche Consiglio di stato, Adunanza plenaria n.1 del 2000, pubblicata in *Giustizia civile*, 2000, I, p. 1291 con nota di SASSANI. Non mancano, tuttavia, pronunce che abbracciano la teoria soggettiva; per tutte: Cassazione, Sezioni unite, n. 16831 del 2002, pubblicata in *Urbanistica e appalti*, 2003, pp. 529 ss. con nota di DE GIOIA V., e Consiglio di Stato, Sezione V, n. 6574 del 2004, pubblicata in *Urbanistica e appalti*, 2004, 12, p. 1417.

Ciò che la riscrittura dell'articolo 33 comporta, invece, è l'arretramento dei confini della giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici, con un evidente ritorno al passato ed al testo originario dell'articolo 5, primo e terzo comma, della Legge n. 1034 del 1971.

Con l'espunzione del riferimento "*a tutte le controversie*", infatti, la Corte torna ad individuare cinque macro aree di competenza della giurisdizione esclusiva: la prima è quella delle concessioni di pubblici servizi, ossia dei provvedimenti con i quali l'amministrazione conferisce *ex novo* posizioni giuridiche attive al destinatario, ampliandone la sfera giuridico-patrimoniale<sup>171</sup>.

Dalla materia delle concessioni, tuttavia, rimane escluso il contenzioso avente ad oggetto le pretese creditorie degli operatori e, più in generale, dei gestori di servizi pubblici.

Nella vigenza dell'originario testo dell'articolo 33 del Decreto Legislativo n. 80 del 1998, infatti, la Cassazione aveva affermato l'esistenza di una sfera di

---

<sup>171</sup> La concessione è un modulo di gestione dei servizi pubblici e si differenzia dall'affidamento del servizio in quanto esso altro non è se non una procedura per l'individuazione del soggetto che deve erogare o anche gestire il servizio pubblico. La concessione si differenzia, poi, dagli appalti pubblici di servizi in quanto mentre per essi le prestazioni sono rese da un soggetto (esterno all'amministrazione) a favore dell'amministrazione, nel caso della concessione l'erogazione dell'utilità è effettuata dall'amministrazione o da altro soggetto, in collegamento con la stessa, a favore della collettività. Inoltre, mentre l'appalto di servizi concerne prestazioni rese all'amministrazione, la concessione di servizi pubblici riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio pubblico. Normalmente, poi, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato. Dette distinzioni, prima dell'intervento della sentenza n. 204/2004, erano decisive a fini dell'individuazione del plesso giurisdizionale competente. Solo nelle concessioni di pubblici servizi, infatti, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estendeva anche alla fase dell'esecuzione contrattuale o convenzionale, mentre negli altri casi era limitata alle controversie relative alle procedure di affidamento ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della Legge n. 205 del 2000. Anche le controversie sulla risoluzione del rapporto, convenzionale o contrattuale, in corso, da parte dell'amministrazione, erano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo nella materia dei servizi pubblici. Diversamente, vertendosi nella fase dell'esecuzione contrattuale e in presenza di situazioni di diritto soggettivo, le controversie dovevano essere incardinate innanzi al giudice ordinario. Per un approfondimento sulla distinzione tra concessione di servizi pubblici ed appalto di servizi si rinvia a VILLATA R., *Pubblici servizi, discussioni e problemi*, Milano 2006, pp. 81 e ss..

giurisdizione “esclusiva” del giudice dei diritti nelle materie oggetto di esclusione<sup>172</sup>, mentre i giudici amministrativi avevano ravvisato nella formula legislativa un appiglio per la riesplorazione del tradizionale criterio di riparto<sup>173</sup>.

Mentre per il primo indirizzo qualsiasi controversia relativa a questioni patrimoniali inerenti una concessione di pubblico servizio sarebbe stata riservata *ratione materiae* al giudice ordinario, per il secondo anche nell’ambito delle questioni patrimoniali l’individuazione del giudice munito di giurisdizione sarebbe dovuta avvenire sulla base del criterio della natura della posizione giuridica fatta valere.

Ora, però, poiché con la sentenza n. 204 del 2004 la Consulta ha semplicemente escluso dall’ambito della giurisdizione esclusiva le controversie patrimoniali tra amministrazione concedente e privato concessionario, non facendo riferimento alcuno al giudice ordinario<sup>174</sup>, il tenore letterale del riscritto articolo 33 induce ad aderire alla tesi sostenuta dal Consiglio di Stato.

La seconda macroarea individuata dalla Consulta nel settore dei servizi pubblici, poi, è quella delle controversie relative a provvedimenti adottati dall’amministrazione o dal gestore di pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla Legge n. 241 del 1990.

Detto riferimento ha suscitato non poche perplessità, per due ordini di ragioni: la prima riguarda il fatto che il testo dell’articolo 33, come riscritto dalla Corte, fa riferimento ai gestori di pubblici servizi quali possibili titolari e gestori di provvedimenti amministrativi regolamentati dalla Legge n. 241, non tenendo conto che al tempo della sentenza la Legge n. 241<sup>175</sup> fissava il proprio ambito applicativo

---

<sup>172</sup> In tal senso, tra le altre, Cassazione Civile, Sezioni Unite, 4 ottobre 2000, n. 1055, pubblicata in: *Diritto e Giustizia.*, 2000, 37, p.37, e in *Corriere giuridico*, 2000, 11, p. 1423.

<sup>173</sup> Consiglio di Stato, Sezione VI, 3 novembre 1999, n. 1711, pubblicata in *Giurisprudenza Italiana*, 2000, p. 401, ed in *Urbanistica e Appalti*, 2000, p. 276.

<sup>174</sup> L’articolo 5, terzo comma, della legge n. 1034 del 1971, invece recitava testualmente: “*Resta salva la giurisdizione dell’ autorità giudiziaria ordinaria per le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi*”.

<sup>175</sup> A conferma di ciò può rimarcarsi che la Legge n. 241 fa richiamo ai gestori di pubblici servizi soltanto all’articolo 23, nel testo modificato dall’articolo 4 della L. 3 agosto 1999, n. 265, al fine specifico di estendere la disciplina sull’accesso anche a tali soggetti. Ne discende, come correttamente evidenziato da GAROFOLI R., in *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo Corte costituzionale 6 luglio*

alle sole amministrazioni pubbliche e non anche i gestori privati di attività a connotazione pubblica<sup>176</sup>.

La seconda ragione, riguarda il fatto che nei casi di adozione di un provvedimento amministrativo si dovrebbe essere sempre in presenza di posizioni di interesse legittimo del privato e non anche di diritti soggettivi, con la conseguenza che la giurisdizione in materia dovrebbe spettare alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo e non anche a quella esclusiva<sup>177</sup>.

Quanto alla terza area di competenza della giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi, essa si riferisce alle controversie aventi ad oggetto l'affidamento di un pubblico servizio.

Detta previsione, tuttavia, appare ultronea in quanto detta materia, per come osservato da autorevole dottrina<sup>178</sup>, sarebbe comunque rimasta di spettanza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *“per effetto, tra l'altro, dell'art. 6 della stessa legge che, espressamente affida a detta giurisdizione le controversie*

---

2004, n. 204, in *www.Giurisprudenza-amministrativa.it*, che se il legislatore ha sentito il bisogno di estendere la disciplina sull'accesso ai gestori per il tramite di una norma *ad hoc*, era consapevole del fatto che questi ultimi non rientravano tra i destinatari naturali della legge sul procedimento amministrativo.

<sup>176</sup> L'articolo 1, comma *ter*, della Legge n. 241 del 1990, come riformata dalla Legge n. 15 del 2005, fa ora esplicito riferimento ai soggetti privati preposti all'esercizio dell'attività amministrativa, tenuti comunque al rispetto dei principi della Legge n. 241. Il problema sull'applicabilità della Legge sul procedimento a soggetti privati può dirsi risolto.

<sup>177</sup> CINTIOLI F., *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *www.giustamm.it*, 2004, n. 7, tuttavia, ha rintracciato in detto riferimento un significato volto a non mortificare la logicità del ragionamento seguito dalla Consulta. In particolare, applicando alla sentenza i canoni interpretativi della Legge, l'Autore ha affermato che se la Corte ha sentito l'esigenza di circoscrivere la giurisdizione esclusiva a queste fattispecie, ha sicuramente considerato possibile una qualificazione delle situazioni soggettive confrontabili con detti provvedimenti in termini di diritti soggettivi. In questo senso, per esempio, si citano gli atti con i quali l'amministrazione provvede alla scelta di un socio privato per la costituzione di una società mista, affidataria del servizio pubblico, ovvero agli atti di nomina o revoca degli amministratori di detta società. Seguendo tale interpretazione, allora, il riferimento fatto dalla Corte alla Legge sul procedimento avrebbe una sua utilità, agevolando l'individuazione del giudice quando, a fronte di un provvedimento amministrativo, risulti problematica la qualificazione delle posizione giuridica fatta valere.

<sup>178</sup> CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione esclusiva ed azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2004, 3, p. 820.

*relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale*<sup>179</sup>.

Quanto, ancora, alla quarta macroarea di giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici, ossia quella riguardante le controversie aventi ad oggetto la vigilanza ed il controllo nei confronti del gestore, nonché quelle afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato immobiliare, va detto che la scelta operata dalla Corte trae fondamento dall'intento di voler confermare che in dette materie si ravvisano i caratteri propri delle materie oggetto di giurisdizione esclusiva.

Nelle materie in questione, del resto, oltre ad esistere un pubblico interesse al controllo, gli organi della pubblica amministrazione agiscono esercitando un potere che certamente può definirsi autoritativo, come pure è stato affermato dal Consiglio di Stato<sup>180</sup>.

La scelta della Corte, inoltre, è apparsa del tutto coerente con *“le scelte discrezionali compiute dal legislatore in materia di controllo sugli atti delle autorità indipendenti”* ed ha trovato giustificazione nell'*“analogia che accomuna il sindacato esercitato dal Consiglio di Stato sugli atti delle Autorità indipendenti, in ordine al potere di regolazione disciplina del mercato, al sindacato esercitato dalla Corte di Giustizia sugli atti compiuti dalla Commissione UE a tutela della libera concorrenza”*<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione esclusiva ed azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2004, 3, p. 820. In giurisprudenza, si veda Cassazione Civile, Sezioni Unite, n. 4955 dell'8 marzo 2005, pubblicata in *Repertorio del Foro italiano*, voce *“Concessioni amministrative”*, 2005, n.1.

<sup>180</sup> Consiglio di Stato, Sezione VI, 9 febbraio 2006, n. 515, con riferimento alla volontà della consulta di lasciare intatta la giurisdizione esclusiva in materia di vigilanza e controllo, ha ritenuto che si debba trattare *“di un implicito giudizio di configurabilità, in detti settori (sempre ed in ogni caso) del potere autoritativo dell'amministrazione”*

<sup>181</sup> CINTIOLI F., *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, cit..

Quanto, infine, alla quinta ed ultima ipotesi di giurisdizione esclusiva individuata dalla Consulta nel settore dei servizi pubblici, va detto che essa riguarda i così detti servizi “nominati” ossia il servizio farmaceutico, dei trasporti e delle telecomunicazioni, nonché gli altri servizi di pubblica utilità considerati dalla Legge n. 481 del 1995 (energia elettrica e gas). Nella nuova formulazione, tuttavia, è scomparso l’inciso “*ivi compresi*” che originariamente segnalava la natura certamente esemplificativa e non esaustiva dell’elencazione.

Il rilievo, allora, potrebbe autorizzare un’interpretazione restrittiva, secondo la quale il confine della nuova giurisdizione esclusiva è tracciato proprio in relazione agli specifici servizi pubblici indicati dalla disposizione legislativa, ma essa è smentita dal persistente riferimento alla nozione di pubblico servizio, risultante proprio dall’intervento manipolativo della Consulta, nella prima parte della disposizione legislativa.

Ne consegue che, in assenza di un appiglio letterale univoco, l’elencazione dell’articolo 33, per come riscritto dalla sentenza n. 204, deve continuare a ritenersi esemplificativa e non esaustiva.

## **6. Segue: le materie dell’urbanistica e dell’edilizia e la sentenza n.191 del 2006.**

Come già detto la riformulazione dell’art. 34 del Decreto Legislativo n. 80 del 1998<sup>182</sup>, operata dal giudice delle Leggi<sup>183</sup>, ha ristretto l’area della giurisdizione

---

<sup>182</sup> Per un’efficace analisi della situazione antecedente l’sentenza n. 204, si veda POLI V., *Edilizia, urbanistica, espropriazione*, in *Il riparto di giurisdizione*, a cura di CARINGELLA F., DE NICTOLIS R., GAROFOLI F., POLI V., Milano, 2005, pp. 935 e ss..

<sup>183</sup> Giova ricordare che alla sentenza n. 204 è seguita a distanza di pochi mesi la sentenza n. 281 del 28 luglio 2004, con la quale è stata dichiarata l’incostituzionalità dell’articolo 34 del Decreto Legislativo n. 80 del 2008, in precedenza fatto salvo dalla sentenza n. 292 del 17 luglio 2000 (la questione di costituzionalità era stata dichiarata inammissibile per estraneità dell’articolo 34 al giudizio *a quo*). Più precisamente, l’intervento della Corte ha riguardato il testo dell’articolo non novellato dalla previsione dell’articolo 7 della Legge n. 205 del 2000. Si sono risolti, in tal modo, i problemi intertemporali generati dalla Legge n.205 per le controversie insorte tra il 1 luglio 1998 (termine dal quale entrava in vigore il Decreto Legislativo n. 80) ed il 10 agosto 2000 (data di entrata in vigore della Legge n. 205). La Corte, in merito all’istanza d’incostituzionalità dell’articolo 34, ha richiamato quanto già detto nella predetta sentenza n. 292 del 2000 (si veda paragrafo 10 del Capitolo precedente), pertanto, ed ha ribadito che dai

esclusiva del giudice amministrativo alle sole controversie in cui le pubbliche amministrazioni esercitano funzioni pubblicistiche in modo tradizionale o mediante l'uso di strumenti convenzionali, riconducibili allo schema generale degli accordi disciplinati dall'articolo 11 della Legge n. 241 del 1990.

L'espunzione dei comportamenti dall'area della giurisdizione esclusiva nelle materie dell'edilizia ed urbanistica, pertanto, ha interessato l'esperibilità innanzi al giudice amministrativo sia delle azioni possessorie e di nunciazione<sup>184</sup>, che di quelle riguardanti i casi di occupazione appropriativa ed usurpativa.

---

lavori parlamentari della Legge delega emergeva chiaramente che *“in primo luogo il legislatore delegante intendeva rendere piena ed effettiva la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, concentrando innanzi al giudice amministrativo - nell'esercizio della giurisdizione, sia di legittimità che esclusiva, di cui era già titolare in materia di edilizia, urbanistica e servizi pubblici - non solo la fase del controllo di legittimità dell'azione amministrativa, ma anche (ove configurabile) quella della riparazione per equivalente, ossia il risarcimento del danno, evitando per esso la necessità di instaurare un successivo e separato giudizio innanzi al giudice ordinario. In secondo luogo la delega intendeva perseguire tale risultato senza ampliare nelle suddette tre materie l'ambito delle esistenti giurisdizioni esclusive. Per due volte infatti fu formulata la proposta di delegare il Governo a trasferire le tre materie in questione alla giurisdizione amministrativa esclusiva, ed entrambe le volte essa non ebbe seguito, onde fu approvato definitivamente un testo che di giurisdizione esclusiva non parla”*. Conseguentemente, il giudice delle Leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega, dell'art. 34, nella parte in cui ai commi 1 e 2 attribuiva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo l'intera materia dell'edilizia e dell'urbanistica, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno. La sentenza n. 281 del 2004 è stata pubblicata, tra l'altro, in *Foro amministrativo*, CDS, 2004, 1977; *Urbanistica ed appalti*, 2004, 9, 1034, con nota di CONTI; *Foro italiano*, 2004, 1, 2593; *Corriere giuridico*, 2004, 11, 1519; *Notariato*, 2004, 579.

<sup>184</sup> Le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 5055 del 2004, antecedente alla pronuncia n. 204 del 2004, coniugando la disposizione sulla giurisdizione esclusiva con quella di matrice processuale di cui all'articolo 21, ottavo comma, della Legge n. 1034 del 1971, come modificato dall'articolo 3 della Legge n. 205 del 2000 (secondo il quale il giudice amministrativo è legittimato a pronunciare provvedimenti cautelari dal contenuto atipico purché idonei ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione finale sul ricorso), erano giunte ad affermare la competenza interdittale del giudice amministrativo ogni qualvolta il soggetto pubblico, agendo nell'ambito di proprie competenze attinenti l'urbanistica, nella nozione amplissima recepita dall'articolo 34, avesse tenuto condotte rilevanti ai sensi degli articoli 1168 e ss. del Codice civile. La sentenza è pubblicata in *Corriere Giuridico*, 2004, p. 889, con nota di DE MARZO G., *Azioni possessorie e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, ed in *Urbanistica e Appalti*, 2004, p. 657, con nota di CONTI R., *Azioni possessorie e urbanistica: tris d'assi della giurisdizione esclusiva*. Conformi alla predetta pronuncia: Cassazione civile, Sezioni unite n. 15843 del

Quanto alle prime la sentenza n. 204, cancellando dall'articolo 34 il riferimento ai comportamenti, ne ha definitivamente precluso la cognizione al giudice amministrativo.

Quanto, invece, ai fenomeni dell'occupazione appropriativa ed usurpativa la sentenza n. 204 sembrava consentire l'ingerenza del giudice amministrativo soltanto su liti aventi ad oggetto diritti soggettivi la cui lesione traesse origine, sul piano eziologico, da fattori causali riconducibili all'esercizio del pubblico potere.

L'articolo 53 del Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 325, tuttavia, non era stato oggetto di giudizio di costituzionalità e continuava a prevedere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie aventi per oggetto le procedure espropriative. La *querelle* giurisprudenziale<sup>185</sup> nata da questa

---

2003, in *Urbanistica e Appalti*, p. 169, con nota di CONTI R., *Indennità di occupazione legittima e urbanistica e art. 34 D.Lgs. 80/98*; Cassazione civile, Sezioni unite, n. 10289 del 2003, pubblicata in *Corriere Giuridico*, 2003, p.1593, con nota di DE MARZO G., *Azioni possessorie e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, e in *Urbanistica e Appalti*, 2003, p.1410, con nota di LIGUORI A.; Cassazione civile, Sezioni unite n. 43 del 2000, in *Rivista Giurisprudenza Edilizia*, 2000, I, p. 546.

<sup>185</sup> Si erano sviluppati presso i T.A.R. tre distinti indirizzi in merito alla costituzionalità dell'articolo 53: il primo, che aveva ravvisato fra l'articolo 53 del D.P.R. n. 327 del 2001 e l'articolo 34 del D.lgs. n. 80 del 1998, uno stretto nesso di dipendenza tale da ritenere che, caduto sotto la scure della Corte costituzionale il riferimento contenuto nel secondo ai comportamenti, anche l'identico inciso presente nel primo (in quanto dotato di natura puramente ricognitiva) sarebbe stato automaticamente travolto dalla pronuncia di incostituzionalità. In tal senso si veda T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sentenza n. 607 del 2004, pubblicata in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 11, p. 1244, in *Urbanistica ed appalti*, 2004, 11, p. 1290, con nota di ALBE'; T.A.R. Sicilia, Palermo, sentenza n. 2422 del 2004; T.A.R. Lombardia, Brescia, sentenza n. 53 del 2005.

Il secondo, che aveva sostenuto che al disposto di cui all'articolo 53 del D.P.R. n. 327 del 2001, essendo esso letteralmente riferito alle controversie relative all'applicazione del testo unico e non semplicemente a quelle in materia urbanistica ed edilizia, si sarebbe dovuta riconoscere una portata innovativa rispetto al precetto riportato nell'articolo 34 del d.lgs. n. 80/1998. Pertanto l'articolo 53 sarebbe rimasto insensibile alla caducazione parziale dell'articolo 34. Nella medesima prospettiva si è giunti, altresì, ad affermare che il testo unico sarebbe stato mosso dall'intento di imprimere sempre il carattere della funzionalizzazione a tutte le attività espropriative della pubblica amministrazione, incluse (salvi casi marginali e quasi di scuola) quelle poste in essere senza titolo (senza cioè una preventiva dichiarazione di pubblica utilità) e che, di conseguenza pure in tali casi, essendosi in presenza non di un mero comportamento ma di un comportamento, comunque, espressione di una competenza autoritativa, sarebbe stata ammissibile, alla luce della stessa sentenza n. 204, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In questo senso, T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, sentenza n. 4883 del 2004, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2004, n. 11, con nota di



incongruenza del sistema normativo è stata, allora, risolta dalla sentenza n. 191 del 11 maggio 2006<sup>186</sup>, con la quale la Corte Costituzionale<sup>187</sup> ha dichiarato

---

VIRGA P.; T.A.R. Veneto, sez. I, sentenza n. 816 del 2005; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sentenza n. 518 del 2005; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sentenza n. 130 del 2005.

Il terzo, infine, che in via intermedia aveva sostenuto che nell'articolo 53 del D.P.R. n. 327 del 2001 sarebbe stata racchiusa una norma almeno formalmente indipendente da quella introdotta dall'articolo 34 del D.lgs. n. 80 del 1998, ma che le ragioni che avevano condotto al giudizio d'incostituzionalità parziale di questa non potrebbero non valere anche per quella. In questo senso T.A.R. Calabria n. 104 del 2004, n. 36 e 425 del 2005 (vedi nota successiva). Nello stesso senso anche T.A.R. Abruzzo, Pescara, sentenza n. 868 del 2004.

<sup>186</sup> Sentenza pubblicata, tra l'altro, in *Corriere Giuridico*, 2006, 7, p. 922, con nota di DI MAJO; A. *Urbanistica ed appalti*, 2006, 7, p. 805, con nota di CONTI; *Giurisprudenza italiana*, 8-9, p. 1729; *Danno e responsabilità*, 2007, 10, p. 965, con nota di FABBRIZZI G.; *Foro italiano*, 2006, 6, I, 1626, con nota di TRAVI A. e DE MARZO G.; *Foro italiano*, 2006, 9, I, p. 2277, con nota di MARZANO L.; *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 10, p. 1095, con nota di BASSI P.; *Diritto processuale amministrativo*, 2006, p. 884, con nota di GRECO G. (con maggiore attenzione sulle ricadute in materia di servizi pubblici).

<sup>187</sup> La Corte era stata investita di due giudizi di costituzionalità, con ordinanze del T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, n. 425 del 2005, e n. 36 del 2005, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). La prima ordinanza, la n. 36 del 2005, sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 53, comma 1 D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, in relazione agli articoli 25 e 102, secondo comma della Costituzione, nella parte in cui devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie aventi per oggetto i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati, conseguenti alla applicazione delle disposizioni del testo unico", segnatamente allorché detti comportamenti riguardavano progetti la cui dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza è intervenuta prima dell'entrata in vigore del D.P.R. n. 327 del 2001. In punto di rilevanza, la sentenza del giudice *a quo* sottolineava che nella fattispecie sottoposta al suo esame il giudizio era stato incardinato prima dell'entrata in vigore del testo unico stesso. Tuttavia, aderendo all'impostazione che, nella risoluzione delle problematiche di diritto transitorio, distingue tra le norme di natura sostanziale e norme di natura processuale, l'sentenza n. 36 del 2005 ritiene che quest'ultime, tra le quali è incluso anche l'articolo 53 t.u. espropriazioni, si applicano a tutti i giudizi pendenti, anche se introdotti prima dell'entrata in vigore del t.u. stesso. Da qui la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alla domanda risarcitoria per comportamento illecito della P.A. In punto di non manifesta infondatezza, il giudice remittente ha ripreso le argomentazioni della sentenza della Corte costituzionale n. 204 per giustificare l'espunzione dal sistema anche dell'articolo 53 t.u. espropriazioni, introducendo però un'importante limitazione alla declaratoria di incostituzionalità della norma scrutinata. Ha ritenuto il tribunale calabrese che, ove si tratti di progetti in relazione ai quali è pronunciata la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dopo l'entrata in vigore del D.P.R. n. 327 del 2001 (fissata per il 30 giugno 2003), l'Amministrazione potrebbe avvalersi dell'articolo 43 t.u. espropriazioni, per il quale, "valutati gli

l'illegittimità del predetto articolo 53 nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a “*i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati*”, non escludeva i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere (pur se esercitato in maniera illegittima).

Con la predetta pronuncia la Corte, oltre a ricondurre a coerenza l'esistente impianto normativo, ha tentato di far chiarezza in merito alla complessa materia delle c.d. occupazioni appropriate ed usurpative.

Ed infatti, senza volere rievocare il tormentato cammino pretorio che ha condotto alla elaborazione della distinzione tra occupazione appropriativa (fenomeno che conduce all'acquisto della proprietà di un fondo da parte di un soggetto pubblico in virtù di occupazione ed irreversibile trasformazione, sempreché sussista a monte una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità) ed occupazione usurpativa (connotata dall'apprensione *sine titulo* di un fondo privato ad opera di un soggetto

---

*interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni*”. La previsione in capo all'Amministrazione di simile potere, che involge ampi profili di discrezionalità, fonderebbe, secondo l'organo remittente, la giurisdizione del giudice amministrativo, differenziando la fattispecie dell'articolo 53 da quella dell'articolo 34 D.lgs. 80/98 e giustificando altresì la mancata estensione dell'incostituzionalità anche a tale norma, secondo l'articolo 27 della Legge 11 marzo 1953, n. 87. Anche la seconda sentenza di rimessione (n. 425 del 2005, la quale solleva questione di legittimità costituzionale dell'articolo 53, comma 1 t.u. espropriazione per contrasto con l'articolo 103 della Costituzione) riteneva che la declaratoria di incostituzionalità che ha colpito l'articolo 34 del D.lgs.80/98 non può estendersi *tout court* all'articolo 53 del D.P.R. n. 327 del 2001, in quanto quest'ultima disposizione non solo presenta un ambito oggettivo di applicazione più ampio (facendo riferimento anche agli “*accordi*”), ma si pone altresì come norma speciale nel settore delle espropriazioni, in cui il collegamento dei comportamenti con la giurisdizione esclusiva sarebbe sorretto quantomeno dalla mera utilizzazione dei beni per finalità di interesse pubblico. In punto di non manifesta infondatezza, il giudice remittente richiama le argomentazioni della sentenza della Corte costituzionale n. 204, mentre in punto di rilevanza osserva che la fattispecie di occupazione acquisitiva sottoposta al suo esame si era sì perfezionata anteriormente all'entrata in vigore del t.u., ma che il ricorso era stato notificato il 26 settembre 2003, quindi dopo il 30 giugno 2003, data di entrata in vigore del D.P.R. n. 327 del 2001. Non era pertanto revocabile in dubbio che l'articolo 5 del C.p.c. fondasse la sua giurisdizione esclusiva.

pubblico)<sup>188</sup>, va detto che a seguito della sentenza n. 204 del 2004, il Consiglio di Stato aveva riconosciuto la propria giurisdizione su “*qualunque lite suscitata da lesioni del diritto di proprietà provocate, in area urbanistica, dalla esecuzione di provvedimenti autoritativi degradatori, venuti meno o per annullamento o (come nella specie) per sopraggiunta inefficacia ex lege*”, circoscrivendo la nozione di “*comportamenti*”, sottratti alla giurisdizione esclusiva, alle condotte poste in essere fuori dell’esplorazione del potere (con attività materiale, *voilà de fait*, manifestazioni abnormi del pubblico potere etc.)<sup>189</sup>.

Contrariamente, la Corte di Cassazione aveva ritenuto che dovesse ascrivere alla giurisdizione esclusiva soltanto il fenomeno dell’occupazione appropriativa, rimanendo sottoposto all’ordinario criterio di riparto tra giurisdizioni quello diverso dell’occupazione usurpativa<sup>190</sup>.

Con la sentenza n. 191 dell’11 maggio 2006, la Corte Costituzionale ha provato a ricomporre il conflitto interpretativo affermando che risulta irrilevante la circostanza che la pretesa risarcitoria del cittadino nei confronti dell’*agere* dell’amministrazione abbia o non abbia natura di diritto soggettivo in quanto la tutela risarcitoria, per come già affermato nella sentenza n. 204, è un completamento della tutela caducatoria del provvedimento e come tale, per il principio di concentrazione davanti ad un unico giudice della tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, non può che seguirne le sorti processuali.

Pertanto, secondo questa ricostruzione, quando i comportamenti causativi di danno sono stati assunti in esecuzione di atti o provvedimenti che esprimono il potere dell’amministrazione, come nel caso dell’occupazione appropriativa, le relative controversie risarcitorie spettano alla cognizione del giudice amministrativo

---

<sup>188</sup> Per un punto sulla problematica si veda CONTI R., *L’occupazione acquisitiva*, Milano 2006.

<sup>189</sup> Così Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 4 del 30 agosto e n. 9 del 16 novembre 2005, pubblicate la prima in *Corriere giuridico*, 2005, 11, p. 1569 con nota di TRAVI A.; *Foro amministrativo*, 2005, p. 2089, con nota di SAITTA N.; *Urbanistica ed appalti*, 2005, 11, p. 1312, con nota di CONTI R.; *Guida al diritto*, 2005, 39, p. 103, con nota di FORLENZA O.; la seconda in *Urbanistica ed appalti*, 2006, 4, p. 429 con nota di A. DE BERNARDINIS; *Giurisprudenza italiana*, 2006, 9, 398.

<sup>190</sup> Tra le pronunce in tal senso, Cassazione Sezioni unite n. 21099 e n. 21094 del 4 novembre 2004, pubblicata la prima in *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 844; la seconda in *Foro amministrativo CDS*, 2004, p. 3096.

perché di esso è la tutela caducatoria. Quando, invece, i comportamenti causativi di danno sono stati posti in essere dall'amministrazione in carenza di potere o in via di mero fatto, come nel caso dell'occupazione usurpativa, allora le controversie risarcitorie spettano alla cognizione del giudice ordinario che dichiara illecito il comportamento e condanna chi lo ha commesso al risarcimento.

Ora, seppure la pronuncia in esame si sia sforzata di rimanere in linea con la sentenza n. 204 del 2004, essa ha in realtà fornito una diversa (o quantomeno più ampia) interpretazione della nozione di comportamento.

La differenza può essere colta confrontando i dispositivi delle due decisioni: nella prima, infatti, il giudice ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 34, comma primo, nella parte in cui prevedeva la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche delle controversie aventi per oggetto i meri comportamenti. Nella seconda, invece, la declaratoria d'incostituzionalità ha colpito l'articolo 53 nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati, non escludeva i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere. Ed è proprio l'uso diverso dell'avverbio "*mediatamente*" a determinare la differenza interpretativa: nella prima la Corte riferisce espressamente l'avverbio all'esercizio del potere mediante strumenti privatistici, nel secondo lascia intendere che l'avverbio si riferisca ad una qualunque forma di esercizio del potere collegata al comportamento.

La sentenza n. 191, in breve, nell'intento di riferire gli effetti della sentenza n. 204 alle fattispecie d'occupazione acquisitiva ed usurpativa, ha finito per allargarne le maglie. Ed infatti, se per la prima tutti i comportamenti dovevano essere considerati esclusi dalla giurisdizione del giudice amministrativo, per la seconda i comportamenti dell'amministrazione devono essere classificati in tre categorie: quelli riconducibili all'esercizio del potere, quelli che "*mediatamente*" si possono ricondurre all'esercizio del potere e quelli che in nessun caso possono essere ricondotti all'esercizio del potere.

La Corte costituzionale, però, non ha spiegato quali sono i comportamenti che mantengono un rapporto con il potere, quali quelli che lo mantengono mediatamente ed, infine, quali siano quelli che non lo mantengono affatto<sup>191</sup>.

In proposito va ricordato che, come osservato da autorevole dottrina<sup>192</sup>, le fattispecie configurate dalle occupazioni “illegittime” dell’amministrazione possono arrivare al ragguardevole numero di sette e più precisamente: a) il caso di dichiarazione di pubblica utilità valida ed efficace, non seguita da formale provvedimento d’occupazione; b) il caso di dichiarazione di pubblica utilità valida ed efficace, seguita da formale provvedimento d’occupazione dichiarato nullo dal giudice amministrativo; c) il caso di dichiarazione di pubblica utilità valida ed efficace, seguita da formale provvedimento d’occupazione illegittimo ed annullato dal giudice amministrativo; d) il caso di dichiarazione di pubblica utilità illegittima ed annullata, congiuntamente al provvedimento di occupazione, dal giudice amministrativo; e) il caso di dichiarazione di pubblica utilità accertata inesistente o nulla ed annullamento in via derivata del provvedimento d’occupazione; f) il caso di occupazione di mero fatto perché non ricollegabile ad alcun provvedimento ablatorio.

In ragione dell’esistenza di tutti questi casi, allora, nella prassi giurisprudenziale è risultato assai complesso comprendere, secondo i dettami della sentenza n. 191 del 2006, se un comportamento sia riconducibile, non riconducibile o mediatamente riconducibile all’esercizio del potere.

A riprova della confusione esistente in materia, va evidenziato che la stessa Consulta ha manifestato non poche difficoltà interpretative in merito alla distinzione tra occupazione appropriativa ed acquisitiva. La Corte, infatti, che pure ha qualificato (peraltro, correttamente) i due casi oggetto delle ordinanze di rinvio quali

---

<sup>191</sup> TRAVI A., *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazione senza titolo dell’amministrazione*, nota alla sentenza della Corte costituzionale n.191 del 2006, in *Foro italiano*, 2006, 1, p.,1626, ha osservato che “*la nozione di comportamento riconducibile mediatamente all’esercizio di pubblico potere appare irrimediabilmente contraddittoria. Se un comportamento non è esecuzione di un provvedimento, il principio di legalità dovrebbe escludere che i suoi effetti giuridici possano essere determinati dal provvedimento*”.

<sup>192</sup> GIACCHETTI C. e S., in *Occupazione in carenza di potere, riparto di giurisdizione e concezione a “matrioska” del provvedimento amministrativo*, in *Foro amministrativo CDS*, 2006, p. 1073,

occupazioni appropriative, non ha fornito alcuna indicazione concreta in merito alla definizione d'occupazione usurpativa.

Il quadro che si è presentato dopo le citate pronunce n. 204 e 191 della Corte costituzionale, allora, è rimasto assai confuso ed ha visto Cassazione e Consiglio di Stato ancora una volta in conflitto tra loro.

La Corte di Cassazione, infatti, pur convenendo sulle conclusioni generali del giudice delle leggi ha, da subito e non senza rimarchevoli oscillazioni, manifestato ampie perplessità sul fatto che l'illegittimità dell'esercizio del potere comporti sempre la configurabilità della sola giurisdizione amministrativa, sia nel caso che la domanda risarcitoria venga proposta congiuntamente a quella demolitoria, sia nel caso che venga proposta autonomamente, derivandosi anche in tal caso la risarcibilità del danno dalla ipotizzata illegittimità dell'attività amministrativa.

Adducendo ora la perdurante vigenza degli articoli 2 e 4 della Legge 20 marzo 1865, ora l'asserita difficoltà del giudice amministrativo a penetrare le regole civilistiche sul risarcimento del danno ingiusto, ora l'individuabilità di diritti in assoluto riservati alla tutela ordinaria, infatti, la Suprema Corte ha limitato i casi nei quali può ritenersi in presenza di "*un concreto esercizio del potere*" alle sole fattispecie nelle quali l'esercizio stesso 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 "*in consonanza con le norme che lo regolano*"<sup>193</sup>. Ha, inoltre, costruito una categoria di diritti incompressibili in maniera assoluta e perciò sempre da ricondurre nell'ambito della giurisdizione ordinaria ed ha asserito, infine, che il giudice amministrativo realizza un diniego di giustizia ogni qual volta non provvede all'esame di merito della domanda risarcitoria perché non sono stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti<sup>194</sup>.

---

<sup>193</sup> Così, tra le altre: Cassazione Civile, Sezioni Unite, n. 13659 del 2006, pubblicata in *Responsabilità civile*, 2006, 12, p. 988, con commento di FERRI A., Le pretese al risarcimento del danno nei confronti della p.a.: le S.U. riconoscono la giurisdizione del giudice amministrativo; Cassazione Civile, Sezioni Unite, n. 13911 del 2006, pubblicata in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2006, 10, p. 1100, con commento di CAVALLARO M.C., *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*.

<sup>194</sup> Cassazione Civile, Sezioni Unite, n. 13660 del 2006, pubblicata in *Corriere del Merito*, 2008, 1, 119, con nota di DI MAJO A. e MADDALENA M.L..

Proprio con riferimento alla materia delle espropriazioni, poi, la Corte di Cassazione nel suo indirizzo più radicale<sup>195</sup> ha configurato la giurisdizione ordinaria non solo, com'è pacifico, nei casi in cui l'amministrazione agisce fuori da ogni schema procedimentale in via di fatto, ma anche nei casi in cui la dichiarazione di pubblica utilità risulti "radicalmente nulla" per omessa indicazione dei termini per l'espropriazione o per scadenza degli stessi, ovvero per imprecisioni nella indicazione delle aree. In tali casi ed in quelli di decreto di espropriazione emesso fuori termine, rilevandosi anche la violazione dell'articolo 42 della Costituzione, la Corte ha affermato che si sarebbe in presenza di vizi di spessore maggiore di quelli che inducono il giudice amministrativo all'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità o del decreto di espropriazione, legittimandone sia pure per sole esigenze di concentrazione, la giurisdizione.

Dal canto suo il Consiglio di Stato, che già con le pronunce dell'Adunanza Plenaria n. 4<sup>196</sup> del 30 agosto 2005, n. 9 del 16 novembre 2005<sup>197</sup> e n. 2<sup>198</sup> del 9 febbraio 2006, aveva affermato il principio secondo cui deve configurarsi la giurisdizione amministrativa in ordine alle *"liti che abbiano ad oggetto diritti soggettivi quando la lesione di questi ultimi tragga origine, sul piano eziologico, da fattori causali riconducibili all'esplicazione del pubblico potere, pur se in un momento nel quale quest'ultimo risulta ormai mutilato nella sua forma autoritativa per la sopraggiunta inefficacia disposta dalla legge per la mancata conclusione del procedimento"* e ciò anche se il risarcimento è autonomamente richiesto nei limiti temporali della prescrizione quinquennale, con la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 9 del 30 luglio 2007<sup>199</sup>, ha concluso che *"nella materia dei procedimenti di esproprio sono devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie*

---

<sup>195</sup> Sezione Unite 7 febbraio 2007, n. 2688, 2689, 2691; 13 febbraio 2007, n. 3048; 19 febbraio 2007, n. 3723; 12 aprile 2007, n. 9323, che sembra attenuato da altro pur recentemente confermato indirizzo (Sez. un. 20 dicembre 2006, n. 27190 e 27192).

<sup>196</sup> Pubblicata in: *Urbanistica e appalti*, 2005, 11, p. 1312, con nota di CONTI R.; *Foro Amministrativo CDS*, 2005, p. 2088 nota di SAITTA F.; *Corriere Giuridico*, 2005, 11, p. 1569, con nota di TRAVI A.; *Guida al Diritto*, 2005, 39, p. 103, con nota di FORLENZA O..

<sup>197</sup> Pubblicata in *Urbanistica e appalti*, 2006, 4, p. 429, con nota di DE BERARDINIS P..

<sup>198</sup> Pubblicata in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2006, 7, p. 749, con nota di CAVALLARO M.C..

<sup>199</sup> Pubblicata in *Corriere del Merito*, 2008, 1, 119 nota di DI MAJO A., MADDALENA M.L..

*nelle quali si faccia questione - naturalmente anche ai fini complementari della tutela risarcitoria - di attività di occupazione e trasformazione di un bene conseguenti ad una dichiarazione di pubblica utilità e con essa congruenti, anche se il procedimento all'interno del quale sono state espletate non sia sfociato in un tempestivo atto traslativo ovvero sia caratterizzato dalla presenza di atti poi dichiarati illegittimi".* Con le pronunce dell'Adunanza Plenaria, n. 10 del 30 luglio 2007 e n. 12 del 22 ottobre 2007, poi, ha precisato che pur nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità spetta al giudice amministrativo conoscere, ai fini risarcitori, dei danni conseguiti ad un provvedimento amministrativo annullato per intervenuta scadenza del suo termine di efficacia (nella specie, provvedimento di requisizione) anche se i danni si sono verificati dopo la scadenza stessa.

A partire 2007, tuttavia, il predetto conflitto interpretativo è sembrato trovare una certa composizione: le Sezioni Unite della Cassazione, infatti, hanno mitigato le posizioni espresse in precedenza in materia di occupazione usurpativa ed hanno sempre più frequentemente riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo in tutti quei casi nei quali l'occupazione da parte dell'amministrazione era riconducibile all'esercizio (anche illegittimo) del potere autoritativo<sup>200</sup>. Attualmente,

---

<sup>200</sup> Così Cassazione civile, Sezioni Unite, 19 febbraio 2007, n. 3724, rinvenibile in CED della Cassazione 2007, nella quale si afferma che *"la configurazione del risarcimento come strumento di tutela ulteriore, unitamente a ragioni di economia processuale, non disgiunte dalle esigenze di ragionevole durata del processo, inducono alla concentrazione, davanti a un unico giudice, delle pronunce sui diritti consequenziali all'annullamento: e ciò vale non solo nelle ipotesi in cui il riscontro di un collegamento con l'esercizio del potere farebbe ascrivere la controversia risarcitoria, comunque, al giudice amministrativo (come nel caso di occupazione appropriativa, assistita dalla dichiarazione di pubblica utilità), ma anche ove, in astratto, l'annullamento ex tunc della dichiarazione di pubblica utilità sia tale da ripristinare la situazione di diritto soggettivo, in una situazione a posteriori definibile come occupazione usurpativa. Anche in tal caso la tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione, per il disposto del D.Lgs. 31 febbraio 1998, n. 80, art. 35, comma 4, come modificato dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 7, va chiesta al giudice amministrativo a completamento della tutela demolitoria, sia contestualmente, che dopo l'annullamento dell'atto amministrativo, ovvero anche in via autonoma prescindendo dall'annullamento dell'atto".* Sostanzialmente confomi le più recenti: Cassazione civile, Sezioni Unite, 7 novembre 2008, ordinanza n. 26793; *id.*, sentenza n. 30254 del 23 dicembre 2008, pubblicata in *Foro italiano*, 2009, 3, 1, 731, con nota di PALMIERI A., *Pubblici poteri, responsabilità e tutela innanzi al giudice amministrativo: ancora un passo verso la completa annessione al diritto comune dell'illecito provvedimento*. Nella predetta sentenza si legge che la giurisdizione esclusiva del giudice



pertanto, nella materia dell'espropriazione per pubblica utilità la giurisdizione del giudice ordinario rimane residuale rispetto a quella del giudice amministrativo, riguardando solo i casi in cui si controverta o sul *quantum* dell'indennizzo o su le occupazioni della proprietà privata che non sono mai state precedute da alcun provvedimento autoritativo dell'amministrazione. In tutti gli altri casi, invece, viene tendenzialmente riconosciuta la giurisdizione del giudice amministrativo in forza del citato articolo 53 del Decreto Legislativo n. 325 del 2001.

### **7. Segue: la pregiudiziale amministrativa.**

Altro enorme problema in materia di giurisdizione, certamente influenzato dalle citate pronunce della Corte Costituzionale, è quello della c.d. "pregiudiziale amministrativa", ossia l'eterno dilemma se sia accoglibile o meno l'istanza risarcitoria del privato che non abbia preventivamente impugnato il provvedimento amministrativo dal quale il danno è derivato.

S'è già detto che, con la sentenza n. 500 del 1999, la Cassazione aveva accolto una visione ispirata all'assoluta autonomia delle due azioni (di annullamento e risarcitoria), ammettendo che il danneggiato potesse direttamente rivolgersi al giudice ordinario per ottenere il risarcimento nel termine di prescrizione, anche senza la previa impugnazione dell'atto amministrativo illegittimo.

Tali principi erano stati affermati dalla Cassazione con riguardo alle norme previgenti l'entrata in vigore della Legge n. 205 del 2000, in quanto sulla base dell'originaria versione dell'articolo 35 del Decreto Legislativo n. 80 del 1998, la concentrazione delle azioni (di annullamento e risarcitoria) davanti al giudice amministrativo era stata attuata solo per le materie attribuite alla giurisdizione esclusiva di quest'ultimo, mentre nelle materie in cui il giudice amministrativo aveva la sola giurisdizione di legittimità la domanda risarcitoria doveva essere proposta davanti al giudice ordinario.

---

amministrativo si estende alle controversie contro atti e comportamenti che costituiscono esecuzione di precedenti manifestazioni del potere ablatorio dell'amministrazione, ivi compresa la domanda concernente un decreto di esproprio adottato dopo la scadenza del termine stabilito nella dichiarazione di pubblica utilità, quando però l'occupazione e la trasformazione del fondo si siano consumate prima di tale scadenza.

Con la riformulazione dell'articolo 35, ad opera dell'art. 7 della legge n. 205 del 2000, e la conseguente attribuzione al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva e di legittimità di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, però, si era eliminato il predetto residuo spazio di tutela ripartita tra i due giudici<sup>201</sup> ed il dibattito sulla c.d. pregiudiziale amministrativa si era riproposto in tutta la sua complessità.

La dottrina tradizionale e la giurisprudenza amministrativa<sup>202</sup>, infatti, erano rimaste ferme sulla tesi della necessità della previa impugnazione del provvedimento causativo del danno, adducendo a sostegno di detta tesi sostanzialmente tre ragioni:

---

<sup>201</sup> Sul tema della responsabilità dell'amministrazione da lesione d'interesse legittimo, dopo la L. 205 del 2000, si vedano: GAROFOLI R. – RACCA G.M. – DI PALMA M., *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, nonché la recensione di ROMANO TASSONE A., *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Diritto amministrativo*, 2004, p. 209; CHIEPPA R., *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2003, pp. 683 ss.; RECCHIA G., *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dirigenti in diritto comparato e in diritto comunitario*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2002, p. 803; MANGANARO F., *Il risarcimento del danno non si addice agli interessi legittimi*, nota di commento a Consiglio di Stato, sezione VI, 15 aprile 2003, n. 1945, in *Urbanistica ed appalti*, 2003, p. 1085; SALVATORE P., *Le nuove ipotesi risarcitorie gravanti sulla pubblica amministrazione*, in *Consiglio di Stato*, 2002, II, pp. 1871 ss.; COMPORTE G. D., *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003; CIRILLO G. P., *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, Padova, 2003; MOLASCHI V., *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto*, nota a T.A.R. Lombardia, Milano, sezione III, 9 marzo 2000, n. 1869 e T.A.R. Abruzzo, Pescara, 6 luglio 2001, n. 609, in *Foro Italiano*, 2002, III, 4; TRAVI A., *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2001, p. 7; CARANTA R., *Attività amministrativa e illecito aquiliano*, Milano, 2001; SPAGNOLETTI L., *Riflessioni sulla natura della tutela risarcitoria affidata al giudice amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2003, II, pp. 1143 ss.

<sup>202</sup> Così, per tutte, Consiglio di Stato, Adunanza plenaria n. 4 del 2003, pubblicata in: *Studium juris*, 2003, p. 995, con nota di COEN L.; *Corriere Giuridico*, 2004, 3, p. 339, con nota di VOLPE C.; *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2003, 6, p. 567, con nota di TORCHIA; *Urbanistica e appalti*, 2003, 6, p. 679, con nota di GALLO C.E.; *Foro Amministrativo CDS*, 2003, p. 878, con nota di CIRILLO G.P.; *Guida al Diritto*, 2003, 14, p. 94 nota di FORLENZA O.; *Corriere del Merito*, 2008, 4, p. 519, con nota di MADDALENA M.L..

la prima consistente nel rischio di elusione del termine di decadenza che l'abolizione della pregiudiziale comporterebbe con conseguenze negative per la continuità e la celerità dell'amministrazione. La seconda, consistente nell'impossibilità per il giudice amministrativo di disapplicazione del provvedimento amministrativo che si renderebbe necessaria nel caso si volesse giungere a sentenza di condanna dell'amministrazione in presenza di un provvedimento non impugnato e, dunque, definitivo. La terza consistente nell'asserita natura impugnatoria del giudizio amministrativo, che precluderebbe l'esperimento di un'azione di mera condanna innanzi ad esso.

Anche la Suprema Corte, dal canto suo, si era attestata su posizioni favorevoli alla pregiudizialità del giudizio di annullamento rispetto alla domanda di risarcimento del danno. Con la sentenza n. 4538 del 27 marzo 2003<sup>203</sup>, infatti, aveva disconosciuto la ricostruzione del problema fornita nella sentenza n. 500 del 1999 ed aveva affermato che, in mancanza dell'impugnazione del provvedimento il danno non può essere considerato ingiusto e, pertanto, non può essere pronunciata sentenza di condanna nei confronti dell'amministrazione. Parte della dottrina<sup>204</sup>, invece,

---

<sup>203</sup> Sentenza pubblicata in: *Urbanistica e appalti*, 2003, 6, p. 684 nota di GALLO P.; *Foro Italiano.*, 2003, 1, p. 2073, nota di TRAVI A.. In senso diametralmente opposto, invece, si veda Cassazione Civile, Sezioni unite., n. 10180 del 2004, pubblicata in *www.Lexitalia.it*, 7-8/2004, e Cassazione Civile n. 7630 del 2003, pubblicata in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2003, p.743.

<sup>204</sup> Vedi, fra gli altri, ROMANO TASSONE A., *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, *www.giust.it* n. 3 del 2001, nonché ID., *Sul problema della c.d. "pregiudiziale amministrativa"*, intervento al convegno tenuto a Trento il 9-10 novembre 2000, in FALCON G. (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, 2001, Trento, p. 279 e ss.; CARANTA R., *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro italiano*, 1999, I, 3201; LUISO F. P., *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, p. 46; CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2003, pp. 662 e ss. e 718 e ss.; POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione*, vol. II, Milano, 2005, p. 552. Favorevoli alla pregiudiziale, invece: CUGURRA G., *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2000, pp. 6 e ss.; GRECO G., *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, pp. 1130 s.; FALCON G., *Il giudice amministrativo fra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2001, 287; FRANCO I., *Commento all'art. 7*, in *La giustizia amministrativa. Commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205*, a cura di V. Italia, Milano, 2000, 192; MOSCARINI L., *Risarcibilità degli interessi legittimi e termine di decadenza: riflessioni a margine dell'ordinanza n. 1 dell'Ad. pl. del*

continuava a sostenere in senso contrario alla pregiudiziale, l'assoluta autonomia tra le due azioni sostanzialmente sulla base di quattro argomentazioni: la prima, per la quale il termine decadenziale non avrebbe rilevato ai fini del risarcimento del danno in quanto si sarebbe trattato di un termine previsto per garantire in tempi rapidi la certezza dell'intangibilità alla fattispecie provvedimentale, mentre la regolazione degli interessi in gioco non sarebbe stata posta in discussione da un'azione solo risarcitoria nella quale la verifica della legittimità dell'atto è operata incidentalmente. La seconda, per la quale l'assenza di un espresso potere di disapplicazione in capo al giudice amministrativo sarebbe stata giustificata con la sussistenza del più penetrante potere di annullamento. La terza, per la quale sarebbe stata comunque possibile l'applicazione dell'articolo 1227, comma 2, del Codice civile, ai sensi del quale il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza; in tal modo il risarcimento liquidato dal giudice sarebbe dovuto essere ridotto in misura consistente per non avere il ricorrente tempestivamente attivato l'azione demolitoria o invocato la tutela cautelare. La quarta, infine, per la quale la pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella di risarcimento sarebbe stata regola di dubbia costituzionalità, perché in contrasto con il diritto di difesa e con l'effettività della tutela giurisdizionale di diritti e interessi contro la pubblica amministrazione.

In questo ampio dibattito, s'è visto, si sono inserite le due pronunce della Corte Costituzionale, la n. 204 del 2004 e la n. 191 del 2006, dei cui contenuti s'è già detto.

Alcuni autori<sup>205</sup>, a seguito delle predette pronunce, hanno sostenuto che nel momento in cui si considera la tutela risarcitoria da attività amministrativa uno strumento di protezione ulteriore (rispetto alla tutela caducatoria) dell'interesse legittimo, appare difficile sostenere che il rispetto del termine di decadenza, cui la

---

*Consiglio di Stato 2 gennaio 2000*, in *Diritto processuale amministrativo* 2001, 1 e ss.; STELLA RICHTER P., *Il principio di concentrazione nella legge di riforma della giustizia amministrativa*, in *Giustizia civile*, 2000, II, 438 e s.; VILLATA R., *La riforma*, in SASSANI B. e VILLATA R. (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, Torino, 2001, pp. 4 e 5.

<sup>205</sup>Per tutti, CINTIOLI F., *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale (9 luglio 2004)*, cit..

disciplina processuale subordina l'accesso alla giurisdizione speciale, non sia necessario nel caso s'intenda spiegare la sola domanda di risarcimento danni.

In altri termini, s'è detto che se s'individua la giurisdizione in base alla posizione giuridica incisa dall'autorità e se l'accesso a quest'ultima è irrimediabilmente segnato dalla tecnica impugnatoria prescelta dal legislatore, allora la contestazione del potere pubblico, a prescindere dal tipo di domanda di tutela spiegata, non può che avvenire secondo un modello unitario ossia quello dell'azione finalizzata alla caducazione del provvedimento.

Detta impostazione, tuttavia, non è risultata e non risulta condivisibile in quanto le conclusioni cui è pervenuta la Corte costituzionale in materia di risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo, al pari della previsione stessa dell'articolo 7, comma 3, della Legge n. 1034 del 1971 (che si limita a radicare il potere di condanna al risarcimento dei danni con riferimento all'intero spettro della giurisdizione dei tribunali amministrativi), sebbene abbiano determinato l'impossibilità d'individuare una sfera autonoma di giurisdizione del giudice ordinario sulle domande tese ad ottenere il risarcimento di un interesse legittimo, non hanno tuttavia comportato alcuna limitazione all'esperimento dell'azione risarcitoria in mancanza dell'impugnazione del provvedimento lesivo nel prescritto termine di decadenza<sup>206</sup>. Con l'aggettivo "*ulteriore*", infatti, la Corte costituzionale ha voluto qualificare la tutela risarcitoria come aggiuntiva rispetto a quella caducatoria e non ha, invece, inteso sottoporre la proponibilità della prima al positivo esperimento della seconda.

Comunque si voglia intendere la questione, l'unica cosa che si poteva e si può desumere dalle pronunce della Corte Costituzionale in relazione al problema della pregiudiziale amministrativa è che esso dovrebbe essere risolto esclusivamente nell'ambito della giurisdizione amministrativa.

Ciò era stato confermato anche dalle Sezioni Unite della Cassazione<sup>207</sup>, secondo le quali il privato si sarebbe dovuto rivolgere necessariamente al giudice

---

<sup>206</sup> Così anche CLARICH M., *La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata*, cit., p. 973.

<sup>207</sup> Ci si riferisce a Cassazione Civile, Sezioni unite, n. 6745 del 2005, pubblicata in *Urbanistica e appalti*, 2005, 7, p. 787, con commento di CONTESSA C., *Le Sezioni Unite, l'Adunanza Plenaria ed il riparto in materia risarcitoria: ultimi atti di un'infinita historia*.

amministrativo per chiedere il risarcimento del danno, risultandogli preclusa la facoltà di chiedere autonomamente tale risarcimento del danno dinanzi al giudice ordinario.

Quando sembrava che il complesso quadro giurisprudenziale sul tema della pregiudiziale si stesse finalmente ricomponendo, esso è stato nuovamente sconvolto da una pronuncia della Cassazione: con la sentenza n. 1207 del 23 gennaio 2006, infatti, le Sezioni Unite hanno affermato che le controversie sul danno da provvedimento appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo solo in caso di domanda risarcitoria proposta contestualmente all'azione di annullamento (e non in caso di autonomo giudizio dopo il giudicato di annullamento, da proporre al giudice ordinario) ed ha escluso che si possa proporre un'azione risarcitoria avente a oggetto il pregiudizio derivante da un atto amministrativo definitivo per difetto di tempestiva impugnazione, essendo precluso al giudice il sindacato in via principale sull'atto o sul provvedimento amministrativo. La Cassazione, in buona sostanza, con la sentenza in parola, ha affermato che la domanda risarcitoria può essere proposta davanti al giudice amministrativo solo contestualmente all'azione di annullamento (e quindi avendo impugnato l'atto, fonte del danno, nel termine di decadenza) e che l'azione autonoma è proponibile davanti al giudice ordinario solo dopo l'annullamento del provvedimento amministrativo, restando preclusa in ipotesi di omessa impugnazione.

Nel giugno del 2006, tuttavia, le Sezioni Unite hanno fatto registrare un nuovo ed ulteriore cambiamento di rotta: con le già citate ordinanze n. 13659 e n. 13660 e con la n. 13911<sup>208</sup>, infatti, pur riconoscendo la giurisdizione del giudice amministrativo sul danno da provvedimento sia in caso di domanda risarcitoria

---

<sup>208</sup> La pronuncia n. 13911 del 15 giugno 2006 è pubblicata, tra l'altro, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2006, 10, p. 1100, con nota di CAVALLARO M.C.. Per i commenti sulle tre pronunce citate, si rinvia a: *Urbanistica e appalti*, 2006, p. 1174, con nota di LAMORGESE A.; *Corriere del merito*, 2006, p. 1096, con nota di MADDALENA M.L.; *La responsabilità civile*, 2006, p. 988, con nota di FERRI A.; *Diritto processuale amministrativo*, 2006, p. 1007, con note di MALINCONICO S. e di ALLENA M.; *Guida al diritto*, 2006, f. 28, p. 48, con nota di CARUSO G.; *Responsabilità e risarcimento*, 2006, f. 7, 46, con nota di NUNZIATA G.; *Foro amministrativo CDS*, 2006, p. 1359, con note di FERRERO G. e di RISSO F.; *Rivista di giurisprudenza edilizia*, 2006, I, 880, con note di SANDULLI M. A. e di MARI R.; CARPENTIERI P., *Due dogmi, un mito e una contraddizione (prime riflessioni su Cass., ss.uu., ord. 13 giugno 2006, n. 13660)*, in *www.giustamm.it.*, 2006.

proposta unitamente all'azione di annullamento, sia in caso di domanda proposta in via autonoma, la Cassazione ha affermato che ammettere la c.d. pregiudiziale significherebbe restringere la tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione. Secondo la Cassazione, del resto, solo ammettendo la tutela risarcitoria autonoma del danno da lesione dell'interesse legittimo si realizzerebbe un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme che hanno attribuito al giudice amministrativo la relativa giurisdizione<sup>209</sup>.

La Cassazione, inoltre, ha concluso affermando che se il giudice amministrativo non esamina nel merito la domanda autonoma di risarcimento del danno motivando che nel termine decadenziale non è stato chiesto l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti, detta decisione costituisce un diniego di giustizia e, come tale, si presta ad essere impugnata innanzi le Sezioni Unite a norma dell'art. 362, primo comma, del Codice di procedura civile.

Dal canto suo il Consiglio di Stato ha risposto con le già citate pronunce dell'Adunanza plenaria n. 9 e 12 del 2007<sup>210</sup>, nelle quali ha affermato che la

---

<sup>209</sup> All'obiezione, secondo cui è nella disponibilità del legislatore disciplinare la tutela delle situazioni soggettive assoggettando a termini di decadenza l'esercizio dell'azione, nelle citate ordinanze, la Cassazione risponde che una norma del genere oggi manca e in ogni caso una norma che in modo esplicito assoggetti ad un termine di decadenza la domanda di solo risarcimento del danno davanti al giudice amministrativo non potrebbe essere formulata nel senso di rendere il termine sostanzialmente eguale a quello cui è soggetta la domanda di annullamento, perché ciò varrebbe a porre il diverso problema della legittimità di una disciplina che tornasse a negare la tutela risarcitoria autonoma per le situazioni soggettive sacrificate dall'esercizio illegittimo del potere della pubblica amministrazione. Nella sostanza, continua la Cassazione, tutela risarcitoria autonoma delle situazioni di interesse legittimo significa tutela che spetta alla parte per il fatto che la situazione soggettiva è stata sacrificata da un potere esercitato in modo illegittimo e la domanda con cui questa tutela è chiesta richiede al giudice di accertare l'illegittimità di tale agire. Questo accertamento non può perciò risultare precluso dalla inoppugnabilità del provvedimento né il diritto al risarcimento può essere per sé disconosciuto da ciò che, invece, concorre a determinare il danno, ovverosia la regolazione che il rapporto ha avuto sulla base del provvedimento e che la pubblica amministrazione ha mantenuto nonostante la sua illegittimità.

<sup>210</sup> Sulle quali si vedano: CLARICH M., *La pregiudizialità amministrativa riaffermata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2008, n. 1, pp. 55 e ss.; DIMAJO A., *Tutela di annullamento e risarcitoria contro gli atti della P.A.: l'acquis civilistico*, in *Corriere giuridico*, 2008, n. 2, pp. 261 e ss.; PELLEGRINO G., *Giurisdizione e pregiudiziale: luci e ombre di una sentenza che fa discutere*, *ibidem*, pp. 267 ss; la nota di

pregiudiziale amministrativa discende dalla struttura stessa della tutela del giudice amministrativo, articolata sia in sede di giurisdizione di legittimità sia in sede di giurisdizione esclusiva quale giudizio impugnatorio, e che la decisione del giudice amministrativo di inammissibilità o di rigetto della pretesa risarcitoria per mancata tempestiva impugnazione del provvedimento non è sindacabile dalla Cassazione ai sensi dell'articolo 362 del Codice di procedura civile, poiché esula dalle questioni di giurisdizione.

L'ultimo (ma solamente in ordine temporale) atto di questo "conflitto armato" tra Cassazione e Consiglio di Stato in materia di pregiudiziale si è registrato tra la fine del 2008 e l'inizio del 2009. Con la sentenza n. 30254 del 23 dicembre 2008<sup>211</sup>, infatti, le Sezioni Unite hanno annullato la già citata decisione n. 12 del 2007 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ed hanno qualificato la pregiudizialità come una questione di giurisdizione, entrando nel merito della nozione di giurisdizione e di tutela ed inquadrando l'azione risarcitoria in questa più ampia ricostruzione.

La reazione del giudice amministrativo è stata immediata: con la sentenza del 3 febbraio 2009, n. 587<sup>212</sup>, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha confermato la sua adesione alla teoria della pregiudiziale amministrativa ed ha affermato che la mancata impugnazione del provvedimento, quale atto - fonte del danno, rende la domanda risarcitoria non inammissibile ma infondata nel merito, in quanto impedisce che *"il danno possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'amministrazione in esecuzione dell'atto inoppugnato o tardivamente impugnato"*. Il giudice amministrativo, in tal modo, ha tentato ancora una volta di riportare la pregiudizialità all'interno del processo amministrativo e di escludere la

---

DE NICTOLIS R., in *Foro italiano*, 2007, p. 3186; TRAVI A., *Pregiudiziale e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro italiano*, 2008, III, pp. 3 ss.

<sup>211</sup> Sentenza pubblicata in: *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2009, 4, p. 385, con nota di TORCHIA L.; *Foro Italiano*, 2009, 3, 1, 731 nota di PALMIERI A.; *Urbanistica e appalti*, 2009, 5, p. 541, con nota di FANTINI; *Rivista di Diritto Processuale*, 2009, 2, p. 449, con nota di VERDE; *Corriere Giuridico*, 2009, 5, p. 647 nota di DIMAJO A.; *Danno e Responsabilità*, 2009, 7, p. 731 nota di CLARICH M., MARENA C..

<sup>212</sup> Pronuncia pubblicata in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2009, 4, p. 410.



sua rilevanza come questione di giurisdizione, eliminando così la condizione che rende possibile la ricorribilità in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato.

Alla luce di quanto fin qui detto, allora, può dirsi che il problema della pregiudiziale amministrativa risulta ad oggi irrisolto e probabilmente, visti i toni raggiunti dai due massimi organi giurisdizionali, irrisolvibile in assenza di un auspicabile intervento del legislatore nazionale.

In proposito giova soltanto fare due precisazioni: la prima è che il legislatore comunitario, pur non entrando nel merito degli aspetti processuali (perché di pertinenza dei singoli Stati membri) e consapevole del fatto che gli ordinamenti nazionali in materia di pregiudiziale prevedono tutele differenziate<sup>213</sup>, ha nella Direttiva Ricorsi lasciato a ciascuno Stato la facoltà di configurare l'annullamento come pregiudiziale rispetto all'azione risarcitoria. La seconda è che lo stesso legislatore ha, però, considerato assolutamente pacifico che l'organo chiamato a pronunciarsi sulla violazione della disciplina sia lo stesso che deve disporre la

---

<sup>213</sup> Va ricordato che anche negli altri ordinamenti è previsto un breve termine di decadenza per impugnare gli atti amministrativi e ciò a presidio della certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico. In analogia con il nostro termine di 60 giorni, pertanto, in Germania è previsto un termine di un mese decorrente dalla decisione del previo ricorso amministrativo, in Francia, Spagna e nel sistema comunitario un termine di due mesi e in Gran Bretagna di tre mesi. Va, inoltre, evidenziato che anche nel diritto comparato la tematica dei rapporti fra azione di annullamento e azione risarcitoria si colloca a cavallo fra il contesto strettamente processuale e la più generale tematica dei limiti della responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione. L'ordinamento francese è quello in cui si registra la posizione più netta in favore dell'autonomia fra azione risarcitoria e azione annullatoria e ciò va letto nell'ambito della specialità, che caratterizza il diritto della responsabilità civile dell'amministrazione francese: nel corso del procedimento amministrativo vi è una tutela minore ed anche in sede giurisdizionale vi è una preferenza per la tutela risarcitoria rispetto alla possibilità di incidere direttamente sul potere esercitato. Diversa è la situazione negli altri ordinamenti: in Gran Bretagna, le azioni *in tort* nei confronti dei *public powers* vengono respinte qualora non siano stati previamente esperiti i rimedi amministrativi; in Germania non esiste un pregiudiziale di annullamento di tipo processuale, ma, in applicazione di una norma di diritto sostanziale (§ 839, *Abs.* 1 e 3, *BGB*), la pretesa nei confronti dell'amministrazione viene respinta se la vittima del pregiudizio ha intenzionalmente o colposamente ommesso di mitigare il danno non ricorrendo agli altri rimedi giuridici offerti dal sistema. Nell'ordinamento comunitario, infine, dalle non sempre uniformi pronunce della Corte di Giustizia può desumersi che vi è una tendenza a non ritenere sussistente la pregiudiziale di annullamento ma a considerare non ammissibile l'azione risarcitoria autonoma tutte le volte in cui essa tenda in realtà a mascherare una ormai tardiva azione di annullamento.

concessione di un risarcimento danni, la privazione degli effetti del contratto e, se del caso, le misure sanzionatorie alternative<sup>214</sup>.

#### **8. La sentenza n. 77 del 2007 e l'articolo 59 della Legge n.69 del 2009.**

La Corte Costituzionale, in breve, con le sentenze appena richiamate ha inteso continuare quell'indirizzo giurisprudenziale che era stato inaugurato dalla sentenza n. 500 del 1999, basato su due principi: quello, per il quale l'ordinamento deve garantire la tutela piena delle posizioni giuridiche fatte valere dal cittadino nei confronti dell'amministrazione, qualunque sia il giudice innanzi al quale la controversia deve essere incardinata, e quello per il quale la predetta tutela può essere garantita sia dal giudice ordinario che da quello amministrativo, avendo essi pari dignità di organi giurisdizionali<sup>215</sup>.

Rimanendo in sintonia con detto orientamento, allora, il giudice delle leggi ha manifestato una forte presa di posizione anche in occasione dell'esame dei profili strettamente processuali del problema.

---

<sup>214</sup> In tale direzione militano l'articolo 2, paragrafo 6, della Direttiva che, nel consentire la pregiudizialità amministrativa, postula la contestuale cognizione della domanda di annullamento e di quella risarcitoria, stabilendo che l'organo competente "*per prima cosa*" procede all'annullamento della "*decisione contestata*"; l'articolo 2-*sexies*, paragrafo 1, che riconosce al legislatore nazionale la possibilità di conferire all'organo di ricorso il potere di decidere, "*dopo aver valutato tutti gli aspetti pertinenti*", la privazione facoltativa degli effetti del contratto o l'irrogazione di sanzioni alternative; e, infine, l'articolo 2-*quinquies* laddove, anche in presenza di privazione obbligatoria degli effetti, consente al solito organo di ricorso di mantenere l'efficacia del contratto a fronte di esigenze imperative di interesse generale

<sup>215</sup> Anche le Sezioni Unite della Cassazione, con la pronuncia n. 27187 del 28 dicembre 2007, si sono uniformate al *trend* inaugurato dal Giudice delle Leggi ed hanno affermato che: "*Nelle ipotesi in cui siano dedotte in giudizio fattispecie riportabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (nel caso specifico, alla giurisdizione in materia di edilizia e urbanistica prevista dall'articolo 34 del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80), la tutela dei diritti incompressibili come il diritto alla salute è devoluta alla giurisdizione amministrativa che è fornita di tutti i mezzi idonei ad assicurare tutela, sia in sede cautelare che di merito, alle posizioni soggettive in discorso.*". La sentenza è pubblicata in: *Urbanistica e appalti*, 2008, 5, p. 589, con nota di CAMERIERO e in *Corriere del merito*, 2008, 3, 387 con nota di MADDALENA M.L..

Si fa riferimento alla sentenza n. 77 del 12 marzo 2007<sup>216</sup>, con la quale chiamata a confrontarsi con l'annoso problema della *traslatio iudicii*<sup>217</sup>, la Consulta ha

---

<sup>216</sup> La sentenza è pubblicata tra l'altro: in *Giurisprudenza italiana*, 2007, 10, p. 2253, con nota di TURRONI S.; *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 9, 956, con nota di PAJNO A.; *Urbanistica e appalti*, 2007, 5, p. 814, con nota di SIGISMONDI G.; *Foro italiano*, 2007, 4, 1, 1009, con nota di ORIANI R.. Per un'esauriente disamina della pronuncia si rinvia al contributo di A. MANGIA, *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 243, che segnala come il sistema processuale stia tendendo ad assestarsi su linee parallele a quelle che gli sarebbero proprie se il principio di unità della giurisdizione fosse positivamente affermato. Tra i commenti si segnala inoltre, PETRI V., *Un'importante additiva di principio in tema di traslatio iudicii tra giudice ordinario e giudice speciale*, in *www.giustam.it*, 7 del 2007, nonché PAJNO A., *Costituzione del sistema di tutela e comunicabilità delle giurisdizioni: traslatio iudicii o salvezza degli effetti della domanda?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, p. 956. Per una recente pronuncia applicativa dei nuovi principi in materia di *traslatio iudicii* si veda Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 3801 del 2007, in *www.giustam.it*. Si veda anche Consiglio di Stato, Sezione V, n. 1606 del 14 aprile 2008, in *Foro italiano*, 2008, 6, 3, 285.

<sup>217</sup> Il problema della *traslatio iudicii* è assai risalente nel tempo. La dottrina se ne era da tempo occupata, tanto che parecchi Autori avevano sostenuto che il passaggio dalla giurisdizione ordinaria a quella amministrativa dovesse essere "interno" e cioè assimilabile a quello di riparto delle competenze tra giudici ordinari, ritenendo applicabili le disposizioni contenute negli articoli 41, 50 e 367, comma 2°, C.p.c., anche alle ipotesi di riassunzione del processo (inizialmente promosso innanzi al giudice ordinario) dinanzi al giudice amministrativo. In tal senso: ANDRIOLI V., *Bilancio della legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. E*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1965, p. 1643; STANCANELLI G., *L'impungativa delle decisioni del giudice amministrativo nel sistema giurisdizionale italiano*, Milano, 1971, p. 200. Osservava NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, cit., p. 145, che queste posizioni erano ispirate dalla stessa esigenza da cui muovevano le ricostruzioni che miravano ad affermare un sistema di doppia tutela, e cioè dalla necessità di superare le difficoltà che nella difesa del cittadino contro la pubblica amministrazione provoca l'esistenza di una duplice giurisdizione. Più di recente si è espresso nel senso dell'ammissibilità della *traslatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice amministrativo GASPERINI M.P., *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002, p. 313. Le tesi della dottrina, però non aveva trovato seguito nella giurisprudenza che, più legata al dato positivo, non aveva mai superato gli ostacoli posti dalle disposizioni del Codice di procedura civile, che da un lato prevede la riassunzione del processo in caso di difetto di competenza (e non di giurisdizione, articolo 50 C.p.c.) e, dall'altro, consente alle parti di riassumere il processo, in caso di regolamento preventivo di giurisdizione, soltanto qualora la Corte di Cassazione dichiari la giurisdizione del giudice ordinario (articolo 367, comma 2). In tal senso, tra le tante, Cassazione Civile, Sezioni Unite, n. 7039 del 2006, in *Repertorio del Foro italiano*, 2006, sub voce "Impiegato dello Stato e pubblico" [3440], n. 23; *idem*, n. 19218 del 2003, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2004, I, p. 1346; *idem*, n. 17934 del 2003, in *Repertorio del Foro italiano*, 2004, sub voce "Procedimento civile" [5190], n. 176; *idem*, n. 8089 del 2002, in *Foro italiano*, 2003, I, 46; *idem*, n. 14266 del 2001, in *Rivista dell'ambiente*, 2002, p. 365. Solo

coraggiosamente dichiarato l'illegittimità dell'articolo 30 della Legge n. 1034 del 1971, nella parte in cui detta norma non prevedeva che gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda proposta ad un giudice privo di giurisdizione si conservassero, a seguito di declaratoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione.

Prescindendo dagli aspetti processuali della pronuncia, ciò che qui interessa evidenziare è che la Corte Costituzionale ha tenuto a rimarcare che la pluralità dei giudici e delle giurisdizioni, caratterizzante il nostro sistema giurisdizionale, non può tradursi in una minore effettività, o addirittura, in una vanificazione della tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche del cittadino, in quanto detta pluralità è stata riconosciuta e consacrata dal Costituente per assicurare, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia del cittadino.

Pertanto, a seguito della riduzione degli ambiti di spettanza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e del conseguente prospettarsi della possibilità che detta riduzione possa tradursi in un diniego di giustizia per le azioni possessorie promosse innanzi al giudice amministrativo e non riproponibili innanzi al giudice ordinario<sup>218</sup> per il decorso del termine di decadenza, la Corte Costituzionale ha supplito per l'ennesima volta alla grave inerzia manifestata dal legislatore nel rendere effettiva la tutela giudiziaria del cittadino ed ha fornito a chiunque intende far valere una propria posizione giuridica nei confronti dell'Amministrazione un istituto che non può che definirsi di civiltà giuridica.

A due anni di distanza da detta pronuncia, il legislatore ha finalmente fatto registrare il suo intervento al fine di disciplinare la materia. Lo ha fatto mediante la previsione dell'articolo 59 della Legge 18 giugno 1969, n. 69, nel quale ha previsto nell'ordine che: il giudice che dichiara il proprio difetto di giurisdizione ha l'obbligo di indicare il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione (salvo il caso di

---

pochi giorni prima della pronuncia della Corte Costituzionale, tuttavia, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 4109 del 2007, in *Urbanistica e appalti*, 2007 p. 817, con nota di SIGISMONDI G., avevano fornito una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni che avrebbero impedito la *translatio iudicii* e, superando il proprio precedente orientamento, avevano finalmente affermato l'ammissibilità della *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice speciale e viceversa.

<sup>218</sup> In merito, si veda quanto riportato nel paragrafo sette del presente capitolo.

difetto assoluto di giurisdizione); la pronuncia sulla giurisdizione delle Sezioni Unite è vincolante per ogni giudice e per le parti in ogni altro processo; se, entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia sulla giurisdizione, la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute; se sulla questione di giurisdizione non si sono già pronunciate le Sezioni Unite, il giudice davanti al quale la causa è riassunta può sollevare d'ufficio, con ordinanza, tale questione davanti alle medesime Sezioni Unite, fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito (ferme restando le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione); l'inosservanza dei termini fissati dalla legge per la riassunzione o per la prosecuzione del giudizio comporta l'estinzione del processo, che è dichiarata anche d'ufficio alla prima udienza, e impedisce la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda; in ogni caso di riproposizione della domanda davanti al giudice munito di giurisdizione, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova.

Dalla lettura della predetta norma risulta chiaro che ad oggi il principio di conservazione degli effetti della domanda proposta innanzi al giudice sprovvisto di giurisdizione si è finalmente rafforzato e rimane ormai pacifico che esso vada applicato non solo al processo civile ma a tutto il sistema processuale per potere assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale cui esso è preposto.

## **9. La Corte costituzionale torna sulle posizioni giuridiche soggettive e sul riparto di giurisdizione: la sentenza n. 140 del 2007.**

L'ultima (in ordine temporale ma non d'importanza) rilevante pronuncia della Corte Costituzionale in materia di riparto di giurisdizione e di tutela di situazioni giuridiche soggettive in esso coinvolte è la sentenza n. 140 del 27 aprile 2007<sup>219</sup>, con

---

<sup>219</sup> Sentenza pubblicata, tra l'altro, in *Corriere del merito*, 2008, 3, p. 387 con nota di MADDALENA M.L.; *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 11, p. 1167, con nota di BATTAGLIA A.; *Foro italiano*, 2008, 2, 1, 435, con nota di VERDE G..

la quale è stata confermata la piena costituzionalità della norma che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie aventi ad oggetto le procedure ed i provvedimenti in materia d'impianti di energia elettrica, di cui al Decreto Legge 7 febbraio 2002, n. 7 (recante misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale), come convertito nella Legge 9 aprile 2002, n. 55<sup>220</sup>, nonché le relative questioni risarcitorie<sup>221</sup>.

---

<sup>220</sup> L'articolo 1 del citato Decreto Legge, al primo comma, infatti, prevede che *“la costruzione e l'esercizio degli impianti di energia elettrica di potenza superiore a 300 MW termici, gli interventi di modifica o ripotenziamento, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili all'esercizio degli stessi, sono dichiarati opere di pubblica utilità e soggetti ad una autorizzazione unica rilasciata dal Ministero delle attività produttive, la quale sostituisce autorizzazioni, concessioni ed atti di assenso comunque denominati, previsti dalle norme vigenti [...] costituendo titolo a costruire e ad esercitare l'impianto in conformità al progetto approvato”*. Al comma 2, poi, dispone che l'autorizzazione di cui sopra è rilasciata *“a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano le Amministrazioni statali e locali interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni, d'intesa con la regione interessata”*. Il legislatore, successivamente, è intervenuto in materia di riparto di giurisdizione, disponendo all'articolo 1, comma 552, della Legge n. 311 del 2004 (Legge finanziaria 2005) che *“le controversie aventi ad oggetto le procedure ed i provvedimenti in materia di impianti di generazione di energia elettrica di cui al decreto-legge 7 febbraio 2002, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2002 [recte: 2002], n. 55, e le relative questioni risarcitorie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”*.

<sup>221</sup> La Corte era stata investita del giudizio di costituzionalità dal Tribunale di Civitavecchia, adito a sua volta da un Comune che richiedeva la sospensione, in via d'urgenza ex articolo 700 C.p.c., dei lavori di riconversione a carbone di una centrale termoelettrica, approvati ai sensi dell'articolo 1 del Decreto Legge n. 7 del 2002, a protezione del diritto alla salute ed alla salubrità ambientale dei propri cittadini. Il Giudice remittente, essendo entrato in vigore nel corso del procedimento l'articolo 1, comma 552, della Legge 30 dicembre 2004, n. 311, e ritenendone il disposto immediatamente applicabile ai sensi dell'articolo 5 C.p.c., ne ha sollevato questione di costituzionalità, in riferimento all'articolo 103 della Costituzione e dei principi affermati dalla Corte costituzionale nell'sentenza n. 204 del 2004. Il giudice *a quo* ha osservato che la norma censurata, nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto le procedure ed i provvedimenti in materia di impianti di generazione di energia elettrica di cui al decreto Legge n. 7 del 2002, comprese le “relative questioni risarcitorie”, avrebbe proposto un criterio assolutamente indiscriminato di attribuzione alla giurisdizione esclusiva. Ciò sia perché esso includeva espressamente le azioni risarcitorie, sia perché definiva l'ambito delle controversie riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con un'endiadi non agevolmente delimitabile (*“procedure e provvedimenti in materia di impianti di generazione di energia elettrica”*). Così facendo, ha osservato il giudice remittente, si era finito con l'includere, in modo del tutto indipendente dalla considerazione degli interessi lesi, qualsiasi controversia che interferiva con la

La Corte Costituzionale, dopo aver ribadito i principi già espressi nelle sentenze n. 204 e 191 del 2004 in materia di giurisdizione esclusiva e di risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo, ha affermato stringatamente che non osta alla costituzionalità della previsione normativa censurata la natura fondamentale dei diritti soggettivi coinvolti nelle controversie, non essendovi alcun principio o norma dell'ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti.

La sentenza n. 140 ha il merito di provare a far chiarezza sul riparto di giurisdizione in materia di controversie sui diritti costituzionalmente garantiti, qualora essi vengano lambiti da un provvedimento amministrativo.

Il tema dei diritti intangibili o indegradabili risale ai primi anni del Novecento, quando il Consiglio di Stato affermò la sussistenza di diritti fondamentali come quello di eguaglianza, poi trasfuso nel disposto dell'articolo 34 della Carta Costituzionale<sup>222</sup>.

Alla fine degli anni Settanta del Secolo scorso, poi, la Corte di Cassazione<sup>223</sup> e, in generale la giurisprudenza civile, avevano inaugurato un filone giurisprudenziale

---

progettazione, la realizzazione, l'esistenza e il funzionamento di un impianto di energia elettrica, contrariamente a quanto stabilito dalla citata sentenza n. 204 del 2004.

<sup>222</sup> Sul tema si veda CAIANELLO V., *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in *Atti del convegno celebrativo "Cento anni di giurisdizione amministrativa Torino 10-12 novembre 1989"*, Milano, 1996,. Negli atti del medesimo Convegno si veda pure la relazione di MAZZAROLLI L., *Fatti evolutivi della tutela giurisdizionale amministrativa*. Sui diritti fondamentali nella dottrina italiana si vedano tra gli altri: MORELLI G., *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno*, Milano, 1966; LOMBARDI G., *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970; GROSSI P.F., *Introduzione ad uno studio sui diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; BOGNETTI G., *Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale*, in *Giustizia*, 1977, pp. 24 e ss.; BARTOLE S., *Transessualismo e diritti inviolabili nell'uomo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, p. 1178; BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1985. Per un approfondimento del concetto di diritto inviolabile si veda, inoltre, la voce di BALDASSARRE A., *Diritti Inviolabili* in *Enciclopedia Giuridica dell'Istituto Enciclopedico italiano*, Roma, vol. XI cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>223</sup> Il riferimento è alle sentenze Cassazione, n. 1463 e n. 5172 del 1979. Soprattutto in quest'ultima è affermato che il diritto alla salute è tale da essere assicurato nella forma garantistica piena ed incondizionata anche nei confronti della autorità pubblica solo davanti al giudice ordinario in virtù della

per il quale la protezione di diritti quali quello all'ambiente e quello alla salute spettavano unicamente al giudice ordinario in quanto la pubblica amministrazione, quand'anche avesse agito per motivi di interesse pubblico, non avrebbe potuto ponderare un diritto assoluto con un altro interesse pubblico ed affievolire detta posizione soggettiva.

Conseguentemente, secondo questo filone giurisprudenziale, anche la domanda di risarcimento danni proposta dal cittadino nei confronti dell'amministrazione sarebbe dovuta essere devoluta al giudice ordinario<sup>224</sup>.

Successivamente, la giurisprudenza della Cassazione aveva espresso ben tre posizioni differenti in merito al diritto alla salute: una prima massimalista, che affermava che il diritto alla salute è sempre incomprimibile da parte del potere pubblico<sup>225</sup>.

Una seconda pubblicistica, invece, che riteneva di dover distinguere il versante oppositivo del diritto alla salute, ossia il diritto a non subire menomazioni alla

---

sua natura di diritto fondamentale dell'individuo, con ciò sottraendolo completamente al sindacato del giudice amministrativo.

<sup>224</sup> Le pronunce della Cassazione in questo senso sono numerose. Tra le più recenti si vedano: Cassazione Civile, Sezioni Unite, n. 23735 dell'8 novembre 2006, pubblicata in *Responsabilità civile on line*, 2007, ed in *Notariato*, 2007, 2, p. 240, *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 1, p. 52; n. 4908 dell'8 marzo 2006, pubblicata in *Foro italiano*, 2007, 1, 1, p. 221; n. 6218 del 21 marzo 2006, pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 2006, p. 2189, ed in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 6, p. 645.

<sup>225</sup> Così, Cassazione, Sezioni Unite, 8 marzo 2006, n. 4908, pubblicata in *Foro italiano*, 2007, 1, 1, 221, e sentenza n. 23735 dell'8 novembre 2006, pubblicata in *Urbanistica e appalti*, 2007, 2, 165, con nota di CAPUTO. In esse si afferma che la protezione apprestata dall'ordinamento al titolare del diritto alla salute si estrinseca, sia nel vietare agli altri consociati di tenere comportamenti che contraddicano il diritto, sia nel sanzionare gli effetti lesivi della condotta illecita obbligando il responsabile al risarcimento del danno. Il diritto alla salute, infatti, appartiene a quel genere di diritti che non tollerano interferenze esterne che ne mettano in discussione l'integrità. In particolare, a seguito dell'evoluzione, cui è andato incontro il diritto alla salute consacrato nell'articolo 32 della Costituzione, come diritto fondamentale dell'individuo, ormai non più limitato da una valenza assicurativa - corporativa propugnata nei primi anni dell'entrata in vigore della Carta costituzionale in linea di continuità con le linee guida contenute nel codice civile, deve ritenersi, secondo questa tesi, che la pubblica amministrazione è priva di qualunque potere di affievolimento della relativa posizione soggettiva. L'assenza di una qualsivoglia forma di potere pubblico implica che le correlate questioni non possano essere assegnate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e che lo stesso giudice amministrativo in materia non sia dotato di alcuna cognizione in materia risarcitoria.



propria salute, che non può essere in alcun modo limitato, dal versante pretensivo, inteso come diritto a perseguire il miglioramento delle proprie condizioni di salute, che invece va temperato con altri interessi costituzionalmente rilevanti ed in quanto tale capace di veder generare ipotesi di interesse legittimo, sottoposte alla giurisdizione del giudice amministrativo<sup>226</sup>.

Una terza mediana, che, impregiudicata la natura di diritto inaffievolibile sul versante oppositivo, distingueva per quanto attiene all'interesse pretensivo tra fattispecie in cui permane un diritto soggettivo perfetto, non affievolibile, ad evitare un rischio mortale o a subire sofferenze eccessive, dalle altre ipotesi nelle quali potrebbe subire fenomeni degradatori<sup>227</sup>.

---

<sup>226</sup> In questo filone s'inserisce anche la sentenza del T.A.R. Abruzzo, Pescara, 3 novembre 2007, n. 872, secondo la quale: *“L'autorizzazione alle cure sanitarie all'estero, che dà espansione all'assistenza indiretta con rimborso delle spese, costituisce estrinsecazione di un potere autoritativo qualificato, con ambiti discrezionali tecnici precisi che giustificano la giurisdizione del G.A., trattandosi della scelta di una particolare prestazione sanitaria, che esige una previa valutazione di utilità effettiva, nell'interesse individuale e collettivo.”*

<sup>227</sup> In questo senso merita di essere analizzata la sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, 1 agosto 2006, n. 17461, che abbandona la posizione oltranzista, orientata ad una indialogabilità tra diritto e potere. Il ragionamento della Corte si fa particolarmente interessante laddove distingue tra situazioni "soggettive a nucleo variabile" - in relazione alle quali si riscontra un potere discrezionale della pubblica amministrazione capace di degradare (all'esito di un giudizio di bilanciamento degli interessi coinvolti) i diritti ad interessi legittimi o di espandere questi ultimi sino ad elevarli a diritti - e "posizioni soggettive a nucleo rigido", rinvenibili unicamente in presenza di quei diritti, quale quello alla salute, che - in ragione della loro dimensione costituzionale e della loro stretta inerente a valori primari della persona - non possono essere definitivamente sacrificati o compromessi. Secondo la Corte in presenza di motivi di urgenza suscettibili di esporre il diritto alla salute a pregiudizi gravi ed irreversibili, la pubblica amministrazione difetta di qualsiasi potere discrezionale in grado di incidere sul diritto in questione. La circostanza che la Suprema Corte escluda la presenza di un potere discrezionale della p.a. non in tutte le ipotesi ma soltanto nel caso in cui le circostanze siano tali da esporre la salute ad un pericolo grave, induce a ritenere che nelle altre ipotesi anche il diritto alla salute, quantomeno nella sua dimensione pretensiva, possa essere oggetto di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti. Pertanto, nella fattispecie la Suprema Corte ritiene sussistente la giurisdizione del giudice ordinario in presenza di una *causa petendi* quale il diritto alla salute, non degradabile ad interesse legittimo, che in mancanza dell'intervento richiesto all'amministrazione - nella fattispecie ripristino di un parcheggio prossimo al luogo di cura a favore di un gruppo di invalidi emodializzati -, sarebbe esposto al rischio di un grave pregiudizio. Da ultimo, una conferma viene da Tar Campania, sez. I, n. 9815 del 2007, che sottolinea: *“Rientra nella giurisdizione del Giudice Ordinario la controversia in merito alla legittimità del diniego,*

Così facendo, però, il giudice civile aveva disconosciuto la funzione garantistica, affidata dalla legge, al procedimento amministrativo nella ponderazione dei diversi interessi e la configurabilità stessa del potere autoritativo dell'amministrazione in tali fattispecie<sup>228</sup>, ed aveva individuato il *petitum* sostanziale dell'azione proposta a tutela della salute solo nella richiesta di tutela di tale diritto, finendo per individuare una sorta di “*riserva di giurisdizione*”<sup>229</sup> a favore del giudice civile ogniquale si fosse in presenza di un diritto c.d. incompressibile.

Di contro la dottrina amministrativistica, già alla fine del secolo scorso, proprio con riferimento alla tutela della salute aveva affermato che, pur ammettendosi “*l'inviolabilità di alcune categorie di diritti (come quello alla salute), per effetto del dettato costituzionale, non potrebbe certo affermarsi la carenza di potere in capo alla amministrazione se non ottenendo prima la caducazione delle leggi*”<sup>230</sup>.

---

*opposto dalla ASL ad un proprio assistito, di autorizzazione di cure mediche all'estero già erogate; in tale caso, avendo la controversia ad oggetto la pretesa da parte dell'assistito di ricevere prestazioni sanitarie in situazioni di urgenza, di pericolo di vita o comunque di un grave peggioramento, si verte in tema di diritto alla salute che non è suscettibile di affievolimento, tale restando anche di fronte al potere dell'Amministrazione pubblica.”*

<sup>228</sup>La Cassazione, nella già citata sentenza n. 13659 del 13 giugno 2006, ha confermato il “*carattere di assolutezza del diritto alla salute*” a fronte del quale la “*pubblica amministrazione agisce nel fatto*”, nonché “*esplica comunque e soltanto attività materiale illecita*” non potendo in nessun modo tale diritto essere degradato o affievolito ad interesse legittimo. Il giudice della giurisdizione, poi, ha affermato che, nel caso di lesione di diritti incompressibili come la salute o l'integrità personale, l'amministrazione agisce in posizione di parità con i soggetti privati ovvero attraverso mera attività materiale (*jure privatorum*) ed anche che “*la tutela giurisdizionale contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione spetta al giudice ordinario, quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo*” ed ancora che “*la consapevolezza della perdurante vigenza degli artt. 2 e 4, l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E, che configurano comunque a tutela del cittadino la giurisdizione ordinaria come presidio per tutte le materie in cui si faccia questione di un diritto civile o politico*”.

<sup>229</sup> L'espressione è di CARPENTIERI P., *Diritto alla salute, localizzazione degli impianti e giudice ordinario*, in *Urbanistica e Appalti*, 2007, pp. 797 ss.

<sup>230</sup> CAIANIELLO V., *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988, p. 150.

Anche il Consiglio di Stato aveva ritenuto che non si potesse escludere *a priori* la sussistenza della giurisdizione amministrativa rispetto a situazioni di interesse che sono in relazione con diritti fondamentali della persona<sup>231</sup>.

Il legislatore, poi, recentemente aveva disciplinato ipotesi di giurisdizione esclusiva in materia di diritti costituzionalmente garantiti, quali quelli nascenti dalle attività economiche, o quello a tutela della riservatezza o della salute<sup>232</sup>.

La pronuncia n. 140 della Corte costituzionale, come detto, prova a mettere fine a questo contrasto interpretativo affermando che può esistere un potere autoritativo della pubblica amministrazione anche in presenza di un diritto soggettivo assoluto, quale quello della salute. Laddove, quindi, questo potere esista, il giudice amministrativo può conoscere sia della domanda caducatoria che di quella risarcitoria del ricorrente, considerato che esso ha piena dignità di organo giurisdizionale, al pari del giudice ordinario, e può ampiamente garantire il soddisfacimento dell'esigenza "*di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica*". In questi casi, anzi, il giudizio amministrativo assicura la tutela di ogni diritto non soltanto per effetto dell'esigenza, coerente con i principi di cui agli articoli 24 e 111 della Costituzione, di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa.

---

<sup>231</sup> Consiglio di Stato, Sezione VI, 13 febbraio 2006, n. 556, pubblicata in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 8, p. 861, con nota di GIGANTE M.

<sup>232</sup> E' il caso delle norme che hanno attribuito alla competenza esclusiva o piena del giudice amministrativo le controversie attinenti alle autorità indipendenti, confermate poi dall'articolo 4 della Legge. n. 205 del 2000, o di quelle in materia di danno ambientale del Decreto Legislativo n. 152 del 2006. Sulla giurisdizione "piena" del giudice amministrativo si veda CASSESE S., *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, pp. 1221 ss. e ivi POLICE A., *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, cit..

### CAPITOLO III

## LA NULLITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO ED IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE

#### **1. La nullità del provvedimento amministrativo prima della riforma del 2005: i singoli casi di nullità testuale e l'interpretazione fornita da dottrina e giurisprudenza.**

Nella ricostruzione storica del primo capitolo s'è visto come l'evoluzione del sistema di riparto di giurisdizione degli ultimi cinquant'anni sia stata notevolmente condizionata dalle teorie della degradazione e della carenza di potere, nonché dal dibattito generatosi sulla natura del vizio provocato dalla carenza di potere stessa.

Nel precedente capitolo, quindi, si sono illustrate e commentate le conclusioni alle quali è pervenuta la Corte Costituzionale nel pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale delle riforme in materia di riparto di giurisdizione della fine degli anni Novanta e s'è rilevato come la Corte sia giunta alla conclusione che la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste là dove si controverte in materia di interessi legittimi, ossia là dove v'è stato l'esercizio del potere autoritativo da parte dell'amministrazione ed il soggetto interessato intenda mettere in discussione la legittimità di detto esercizio.

Nel presente capitolo, invece, s'intende illustrare in quale modo si sia inserita nell'appena descritto quadro evolutivo l'opera di codificazione dei vizi del provvedimento amministrativo ed in particolare del vizio della nullità, attuata dal legislatore nel 2005 con la riforma della Legge n. 241 del 1990<sup>233</sup>, e quali effetti essa abbia prodotto anche sul sistema di riparto di giurisdizione.

---

<sup>233</sup> Si fa, ovviamente, riferimento alla riforma della legge sul procedimento amministrativo operata dalla Legge n. 15 del 2005 ed all'introduzione dell'articolo 21 *septies* di cui si tratterà nel presente capitolo. Va da subito detto che parecchi autori si sono posti in modo assai critico rispetto all'esito della riforma: SCOCA F.G., *Conclusioni in Riforma della L. n. 241/1990 e processo amministrativo*, in *Foro amministrativo, TAR*, supplemento al n.6/2005 a cura di SANDULLI A.M., definisce l'intervento del legislatore come "un'opera di razionalizzazione del diritto vivente in tema di invalidità amministrativa inopportuna sul piano sistematico". Vi è chi, come CARDARELLI e ZENO ZENCOVICH, *Osservazioni sulla nullità del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla nullità civilistica*, in *www.giustamm.it*, sottolinea l'incompiutezza della riforma anche sul piano del diritto positivo.

Per far ciò, tuttavia, occorre prima volgere nuovamente lo sguardo al passato e procedere ad una breve ricostruzione del percorso che ha condotto il legislatore a realizzare la predetta opera di codificazione<sup>234</sup>, al fine di meglio comprendere quali effetti essa abbia prodotto nel nostro ordinamento.

Partendo, allora, dal dato fornitoci dal diritto positivo va ricordato che prima dell'intervento del legislatore del 2005 non esisteva nel nostro sistema normativo alcuna disposizione generale che prevedesse il vizio della nullità del provvedimento amministrativo.

La ritrosia del legislatore ad ammettere *tout court* il vizio della nullità nel diritto amministrativo era dovuta, oltre che ai problemi teorici e dogmatici illustrati nel paragrafo 8 del primo capitolo, anche e soprattutto al fatto che proprio l'articolo 33 della Legge istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato aveva fornito almeno tre indicazioni che contrastavano decisamente con l'ammissibilità del vizio della nullità nel diritto amministrativo: il ricorso avverso il provvedimento amministrativo, innanzitutto, doveva essere prodotto entro termini decadenziali e ciò contrastava con la proponibilità in ogni tempo del vizio della nullità.

La semplice proposizione del ricorso, poi, non sospendeva l'efficacia del provvedimento impugnato. Detto principio indicava, al di là di ogni possibile dubbio, che il vizio preso in considerazione dalla legge istitutiva della Quarta Sezione comportava solo l'inefficacia potenziale dell'atto amministrativo e, quindi, l'efficacia provvisoria dello stesso. Ciò risultava del tutto incompatibile con la totale e originaria inefficacia del provvedimento nullo.

---

<sup>234</sup> Ricostruzione alquanto problematica in quanto, come affermato da CASSETTA E., *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1953, p. 170, il problema dell'azione di nullità riguardante gli interessi legittimi "è tra i più complessi e tra i meno suscettibili di sicure soluzioni, per la mancanza di norme al riguardo nel nostro ordinamento giuridico". In proposito, KELSEN H., *L'illecito dello Stato*, Napoli, 1988, p. 81, ha evidenziato che "la questione di gran lunga più importante, per la dottrina generale del diritto amministrativo e statale, anzi il nucleo del complesso di problemi riguardanti l'atto statale imperfetto, è la delimitazione della nullità e dell'annullabilità. Si tratta di trovare il principio generale secondo il quale si devono annoverare i possibili vizi di un atto statale nell'una o nell'altra delle due categorie" ma ciò nonostante "fino ai tempi più recenti, la teoria del diritto pubblico non ha contribuito quasi per nulla alla soluzione di questo problema".

I vizi invalidanti del provvedimento amministrativo, infine, erano soltanto tre, di legittimità, e non trovavano nessuna corrispondenza con le categorie proprie del diritto privato, il quale non solo conosceva vizi più numerosi e del tutto diversi ma aveva costruito il sistema dell'invalidità su due livelli: quello della nullità e quello dell'annullabilità.

Se, allora, il Testo Unico sul Consiglio di Stato del 1889 prima e del 1924 poi non aveva fatto alcun riferimento al vizio della nullità del provvedimento amministrativo, neanche la citata Legge n. 1034 del 1971 e la più volte menzionata legge di riforma del processo amministrativo del 2000, avevano previsto alcuna norma generale sul vizio della nullità<sup>235</sup>.

Singoli casi di nullità del provvedimento amministrativo, tuttavia, erano stati individuati nell'ordinamento già dai primi anni del Novecento: esempi eclatanti erano stati l'articolo 326 del Regio Decreto 4 febbraio 1915, n. 148 (primo Testo Unico Legge comunale e provinciale) e l'articolo 288 del Regio Decreto 3 marzo 1934, n. 383 (successivo Testo Unico Legge comunale e provinciale) che, recependo il dettato della precedente disciplina (gli articoli 221 e 227 dell'allegato A della già citata Legge sull'unificazione amministrativa, n. 2248 del 20 marzo 1865), avevano stabilito la nullità per *“le deliberazioni prese in adunanze illegali, o adottate sopra oggetti estranei alle attribuzioni degli organi deliberanti, o che contengano violazioni di legge”*.

Altri esempi di nullità del provvedimento amministrativo (sempre in materia di pubblico impiego) erano rinvenibili nell'articolo 3, comma 6, del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, disciplinante i casi di provvedimenti di assunzione nel pubblico impiego emessi senza l'esperimento della prescritta procedura concorsuale; nell'articolo 4, comma 1, della Legge 31 marzo 1971, n. 276, sulle assunzioni temporanee di persone presso le amministrazioni dello Stato; nell'articolo 6, comma 3, della Legge 20 marzo 1975, n. 70, recante disposizioni sulle assunzioni compiute da tutti gli enti pubblici; nell'articolo 9, ultimo comma, della Legge 20 dicembre 1979, n. 761,

---

<sup>235</sup>Tentativi d'introdurre una legge generale sui vizi del procedimento, peraltro, non erano mancati: particolarmente significativo fu quello del secondo dopoguerra sul quale si rinvia alla *Relazione alla legge generale sul procedimento amministrativo*, in *Presidenza del Consiglio dei Ministri, Stato dei lavori per la riforma della pubblica amministrazione* (1948-1953), Roma, 1953, vol.3, pp. 1 e ss., e *ivi*, vol. 1, alle considerazioni di LUCIFREDDI E., *Relazione in sintesi*, pp. 55 e ss..

recante disposizioni sulle assunzioni nelle U.S.L.; nell'articolo 14, comma 7, della Legge 20 maggio 1985, n. 207, recante la disciplina transitoria per l'inquadramento diretto nei ruoli nominativi regionali del personale non di ruolo delle U.S.L..

Più di recente, poi, la Legge 8 giugno 1990, n. 142, recante l'ordinamento degli Enti locali, all'articolo 55 ha statuito che *“gli impegni di spesa non possono essere assunti senza attestazione della relativa copertura finanziaria da parte del responsabile del servizio finanziario. Senza tale attestazione l'atto è nullo di diritto”*<sup>236</sup> e la più volte citata Legge 7 agosto 1990, n. 241, all'articolo 11, ha prescritto la nullità degli accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento che non presentano il requisito della forma scritta<sup>237</sup>..

Ancora, nel disciplinare il regime degli organi in proroga, la Legge 15 luglio 1994, n. 444, recante norme in materia di proroga degli organi amministrativi, ha disposto la nullità di tutti gli atti adottati da organi con provvedimento di nomina scaduto, salvo quelli di ordinaria amministrazione o con il carattere dell'indifferibilità ed urgenza adottati nel periodo di quarantacinque giorni di proroga dei poteri.

Nuovamente, l'articolo 11 della Legge 27 luglio 2000, n. 212, recante misure in materia di statuto dei diritti del contribuente, ha previsto la nullità per il provvedimento dell'amministrazione finanziaria difforme rispetto alla volontà manifestata in sede d'interpello, e l'articolo 4 del Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale, ha qualificato nulli i provvedimenti di approvazione per i piani e i programmi adottati senza la previa valutazione ambientale strategica, ove prescritta, nonché gli atti di autorizzazione privi di valutazione di impatto ambientale.

---

<sup>236</sup> Il riferimento alla nullità è stato successivamente abrogato dall'articolo 6, comma 11, della Legge n. 127 del 1997, al fine di adeguare la normativa al nuovo sistema introdotto dall'*“Ordinamento finanziario e contabile degli enti locali”*, di cui al Decreto Legislativo n. 77 del 1995, che per il caso di assunzione delle spese senza procedere alla registrazione dell'impegno sul competente capitolo e senza l'attestazione della copertura finanziaria, prevede la responsabilità diretta del funzionario che ha consentito la spesa priva di copertura. La stratificazione legislativa in materia è stata più di recente coordinata negli articoli 191 e ss. del Decreto Legislativo n. 267 del 2000 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali).

<sup>237</sup> Sulla genesi e sull'opera di novellazione dell'articolo 11 si rinvia al paragrafo 2 del secondo capitolo ed alla relativa nota n.151.

Gli articoli 52 e 53 del Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, recante le norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, infine, hanno previsto la nullità per i provvedimenti di conferimento delle mansioni superiori al di fuori delle ipotesi tassative previste per Legge e per i provvedimenti di assegnazione al pubblico dipendente di incarichi da parte di altro ente rispetto a quello di appartenenza senza l'autorizzazione di quest'ultimo.

In tutte queste circostanze, pertanto, il legislatore aveva ed ha (più di recente) ritenuto non corretto condizionare l'eliminazione di un atto invalido e gravemente lesivo dell'interesse pubblico all'attivazione di un interesse di parte ed ha previsto, quale sanzione per la violazione della Legge, non già l'annullabilità del provvedimento ma il più grave vizio della nullità.

Malgrado ciò, prima della citata riforma del 2005, dottrina e giurisprudenza amministrativa si sono dimostrate assai restie a riconoscere l'esistenza del vizio della nullità nel diritto amministrativo.

Quanto agli orientamenti della dottrina, infatti, s'è già visto nel primo capitolo che era risultata da sempre minoritaria la tesi di coloro i quali<sup>238</sup> avevano sostenuto che, in assenza di una specifica disciplina legislativa, la categoria della nullità provvedimentale potesse essere ricostruita, tanto per le cause quanto per il regime, secondo gli schemi elaborati con riferimento al negozio giuridico<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> Oltre alle teorizzazioni più risalenti e già citate nel già richiamato paragrafo 8 del capitolo I (in particolare nelle note 76 e 77), per un approfondimento della teoria pan civilistica si rinvia agli scritti di CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1999, pp. 627 e ss.; SORACE V., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000, pp. 326 e ss.; VIRGA P., *Diritto amministrativo – Atti e ricorsi*, Milano, 2001, pp. 116 e ss.. Nel senso della inesistenza dell'atto per mancanza di elementi strutturali, SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, pp. 664 e ss.. Più di recente, SUSCA A., *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005, pp. 52 e ss., in relazione ai rapporti tra diritto amministrativo e diritto privato afferma che: “in altri termini, il diritto privato svolge una funzione residuale, trovando applicazione ogni volta che non sia prevista una disciplina speciale pubblicistica”.

<sup>239</sup> Va qui ricordato che nel diritto civile la nullità è intesa come qualificazione negativa dell'atto negoziale per vizi strutturali o per illiceità, qualificazione che determina l'inefficacia dello stesso atto negoziale ovvero la sua incapacità a produrre effetti. Tale inefficacia è rilevabile d'ufficio e da chiunque vi abbia interesse ed in qualunque momento, in quanto l'azione è imprescrittibile ed rilevabile con ogni mezzo procedurale disponibile. La nullità viene considerata come la sanzione massima, operante *ipso jure*



Era, invece, prevalsa la tesi di coloro i quali<sup>240</sup> avevano criticavano la predetta impostazione ermeneutica e, rivendicando l'autonomia del diritto amministrativo quale diritto speciale rispetto agli schemi del diritto civile, avevano ritenuto che non potesse esservi spazio per la categoria della nullità, soppiantata da due figure speciali di invalidità di stampo marcatamente pubblicistico: l'annullabilità e l'inesistenza.

Secondo detta impostazione, allora, le norme regolanti l'azione amministrativa non potevano che considerarsi tutte imperative e, conseguentemente, dalla loro violazione non sarebbe potuta che derivare l'annullabilità del provvedimento per violazione di legge.

Quanto alla giurisprudenza amministrativa, poi, essa aveva costantemente negato l'esistenza del vizio della nullità nel diritto amministrativo, facendo proprie le ragioni di diritto sostanziale della teoria autonomistica ed adducendo ulteriori, e non meno determinanti, ragioni di natura strettamente processuale<sup>241</sup>.

---

(la pronuncia del giudice ha valenza puramente dichiarativa, mentre nel caso dell'annullamento la sentenza ha valore costitutivo). Essa si differenzia dall'annullamento in quanto detto vizio non attiene alla struttura ma alla consapevolezza ed alla volontarietà dell'atto e comporta l'inefficacia del contratto solamente nell'ipotesi in cui la stessa venga rilevata dalla parte nel cui interesse l'azione di annullamento è prevista entro i termini di decadenza o di prescrizione prestabiliti. La nullità, poi, tutela un interesse generale, mentre l'annullabilità un interesse particolare. Nell'ipotesi della nullità, allora, la mancanza di conformità dell'atto rispetto allo schema normativo determina un contrasto con valori preminenti della comunità, con la conseguente preclusione di ogni efficacia giuridica dell'atto. Nel caso dell'annullabilità, invece, la non conformità allo schema legale pregiudica solo gli interessi dell'autore del negozio, e non i valori del sistema, con la conseguenza che la produzione di effetti dell'atto è rimessa al soggetto titolare dell'interesse. La nullità, poi, si differenzia dalla categoria dottrinale dell'inesistenza, in quanto mentre la nullità individua una fattispecie giuridica viziata e qualificata negativamente dall'ordinamento, l'inesistenza non può essere definita e rimane fuori dal campo del giuridicamente rilevante. Se il negozio nullo, pertanto, è capace di produrre effetti giuridici anche se indiretti e diversi da quelli dello schema tipico, il negozio inesistente è inidoneo a produrre qualunque effetto, anche di carattere negativo.

<sup>240</sup> Su tutti GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, op. cit., nonché la voce "Atto amministrativo" in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, nei quali si evidenzia come la teoria negoziale male si attaglia alla natura del provvedimento amministrativo, il quale costituisce espressione della discrezionalità amministrativa e nulla ha a che vedere con la logica ed i paradigmi dell'autonomia negoziale.

<sup>241</sup> Secondo MATTARELLA B.G., *Il provvedimento*, voce del *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE S., Milano, 2000 (II ed., 2003), tra le ragioni per le quali fino ad epoca recente la

Il Consiglio di Stato, infatti, aveva a più riprese affermato l'inammissibilità nel processo amministrativo dell'azione atta a fare valere la nullità ed aveva considerato i predetti casi di nullità quali forme di annullabilità aggravata<sup>242</sup>.

---

giurisprudenza ha applicato la regola dell'annullabilità anche di fronte a norme che comminavano la nullità dei relativi provvedimenti vi è il fatto che originariamente sia in diritto amministrativo che in diritto privato, la nozione d'invalidità era unitaria. Secondo CARANTA R., *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano 1990, p. 122, l'interpretazione letterale di tali disposizioni avrebbe comportato "un'area di applicazione dell'istituto della nullità assoluta troppo ampia per essere accettabile" dal momento che le disposizioni in questione "non prevedevano ipotesi marginali, ma sostanzialmente tutti i vizi di legittimità da cui potesse essere investito un dato tipo di atti, interpretarle letteralmente avrebbe comportato estendere di molto non solo la categoria della nullità assoluta, ma anche il regime giuridico relativo che, in breve si traduceva in assenza di preclusioni rigide all'azione". Infine, per SCOCA F.G., *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento (Atti del convegno di Caserta del 20 maggio 2005)*, Torino, 2005, p. 169, il Consiglio di Stato riteneva che fosse conforme all'interesse pubblico parlare di annullabilità e non di nullità, "perché poi alla fine l'atto illegittimo poteva essere comunque annullato ma non determinava i vuoti che invece determina la nullità".

<sup>242</sup> In tal senso, in tempi più risalenti si segnalano: Consiglio di Stato, Sezione IV, 3 ottobre 1911, in *Giurisprudenza italiana*, 1912, III, p. 162, relativa all'impugnazione di atti consiliari nulli perché adottati da un sindaco sospeso *ex lege* dalla carica perché rinviato a giudizio, e Consiglio di Stato, Sezione V, 28 gennaio 1916, *Giurisprudenza italiana*, 1916, III, p. 177, relativo all'impugnazione di un decreto ministeriale con il quale era stato accolto il ricorso gerarchico di un Comune avverso un provvedimento concessorio di acque pubbliche. Della prima metà del secolo scorso si segnalano: Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 17 del 1953, in *Il Consiglio di Stato*, 1953, I, p. 865. Pronunce più recenti: Consiglio di Stato, Sezione VI, 15 maggio 1984, n. 261, pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 1985, III, p. 102, ove si afferma che l'azione di mero accertamento nel processo amministrativo non è consentita in via generale in materia di tutela degli interessi legittimi, "la quale si realizza esclusivamente mediante l'annullamento di un provvedimento o mediante pronunce dichiarative dell'illegittimità di un silenzio assimilabile ad un provvedimento"; Consiglio di Stato, Sezione V, 11 ottobre 1949, n. 1343, in *Urbanistica e appalti*, 1999, p. 1348, in cui si precisa che anche nelle materie di giurisdizione esclusiva non sono ammesse azioni di accertamento quante volte la posizione soggettiva dedotta abbia la consistenza di interesse legittimo. Detta possibilità, si aggiunge, sarebbe ammessa nei soli casi in cui sia controverso un rapporto giuridico caratterizzato dalla correlazione tra un diritto soggettivo ed un corrispondente obbligo. L'azione di accertamento puro non è invece ammissibile quando concerne interessi legittimi o, comunque, situazioni che trovano titolo in atti amministrativi di carattere autoritativo ancorché vincolati. Ancor più esplicitamente, Consiglio di Stato, 1998, Sezione I, 15 settembre 1998, n.1155, in *Il Consiglio di Stato*, 1998, I, p. 1267, in cui si chiarisce che nel vigente sistema processuale amministrativo non è ammissibile un giudizio che tenda solo all'accertamento dell'illegittimità degli atti, svincolato dall'annullamento degli stessi. Da ultimo, sempre in questo senso, la già citata T.A.R. Puglia,

Ciò era giustificato col fatto che si riteneva inconcepibile ammettere in un sistema processuale pensato esclusivamente per l'esercizio di azioni costitutive d'annullamento<sup>243</sup> l'esercizio di un'azione, quale quella di nullità, che per sua natura risultava essere sì tipica ma di mero accertamento<sup>244</sup>, non sottoposta a limiti

---

Bari, Sezione III, n. 4581 del 2005. Per un quadro completo sugli orientamenti della giurisprudenza amministrativa si rinvia alla trattazione di ALBINI A., *Le sentenze dichiarative nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1953, pp. 123 e ss.. Per una panoramica più recente si veda POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000, pp. 142 e ss..

<sup>243</sup> ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, I Edizione, Milano, 1936, vol. I, p. 336, sottolinea come la decisione del giudice amministrativo che accoglie il ricorso “*ha sempre carattere costitutivo, in quanto distrugge o modifica la situazione creata con l'atto amministrativo impugnato. Del tutto escluse sono le decisioni di condanna: il richiamato art. 45 (del t.u. del 1924, n.d.a.) non contempla provvedimenti, con cui le Sezioni giurisdizionali possano imporre all'amministrazione un obbligo di fare o di dare*”. Allo stesso modo: ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, p. 224; ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 110, nota 3; CASSETTA E., *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1952, I, p. 146; GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 736; VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, p. 392; PIRAS A., *Invalidità (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Milano, 1971, p.594. In senso contrario, adombrava l'opportunità di ammettere pronunce dichiarative GUICCIARDI E., *Sentenze dichiarative del giudice amministrativo?*, in *Giurisprudenza italiana*, 1951, III, p. 121. Per la tesi, invece, che la sentenza di annullamento riferita “*agli atti negativi, ove si annulli un rifiuto perché è obbligatorio emanare l'atto, può significare anche dichiarazione di quest'obbligo*”, ma che comunque «*la giurisdizione di legittimità può emettere decisioni costitutive di annullamento o dichiarative, non altre decisioni costitutive e non decisioni di condanna*» si veda CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (ristampa con note di aggiornamento), p. 738.

<sup>244</sup> Così la definisce CASSETTA E., *Osservazioni sull'ammissibilità di azioni di mero accertamento*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1953, p. 176, e LANFRANCHI L., *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano, 1969, p. 49. L'azione atta a fare valere la nullità di un provvedimento amministrativo è, infatti, propriamente un'azione tipica d'accertamento. Tipica (anche alla luce dell'opera di codificazione di cui si dirà) in quanto non assolve a funzioni residuali ma è diretta alla tutela di particolari situazioni espressamente e tassativamente previste dall'ordinamento (che nel caso del diritto amministrativo, fino al 2005, erano le sole citate nullità testuali). D'accertamento in quanto se è vero che il provvedimento nullo non è capace di produrre effetti giuridici validi (per come ricorda il noto broccardo *quod nullum est nullum producit effectum*), è anche vero che esso può sempre produrre effetti materiali che, a loro volta, possono produrre effetti giuridici qualora l'ordinamento li qualifichi come fatti giuridici. Sul concetto di fatto giuridico di rinvia a FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 942, secondo il quale “*fatto giuridico è tutto ciò a cui una norma giuridica (una qualunque norma del sistema positivo in considerazione) attribuisce un effetto giuridico.*

temporali<sup>245</sup> e nella quale il giudice adito doveva limitarsi ad accertare lo stato di fatto dell'esistenza del vizio della nullità e la conseguente mancata mutazione dell'ordinamento giuridico<sup>246</sup>.

L'idea del processo amministrativo quale giudizio d'impugnazione con effetti costitutivi<sup>247</sup>, del resto, era talmente radicata presso i giudici<sup>248</sup> del Consiglio di Stato

---

*Si tratta della classificazione tradizionale del fatto giuridico, determinato in opposizione all'atto. E poiché per atto s'intende ogni fenomeno del tempo che svolga e renda esterna una volontà umana, la classe dei fatti viene ora a comprendere tutti i fenomeni temporali che non sono attività dell'uomo".*

<sup>245</sup> Il fatto che la nullità potesse essere fatta valere in ogni tempo ha rappresentato, come s'è già detto, uno degli ostacoli maggiori per l'ammissibilità dell'azione nel processo amministrativo, il cui funzionamento è stato basato da sempre sul rispetto del termine decadenziale d'impugnazione del provvedimento. Detto problema è stato talmente avvertito che perfino la dottrina che aveva ammesso la giustiziabilità del provvedimento assolutamente nullo ritenne necessario il rispetto del termine decadenziale previsto per l'annullamento. Così: LENTINI M., *Termine di impugnativa degli atti assolutamente nulli*, in *Nuova rassegna*, 1949, p. 1141; LESSONA S., *Nullità ed annullabilità degli atti amministrativi*, in *Rivista amministrativa R.I.*, 1949, II, p. 53, il quale osservava che "ognuno intende facilmente come estendendosi i casi di nullità degli atti amministrativi e negandosi l'applicazione del termine di decadenza alla impugnazione degli atti nulli una vastissima sfera di attività amministrativa sarebbe paralizzata o quasi da uno stato di incertezza illimitatamente protraentesi nel tempo".

<sup>246</sup> Così SCOCA F.G., *La tutela processuale del silenzio dell'amministrazione*, in MORBIDELLI G. (a cura di), *Funzione ed oggetto della giurisdizione amministrativa. Nuove e vecchie questioni [Atti del Convegno promosso dalla Fondazione Cesifin – Centro per lo studio delle Istituzioni finanziarie e dall'Associazione fra gli studiosi del processo amministrativo, Firenze, 8-9 maggio 1998]*, Torino, 2000, p. 96. *Contra*, PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1979, pp. 665 e ss., che afferma: "l'atto nullo si presenta come idoneo a produrre una serie di effetti, anche se si tratta di effetti quantitativamente minori e comunque spesso diversi da quelli del contratto (o atto) valido o annullabile [...]. L'azione di nullità – se considerata alla luce del diritto vigente – non può essere considerata un'azione di mero accertamento: in quanto strumento indispensabile per privare il contratto (o atto) nullo di quegli effetti (limitati ma pur sempre esistenti) che il nostro ordinamento gli conferisce, sembra sistematicamente più corretto inquadrarla nell'ambito delle azioni costitutive". Lo stesso Autore, però, in *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1991, pp. 92 e ss., pare aver rivisto la propria precedente posizione, annoverando l'azione in parola tra quelle di accertamento negativo.

<sup>247</sup> Il processo amministrativo, ha osservato MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1997, p. 18, si è sviluppato in senso opposto a quello in cui s'è sviluppato il processo civile che, retto dal principio di atipicità delle azioni, può concludersi con sentenze di accoglimento di varia natura, rispetto alle quali la tripartizione chiovendiana (in pronunce d'accertamento, di condanna e costitutive)

che questi, al fine di garantire tutela al cittadino danneggiato dall'inerzia dell'amministrazione, erano giunti a teorizzare l'esistenza di un atto amministrativo da annullare anche là dove l'esistenza di detto atto non era ravvisabile ed il silenzio dell'amministrazione non era suscettibile di alcuna qualificazione da parte

---

riveste una valenza meramente classificatoria, senza affatto limitarne i possibili contenuti. Nella giurisdizione civile l'unica eccezione a detto principio è costituita dall'articolo 2908 C.c. ed attiene esclusivamente all'adozione di sentenze costitutive, ammesse nei soli casi previsti dalla Legge, al fine di limitare le ingerenze del potere giudiziario nell'autonomia privata: a garanzia, quindi, della libertà negoziale dei soggetti dell'ordinamento. Al di fuori di queste ultime ipotesi, il principio di atipicità delle azioni consente un continuo ed automatico adeguamento del processo civile alle innovazioni del diritto sostanziale, così che la nascita di un nuovo diritto non richiede l'introduzione nel codice di rito di una specifica azione.

<sup>248</sup> In questo senso, tra l'altro, procedendo a ritroso: Consiglio di Stato, Sezione IV, 15 settembre 1998, n. 1155, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, p. 1267; *Id.*, Sezione V, 18 gennaio 1995, n. 89, in *Foro amministrativo*, 1995, p. 50; *Id.*, IV, 24 ottobre 1994, n. 831, *ivi*, 1994, p.2376; *Id.*, Sezione V, 25 febbraio 1990, n. 23, in *Corriere giuridico*, 1990, p. 595 con nota di R. MURRA; *Id.*, n. 795 del 4 dicembre 1989, in *Foro amministrativo*, 1989, p. 3301; *Id.*, Sezione VI, 15 maggio 1984, n. 261, in *Consiglio di Stato*, 1984, I, p. 593; *Id.*, Sezione V, 6 giugno 1984, n. 422, in *Foro amministrativo*, 1984, p. 1162; *Id.*, Adunanza plenaria, n. 25 del 1979, in *Consiglio di Stato*, 1979, I, p. 1294. In dottrina, si vedano i già citati ALBINI A., *Le sentenze dichiarative nei confronti della pubblica amministrazione*, *cit.*, e CASSETTA E., *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1962, I, p. 146. Si vedano anche ALLORIO E., *Per una teoria generale dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1951, pp. 509 e ss.; LUGO, *Le azioni di mero accertamento nell'ambito del processo amministrativo*, in *Giustizia civile*, 1964, II, p. 80; STELLA RICHTER P., *Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, pp. 851 e ss., il quale auspica l'introduzione dell'azione di accertamento. Non manca, però, chi sostiene l'ammissibilità dell'azione di accertamento nel giudizio amministrativo, evidenziando che la funzione di accertamento è connaturata allo *jus dicere* e non occorre una espressa previsione legislativa diretta a conferire siffatta tutela. Così GRACO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, pp. 213 e ss.; MURRA R., *Ancora un no all'ingresso delle azioni di mero accertamento nel processo amministrativo*, in *Corriere giuridico*, 1990, p. 599; BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, *op.cit.*, pp. 2 e ss.; MAZZAROLLI L., *Consiglio di Stato e diritti soggettivi*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario*, *op. cit.*, p. 238. V'è, anche, chi ha rinvenuto il fondamento della proponibilità dell'azione di accertamento innanzi al giudice amministrativo nell'articolo 24 della Costituzione, nella parte in cui richiede una tutela piena di diritti soggettivi ed interessi legittimi. Così CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amministrativo*, 1980, pp. 865 e ss..

dell'ordinamento<sup>249</sup>. A queste ragioni teoriche, poi, se ne aggiungeva un'altra più pratica e di natura strettamente politico – giudiziaria: nel periodo che era seguito

---

<sup>249</sup> Ci si riferisce al silenzio inadempimento che altro non è se non una  *fictio juris*  ideata per consentire al giudice di annullare il silenzio non qualificato dell'amministrazione, come fosse un qualsiasi provvedimento della stessa. Il meccanismo del silenzio inadempimento comparve per la prima volta nella pronuncia del Consiglio di Stato, Sezione IV, n. 429 del 22 agosto 1902, pubblicata in  *Giurisprudenza italiana* , 1902, III, p. 343, con nota anonima. Venne in breve recepito dal legislatore nell'articolo 5 del già citato Regio decreto 3 marzo 1934 n. 383 (T.U. della legge comunale e provinciale) che, nel regolare il ricorso gerarchico, prevedeva che trascorsi centoventi giorni dalla presentazione dello stesso, l'interessato avrebbe dovuto notificare all'amministrazione un atto di diffida, decorsi sessanta giorni dalla quale il ricorso si sarebbe inteso come rigettato. Il Consiglio di Stato ritenne costantemente che tale disciplina, dettata per il silenzio sul ricorso gerarchico, esprimesse un principio generale applicabile a tutte le ipotesi d'inerzia della pubblica amministrazione (in tal senso, tra le altre, Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 534 del 1951, in  *Consiglio di Stato* , 1951, I, p. 1300, e Consiglio di Stato, Sezione IV, n. 729 del 4 luglio 1956, in  *Foro amministrativo* , 1957, I, p. 22). Con l'abrogazione del suddetto articolo 5 ad opera dell'articolo 6 del Decreto presidenziale n. 1199 del 1971, in materia di ricorsi amministrativi, la giurisprudenza amministrativa (tra le altre, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 10 del 10 marzo 1978, pubblicata in:  *Foro italiano* , 1978, III, 352, con nota di GALLO C.E.;  *Consiglio di Stato* , 1978, II, p. 391 con nota di CIACCIA G.;  *Foro amministrativo* , 1978, I, p. 415;  *Giurisprudenza italiana* , 1978, III, p. 305), su suggerimento di autorevole dottrina (SANDULLI A.M.,  *Sul regime attuale del silenzio inadempimento della pubblica amministrazione* , in  *Rivista di diritto processuale* , 1977, p.169), ritenne utilizzabile il meccanismo della diffida e messa in mora dell'amministrazione ex articolo 25 del Decreto presidenziale n. 3 del 1957 (T.U. delle leggi sugli impiegati civili dello Stato). In conseguenza di ciò, l'interessato doveva far constatare l'inerzia dell'amministrazione a mezzo di apposita diffida a provvedere, notificata non prima di sessanta giorni dalla presentazione dell'istanza, e decorsi inutilmente almeno trenta giorni dalla notificazione, poteva impugnare il silenzio innanzi al giudice amministrativo nel termine di sessanta giorni. Su tale assetto intervenne la Legge n. 241 del 1990, che all'articolo 2 fissò in capo alle amministrazioni il dovere di concludere il procedimento amministrativo, iniziato ad istanza di parte o d'ufficio, mediante l'adozione di un provvedimento espresso in un termine preciso indicato dalla legge o da regolamento, oppure nel termine suppletivo di trenta giorni. Tale disposizione, che sancì il fondamentale principio di generale temporizzazione dei procedimenti amministrativi con termini certi di conclusione degli stessi, pose immediatamente la questione della permanenza o meno della diffida quale condizione imprescindibile per adire il giudice contro l'inerzia delle amministrazioni pubbliche. La dottrina maggioritaria (tra gli altri PALEOLOGO G.,  *La legge 1990 n. 241: procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti dell'amministrazione* , in  *Diritto processuale amministrativo* , 1991, p. 28; SCHINAIA M. E.,  *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation delle attività soggette a provvedimenti autorizzatori ed all'inerzia dell'amministrazione* ,  *ibi* , p. 196; PATRONI GRIFFI F.,  *La L. 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dall'entrata in vigore. Termini e responsabile del procedimento: partecipazione procedimentale* , in  *Foro italiano* , 1993, III, p. 65. Di

all'avvento della Carta costituzionale e fino agli inizi degli anni Ottanta del Secolo scorso, infatti, il sistema della giustizia amministrativa aveva raggiunto un alto

---

opinione contraria DE ROBERTO A., *Il silenzio del funzionario responsabile nel procedimento amministrativo*, in *Nuova rassegna*, 1992, p. 2068 e LIGNANI P. G., *La disciplina del procedimento e le sue contraddizioni*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1992, p. 575) sostenne che il principio di certezza dei termini dell'azione amministrativa enunciato dal predetto articolo 2 comportasse la formazione automatica del silenzio inadempimento allo spirare del termine del procedimento, senza la necessità della diffida. La giurisprudenza maggioritaria (Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 752 del 12 maggio 1994, in *Consiglio di Stato*, 1994, I, p. 835; *idem*, Sezione V, n. 980 del 18 settembre 1997, in *Foro amministrativo*, 1997, p. 2307; *idem*, Sezione V, n. 1331 del 18 novembre 1997, *ivi*, 3044 con nota di IANNOTTA R.; *idem*, Sezione II, n. 113 del 2 giugno 1998, in *Consiglio di Stato*, 1999, I, p. 1048; *idem*, Sezione IV, n. 6494 del 2000, *ivi*, 2000, I, p. 2609), invece, sostenne che la notificazione della diffida rimaneva condizione essenziale per la formazione del silenzio ai fini dell'azione giurisdizionale, facendo leva in particolare sull'assunto della insidiosità dei silenzi automatici, che fanno decorrere il termine per l'impugnazione in assenza di un'adeguata percezione da parte dell'interessato. La disputa sembrò potere trovare una soluzione definitiva con l'introduzione, ad opera della Legge n. 205 del 2000, dell'articolo 21 *bis* della Legge n. 1034 del 1971, che introdusse uno speciale procedimento a carattere acceleratorio per i ricorsi avverso il silenzio, caratterizzato dalla brevità dei termini e dalla snellezza delle formalità, e non fissò tra le condizioni di ammissibilità alcun onere di messa in mora dell'amministrazione. Il Consiglio di Stato, tuttavia, non mutò il proprio orientamento maggioritario, sostenendo che l'articolo 21 *bis* aveva introdotto una regola di diritto processuale e non già sostanziale (così Consiglio di Stato, Sezione IV, n. 3256 dell'11 giugno 2002, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, I, p. 2402 con nota di MIRATE S.; *idem*, Sezione VI, n. 1521 del 24 marzo 2003, in *Consiglio di Stato*, 2003, I, p. 690; *idem*, Sezione V, n. 3288 dell'11 giugno 2003, in *Foro amministrativo CDS*, 2003, p. 3101 con nota di CREPALDI G.; *idem*, Sezione VI, n. 6621 del 27 ottobre 2003, *ivi*, p. 3058; *idem*, Sezione V, n. 376 del 4 febbraio 2004, in *Consiglio di Stato*, 2004, I, p.242; *idem*, Sezione IV, n. 5020 del 6 luglio 2004, in *Urbanistica e appalti*, 2004, p. 1421 con nota di TARANTINO L.; *idem*, Sezione V, n. 7331 del'11 novembre 2004, in *Consiglio di Stato*, 2004, I, p.2370). L'opera di novellazione della Legge n. 241 del 1990, realizzata dal legislatore del 2005, ha messo la parola fine alla descritta disputa sulla necessità della messa in mora dell'amministrazione. Apportando una significativa integrazione all'articolo 2 della predetta legge sul procedimento, infatti, il legislatore ha previsto che alla scadenza dei termini per la conclusione del procedimento, come stabiliti dai commi 2 e 3 del medesimo articolo 2, il ricorso avverso il silenzio può essere immediatamente proposto senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente. Ha, inoltre, stabilito che il ricorso possa essere proposto entro un anno dalla formazione del silenzio e non nell'ordinario termine di decadenza di sessanta giorni. La previsione di tale termine (unita a quella citata sulla comunicazione di avvio del procedimento) risolve il problema della pericolosità dei silenzi automatici, che costituiva nella giurisprudenza del Consiglio di Stato la fondamentale ragione del mantenimento della diffida quale presupposto indefettibile per la formazione del silenzio inadempimento.

grado di stabilità e coerenza e si era fortemente irrigidito su sé stesso, evitando volutamente di aprirsi a nuove e pericolose teorizzazioni sui vizi del provvedimento.

Il giudice amministrativo, d'altronde, non sentiva alcun bisogno di garantire la giustiziabilità del mero interesse legittimo leso da un provvedimento nullo o inesistente in quanto ciò avrebbe plausibilmente significato un ulteriore decremento della propria area di giurisdizione in favore di quella del giudice ordinario. In tal senso, l'avvento della già citata teoria della carenza di potere in concreto e la conseguente perdita di aree di giurisdizione da parte del giudice amministrativo aveva notevolmente segnato l'evoluzione del sistema di riparto di giurisdizione e di ciò il Consiglio di Stato era del tutto cosciente.

## **2. Segue: la svolta giurisprudenziale e dottrinale della fine del secolo scorso.**

Un mutamento d'indirizzo giurisprudenziale, tuttavia, si ebbe a partire dai primi anni Ottanta del Secolo scorso, con la pubblicazione da parte della magistratura amministrativa di alcune sentenze nelle quali veniva dichiarata la nullità di provvedimenti amministrativi.

Nell'ordine, si registrò una prima pronuncia che dichiarava la nullità della delibera a stare in giudizio di una U.S.L., perché priva di copertura finanziaria<sup>250</sup>. Successivamente, venne accertata d'ufficio la nullità di rapporti di pubblico impiego costituiti in violazione del divieto di nuove assunzioni<sup>251</sup>. Quindi, si ebbe una pronuncia nella quale veniva dichiarato nullo per carenza di potere un provvedimento che eludeva il giudicato amministrativo<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> Consiglio di Stato, Sezione V, 7 febbraio 1984, n. 470, in *Consiglio di stato*, 1984, I, p. 798, nella quale fu accertata la nullità prevista dall'articolo 49 della Legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale.

<sup>251</sup> T.A.R- Sicilia, Palermo, 26 ottobre 1985, n. 1675, in *Foro amministrativo*, 1986, 1927, dove viene dichiarata la nullità testuale degli atti di assunzione irregolari.

<sup>252</sup> Così, Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 19 marzo 1984, n. 6, in *Foro italiano*, 1984, III, p. 331, nella quale si stabilisce che “è ammissibile il ricorso per l'ottemperanza ad un giudicato dal quale sia desumibile integralmente il provvedimento che l'amministrazione debba emettere per la sua esecuzione, anche se l'amministrazione abbia emanato provvedimenti di diverso contenuto, da considerarsi perciò nulli anche in difetto di tempestiva impugnazione”.



La svolta decisiva, tuttavia, la si ebbe con la pronuncia n. 1 del 29 febbraio 1992<sup>253</sup>, nella quale l'Adunanza Plenaria affermò esplicitamente la necessità di superare l'indirizzo giurisprudenziale contrario alla categoria della nullità in senso civilistico e precisò a chiare lettere che il legislatore non usava più il termine nullità in senso atecnico (riferito cioè ad un atto viziato da violazione di Legge) ma nel senso suo proprio.

Il Consiglio di Stato, nell'occasione, dimostrò di avere acquisito consapevolezza del fatto che, nell'ambito di un sistema processuale pur sempre incentrato sull'annullabilità, la disciplina della nullità risultava congeniale all'incisiva tutela del pubblico interesse tutte le volte in cui, sia per la presumibile mancanza di soggetti legittimati all'impugnazione, sia per l'improbabile esercizio da parte dell'amministrazione dei poteri di autotutela, la qualifica del vizio in termini di illegittimità sarebbe risultata inadeguata alla tutela della legalità.

Se nel decennio intercorso tra gli inizi degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta le sentenze del giudice amministrativo dichiarative della nullità di provvedimenti amministrativi erano state solo una trentina, dopo la svolta del 1992 le sentenze di tal sorta aumentarono di numero.

In detto contesto si segnalò una pronuncia, la n. 166 del 18 novembre 1998 della V Sezione del Consiglio di Stato<sup>254</sup>, nella quale si affermò che *“la nullità in senso*

---

<sup>253</sup> Pronuncia pubblicata in *Corriere giuridico*, 1992, p. 797, con nota di CORPACI A; *id.*, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, III, 1, p. 545, con nota di CANNADA BARTOLI E., in *Foro italiano*, 1993, III, p. 33, con nota di CASSESE S., nella quale si chiarisce come la sanzione della nullità implica la radicale privazione di efficacia del provvedimento, rappresentando un'eccezione alla regola dell'annullabilità del provvedimento invalido. La ragione per la quale l'ordinamento deroga a questa regola venne rinvenuta nel fatto che, in questi casi, il meccanismo dell'annullabilità sarebbe un modo poco efficace di sanzionare il vizio, data l'assenza di soggetti interessati a chiedere l'annullamento, a fronte di un interesse pubblico al rispetto di determinate norme. Si vedano anche, quali pronunce conformi: Adunanza Plenaria n. 2 dello stesso anno, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1, p. 22; *idem*, n. 5 del 1992, in *Foro italiano*, III, p. 435; *idem*, n. 6 del 1992, in *Foro amministrativo*, 1992, p. 335; *idem*, n. 10 del 1992, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, III, 1, p. 786, con nota di TASSONE S.. Nelle predette decisioni si accoglie la ricostruzione civilistica della nullità dei provvedimenti, assumendo che tale forma di patologia sia *“imprescrittibile, insanabile e rilevabile d'ufficio”*.

<sup>254</sup> La pronuncia è pubblicata in *Foro amministrativo*, 1998, p. 420, e riprende argomentazioni già espresse nella pronuncia del Consiglio di Stato, IV Sezione, n. 1190 del 1996, pubblicata anch'essa in *Foro amministrativo*, 1996, p. 3190.

*tecnico di un atto amministrativo, intesa come <illegittimità forte> e, come tale, diversa dall'illecittimità propriamente detta che è la tradizionale qualificazione di un atto non conforme a legge, risponde all'esigenza della tutela della legalità, con spostamento della garanzia dal polo privatistico (di tutela, cioè, del soggetto privato) a quello pubblicistico (di tutela, invece, dell'interesse generale)". Nella predetta pronuncia, inoltre, si qualificò la nullità del provvedimento amministrativo quale vizio che "si determina solo quando sia espressamente qualificato dalle norme o sia emanato in contrasto con il giudicato o sia emanato da un ente territoriale con un'efficacia che invada l'ambito territoriale di un altro ente o manchi di uno o più degli elementi necessari a costituirlo oppure ancora sia emanato in assoluta carenza di potere" e si precisò che "ogni altra, ancorché grave, violazione di norme imperative, quali sono tutte quelle inerenti allo svolgimento procedimentalizzato dei poteri pubblici o all'attribuzione di competenze, dà luogo ad una mera invalidità dell'atto, che l'interessato deve fare constatare attraverso l'impugnazione entro il termine decadenziale".*

A seguito dell'accrescimento del novero delle nullità testuali e del mutamento d'indirizzo giurisprudenziale appena descritto, allora, anche la dottrina impegnata a confutare le teorie pan civilistiche<sup>255</sup> iniziò a valutare nuove prospettive in materia di vizi del provvedimento amministrativo.

Alcuni autori che in precedenza avevano negato l'esistenza della nullità del provvedimento amministrativo e riconosciuto solo l'annullabilità e l'inesistenza dello stesso, infatti, ammisero la possibilità che il provvedimento amministrativo potesse essere affetto dal vizio della nullità e distinsero il provvedimento nullo dal provvedimento inesistente<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> Sul punto deve intendersi richiamato quanto riportato nei paragrafi 8 e 11 del primo capitolo.

<sup>256</sup> Paradigmatica, in tal senso, è l'evoluzione del pensiero di SCOCA F. G., che in *La tutela processuale del silenzio dell'amministrazione*, in MORBIDELLI G. (a cura di), *Funzione ed oggetto della giurisdizione amministrativa. Nuove e vecchie questioni* [Atti del Convegno promosso dalla Fondazione Cesifin – Centro per lo studio delle Istituzioni finanziarie e dall'Associazione fra gli studiosi del processo amministrativo, Firenze, 8-9 maggio 1998], Torino, 2000, p. 95 e ss., rivedendo la propria posizione pregressa secondo cui nel diritto amministrativo esiste solo la figura dell'illecittimità (e non quella dell'invalidità e della nullità: così in *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, p. 136, nota 102) ha evidenziato che "a partire dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 6 del 1984, l'atto emesso in violazione del giudicato è considerato un atto nullo [...] con le decisioni dell'Adunanza

Si evidenziò, così, che tra inesistenza e nullità esistono profonde differenze in quanto il provvedimento inesistente, essendo affetto da un vizio di particolare gravità è assolutamente insanabile e non può essere oggetto di conversione<sup>257</sup>. Il provvedimento inesistente, poi, non avendo valore e rilevanza giuridica, non è imputabile alla pubblica amministrazione bensì al funzionario che ne è l'autore<sup>258</sup>.

L'inesistenza, infine, essendo una categoria dogmatica sprovvista di basi del diritto positivo, è priva di una disciplina giuridica.

La nullità, invece, trova in via diretta o analogica una base di diritto positivo. Il provvedimento nullo, poi, essendo un atto di volontà invalido, può essere imputato al proprio autore, con la conseguente riconducibilità all'amministrazione agente. Inoltre il provvedimento nullo, non avendo il carattere dell'abnormità ma solo quella della divergenza dal paradigma legale, può essere sanato mediante conversione.

In altri termini, s'iniziò ad affermare che l'inesistenza appartiene al mondo dell'irrilevanza giuridica, mentre la nullità al pari dell'annullabilità a quello della rilevanza<sup>259</sup>.

---

*plenaria n.1, 2 e 5 del 1992 sugli indici rilevatori del pubblico impiego, la nullità è entrata, sulla spinta delle espresse previsioni normative, nello statuto dell'invalidità del provvedimento amministrativo".*

<sup>257</sup> CORREALE G., *Osservazioni sul tema della rilevanza dell'atto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1969, pp. 1080 e ss., nota che "l'atto nullo è pur sempre suscettibile (eccezionalmente) di conversione, o di sanatoria, al contrario dell'atto inesistente" e che, invece, questo "è quello che per il diritto non rileva". ROMANO TASSONE A., *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto d'invalidità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, II, Milano 1993, p. 117 e ss., parte dall'assunto che anche l'atto invalido è valido nell'ottica della fattispecie normativa che qualifica il vizio, per cui "l'invalidità non è solo il contraltare negativo della validità, ma rappresenta una qualificazione giuridica con forza ratificante" ed arriva alla conclusione che può crearsi uno spazio a favore dell'inesistenza, nel senso che "l'inesistenza giuridica, dunque, potrebbe venir assunta quale connotato qualificante degli atti così profondamente contrari ai valori ordinamentali, da non poter esser in alcun modo convalidati e reinseriti nel sistema".

<sup>258</sup> Così SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, pp. 667 e 1168.

<sup>259</sup> Così, MORBIDELLI G., *Della responsabilità contrattuale (e di quella provvendi mentale) dei dirigenti*, in *Diritto amministrativo*, 1999, pp. 219 e ss., ma si veda anche CERULLI IRELLI V., che in *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1999, Nuova edizione ristampa emendata, p. 626, il quale precisa che l'invalidità "si predica di atti tecnicamente esistenti" per cui "la nozione di inesistenza, usata a proposito di atti amministrativi nulli (affetti da determinate cause di nullità, come la carenza di potere...) deve essere espunta". Secondo questa impostazione, allora, l'inesistenza più che essere una sanzione dell'atto adottato in carenza di potere, si sarebbe dovuta porre come vizio comportante la nullità del

### **3. La legislazione d'inizio secolo sfata la concezione tradizionale del processo amministrativo quale mero processo tipico d'impugnazione e tipizza il vizio di nullità del provvedimento amministrativo.**

Con l'inizio del Ventunesimo secolo, nel quadro evolutivo appena descritto si è innestata una produzione normativa che ha incarnato l'intento diffuso di "svecchiare" il diritto amministrativo, affrancandolo dalla concezione ottocentesca che lo voleva solo quale sistema di regole volte a tutelare il privato da provvedimenti amministrativi degradanti i diritti in interessi legittimi mediante il meccanismo impugnatorio dell'azione costitutiva d'annullamento.

Un grosso contributo in tal senso è stato fornito dalla già citata Legge n. 205 del 2000 che, per come si è già visto nel primo capitolo, con la previsione dell'articolo 7, comma 4, ha attribuito al giudice amministrativo, anche nell'ambito della sua competenza generale di legittimità, il potere di emanare nei confronti dell'amministrazione sentenze di accertamento e condanna al risarcimento del danno, vuoi in forma generica vuoi in forma specifica<sup>260</sup>.

L'introduzione dell'articolo 21 *bis* della Legge istitutiva dei T.A.R., poi, ha per la prima volta previsto una disciplina espressa per la tutela degli interessi legittimi pretensivi<sup>261</sup> disponendo che nel caso di accoglimento del ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, il giudice amministrativo possa ordinare a questa di provvedere<sup>262</sup> entro trenta giorni e, nel caso di perdurante inadempimento, nominare

---

provvedimento e sarebbe stato il vizio dell'atto adottato in carenza di potere, cui consegue, come reazione sanzionatoria, la nullità del provvedimento Così CAVALLO B., *Provvedimenti ed atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da SANTANIELLO G., III, Padova, 1993, p. 300.

<sup>260</sup> Sul tema della risarcibilità del danno da lesione dell'interesse legittimo deve intendersi qui richiamato quanto esposto nel paragrafo 13 del primo capitolo e nel paragrafo 4 del secondo capitolo.

<sup>261</sup> Sulla tutela avverso il silenzio inadempimento dell'amministrazione si richiama quanto già detto in precedenza nella nota n. 250.

<sup>262</sup> La norma, non chiarendo quale debba essere il contenuto dell'ordine di provvedere rivolto dal giudice all'amministrazione, aveva sollevato il dubbio se il ricorrente potesse far valere soltanto la posizione giuridica procedimentale (strumentale in rapporto all'azione amministrativa), piuttosto che la posizione giuridica finale, teleologicamente orientata all'ottenimento del provvedimento favorevole dell'amministrazione. Non si sapeva, inoltre, se nell'ambito della generalità delle controversie sottoposte alla sua cognizione, il giudice amministrativo potesse conoscere anche del merito, pronunciandosi anche sul rapporto, senza i vincoli del giudizio di legittimità. Rimaneva oscuro, infine, quali fossero i poteri del giudice nel caso di silenzio su attività vincolata dell'amministrazione. L'Adunanza Plenaria, chiamata a

un commissario *ad acta* che la sostituisca nel compimento degli atti dovuti. In tal modo s'è inteso affrancare l'azione proposta contro l'inerzia della pubblica amministrazione dagli schemi tradizionali dell'azione di annullamento e si è tipizzata un'ulteriore azione di accertamento e di condanna propria del giudice amministrativo.

Sulla stessa scia, sempre la Legge n. 205 del 2000, riformando all'articolo 3 il sistema di norme sulle misure cautelari nel processo amministrativo, ha previsto che la domanda cautelare possa essere formulata anche quando il pregiudizio grave e irreparabile derivi da un comportamento inerte dell'amministrazione. Ha, inoltre, sganciato la tutela giurisdizionale del giudice amministrativo dal carattere della rigorosa tipicità, introducendo il principio della atipicità delle misure cautelari ed ha, infine, previsto un'ulteriore possibilità per il giudice amministrativo di emettere un

---

pronunciarsi sulla questione se la cognizione del Giudice amministrativo sia limitata all'accertamento della illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione, ovvero si estenda all'esame della fondatezza della pretesa sostanziale del privato, ha stabilito, nella già citata pronuncia n. 1 del 2002, pubblicata tra l'altro in *Urbanistica e appalti*, 2002, 4, p. 420, con nota di TARANTINO L., e in *Foro Italiano*, 2002, III, 227, con nota di TRAVI A., i seguenti principi: a) "*l'art. 21 bis identifica l'oggetto del ricorso nel silenzio (co. 1), senza fare alcun riferimento alla pretesa sostanziale del ricorrente*" e, pertanto, "*se ne deve dedurre che il legislatore ha inteso circoscrivere il giudizio alla inattività dell'amministrazione*"; b) il giudizio sul silenzio "*si collega al dovere delle amministrazioni pubbliche di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso nei casi in cui esso consegua obbligatoriamente ad un'istanza ovvero debba essere iniziato d'ufficio, come prescrive l'art. 2, co. 2, della legge 241/90*"; c) "*la scelta operata dal legislatore si allinea al principio generale che assegna la cura dell'interesse pubblico all'amministrazione e al giudice amministrativo, nelle aree in cui l'amministrazione è titolare di potestà pubbliche, il solo controllo sulla legittimità dell'esercizio della potestà. Questo schema viene superato mediante l'attribuzione al giudice del potere di riformare l'atto o sostituirlo in via diretta e immediata, in sede di accoglimento del ricorso (art. 26, co. II, della legge 1034/71). Tuttavia, proprio perché derogativi del principio predetto, i casi di ingerenza del giudice nella sfera dell'attività pubblicistica dell'amministrazione sono previsti da esplicite norme autorizzative (art. 6, co. II e art. 7, commi I e IV, della legge 1034/71)*"; d) il potere di mero accertamento dell'inadempimento dell'obbligo di provvedere si profila anche con riferimento ai casi di attività vincolata della Pubblica Amministrazione, in quanto il legislatore ha inteso definire "*una disciplina unica e differenziata, valida in tutti i casi in cui l'amministrazione si sottragga al dovere di adottare un atto autoritativo esplicito. Sotto questo profilo sono irrilevanti i presupposti di fatto del provvedimento; è determinante che il silenzio riguardi l'esercizio di una potestà amministrativa e che la posizione del privato si configuri come un interesse legittimo*".

provvedimento di condanna dell'amministrazione, prevedendo la possibilità per il giudice di ingiungere all'amministrazione il pagamento di una somma di denaro<sup>263</sup>. Con l'opera di novellazione della Legge n. 241 del 1990<sup>264</sup>, quindi, si è proceduto,

---

<sup>263</sup> Va evidenziato come con la Legge n. 205 del 2000 si è passati da un sistema di tutela cautelare esclusivamente tipica ad un sistema di tutela cautelare esclusivamente atipica, nel quale la Legge non fissa l'oggetto ed il contenuto del provvedimento cautelare. Il testo della norma, che pure s'ispira a quello dell'articolo 700 C.p.c., non prevede però una tutela residuale, bensì unica. La nuova tutela cautelare, inoltre, si caratterizza per essere una tutela piena, in quanto prevista anche per i casi nei quali l'amministrazione non si pronuncia sull'istanza del privato ed è limitata solo dal principio generale di non ingerenza dell'Autorità giudiziaria nel merito amministrativo (tranne che nei casi di giurisdizione di merito, ovviamente) e da quello della provvisorietà del provvedimento cautelare che non può e non deve sostituirsi alla sentenza, che deve rimanere il provvedimento conclusivo con cui si decide il giudizio.

<sup>264</sup> Opera di novellazione attuata mediante la Legge n. 15 del 2005 e la Legge n. 80 dello stesso anno (che ha apportato alcune modifiche agli articoli già novellati 2, 18, 19, 20, 21 e 25). La citata Legge n.15, al pari della Legge n 241 del 1990, ha avuto un *iter* parlamentare assai complesso. L'originario testo dell'A.C. n. 6844, approvato dalla Camera dei Deputati il 25 novembre 2000, infatti, decadde a causa dello scadere della Legislatura. Approvato nuovamente dal Consiglio dei Ministri il 7 marzo 2002, fu ripresentato in Parlamento quale A.S. n. 1281, e subì una lunga fase di "navette" essendo stato approvato dal Senato il 10 aprile 2003, trasmesso alla Camera che, il 14 gennaio 2004, lo approvò con modificazioni quale A.C. n. 3890. Ritrasmesso al Senato, il 21 luglio 2004, fu approvato con modificazioni quale A.S. n. 1281-B. Ritrasmesso alla Camera, infine, fu approvato senza altre modificazioni il 25 gennaio 2005. Giova ricordare che alla predetta opera di novellazione ne è, di recente, seguita una seconda ad opera del Decreto legislativo n. 69 del 2009. Il legislatore ha, innanzitutto, portato nuovamente da novanta a trenta giorni - come era nella formulazione originaria della Legge n.. 241 del 1990 - il termine entro cui devono concludersi i procedimenti delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali, salvo che non sia individuato un termine diverso da disposizioni di legge, da decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri o da atti di Autorità di garanzia e di vigilanza. Come previsto, con i predetti decreti è possibile stabilire termini non superiori a novanta giorni, mentre *"Nei casi in cui tenendo conto della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento (...)"*, siano indispensabili termini maggiori a 90 giorni, essi comunque non possono superare i 180 giorni, con la sola esclusione dei procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e di quelli riguardanti l'immigrazione. La Legge n. 69 del 2009 specifica, poi, che restano ferme le disposizioni vigenti in materia ambientale che prevedono termini diversi, così come per i procedimenti di verifica o autorizzativi concernenti i beni storici, architettonici, culturali, archeologici, artistici e paesaggistici, rimangono in vigore i termini stabiliti dal Decreto Legislativo n. 42 del 2004 recante il Codice dei beni culturali e del paesaggio. L'articolo 7 della Legge n. 69 ha, inoltre, stabilito che continuano ad applicarsi le disposizioni regolamentari, vigenti alla data del 4 luglio scorso, che prevedono termini non superiori a 90 giorni per la conclusione dei procedimenti, mentre le disposizioni regolamentari che prevedono termini superiori a 90 giorni cesseranno di avere effetto a

per la prima volta, a sganciare l'esperibilità del ricorso innanzi al giudice amministrativo dal rigoroso termine decadenziale di sessanta giorni previsto per le azioni impugnative, prevedendo la possibilità per il privato di ottenere tutela rispetto all'inerzia dell'amministrazione senza l'onere della diffida e nel termine decadenziale di un anno dalla scadenza dei termini concessi all'amministrazione per provvedere.

Si è, inoltre, stabilito che il giudice amministrativo possa anche conoscere della fondatezza della pretesa fatta valere dal privato a seguito della mancato provvedimento dell'amministrazione <sup>265</sup>, individuando così un'ulteriore fattispecie

---

decorrere dal 4 luglio 2010. Ai sensi della nuova normativa, inoltre, la mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, di cui si tiene conto al fine della corresponsione della retribuzione di risultato, e l'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento può essere fonte di responsabilità per danni. Come precisato all'articolo 2 -bis della Legge n. 241, introdotto dalla Legge n. 69, poi, il diritto al risarcimento del danno ingiusto si prescrive in cinque anni e le controversie in materia sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Con l'integrazione dell'articolo 29 della Legge n. 241, ad opera dell'articolo 10 della Legge n. 69, è stato inoltre stabilito che la disposizione inerente l'obbligo di concludere il procedimento entro il termine prefissato attiene ai livelli essenziali delle prestazioni che concernono i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (articolo 117, c. 2, lettera m) della Costituzione) e sulla cui determinazione lo Stato ha legislazione esclusiva. Attengono, altresì, ai livelli essenziali delle prestazioni suddette le norme della Legge n. 241 riguardanti gli obblighi dell'amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, le disposizioni della medesima legge relative alla durata massima dei procedimenti e quelle concernenti la dichiarazione di inizio attività ed il silenzio assenso. Le regioni e gli enti locali, dunque, nel regolamentare i procedimenti amministrativi di loro competenza, possono solo prevedere, a favore dei privati, livelli di tutela ulteriori rispetto a quelli assicurati dalle disposizioni riguardanti i livelli essenziali delle prestazioni sopra dette, non potendo stabilire garanzie inferiori.

<sup>265</sup> Va precisato che la predetta facoltà è stata generalmente interpretata in modo restrittivo, affermando che la stessa possa essere esercitata nelle sole ipotesi in cui la decisione sulla domanda del privato presupponga un'attività amministrativa vincolata. Diversamente, in tutti i casi nei quali ricorrano margini di discrezionalità amministrativa o tecnica, si è reputato che il giudice debba limitarsi a dichiarare la sussistenza (o meno dell'obbligo di provvedere). In tal senso si veda GIOVAGNOLI R., *I silenzi della pubblica amministrazione dopo la legge n. 80 /2005*, Milano, 2005, p.158. In giurisprudenza si vedano: T.A.R. Abruzzo, Pescara, n. 45 del 2007, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che afferma la possibilità per il giudice amministrativo, in sede di decisione di un ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, di operare la verifica della fondatezza dell'istanza deve ritenersi limitata ai casi in cui venga in rilievo

nella quale consentire al giudice amministrativo di pronunciare una sentenza di accertamento e condanna nei confronti dell'amministrazione.

Sempre con la Legge n. 15 del 2005 (e qui si giunge al tema principale della nostra trattazione), poi, si è introdotto il nuovo capo IV bis della Legge n. 241 del 1990, che ha codificato per la prima volta in una norma di diritto sostanziale i vizi del provvedimento amministrativo ed ha fissato all'articolo 21 *septies* la norma di portata generale, della quale si accennava all'inizio del capitolo, sulla nullità del provvedimento stesso<sup>266</sup>.

Più in particolare, il legislatore in merito all'annullabilità s'è limitato a confermare ciò che già era previsto dalla norma processuale (si fa riferimento al citato Testo unico del Consiglio di Stato) e che nessuno aveva mai messo in discussione, e cioè che l'annullabilità è generata dalla violazione di legge,

---

un'attività interamente vincolata dell'amministrazione che postuli accertamenti valutativi complessi. Più di recente, Consiglio di Stato, Sezione V, n. 5013 del 28 settembre 2007, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), nella quale si condivide il predetto orientamento precisandosi, tuttavia, che il nuovo potere conferito al giudice nei procedimenti in questione, pur in presenza di attività astrattamente discrezionale, non dia spazio a scelte alternative in relazione alla fattispecie concreta in ragione delle peculiarità emergenti dal complessivo procedimento percorso. Diversamente, v'è stato chi ha sostenuto che il giudizio di fondatezza *de quo* debba essere inteso quale nuovo caso di giurisdizione di merito: così SCOCA F.G., *Giustizia amministrativa*, Torino, 2005, p. 169. In tal senso, in giurisprudenza si vedano: Tar Veneto, Sezione III, n. 430419 del 2005, rinvenibile in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) ; Consiglio di Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, Sezione giurisdizionale, decisione n. 726 del 2005, anch'essa rinvenibile su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) nella quale si ritiene che, il giudizio sul silenzio dell'amministrazione ancorché definito come rito camerale, in realtà risponde ai requisiti di un processo a cognizione piena, e la previsione che il giudice amministrativo possa "*conoscere della fondatezza dell'istanza*" deve essere interpretato come attribuzione al giudice di provvedere sull'oggetto del giudizio, che non può essere ridotto al silenzio, ma comprende anche la fondatezza della domanda. Si tratterebbe, quindi, secondo il C.G.A. di una giurisdizione di merito.

<sup>266</sup> Giova, preliminarmente, evidenziare che la norma in questione sarebbe riferibile e, dunque, applicabile solo al provvedimento amministrativo e non anche agli atti amministrativi. Dal dato letterale della norma, infatti, si ricava che gli altri atti amministrativi diversi dai provvedimenti (tra i quali spiccano per importanza gli atti endoprocedimentali) non sarebbero inficiati in nessuno dei casi per i quali è prevista la nullità del provvedimento. Sotto il profilo dei limiti temporali di efficacia della norma, invece, la Sezione IV del Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 6023 del 2005, ha affermato che la norma in questione ha "*carattere procedimentale e non processuale, e trova immediata applicazione ai procedimenti in corso e non ancora definiti.*".



dall'incompetenza e dall'eccesso di potere. In merito alla nullità, invece, ha adottato una scelta più complessa: cercando di prendere posizione nel tormentato dibattito esistito ed esistente sul tema, infatti, ha inteso tradurre in norma i risultati a cui dottrina e giurisprudenza erano approdati attraverso il lungo processo evolutivo descritto nei precedenti due paragrafi.

La normativa in esame, allora, ha individuato quattro casi tassativi nei quali il provvedimento amministrativo è affetto da nullità: la violazione di norme di leggi che espressamente prevedono la nullità del provvedimento per detta circostanza, il difetto assoluto di attribuzione, la presenza di vizi strutturali essenziali ed, infine, la violazione o l'elusione del giudicato<sup>267</sup>.

Le intenzioni del legislatore di fare chiarezza in merito al vizio della nullità, come si vedrà a breve, hanno però trovato solo parziale realizzazione, essendo risultato il testo dell'articolo 21 *septies* lacunoso in alcuni passaggi (si fa riferimento alla mancata indicazione di quali siano i casi di nullità strutturale ed al problema

---

<sup>267</sup> In tal senso si veda quanto affermato dal relatore della legge, CERULLI IRELLI V., in *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2005, 2: "A partire da una serie di decisioni assai note del 1992 (Cons. Stato, ad .pl. n.1,2, e altre del 1992) la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha iniziato una nuova fase, secondo la quale, almeno in alcuni casi, le prescrizioni legislative circa la nullità di atti amministrativi vadano intese come ipotesi di vera e propria nullità <intesa in senso civilistico e pertanto imprescrittibile, insanabile e rilevabile d'ufficio>. A questa ipotesi sicuramente si ascrive quella già menzionata di cui all'art.3 del T.U. (l'assunzione degli impieghi senza il ricorso prescritto per le singole carriere è nulla di diritto e non produce alcun effetto a carico dell'amministrazione); e di recente, sicuramente vanno ascritte alla categoria le ipotesi previste dal d.lgs. n 444/1994. E ipotesi di nullità, a prescindere da singole disposizioni di legge, vengono riscontrate dalla giurisprudenza, negli anni più recenti, a proposito di atti adottati in elusione del giudicato (ad esempio, Cons. Stato, IV, n. 1001/2000; V, n. 1231/1996). Tale unità, che la giurisprudenza estende anche agli atti elusivi delle sentenze di primo grado non sospese, opera nei casi in cui, come dice la giurisprudenza <l'atto si pone integralmente in contrasto con il precedente giudicato, e non anche quando l'atto si sorregge su una pluralità di ragioni giustificatrici> (ad esempio, Cons. Stato, V, n. 494/1993); segnatamente laddove secondo le statuizioni della sentenza da eseguire, <residui all'amministrazione un potere discrezionale>. Possiamo dunque affermare, che pur nel silenzio delle leggi, a parte le ipotesi singolari sopra ricordate, la categoria della nullità degli atti amministrativi sia già da tempo entrata nel contesto del nostro ordinamento; per la via, come di consueto, dell'interpretazione giurisprudenziale. La nuova norma recepisce nella sostanza questi orientamenti, trasformandoli in prescrizioni legislative; e perciò dando luogo a molteplici conseguenze di ordine positivo".

dell'individuazione degli elementi essenziali del provvedimento)<sup>268</sup> ed essendo il processo amministrativo sprovvisto di regole espresse idonee a disciplinare le azioni atte a fare valere il vizio della nullità<sup>269</sup>.

#### **4. Le nullità previste dall'articolo 21 *septies*: le sorti della c.d. nullità virtuale nel diritto amministrativo.**

Passando ora ad esaminare i contenuti del citato articolo 21 *septies*, la prima considerazione che possiamo fare è che con detta previsione normativa il legislatore ha inteso dare un'impostazione univoca al sistema dei vizi del provvedimento amministrativo, riconducendo l'annullabilità e la nullità ad un unico sistema nel quale il primo vizio è previsto per la generalità dei casi nei quali l'amministrazione viola una norma imperativa, il secondo invece per casi specifici e tassativamente previsti<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup>SCOCA F.G., *Conclusioni in Riforma della L. n. 241/1990 e processo amministrativo, op. cit.*, sottolinea: “*se rispetto agli atti di diritto privato la disciplina codicistica è completa di fattispecie ed effetto, la disposizione in esame (art. 21 septies) stabilisce la sanzione ma non ne definisce adeguatamente la causa*”.

<sup>269</sup> Esemplificativa, in tal senso, è la sentenza del T.A.R. Puglia, Bari, n. 4581 del 2005, rinvenibile in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), nella quale i giudici mostrano palese disagio e perplessità nell'identificare la disciplina di carattere processuale applicabile alla nullità. Del pari buona parte della dottrina si è mostrata perplessa di fronte al problema di come esperire l'azione di nullità nell'ambito del diritto amministrativo. Certi che un rinvio *de plano* alla normativa civilistica non sia possibile, né auspicabile, numerosi studiosi hanno rilevato che il legislatore del 2005 ha ommesso di chiarire i termini dell'azionabilità del difetto di nullità nei confronti di un provvedimento amministrativo che ne risulti viziato. Il riferimento è ad AJELLO G., *La nullità del provvedimento amministrativo tra dubbi e certezze*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); DE FELICE S., *Della nullità del provvedimento amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale evidenzia che: “*il legislatore non chiarisce se la tutela nei confronti dell'atto nullo vada esperita dinanzi al giudice ordinario o dinanzi al giudice amministrativo, salva l'ipotesi della giurisdizione esclusiva di cui al secondo comma dell'art. 21 septies*”; MONTEDORO G., *L'azione di nullità del provvedimento amministrativo*, in *Trattato di giustizia amministrativa* di CARINGELLA e GAROFOLI, Milano, 2006.

<sup>270</sup> Il Consiglio di Stato, Sezione VI, 13 giugno 2007, n. 3173, pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 2008, 5, p. 1278, afferma a chiare lettere che “*nel diritto amministrativo, la nullità del provvedimento costituisce una forma speciale di invalidità che si ha nei soli casi in cui sia specificamente sancita dalla legge, mentre l'annullabilità costituisce la regola generale di invalidità del provvedimento; e ciò, a differenza di quanto avviene nel diritto civile dove la regola generale in caso di violazione di norme*

In tal modo si è inteso diradare ogni dubbio sull'esistenza o meno nel diritto amministrativo delle c.d. nullità virtuali, ossia di quei casi di nullità che il codice civile prevede per la contrarietà del contratto a quelle norme imperative che, pur non combinando espressamente la sanzione della nullità per il caso della loro violazione, presentano una coerenza tale da fare apparire inadeguato il rimedio dell'annullabilità<sup>271</sup>.

Se, infatti, per l'articolo 21 *septies* è nullo solo il provvedimento che viola norme che per la loro inosservanza prevedono espressamente la nullità e per l'articolo 21 *octies* la violazione di legge determina in tutti gli altri casi solamente l'annullabilità del provvedimento<sup>272</sup>, dal combinato disposto delle due norme, allora, può desumersi che la nullità virtuale nel diritto amministrativo non può esistere.

---

*imperative è quella della nullità*” e, pertanto, che “*le cause di nullità del provvedimento amministrativo devono quindi oggi intendersi quale numero chiuso*”. Conformi: Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 6833, n. 6832 n. 1023, n. 891 del 2006. La predetta pronuncia n. 1023, nella quale si afferma che la violazione delle norme del diritto comunitario non comporta la nullità del provvedimento amministrativo ma comporta l'annullabilità dello stesso, è pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 2006, 12, p. 2414, con nota di OLESSINA A., *L'esercizio dell'autotutela rispetto a decisioni pluristrutturate contrastanti con il diritto comunitario*.

<sup>271</sup> Tradizionalmente vengono definite virtuali le nullità non espressamente dichiarate tali dal legislatore ma che conseguono alla violazione di norme imperative. Nel nostro ordinamento le nullità virtuali hanno il loro referente giuridico nel comma 1 dell'articolo 1418 del Codice civile, che statuisce che “*il contratto è nullo per contrarietà a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente*” e che può essere definito come la fonte di una serie indefinita di nullità determinate in modo indiretto. Differentemente, il comma 2 dello stesso articolo prevede che “*producono la nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325...*”, ed il comma 3 prevede che “*il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge*”. Dalla lettura delle predette disposizioni, allora possono distinguersi la nullità virtuale, che è quella prevista per la violazione a norme imperative, quella testuale, che invece è combinata da norme che prevedono espressamente la nullità come conseguenza della loro violazione, e quella strutturale, derivante dalla mancanza di uno degli elementi essenziali dell'atto. Ora, secondo quanto sostenuto dalla citata teoria negoziale, poiché nel diritto amministrativo manca una disciplina generale della nullità, occorrerebbe applicare le predette categorie civilistiche assimilando il provvedimento al contratto. Per una ricostruzione della problematica della nullità virtuale nel diritto amministrativo, si rinvia a SUSCA A., *op. ult. cit.*, pp. 52 e ss..

<sup>272</sup> In questo senso si veda Consiglio di Stato, Sezione VI, 13 giugno 2007, n. 3173, pubblicata in *Giurisprudenza Italiana*, 2008, 5, p. 1278, nella quale si afferma che “*nel diritto amministrativo la nullità costituisce una forma speciale di invalidità, che si ha nei soli casi tassativamente definiti dall'art. 21 septies della legge 7 agosto 1990, n. 241, mentre l'annullabilità del provvedimento costituisce la regola*

Con l'introduzione dei predetti articoli, si assiste infatti alla consacrazione legislativa del principio, finora espresso solo a livello giurisprudenziale e dottrinale<sup>273</sup>, secondo cui tutte le norme di diritto pubblico sono norme imperative e la loro violazione, salvo diversa disposizione del legislatore, determina la violazione di legge e l'annullabilità del provvedimento.

Alla luce della predetta impostazione, allora, va certamente rivalutato criticamente l'uso fatto dalle Cassazione, nel corso degli ultimi cinquant'anni, della teoria della carenza di potere in concreto<sup>274</sup>: ed infatti, solo se manca la norma

---

*generale di invalidità del provvedimento, a differenza di quanto avviene nel diritto civile, dove la regola generale in caso di violazione di norme imperative è quella della nullità”.*

<sup>273</sup> Così ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1936, p. 306, cui si deve la prima chiara affermazione secondo cui il principio in base al quale “*il negozio è nullo quando è contrario a qualunque norma imperativa*” non si applica al provvedimento amministrativo, perché “*l’atto amministrativo viziato per violazione di legge è soltanto annullabile*”. Da ultimo, in tal senso, MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, p. 247. In giurisprudenza, Consiglio di Stato, Sezione IV, 27 ottobre 2005, n. 6023.

<sup>274</sup> S'è già detto nel primo capitolo della carenza di potere in concreto e della teoria fondante della degradazione. Giova, qui, ribadire che la posizione della Cassazione che assimila ai fini della giurisdizione la carenza di potere in astratto alla carenza di potere in concreto, non è mai stata accolta di buon grado né dalla giurisprudenza amministrativa né da una considerevole parte della dottrina. Quanto alla giurisprudenza, oltre alle pronunce più risalenti già indicate nel primo capitolo, si segnala la più recente pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 8 gennaio 2003, n. 4, pubblicata in *Foro amministrativo*, CDS, 2003, p. 878 con nota di CIRILLO G. P., *L'annullamento dell'atto amministrativo e il giudizio sull'antigiuridicità ingiusta dell'illecito derivante dall'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa*, ma anche in *Urbanistica e appalti*, 2003, 7, p. 802, con nota di GALLO C.E.; *Corriere del merito*, 2008, 4, p. 519 con nota di MADDALENA P.; *Corriere giuridico*, 2004, 3, p. 339, con nota di VOLPE C.; *Studium juris*, 2003, p. 995 con nota di COEN L.; *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, 6, p. 567, con nota di TORCHIA L.; *Guida al diritto*, 2003, 14, p. 94, con nota di FORLENZA O.. Per la predetta pronuncia è annullabile (e non già nullo) l'atto dichiarativo di pubblica utilità che sia privo dei termini di durata massima degli espropri e dei lavori di cui all'articolo 13 della legge n. 2359 del 1865. Non può parlarsi in casi simili di carenza di potere in concreto dell'amministrazione, con la conseguenza che l'atto va impugnato nei termini, non potendosi invocare successivamente la disapplicazione del giudice amministrativo. Osserva, in particolare, il Consiglio di Stato che: “*una volta verificato che il potere è stato attribuito e che il provvedimento ne è espressione, ogni eventuale violazione di regole dell'ordinamento costituisce violazione di legge, la quale, come è noto, unitamente alla incompetenza relativa, costituisce un vizio di legittimità dell'atto autoritativo – e tale per antonomasia è il provvedimento ablatorio – che per sua natura incide su interessi legittimi*”. Sul tema si veda anche la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2002 che stabilisce che: “*Costituisce infatti un principio*

attributiva del potere o se vi è stata violazione di norme che individuano i presupposti per il riconoscimento del potere in capo all'amministrazione, si può avere un provvedimento nullo e totalmente improduttivo di effetti, mentre se si è in presenza di una violazione di norme che attengono all'esercizio del potere e che trovano nello svolgimento del procedimento amministrativo l'ambito della loro applicazione, si ha un provvedimento annullabile e produttivo di effetti fin tanto che esso non venga caducato dall'autorità giudiziaria (o dall'amministrazione stessa, nel caso di esercizio del potere in autotutela).

Per citare una risalente definizione<sup>275</sup>, allora, potrebbe dirsi che solo la violazione delle norme di relazione, ossia le norme che definiscono i confini dei poteri autoritativi dell'amministrazione, determina la nullità del provvedimento, mentre la violazione delle norme di azione, ossia le norme che regolano l'esercizio dei poteri autoritativi, ne determina la semplice annullabilità del provvedimento.

Detta impostazione, del resto, sotto il profilo giurisdizionale rimane perfettamente in linea con i principi espressi nella già citata giurisprudenza della Corte Costituzionale, per i quali solo le fattispecie legate all'attività provvedimentale autoritativa dell'amministrazione possono configurare la violazione d'interessi

---

*pacificamente accolto da questo Consiglio (e applicabile anche all'atto di approvazione del programma costruttivo) quello per cui è annullabile l'atto dichiarativo della pubblica utilità, quando esso eserciti il potere amministrativo senza fissare la durata massima del procedimento espropriativo, in violazione del medesimo art. 13 (Ad. Plen., 26 agosto 1991, n. 6; 25 febbraio 1975, n. 2; 8 ottobre 1965, n. 20; v. anche Sez. Un., 22 novembre 1996, n. 10327)".* In dottrina, tra coloro che hanno manifestato fermo dissenso nei confronti della carenza di potere in concreto, si segnalano: MAZZAROLLI L., *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Diritto processuale Amministrativo*, 1990, p. 245; NICOSIA F.M., *Interesse legittimo e tutela giurisdizionale*, Napoli, 1991, p.177; FRACCHIA F., *Violazione di giudicato e nullità del provvedimento*, in *Foro italiano*, III, 1993, 215; SCIULLO G., *Il comportamento dell'amministrazione nell'ottemperanza*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1997, p. 74; VILLATA R., *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Diritto processuale Amministrativo*, 1989, pp. 383 e ss.; *Id.*, *Orientamenti recenti della giurisprudenza in tema di giudizio di ottemperanza*, *ivi*, 1993, pp.195 e ss.; VIPIANA M. P., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990, pp. 388 e ss..

<sup>275</sup> Sul punto, per tutti, si veda il più volte citato GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*.

legittimi e, per questo, possono essere ricondotte alla cognizione del giudice amministrativo<sup>276</sup>.

---

<sup>276</sup> In tal senso è orientata la più recente giurisprudenza amministrativa. Nella pronuncia del Tar Campania, Napoli, 12 novembre 2007, n. 7553, in particolare, si legge che “*la tesi della <carezza di potere in concreto> è smentita, tra l'altro, dall'articolo 21- septies della legge n. 241 del 1990 (aggiunto dall'articolo 14 della legge n. 15 del 2005), che menziona, tra i casi (tassativi) di nullità dell'atto amministrativo, la sola ipotesi di difetto assoluto di attribuzione (Tar Campania, Napoli, sez. V, 17 febbraio 2006, n. 2137), dall'articolo 13, comma 3, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, di cui al D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, che ha reso facoltativa la previsione del termine del decreto di esproprio, il che vale a dimostrare, sul piano interpretativo, la debolezza della tesi pretoria della essenzialità dei termini, intesi come conformativi dello stesso potere ablatorio, nonché dalla stessa (più recente) giurisprudenza della Cassazione (Cass., ss.uu., 2688 del 2007, cit., 19 febbraio 2007, n. 3724), che ha (giustamente) affermato la giurisdizione amministrativa nel caso di successivo annullamento (ancorché retroattivo) della stessa dichiarazione di pubblica utilità dell'opera*”. Nella pronuncia del Tar Sicilia, Palermo, n. 904 del 2006, poi, in merito al vizio provvedimentale che affligge la dichiarazione di pubblica utilità priva del termine d'inizio e fine dei lavori, si afferma che: “*in giurisprudenza si è recentemente osservato che <È annullabile, e non nullo per carezza di potere, l'atto dichiarativo della pubblica utilità mancante della fissazione dei termini per l'inizio e l'ultimazione dei lavori prevista dall'art. 13 l. 25 giugno 1865 n. 2359> (Consiglio Stato, sez. V, 23 settembre 2005, n. 5013; nello stesso senso T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 28 aprile 2005, n. 5025: <La dichiarazione di pubblica utilità che non rechi l'indicazione dei termini di cui all'art. 13 l. n. 2359 del 1865 non è nulla e/o inesistente (con conseguente radicamento della cognizione dell'a.g.o.) ma semplicemente annullabile per violazione di legge a seguito di ricorso al g.a. Peraltro, tale principio pare essere stato recepito dal legislatore il quale, con l'art. 21 septies l. n. 241 del 1990, aggiunto dall'art. 14 l. n. 15 del 2005, nell'introdurre, per la prima volta in via generale, la categoria normativa della nullità del provvedimento amministrativo, ha ricondotto a tale radicale patologia solo il difetto assoluto di attribuzione, che evoca la c.d. <carezza in astratto del potere>, cioè la mancanza in astratto della norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento amministrativo, con ciò facendo implicitamente rientrare nell'area della annullabilità per violazione di legge la categoria della c.d. nullità per carezza di potere in concreto che le sezioni unite della S.C. avevano coniato proprio con riferimento ai procedimenti espropriativi nei quali la p.a. avesse omesso di fissare i termini di cui all'art. 13 l. n. 2359 del 1865.>). Rispetto a tale ultima affermazione, il collegio ritiene che la positivizzazione del regime della nullità amministrativa non comporti la espulsione dal sistema della figura della carezza di potere in concreto (ribadita dal T.A.R. Campania, Napoli, V sez., nella sentenza n. 2137 del 2006), né la sua attrazione nella sfera dell'annullabilità. Come più correttamente ritenuto dalla dottrina, la carezza di potere in concreto, in quanto connotata dalla presenza comunque di un tratto di autoritatività, pur determinando la permanenza in capo all'interessato di un diritto soggettivo (al pari della carezza di potere in astratto), a differenza di quest'ultima legittima tuttavia, sul piano della compatibilità costituzionale, la cognizione delle relative controversie da parte*

Riferendo quanto detto alla materia dell'espropriazione ed in particolare ai casi di occupazione acquisita o usurpativa (ai quali, s'è visto, è stata prevalentemente applicata la teoria della carenza di potere in concreto), può dirsi che ogni qual volta l'amministrazione eserciti la sua potestà ablatoria e violi una o più norme che disciplinano le modalità di svolgimento di detto esercizio, essa viola una posizione giuridica di interesse legittimo ed il suo operato deve essere oggetto di cognizione (ed eventualmente annullamento) del giudice amministrativo, secondo quanto disposto dall'articolo 53 del Decreto legislativo n. 325 del 2001. Diversamente, se l'agere dell'amministrazione non è riconducibile in alcun modo all'esercizio del potere autoritativo perché manca detto potere (sia nel caso in cui manchi la norma che lo preveda o non si realizzi il presupposto di fatto o di diritto necessario per poterlo esercitare o, ancora, nei casi d'incompetenza assoluta), allora si sarà in presenza di un provvedimento amministrativo nullo per difetto assoluto di attribuzione che, come si vedrà nei successivi paragrafi, non violando un interesse legittimo ma un diritto soggettivo, dovrà essere sottoposto alla cognizione del giudice ordinario<sup>277</sup>.

---

*del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva sui diritti, laddove il legislatore abbia disposto in tal senso. Conseguentemente, sempre in base al parallelismo operato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004, la cognizione in sede di giurisdizione esclusiva si estende all'esame della domanda risarcitoria connessa a quella di annullamento.*". Conforme, lo stesso T.A.R. Sicilia, Palermo, Sezione II, n.1414 del 22 maggio 2007. Sul punto si vedano anche: Consiglio di Stato, Sezione V, n. 4694 del 31 luglio 2006, in *Comuni d'Italia*, 2006, 10, p. 84; Consiglio di Stato, Sezione IV, n. 4858 del 21 agosto 2006, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 11, p. 1241; Tar Puglia, Bari, Sezione II, n. 2768 del 2006; Tar Campania, Napoli, Sezione V, n. 8474 del 3 ottobre 2006.

<sup>277</sup>Non così, invece, LAMORGESE A., *Nullità dell'atto amministrativo e giudice ordinario*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, 1, p. 67, che afferma: "si deve, quindi, ritenere che la carenza di potere, in tutte le sue sfaccettature, trovi dimora nella nullità ex art. 21 septies, anche nel senso che è causa di formale nullità del provvedimento. Poiché il provvedimento amministrativo costituisce la forma tipica di esercizio del potere, è l'art. 21 septies che impone al giudice di verificare, necessariamente in concreto, che il potere sussista in capo alla p.a., verificando, ad esempio, che quel provvedimento sia fornito degli elementi essenziali. Infatti è evidente che un provvedimento privo o gravemente carente di tali elementi ovvero adottato in violazione di norme di relazione imperative (es.: proibitive), non consente di riconoscere un pubblico potere nell'azione della p.a., nel qual caso il rapporto con il privato è (e deve essere considerato) paritario, con tutte le conseguenze che ne derivano. La p.a. in tanto può rivendicare una posizione di supremazia rispetto al privato in quanto il suo agire avvenga nel rispetto dei parametri che, secondo l'ordinamento, ne condizionano l'esistenza e la riconoscibilità come pubblico potere. Tra

## 5. Segue: le nullità testuali e strutturali.

Procedendo nell'esame dei singoli casi di nullità previsti dall'articolo 21 *septies*, può dirsi con il riferimento alle norme che per la loro violazione prevedono la nullità del provvedimento amministrativo che il legislatore ha inteso semplicemente sancire normativamente il principio giurisprudenziale, di cui s'è detto in precedenza, per il quale le nullità testuali (quelle cioè espressamente previste dalle norme per la loro violazione) sono vere e proprie nullità e non già casi di annullabilità aggravata<sup>278</sup>.

Diversamente, con la previsione della nullità strutturale per mancanza di uno degli elementi essenziali del provvedimento, che apparentemente richiama quella prevista dal Codice civile per il contratto, il legislatore ha ceduto alla tentazione di far conciliare le varie elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali affermatesi nel tempo ed è giunto a concepire una norma che si discosta notevolmente da quella civilistica, astenendosi dal fornire un'elencazione degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo.

Il risultato di detta operazione, tuttavia, non può definirsi propriamente riuscito: la norma, infatti, lascia irrisolto il problema<sup>279</sup> dell'individuazione di quali siano gli

---

*questi parametri sono oggi compresi anche gli elementi strutturali (essenziali) del provvedimento amministrativo. Un esempio è offerto dal decreto di espropriazione pronunciato sulla base di una dichiarazione di pubblica utilità di cui manchi il termine finale di efficacia o questo sia scaduto: è stato rilevato che qui "non si tratta di un problema di difetto di attribuzione, ma del fatto che manca l'oggetto in relazione al quale questo tipo di potere può essere esercitato, che non è il bene immobile in sé, ma questo in quanto in precedenza qualificato dalla sua destinazione ad opera di pubblica utilità. L'esercizio del potere di espropriazione sfocia in un atto nullo, perché lo è stato su un oggetto giuridicamente impossibile".*

<sup>278</sup> Tutti i casi di nullità del provvedimento indicati nel primo paragrafo, pertanto, qualora le norme che li prevedono siano ancora vigenti, devono essere considerati quali veri e propri casi di provvedimento nullo.

<sup>279</sup> In proposito, però, MAZZAROLLI L., *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2006, p. 557, ritiene diversamente che "la presenza di un elenco degli elementi essenziali porrebbe problemi non facili, quali quelli scaturenti dalla qualificazione del suo carattere: se dovesse cioè essere concepito come completo ed esaustivo o invece come meramente indicativo. Ma l'attribuirgli un carattere di assolutezza, comporterebbe il dover ammettere che la mancanza di uno degli elementi elencati — quale che fosse la sua natura e la sua sostanziale rilevanza — causerebbe sempre nullità e che solo una simile mancanza potrebbe essere ritenuta produttiva di un tale effetto (mentre, per contro, la mancanza di un qualsivoglia altro elemento non consentirebbe di configurare un'ipotesi di nullità): conseguenze tutte di non facile accettabilità. L'attribuirgli invece un carattere aperto significherebbe ritenere che con quell'elenco si fosse inteso bensì indicare delle carenze



elementi in mancanza dei quali si determina la nullità di un provvedimento, problema che si presenta tanto più complesso se si considera che i più autorevoli autori del diritto amministrativo nel recente passato non sono mai stati in grado di raggiungere un'identità di vedute in proposito<sup>280</sup>.

Peraltro, se pure con la previsione dell'articolo 21 *septies* si fosse voluto fare riferimento alle regole del Codice civile in materia di nullità<sup>281</sup>, sarebbero rimaste comunque non poche perplessità sulla natura del vizio che inficia il provvedimento amministrativo nel caso di mancanza di uno di quei requisiti propri del contratto previsti dal Codice civile.

Si pensi, ad esempio, alla volontà dell'amministrazione, la cui mancanza dovrebbe, secondo logica, determinare normalmente l'inesistenza del provvedimento e non già la nullità dello stesso<sup>282</sup>, ovvero alla forma la cui mancanza

---

*che, ove sussistenti, sarebbero causa di nullità, senza tuttavia escludere che anche altre carenze — non rientranti tra quelle elencate, ma ricavabili da altre norme — potessero medesimamente produrre nullità”.*

<sup>280</sup> Per citare alcuni dei più illustri Autori che si sono confrontati con il problema dell'individuazione degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo si può partire da GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, p. 674 e ss., per il quale tra gli elementi essenziali del provvedimento si possono annoverare solo l'oggetto, la volontà e, entro certi limiti, l'esternazione. Per SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, pp. 644 e ss., invece va fatta distinzione tra elementi essenziali, requisiti di validità e requisiti di validità del provvedimento e gli elementi essenziali sarebbero il soggetto, l'oggetto, la forma, il contenuto e le finalità del provvedimento. Per VIRGA P, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, Milano, 1987, pp. 39 e ss., invece, gli elementi essenziali sarebbero quelli propri del contratto, ossia il soggetto, la volontà, l'oggetto e la forma.

<sup>281</sup> In questo senso si veda la pronuncia del Consiglio di Stato, Sezione V, n. 2872 del 9 giugno 2008, pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 2009, nella quale pronuncia si legge: “*Il nuovo art. 21 septies della L. 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, ha codificato la categoria concettuale del provvedimento amministrativo nullo, definendone i caratteri sostanziali. Tale disposizione non ha, tuttavia, espressamente indicato la disciplina dell'azione di nullità, con particolare riguardo ai termini di decadenza o di prescrizione; ciò non impedisce di applicare, analogicamente, il nucleo essenziale delle norme contenute nel codice civile, riguardanti la nullità del contratto, nella parte in cui esse riflettono principi sistematici di portata più generale, ivi compresa la regola della imprescrittibilità*”.

<sup>282</sup> Si veda, nel senso della nullità, T.A.R. Liguria Genova, Sezione II, n. 169 del 7 febbraio 2007, dove si afferma che “*occorre rilevare come la sottoscrizione negli atti formali, quale è per definizione il verbale, integra non solo la documentazione della effettiva volontà dell'agente ma costituisce la stessa volontà dell'agente di guisa che la mancata sottoscrizione non involge solo un problema di imputazione*

può determinare l'annullabilità del provvedimento per violazione di legge o, addirittura, la mera irregolarità del provvedimento stesso<sup>283</sup>.

Ed ancora, la mancanza della causa che nel provvedimento amministrativo è per definizione il perseguimento del fine pubblico mediante l'esercizio di una potestà conferita all'amministrazione dalla legge, non provoca la nullità del provvedimento bensì l'annullabilità per eccesso di potere, ossia il più tradizionale vizio afflittivo del provvedimento amministrativo.

Differente, invece, è il caso della mancanza o dell'impossibilità dell'oggetto del provvedimento, fattispecie per le quali la giurisprudenza ha effettivamente e frequentemente riconosciuto la nullità del provvedimento<sup>284</sup>.

---

*ma, altresì, di esistenza di una volontà dell'agente o del funzionario di assumere un determinato atto. In assenza di sottoscrizione non esiste la volontà certificativa. Ne consegue che l'assenza di sottoscrizione o direttamente o in quanto univoco indizio di assenza della volontà dell'atto costituisce elemento essenziali dell'atto e del provvedimento amministrativo. Ne consegue la nullità dell'atto.".* Si veda, anche, Consiglio di Stato, n. 890 del 4 marzo 2008, pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 2009, 5, p. 1264, con nota di ALESIANI L., *La codificazione della nullità dell'atto amministrativo: alcune aporie sistematiche*, nella quale pronuncia si afferma che *"la nullità di un atto amministrativo può derivare dalla mancanza di un elemento essenziale quale la volontà, nel caso in cui questa si sia formata in modo non libero e spontaneo ma in ambiente collusivo penalmente rilevante, facendo così venir meno la stessa imputabilità dell'atto alla pubblica amministrazione per interruzione del relativo rapporto organico"*. Il T.A.R. Campania, Napoli, Sezione VII, n. 8934 del 2007, ha però affermato che il difetto di sottoscrizione non costituisce causa invalidante di un atto amministrativo, qualora esso presenti nel suo complesso elementi idonei all'individuazione del soggetto da cui proviene.

<sup>283</sup> Irregolarità che va oggi vagliata alla luce del disposto dell'articolo 21 *octies*, che prevede l'irrelevanza dei vizi meramente formali del provvedimento amministrativo. Sul tema si veda GALLETTA D.U., *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003. In giurisprudenza, da ultimo, Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 94 del 2008, nella quale si afferma chiaramente che, in applicazione del principio di dequotazione dei vizi formali del procedimento amministrativo non incidenti sul contenuto sostanziale del provvedimento espresso dall'articolo 21 *septies*, si deve escludere che la violazione di una regola procedimentale, quale l'avviso di inizio del procedimento, possa assurgere a vizio di annullamento dell'atto di autorizzazione.

<sup>284</sup> Si fa riferimento alle pronunce: T.A.R. Puglia, Lecce, Sezione III, n. 461 del 2005, che ha ritenuto nullo il provvedimento di accoglimento di una istanza di sanatoria di un immobile inesistente; Consiglio di Stato, Sezione V, n. 4694 del 2006, pubblicata in *Comuni d'Italia*, 10, p. 84, che ha dichiarato nullo un provvedimento di nomina di un segretario comunale emesso dal Presidente della Provincia, decorsi i centoventi giorni dall'elezione di quest'ultimo ed in presenza di altro segretario nominato dall'Agenzia, per l'impossibilità giuridica della coesistenza di due segretari in un solo comune; T.A.R. Puglia, Bari,

Ma v'è di più, l'ampiezza della norma sulla nullità strutturale e l'incertezza su quali siano gli elementi essenziali potrebbe portare ad estreme conseguenze quali quella di considerare nullo il provvedimento mancante completamente della motivazione, con tutte le conseguenze che detta variazione comporta in termini di tempi, modalità e legittimazione ad agire in giudizio<sup>285</sup>.

Può dirsi, allora, che se da un lato la mancata individuazione degli elementi essenziali del provvedimento da parte del legislatore può essere interpretata come conseguenza della difficoltà di fissare una regola generale e dettagliata che individui

---

Sezione III, 19 ottobre 2006, n.3740, che ha ritenuto che quando un atto amministrativo abbia ad oggetto un altro atto amministrativo in precedenza annullato da una sentenza del giudice amministrativo, esso deve ritenersi nullo per mancanza di un elemento essenziale. Lo stesso T.A.R. Puglia, Lecce, Sezione I, 7 febbraio 2008, n. 372, ha però precisato che la nullità del provvedimento amministrativo non possa essere pronunciata nelle ipotesi nelle quali il contenuto dispositivo dell'atto (ovvero, più in generale il suo oggetto) sia quantomeno determinabile in base al complesso tenore dello stesso.

<sup>285</sup> In tal senso si reputa interessante richiamare quanto affermato da D'ANGELO L., *Difetto di motivazione ed interferenze tra regole di validità del provvedimento amministrativo*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), il quale giunge ad affermare l'essenzialità della motivazione del provvedimento. L'Autore evidenzia che non appare dubitabile che la motivazione sia un elemento del provvedimento amministrativo (sul punto può essere citato l'articolo 3 della Legge n. 241 del 1990 che sancisce che "Ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato" salvo le eccezioni previste) e, tuttavia, rileva che la disposizione da ultimo citata nulla precisa in merito alla essenzialità della motivazione, così come nessuna ulteriore disposizione ordinamentale indica quali siano gli elementi costitutivi del provvedimento amministrativo. L'Autore evidenzia, altresì, che è proprio sulla essenzialità o meno di un elemento del provvedimento che si decide quale regola di validità trovi applicazione per l'ipotesi di *deficit* dell'elemento medesimo: così l'operatività della nullità provvedimentoale sarà subordinata ad una qualificazione in termini di essenzialità dell'elemento dell'atto, diversamente, invece, qualora si addivenga ad una qualificazione di "non essenzialità" dell'elemento, eventuali difetti dello stesso renderanno operative le regole sui vizi di legittimità. Ebbene, come si diceva, dopo avere distinto tra motivazione-testo e motivazione-contenuto, l'Autore giunge a qualificare quest'ultima quale elemento essenziale del provvedimento, in considerazione oltre che dell'evoluzione sottesa all'emergere del concetto stesso di motivazione, dello stesso dato positivo ed in particolare dell'articolo 1 della Legge n. 241 del 1990 che attribuisce ai criteri di pubblicità e trasparenza dell'attività amministrativa il crisma di principi generali dell'*agere* pubblicistico. E' indubitabile, prosegue D'ANGELO, che detti principi trovino un momento di attuazione proprio mediante l'esternazione dei presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato - in relazione alle risultanze dell'istruttoria - la decisione dell'amministrazione. Se pertanto si riconduce l'istituto della motivazione ad uno strumento attuativo dei suddetti principi generali dell'azione amministrativa, conclude l'Autore, il carattere essenziale dell'istituto risulta essere in *re ipsa* e la sua mancanza o la sua assoluta deficitarietà risultano causa di nullità del provvedimento.

gli elementi essenziali per tutti i tipi di provvedimenti amministrativi, dall'altro si può sperare che la formazione di un diritto pretorio in materia consenta d'individuare detti elementi, quantomeno per singoli ambiti applicativi.

## **6. Segue: la nullità per difetto assoluto di attribuzione.**

Altro punto oscuro della norma in esame è costituito dalla previsione della nullità per i provvedimenti viziati da difetto assoluto di attribuzione: anche in questo caso, infatti, il legislatore ha individuato un caso di nullità del provvedimento senza dare una precisa indicazione su quali siano i confini dello stesso.

Il concetto di difetto assoluto di attribuzione fa certamente tornare alla mente sia il concetto di carenza assoluta di potere introdotto dalla Corte di Cassazione nel 1949, sia l'incompetenza assoluta, ossia il caso in cui l'organo che adotta il provvedimento è talmente estraneo rispetto a quello cui la legge avrebbe attribuito il potere *“da far apparire assolutamente non riferibile l'atto stesso all'amministrazione cui dovrebbe essere imputato”*<sup>286</sup>

Qualche autore ha dato per scontato che parlando di difetto assoluto di attribuzione si sia inteso fare riferimento soltanto all'incompetenza assoluta<sup>287</sup>. Qualche altro, invece, ha ritenuto che il difetto di potere in senso assoluto e l'incompetenza assoluta possano essere considerate espressioni sinonimiche e, quindi, tutte parimenti possibili cause di nullità del provvedimento amministrativo<sup>288</sup>.

Si ritiene che, pur dovendo teoricamente mantenere distinti i casi del difetto assoluto di potere da quelli d'incompetenza assoluta (questi ultimi risultati comunemente casi degni più della manualistica giuridica che della cronaca

---

<sup>286</sup> Così Consiglio di Stato, Sezione IV, 19 ottobre 1994, n. 812, in *Foro amministrativo*, 1994, f.10.

<sup>287</sup> Per l'equivalenza difetto assoluto di attribuzione - carenza assoluta di potere, si veda SUSCA A., *op. cit.*, p. 95. SPASIANO M.R., *Art. 21 septies, Nullità del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione, saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, p. 566, invece, riporta il difetto assoluto di attribuzione alla carenza di potere in concreto.

<sup>288</sup> Così: CERULLI IRELLI V., *op. ult. cit.*; PAOLANTONIO N., nota a Cassazione Civile, Sezioni Unite, 28 febbraio 2007, n. 4630, in *Foro amministrativo*, *TAR*, 2007, F.4, pp. 1143 e ss., nonché SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2002.

giudiziaria<sup>289</sup>), debbano oggi ascrivere alla categoria del difetto assoluto di attribuzione entrambe le categorie d'invalidità<sup>290</sup>, in quanto espressioni di carenza del potere in capo all'amministrazione agente, differenziate soltanto dal fatto che nella carenza assoluta il potere non è mai esistito in capo ad alcuna amministrazione, mentre nell'incompetenza assoluta il potere non è mai esistito in capo al plesso dell'amministrazione che ha emanato il provvedimento.

Volendo, poi, fornire un'interpretazione che attribuisca un significato concreto ad una norma che altrimenti rischierebbe di avere margini applicativi eccessivamente limitati<sup>291</sup>, si ritiene che ricadano nel difetto assoluto di attribuzione anche tutti quei casi nei quali seppur la legge astrattamente attribuisce il potere all'amministrazione essa se ne fregia e ne fa uso senza che ne sussistano i presupposti di fatto o di diritto.

Si fa riferimento a casi nei quali v'è una completa differenza tra la fattispecie astratta prevista dalla norma attributiva del potere e la fattispecie concreta nella quale l'amministrazione pretende di fregiarsi ed esercitare detto potere.

---

<sup>289</sup> In questo senso, GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, op. cit.; ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo Principi generali*, II edizione, Padova, 1932; VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, III edizione, Milano, 1968; ZANOBINI V., *Corso di diritto amministrativo, I principi generali*, V edizione, Milano, 1947.

<sup>290</sup> Così, in giurisprudenza, la più volte richiamata pronuncia del T.A.R. Puglia, Bari, Sezione III, 26 ottobre 2005, n. 4581, ma anche: T.A.R. Lazio, Roma, Sezione III, 29 agosto 2007, n. 8224, che nell'annullare un provvedimento per incompetenza relativa dell'organo emanante, ha tenuto a distinguere tra la previsione dell'incompetenza relativa dell'articolo 21 *octies* che determina l'annullabilità del provvedimento e quella dell'incompetenza assoluta, disciplinata dall'art. 21 *septies*; T.A.R. Molise, Sezione I, 29 agosto 2007, n. 656, che parla di nullità in riferimento al decreto "*con cui il Presidente della Giunta regionale ha nominato un commissario ad acta per il rilascio di un permesso a costruire, [...] poichè il potere di rilasciare il permesso di costruire, fuori dai casi dove ricorrano i presupposti di cui al T.U. sull'edilizia, compete solamente al comune*".

<sup>291</sup> Va rilevato, peraltro, che sarebbe stato utile se il legislatore avesse chiarito se il vizio di difetto assoluto di attribuzione investe anche i rapporti di competenze esistenti tra Stato e Regioni e tra Regioni ed Enti Locali. Mentre nel primo caso, trattandosi di conflitto di competenza espressamente attribuito dalla Costituzione al giudizio della Corte costituzionale, sembra scontata la risposta affermativa, ci si chiede se in ordine ad un atto di competenza regionale adottato da un organo comunale il giudice adito debba dichiarare la nullità del provvedimento per difetto di attribuzione o, diversamente, debba annullare il provvedimento per incompetenza relativa (soluzione quest'ultima adottata dal Consiglio di Stato, Sezione V, 10 febbraio 1998, n. 151, in *Foro amministrativo*, 1988, p. 468).

Per meglio intenderci ci si può rifare all'esempio già menzionato della procedura espropriativa emessa in carenza di dichiarazione di pubblica utilità (sia che essa sia mancata, sia che sia stata dichiarata nulla o annullata): se è vero, infatti, che la legge attribuisce astrattamente all'amministrazione il potere di privare il cittadino della proprietà privata, è anche vero che ciò deve avvenire in presenza di una dichiarazione di pubblica utilità. Se essa manca o viene annullata o dichiarata nulla e l'amministrazione si appropria ugualmente del fondo del privato, allora viene a mancare il presupposto dell'esercizio del potere e, quindi, il potere stesso.

Diversamente, va ribadito, qualora vi sia stata violazione di norme che disciplinano non già l'attribuzione del potere all'amministrazione bensì le modalità in cui esso deve essere esercitato (si pensi al caso di dichiarazione di pubblica utilità valida ed efficace non seguita da formale provvedimento d'occupazione, oppure seguita da formale provvedimento d'occupazione dichiarato nullo dal giudice amministrativo, o ancora seguita da formale provvedimento d'occupazione illegittimo ed annullato dal giudice amministrativo), allora non si rientra più nella previsione dell'articolo 21 *septies* bensì in quella dell'articolo 21 *octies* e, conseguentemente, il provvedimento amministrativo è invalido per violazione di legge e, come tale, annullabile dal giudice amministrativo.

## **7. Segue: la nullità per violazione o elusione del giudicato.**

Volgendo ora la nostra attenzione all'ultima ipotesi di nullità espressamente contemplata dalla Legge, ossia quella del provvedimento violativo o elusivo del giudicato<sup>292</sup>, rileviamo che con essa il legislatore ha inteso porre fine ad una annosa

---

<sup>292</sup> Giova da subito precisare che v'è dubbio se la nullità sia riconnessa ai soli provvedimenti adottati in violazione o elusione del giudicato e non anche di altre pronunzie giurisprudenziali, non assistite dal carattere della definitività. Sfavorevole all'estendibilità è la pronuncia del T.A.R. Liguria, Genova, Sezione II, 2 febbraio 2007, n. 158, in cui è dato leggere che "*l'art. 21 septies, l. 7 agosto 1990 n. 241 non vale a disciplinare le ipotesi in cui il provvedimento contrasta con l'intrinseca provvisorietà delle misure cautelari, che possono essere modificate o revocate, non consente di attribuire alle stesse la definitività nella regolazione del rapporto propria delle sentenze passate in giudicato*". Il T.A.R. ligure pone, dunque, l'accento sull'elemento della *definitività* come capace di connotare intrinsecamente la nozione di *res judicata*: una statuizione cautelare, ontologicamente provvisoria e strumentale, non possiederebbe l'attitudine a regolare in via definitiva l'assetto di interessi coinvolto nella decisione, non potendosi riconoscere alla stessa quella irreversibilità e quella immodificabilità che tipicamente

---

connotano una sentenza divenuta inoppugnabile. La nozione di giudicato, ai fini dell'applicabilità dell'articolo 21 *septies* sarebbe, pertanto, necessariamente da intendersi in senso tradizionale, come riferita alle esclusive ipotesi in cui il giudice abbia emanato una sentenza non più impugnabile, qualificata come tale dall'elemento della definitività, e non invece alle ipotesi in cui il giudice abbia emanato una misura cautelare non più impugnabile, connotata da un'intrinseca provvisorietà, in quanto modificabile o revocabile. Se il pregio della pronuncia del tribunale ligure, allora, risiede nell'aver opportunamente posto in rilievo l'intrinseca provvisorietà che caratterizza una decisione cautelare, a fronte della definitività “nella regolazione del rapporto propria della sentenza passata in cosa giudicata”, tale orientamento non manca di suscitare perplessità: infatti, pur non potendosi negare come la decisione cautelare sia intrinsecamente inidonea a regolamentare in via definitiva l'assetto di interessi coinvolto, non godendo la stessa della irreversibilità e della stabilità che connotano una sentenza divenuta inoppugnabile, non può tacersi che, nel caso in cui l'assetto fattuale consolidato nella statuizione cautelare non impugnabile, pur provvisorio, venisse stravolto da una contrastante decisione amministrativa, la stessa *ratio* della tutela cautelare, ovvero la sua strumentalità, verrebbe inevitabilmente compromessa. Del resto la tutela cautelare, lo si è già detto, è tale in quanto mirante non già ad attuare definitivamente il diritto in forma giurisdizionale, bensì in quanto volta ad assicurare l'efficace soluzione della controversia, impedendo che il tempo destinato allo svolgimento del giudizio pregiudichi l'integrale soddisfazione della pretesa azionata. Detta funzione, nella quale si esprime il connotato della *strumentalità*, allora risulterebbe inevitabilmente vanificata qualora fosse possibile per l'amministrazione senza gravi conseguenze “violare” o “eludere” il precetto cautelare. A suffragare tale tipo di lettura critica rispetto alla descritta interpretazione dell'articolo. 21 *septies* è intervenuta la Sezione VI del Consiglio di Stato che, con la sentenza n. 2950 del 2007, ha realizzato una chiara inversione di tendenza rispetto alla posizione assunta dal T.A.R. ligure. La pronuncia *de qua*, avente ad oggetto una fattispecie relativa ad un procedimento di gara mediante pubblico incanto nel quale la p.a. aveva emanato un provvedimento di aggiudicazione definitiva nonostante il Collegio avesse già accordato una misura cautelare volta a sospendere l'aggiudicazione provvisoria e tendente così ad inibire la futura aggiudicazione definitiva, il Supremo Collegio ha affermato che “*l'intervento del provvedimento di aggiudicazione definitiva in costanza di una misura cautelare che tale approdo amministrativo precludeva, configura un'ipotesi paradigmatica di carenza di potere sanzionata con la nullità ai sensi della regola juris sottesa al disposto dell'art. 21 septies, comma 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241*”. È interessante rilevare, invero, come, in detta pronuncia il Consiglio di Stato si proponga di andare oltre le perplessità dottrinali e giurisprudenziali in ordine alla possibilità che un provvedimento amministrativo possa essere dichiarato nullo per contrasto con una statuizione cautelare inoppugnabile: rinviando alla generale fattispecie della carenza di potere, lo stesso sembra piuttosto voler assicurare coerenza sistematica alla generica ipotesi di inosservanza da parte dell'amministrazione di un precetto giurisdizionale, quale che sia la natura, cautelare o di annullamento, dello stesso. A considerazioni affini, in ordine alle conseguenze sanzionatorie conseguenti all'inosservanza da parte della p.a. di un precetto cautelare inoppugnabile, perviene anche la pronuncia n. 4136 del 2007 della Sezione V dello stesso Consiglio di Stato nella quale si afferma che un provvedimento amministrativo emesso in contrasto con una statuizione cautelare inoppugnabile debba essere dichiarato nullo, e non meramente annullabile, in quanto anche il c.d. giudicato cautelare, al pari

*querelle* sviluppatasi in dottrina e giurisprudenza in merito al giudizio d'ottemperanza. La giurisprudenza amministrativa più risalente, infatti, ammetteva il ricorso all'ottemperanza nei soli casi di mancata esecuzione del giudicato<sup>293</sup>.

Con la pronuncia n. 4 del 1961<sup>294</sup>, però, il Consiglio di Stato aveva sostenuto che si dovesse distinguere tra provvedimento “*formalmente e sostanzialmente diretto a dare esecuzione al giudicato*” e provvedimento che “*ignora e palesemente trascura il sostanziale contenuto del giudicato [...] e manifesta il reale intendimento dell'amministrazione di sottrarsi al giudicato*”. Nel primo caso, si sarebbe avuto un provvedimento in violazione del giudicato, avverso il quale l'interessato avrebbe potuto proporre ricorso di legittimità nel termine di decadenza previsto per ottenere l'annullamento. Nel secondo caso, invece, la condotta dell'amministrazione avrebbe costituito un inadempimento ed il provvedimento sarebbe stato nullo, perché

---

del giudicato tradizionale, sarebbe dotato di un certo grado di *stabilità processuale*, intesa come impossibilità per la decisione cautelare di essere oggetto di impugnazione. Infatti, per quanto un provvedimento cautelare non più impugnabile non goda dell'elemento della definitività e della irreversibilità che tipicamente connotano una sentenza inoppugnabile, l'impossibilità per lo stesso di essere soggetta ad impugnazione conferirebbe al cd. giudicato cautelare un grado di stabilità tale da consentire l'esercizio dell'azione di nullità ai sensi dell'art. 21-*septies*. Anche una statuizione cautelare, al pari di una sentenza passata in giudicato, conterrebbe peraltro, come si legge nella sentenza, un “*comando giurisdizionale*”, ossia un contenuto decisorio tale da imporsi inderogabilmente alle amministrazioni destinatarie e tale da non consentire loro di porsi in contrasto, senza gravi conseguenze, con quanto stabilito in sede cautelare. La nozione di giudicato *ex* articolo 21 *septies* sarebbe, dunque, da intendersi in senso ampio, come riferita non soltanto alle sentenze inoppugnabili, bensì come comprensiva anche dei provvedimenti cautelari non più suscettibili di gravame: il giudice dovrebbe pertanto dichiarare la nullità non solo di provvedimenti amministrativi che si pongano in elusione o violazione del giudicato inteso in senso tradizionale ai sensi dell'art. 324 C.p.c., ma anche di decisioni amministrative che si pongano in contrasto con quel particolare tipo di giudicato costituito da statuizioni cautelari non più impugnabili. In linea con il predetto orientamento del Consiglio di Stato, si segnala per l'originalità delle argomentazioni addotte in motivazione l'illuminante sentenza del T.A.R. Sicilia, Palermo, Sezione II, n. 200 del 2008.

<sup>293</sup> In tal senso, Consiglio di Stato, Sezione IV, n. 363 de 1960, in *Foro amministrativo*, 1960, I, p. 453, con nota di CANNADA BARTOLI E.; Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 407 del 1971, in *Foro amministrativo*, 1971, I, 2, p. 515; Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 28 del 1975, in *Foro amministrativo*, 1975, I, 2, p. 211; Consiglio di Stato, Sezione IV, 6 febbraio 1981, n. 27, in *Foro amministrativo*, 1981, p. 246, con nota di PIGA F..

<sup>294</sup> Ma, ancor prima in dottrina, CANNADA BARTOLI E., *In margine all'efficacia dell'art. 27 n. 4 del t.u. sul Consiglio di Stato*, in *Foro amministrativo*, 1960, I, p. 453.



emanato in carenza di potere in concreto. In ipotesi di tal sorta, allora, si sarebbe potuto esperire direttamente il ricorso per l'ottemperanza<sup>295</sup>.

Detta enucleazione dell'elusione quale fattispecie distinta della violazione spianò la strada all'utilizzazione del giudizio di ottemperanza in tutti i casi nei quali l'amministrazione, pur non restando inerte, non aveva di fatto dato esecuzione al giudicato e, quindi, in tutti i casi nei quali il provvedimento adottato era "macroscopicamente o palesemente elusivo del giudicato"<sup>296</sup>.

Ciò comportò un certo ampliamento della possibilità di esperire l'ottemperanza nelle ipotesi di esecuzione parziale o inesatta, mentre nei confronti dei provvedimenti di violazione del giudicato restò ferma la necessità di proporre il giudizio di legittimità.

La distinzione in concreto tra i casi di violazione e quelli di esecuzione del giudicato, però, rimase assai complessa tanto che nella decisione n. 6 del 19 marzo 1984, l'Adunanza Plenaria<sup>297</sup> affermò che "in generale gli atti emanati

---

<sup>295</sup> Questa soluzione sollevava, tuttavia, un altro problema: non si sapeva, infatti, entro quale termine l'interessato potesse ricorrere per l'ottemperanza, facendo valere la nullità del provvedimento. Secondo un primo orientamento, sarebbero valse le regole di diritto comune, per cui l'azione sarebbe stata imprescrittibile (così l'Adunanza Plenaria, 4 febbraio 1984, n. 6, in *Foro italiano*, 1984, III, p. 331, secondo cui l'azione di nullità sarebbe svincolata dai termini decadenziali). Secondo un altro e più recente orientamento, la rilevazione del provvedimento nullo sarebbe stata sottoposta al termine decadenziale previsto per l'ottemperanza (Consiglio di Stato, Sezione VI, 4 febbraio 1992, n. 59, in *Diritto processuale amministrativo*, 1993, p. 181, secondo cui "il termine per avviare una tale azione è in virtù dell'articolo 90 del Regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, quello proprio dell'azione di giudicato, cioè, secondo una norma di diritto comune – articolo 2953 C.c. – quello prescrizione di dieci anni"). In dottrina, SCIULLO G., *Il comportamento dell'amministrazione nell'ottemperanza*, in *Diritto processuale civile*, 1997, p. 64 ss., e VILLATA R., *Orientamenti recenti della giurisprudenza in tema di giudizio di ottemperanza*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1993, pp. 191 e ss., i quali riprendono la tesi di SANDULLI A.M., *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in *Atti del Convegno celebrativo del centocinquantesimo anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, pp. 367 e ss..

<sup>296</sup> Consiglio di Stato, Sezione IV, n. 170 del 1979; Sezione VI, n. 320 del 1979.

<sup>297</sup> La pronuncia, pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 1985, III, 1, p. 26, riguardava le sorti di un giudicato che aveva riconosciuto un punteggio preciso al partecipante di un concorso, giudicato che l'amministrazione, in sede di rinnovazione della procedura, aveva disatteso avendo riesaminato i titoli e attribuito un punteggio inferiore. In senso analogo alla pronuncia in questione si vedano Consiglio di Stato, Sezione VI, 28 agosto 1984, n. 664, in *Giurisprudenza italiana*, 1985, III, p. 276; *Id.*, Sezione VI,

dall'amministrazione, dopo l'annullamento in sede giurisdizionale, sono soggetti all'ordinario regime d'impugnazione anche quando si discostino dai criteri indicati nella sentenza, giacché in tale evenienza sarebbe pur sempre configurabile un vizio di legittimità del nuovo provvedimento, da far valere nei modi, nei termini e con le garanzie proprie del ricorso ordinario”, mentre qualora vi sia una sentenza che fissa puntualmente i contenuti del provvedimento senza lasciare spazio alla discrezionalità dell'amministrazione, eventuali provvedimenti difformi risulterebbero emessi in carenza di potere e potrebbero essere dichiarati nulli in sede di giudizio d'ottemperanza<sup>298</sup>.

Con la pronuncia in parola, allora, il Consiglio di Stato provò a risolvere la questione della dicotomia tra violazione ed elusione del giudicato secondo il criterio del contenuto dell'atto emanato dall'amministrazione: alla discrezionalità del potere nell'ottemperare sarebbe dovuta corrispondere l'illegittimità dell'atto, impugnabile con i mezzi ordinari; al vincolo nell'esercizio del potere sarebbe, invece, dovuto corrispondere l'inadempimento del giudicato, impugnabile con il ricorso per ottemperanza.

Il percorso evolutivo della problematica, tuttavia, non era concluso: recependo le critiche formulate dalla dottrina alla distinzione tra violazione ed elusione<sup>299</sup>, infatti,

---

4 febbraio 1986, n. 78, in *Foro amministrativo*, 1986, p. 144; *Id.*, Sezione IV, 25 ottobre 1989, n. 645, in *Giurisprudenza italiana*, 1990, III, p. 198; *Id.*, Sezione IV, 4 aprile 1991, n. 232, in *Consiglio di Stato*, 1991, p. 580; *Id.*, Sezione V, 29 ottobre 1991, n. 1286, in *Consiglio di Stato*, 1991, p. 1501; *Id.*, Sezione IV, 20 marzo 1992, n. 304, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, III, p. 766; *Id.*, Sezione IV, 28 dicembre 1994, n. 1091, in *Consiglio di Stato*, 1994, p. 1722; *Id.*, Sezione V, 11 ottobre 1989, n. 1329; *Id.*, Sezione IV, 14 febbraio 2000, n. 757 del 2000.

<sup>298</sup> La dottrina non accolse con favore detta pronuncia. Contrario a parlare di “nullità per carenza di potere (a meno di manipolare tale concetto sino a snaturarlo)” fu, tra gli altri, MAZZAROLLI L., *Il giudizio di ottemperanza oggi, risultati concreti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1990, pp. 226 e ss..

<sup>299</sup> VILLATA R., *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza e attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1989, p. 385; *ID.*, *Orientamenti recenti della giurisprudenza in tema di giudizio di ottemperanza*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1993, pp. 195 e ss.. Per una rassegna esaustiva delle varie posizioni dottrinali, si rinvia a VERRIENTI L., *Sub art. 17 T.U. Cons. Stato*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001, pp. 423 e ss..

la giurisprudenza<sup>300</sup> provò a superare la predetta dicotomia attraendo nell'ambito del giudizio d'ottemperanza tutta l'azione amministrativa successiva al giudicato e collegata all'episodio della vita sul quale era intervenuta la pronuncia del giudice<sup>301</sup>. A tal fine si utilizzò la teoria del *petitum* sostanziale per individuare l'azione percorribile da parte del ricorrente: se il vizio dedotto fosse attenuto alla difformità dalla legge sostanziale, la via giurisdizionale da seguire sarebbe stata quella dell'azione ordinaria; se, invece, il vizio dedotto fosse attenuto alla difformità dal giudicato, la via giurisdizionale da seguire sarebbe stata quella dell'ottemperanza.

I sostenitori della teoria tradizionale non desistettero e continuarono a ritenere che gli atti successivi al giudicato e motivati comunque in maniera differente rispetto a quello annullato dal giudice di prime cure, anche se volti a mascherare quanto al contenuto il medesimo provvedimento, dovevano essere impugnati in un ordinario giudizio di legittimità, in quanto atti comunque annullabili e non radicalmente nulli.

Per mettere fine a questa tormentata controversia teorica, avente rilevanti ricadute pratiche (a seconda della impostazione del problema, il privato avrebbe dovuto iniziare un nuovo giudizio di legittimità piuttosto che agire semplicemente per

---

<sup>300</sup> Il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia, nella pronuncia n. 406 del 29 ottobre 1994, partì dal presupposto che in sede di esecuzione di una sentenza del giudice amministrativo è possibile, da parte del giudice investito del ricorso per l'ottemperanza, esercitare cumulativamente, ove ne ricorrano i presupposti, sia i poteri sostitutivi attribuitigli in sede di ottemperanza, sia i poteri cassatori e ordinatori che gli competono in sede di giurisdizione generale di legittimità, mediante l'integrazione dell'originario disposto della sentenza con statuizioni che ne costituiscono non mera esecuzione, ma attuazione in senso stretto, dando così luogo al noto fenomeno del giudicato a formazione progressiva. La posizione fu ripresa dal Consiglio di Stato, Sez. V, 11 febbraio 1999, n. 134, secondo il quale *“il giudicato, pur mancando di vincolatività per gli aspetti diversi da quelli toccati dalla sentenza, non può restare senza influenza anche per i primi: con l'effetto che, in linea di principio, gli atti posti in essere dall'amministrazione in sede di adempimento dell'obbligo di conformarsi al giudicato hanno come punto di riferimento primario proprio le statuizioni del giudicato. Sicchè la verifica di quella conformità spetterebbe, almeno in via di massima, al giudice dell'ottemperanza, il quale deve ormai verificare se il preteso atto attuativo si discosti dal diritto. Se così fosse, si aggiunge, l'amministrazione potrebbe reiterare numerose volte i provvedimenti negativi, denegando per un tempo ingiustificabile l'applicazione della legge nei confronti di chi abbia osato sfidarla in giudizio”*. Tali conseguenze erano ricondotte sia al caso del contrasto totale dell'atto amministrativo col giudicato di annullamento sia al caso in cui l'atto se ne discostasse parzialmente, essendo sorretto anche da ragioni diverse da quelle per le quali il giudice aveva accolto il ricorso.

<sup>301</sup> Così NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, pp. 414 e ss..

l'ottemperanza), il legislatore del 2005 ha deciso di parificare il regime giuridico del provvedimento emesso in violazione del giudicato a quello emesso in elusione del giudicato (fattispecie che pure rimangono concettualmente distinte, proprio in ragione del riconoscimento fornito dalla norma) ed ha previsto per entrambi la nullità.

A parere di chi scrive, detta scelta si giustifica con il fatto che, malgrado il provvedimento amministrativo violativo o elusivo del giudicato sia completo e dotato di potenziale imperatività, esso regola una fattispecie sulla quale v'è già stata la pronuncia di un altro potere dello Stato, quello giurisdizionale. Pertanto, qualora il provvedimento si discosti anche solo parzialmente dalla pronuncia del giudice, esso finisce per violare uno dei principi fondamentali dell'ordinamento, ossia quello di divisione dei poteri.

Il legislatore, allora, ha previsto la nullità del provvedimento amministrativo violativo o elusivo del giudicato affinché esso risulti totalmente improduttivo di effetti che possano contrastare il precetto giurisdizionale intollerante di qualsivoglia invasione di campo o sovrapposizione di poteri.

Ciò, inoltre, spiega perché il legislatore abbia previsto un espresso caso di nullità per il provvedimento amministrativo contrastante con il precetto giurisdizionale e non abbia lasciato che esso rientri nella previsione della nullità per difetto assoluto di attribuzione: quest'ultima causa di nullità, infatti, lo si è già detto, individua il caso dell'assenza del potere in capo all'amministrazione procedente, sia che essa sia determinata dalla mancanza di una norma che preveda il potere, sia che essa sia determinata dall'attribuzione del potere ad un'amministrazione totalmente diversa da quella che sta agendo. Nel caso della violazione o elusione del giudicato, invece, l'amministrazione procedente il potere non solo ce l'ha ma non potrebbe non averlo, proprio perché essa per legge è tenuta a dare esecuzione alla pronuncia giudiziale che le è destinata.

**8. La giurisdizione nei casi di nullità del provvedimento amministrativo: l'esercizio del potere autoritativo da parte dell'amministrazione fonda la giurisdizione del giudice amministrativo anche nei casi di nullità del provvedimento.**

Esaminati i singoli casi di nullità del provvedimento amministrativo previsti dal legislatore del 2005, possiamo ora passare a valutare quali effetti l'introduzione dell'articolo 21 *septies* ha prodotto sul sistema riparto di giurisdizione.

Va preliminarmente evidenziato come l'articolo 21 *septies* non fornisce alcuna indicazione in merito agli aspetti legati alla giurisdizione, ad eccezione che per la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per il caso di nullità derivante da violazione o elusione del giudicato.

Occorre, allora, esaminare il problema alla luce di quanto riportato nei primi due capitoli ed attraverso un procedimento d'interpretazione sistematica che, nel rispetto dei principi costituzionali sottesi al riparto di giurisdizione, ci consenta d'individuare quale giudice è competente a conoscere dei provvedimenti amministrativi nulli e come ciò incida sul funzionamento del predetto sistema di riparto.

Procedendo con ordine, allora, va detto che parte di dottrina e giurisprudenza<sup>302</sup>, sono rimaste ancorate ai principi espressi dalla Suprema Corte nel 1949, prima, e nel 1958, poi.

Secondo questa impostazione l'adozione di un provvedimento amministrativo nullo e, quindi, incapace di produrre effetti, legittimerebbe il cittadino ad agire innanzi al giudice ordinario per far valere i propri diritti soggettivi, messi in discussione dal provvedimento stesso ma non certo scalfiti nella loro consistenza giuridica.

---

<sup>302</sup> Tra quanti più recentemente hanno aderito alla teoria dell'affievolimento assumendo che innanzi ad un riparto fondato sulla situazione giuridica soggettiva ed all'incapacità del provvedimento nullo di produrre effetti degradatori, la persistenza di un diritto soggettivo comporta l'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario, si segnalano: BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, p. 355; SANDULLI M.A., *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*, in *Foro amministrativo, T.A.R.*, 2005, supplemento al n. 6, p.13; SUSCA A., *op. cit.*, p. 117; PONTE D., *La nullità del provvedimento*, Milano, 2007, p. 234 e 239.

Come già s'è detto in precedenza<sup>303</sup>, però, l'idea in questione non risulta condivisibile, o almeno non può esserlo per quanto riguarda i casi nei quali l'amministrazione provvede autoritativamente, in presenza di una norma che a ciò la legittimi. Continuare, del resto, a negare che in caso di nullità del provvedimento possa configurarsi una lesione dell'interesse legittimo potrebbe portare alla paradossale conclusione che il giudice dell'azione amministrativa muti in ragione del mutamento del vizio del provvedimento fatto valere in giudizio, con l'ancora più paradossale conseguenza che l'amministrazione potrebbe, in via di principio, scegliere il giudice del proprio provvedimento preconstituendosi un vizio anziché un altro.

Ed infatti, partendo dall'assunto che l'interesse legittimo non nasce dalla degradazione di un diritto ma viene ad esistenza nel momento in cui la legge attribuisce all'amministrazione il potere autoritativo e può essere fatto valere nel momento in cui il privato avvia o vede avviato un procedimento amministrativo che lo riguarda (direttamente o indirettamente) e che è finalizzato all'esercizio del predetto potere autoritativo<sup>304</sup>, può generalmente ritenersi che se un soggetto viene attinto da un provvedimento amministrativo nullo, o perché mancante di uno degli elementi essenziali (nullità strutturale) o perché rientrante in uno dei casi di nullità previsti espressamente dalla legge (nullità testuale), questi possa ricorrere al giudice amministrativo per far valere l'illegittimità del provvedimento in quanto un esercizio del potere esistente in capo all'amministrazione, ancorché viziato, vi è stato.

Né, di contro, vale argomentare che l'ultimo comma dell'articolo 113 della Costituzione fa riferimento solo all'annullamento del provvedimento amministrativo e non anche alla dichiarazione di nullità, in quanto l'articolo 103 assegna al Consiglio di Stato ed agli altri organi di giustizia amministrativa il compito di garantire *tout court* la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi, indifferentemente che detta tutela debba essere resa mediante pronunce costitutive d'annullamento o dichiarative della nullità<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup> In tal senso si rinvia a quanto detto nel paragrafo 3 del precedente capitolo.

<sup>304</sup> Sulla concreta individuazione del momento nel quale viene ad esistenza l'interesse legittimo e sulla sua stessa essenza deve intendersi qui richiamato quanto già espresso nei paragrafi 4, 5 e 10 del primo capitolo, nonché nei paragrafi 2 e 3 del secondo.

<sup>305</sup> Sul punto si veda quanto riportato nei paragrafi 9 e 10 del primo capitolo.

Né, ancora, ha rilevanza ai fini dell'individuazione della giurisdizione, stabilire se l'interesse legittimo fatto valere abbia natura pretensiva o oppositiva (dato questo che può rilevare, piuttosto, per individuare il contenuto del provvedimento che il giudice deve adottare nei confronti dell'amministrazione), o se il provvedimento è discrezionale o vincolato (distinzione che, comunque, non ha rilevanza alcuna ai fini dell'individuazione della posizione giuridica lesa visto che anche l'esercizio vincolato dell'amministrazione determina in capo al privato un interesse legittimo e non già un diritto soggettivo, *ndr*), in quanto in presenza dell'esercizio di un potere autoritativo da parte dell'amministrazione (e, dunque, di un corrispondente interesse legittimo da parte del privato) il giudizio sulla sua legittimità spetta, sempre e comunque, al giudice amministrativo.

Ed infatti, se è vero quanto detto, ossia che l'interesse legittimo nasce con l'attribuzione del potere all'amministrazione e diviene azionabile contestualmente all'apertura del procedimento (ossia nel momento in cui inizia l'esercizio del potere), non si vede perché mai la conclusione del procedimento con un atto nullo non debba ritenersi incidente su quell'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa che rappresenta il nucleo centrale della situazione giuridica soggettiva tutelata dalla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

Per certi versi, anzi, si potrebbe giungere a sostenere che proprio l'improduttività degli effetti giuridici caratterizzante l'atto nullo, impedisca a questo stesso d'incidere su eventuali diritti soggettivi del privato, rendendoli certamente estranei alla controversia nella quale il cittadino si duole dell'azione dell'amministrazione. Del resto, lo si è già detto, l'azione finalizzata a fare valere la nullità del provvedimento amministrativo mira a far prendere atto al giudice adito della situazione di fatto che s'è creata a seguito dell'illegittimo esercizio del potere ed a fargli dichiarare che nulla è mutato nel mondo giuridico a seguito di ciò. Oggetto del giudizio, allora, rimangono l'accertamento dell'illegittimità dell'agire dell'amministrazione e dello stato di fatto che non è stato mutato.

Si ritiene, pertanto, che in presenza dell'esercizio autoritativo del potere (anche mediante accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento) da parte dell'amministrazione che, pure, abbia generato un provvedimento nullo per

mancanza di un elemento essenziale o per espressa previsione della legge, la giurisdizione a conoscere e dichiarare la nullità del provvedimento spetti al giudice amministrativo<sup>306</sup>.

Differente è, invece, il caso della nullità del provvedimento derivante dal difetto assoluto di attribuzione in quanto, come insegna la Corte Costituzionale, la mancanza del potere autoritativo in capo all'amministrazione non consente di configurare l'attività di questa come violativa di interessi legittimi e, quindi, la giurisdizione del giudice amministrativo.

Ed infatti, ogni qualvolta l'amministrazione agisce senza che la legge le abbia conferito il potere o quando manchino i presupposti di fatto e di diritto per fregiarsi di detto potere o, ancora, quando il potere sia stato sì conferito ma ad un'amministrazione del tutto differente da quella che provvede, in tutti questi casi non si configura in capo al privato alcun interesse legittimo.

Quest'ultimo, come s'è già detto, deve essere inteso quale posizione giuridica soggettiva sostanziale che il privato vanta nei confronti dell'amministrazione affinché essa, esercitando correttamente il suo potere autoritativo, gli riconosca il bene della vita di cui è titolare (nel caso degli interessi oppositivi) o a cui aspira

---

<sup>306</sup> Per una ricostruzione diversa del problema si veda LAMORGESE A., *op. cit.*, il quale sostiene che il plesso giurisdizionale presso il quale far valere la nullità del provvedimento amministrativo debba essere individuato sempre e comunque con quello del giudice ordinario. L'Autore ritiene, infatti, che bisogna "escludere che il provvedimento amministrativo sia, di per sé, un mezzo di riconoscimento del potere in capo alla p.a. L'aver l'art. 21 septies sancito specifiche ipotesi di nullità del provvedimento dimostra, ancor più, che il potere, per dirsi esistente, deve concretamente essere riconoscibile come tale e non v'è dubbio che esso non è riconoscibile se l'atto è privo di uno dei suoi elementi essenziali o se emesso in tutte quelle situazioni in cui la giurisprudenza ha ravvisato in passato e ravviserà in futuro una carenza di potere" e trae argomento di sostegno alla propria tesi affermando che il fatto che l'articolo 21 septies abbia previsto la giurisdizione esclusiva per i casi di provvedimento in violazione o elusione del giudicato provverebbe che in detta fattispecie si avrebbe la lesione di diritti soggettivi e non già (o non solo) di interessi legittimi. Da ciò si desumerebbe, allora, che "poiché il legislatore non ha previsto analoga giurisdizione esclusiva sugli altri provvedimenti nulli indicati nel comma 1 (difetto di attribuzione, mancanza degli elementi essenziali, nullità testuali), sembra logico ritenere che rispetto ad essi sussistano diritti soggettivi (dei quali deve giudicare il giudice ordinario) al pari di quelli che sussistono a fronte dei provvedimenti emessi in violazione o elusione del giudicato (dei quali in tanto può giudicare il giudice amministrativo in quanto dal legislatore attribuiti alla sua giurisdizione esclusiva)".



mediante l'istanza presentata all'amministrazione (nel caso degli interessi pretensivi).

L'agire dell'amministrazione in mancanza del potere o dei presupposti di fatto e di diritto per il suo esercizio corrisponde, pertanto, all'agire di un privato che intacca arbitrariamente ed illecitamente il diritto soggettivo di un altro privato. Si tratta di una condotta illecita che va sottoposta alla cognizione del giudice ordinario e non già quella del giudice amministrativo.

#### **9. Segue: il caso di nullità per violazione del giudicato ed elusione del giudicato.**

S'è già detto che nel caso di nullità del provvedimento amministrativo per violazione o elusione del giudicato il legislatore ha dato indicazioni in merito alla giurisdizione, prevedendo espressamente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Parte della dottrina<sup>307</sup> ha evidenziato che se si prendesse alla lettera quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 21 *septies*, si potrebbe affermare che dal 2005 non esiste più una giurisdizione di merito per l'ottemperanza dei provvedimenti emessi dall'amministrazione in violazione o elusione del giudicato, in quanto avverso detti provvedimenti bisognerebbe ricorrere innanzi al giudice amministrativo solo in funzione di giudice della legittimità.

In realtà, allargando il campo interpretativo della norma, si comprende che essa non comporta un impoverimento del novero degli strumenti di tutela del privato nei confronti dell'amministrazione, bensì un ampliamento degli stessi.

Ed infatti, nulla vieta al privato che intende ottenere l'esecuzione del giudicato di ricorrere al giudizio d'ottemperanza, sia che l'amministrazione sia rimasta inerte sia che abbia provveduto in violazione o elusione del giudicato. Il nuovo provvedimento, infatti, in forza dell'articolo 21 *septies*, non produce effetti perché nullo e tale vizio può essere dichiarato dal giudice amministrativo in via pregiudiziale proprio per potere affermare sussistenti i presupposti che consentono di affrontare l'oggetto proprio del giudizio d'ottemperanza.

---

<sup>307</sup> Così, SUSCA A., *op.cit.*, nota 23, pagina 79.

Diversamente, se il privato non intende ottenere l'esecuzione del giudicato perché esso non richiede un provvedimento ulteriore dell'amministrazione (le sentenze c.d. autoesecutive) ma intende sentire comunque dichiarare la nullità del provvedimento successivo alla pronuncia che viola o elude i principi della stessa, allora egli potrà ricorrere al giudice amministrativo in funzione di giudice della giurisdizione esclusiva (senza doversi, pertanto, interrogare su quali posizioni giuridiche siano lese) ed ottenere tutela, se è il caso anche risarcitoria.

La previsione del legislatore, pertanto, non può essere intesa come limitazione degli strumenti di tutela del privato nei confronti dell'amministrazione (un'interpretazione del genere sarebbe contraria alla Costituzione ed ai principi dettati dalla Consulta nelle pronunce di cui al precedente capitolo), bensì come principio normativo atto a far rimanere nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo ogni questione attinente all'osservanza ed all'esecuzione del giudicato amministrativo.

A questo punto, però, può sorgere il dubbio se la previsione della giurisdizione esclusiva per i casi di nullità per violazione o elusione del giudicato sia legittima sotto il profilo della costituzionalità, considerato che si è visto che il legislatore può prevedere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo per materie nelle quali vi è un coinvolgimento di posizioni giuridiche d'interesse legittimo, per la tutela delle quali sarebbe, comunque, prevista la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo.

In proposito va richiamato quanto detto in precedenza a proposito delle ragioni per le quali il legislatore ha previsto la nullità per il provvedimento violativo o elusivo del giudicato: la nullità non si configura quale caso speciale di carenza assoluta di potere, in quanto s'è detto che in detti casi il potere deve esistere in capo all'amministrazione, che anzi è tenuta ad attivarsi per dare esecuzione al giudicato. Le ragioni della nullità, invece, si sono ravvisate nel fatto che essa è strumentale ad evitare il conflitto di poteri dello Stato, estrinsecatisi nella sentenza, per quel che riguarda il potere giudiziario, e nel provvedimento violativo o elusivo del giudicato, per quanto attiene al potere esecutivo di cui l'amministrazione è espressione.

Non vi sono dubbi, allora, che se il potere esiste in capo all'amministrazione, esistono anche posizioni d'interesse legittimo in capo ai destinatari del

provvedimento. Pertanto, può affermarsi con certezza che se anche il legislatore non avesse previsto la giurisdizione esclusiva nei casi di nullità del provvedimento per elusione o violazione del giudicato, l'agere dell'amministrazione sarebbe dovuto essere sottoposto comunque alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Detto assunto è, peraltro, confermato dal fatto che già prima della riforma del 2005, anche chi non ammetteva che il provvedimento evasivo o elusivo del giudicato potesse essere nullo riteneva, quale presupposto necessario per ottenere l'ottemperanza del provvedimento giudiziario, la previa impugnazione innanzi al giudice amministrativo per l'annullamento del provvedimento *medio tempore* emesso dall'amministrazione.

Alla luce delle considerazioni fin qui esposte, conclusivamente può affermarsi che la previsione del secondo comma dell'articolo 21 septies, appare pienamente rispettosa dei limiti fissati dalla Corte Costituzionale alla previsione di nuovi casi di giurisdizione esclusiva.

#### **10. L'ammissibilità dell'azione dichiarativa della nullità del provvedimento innanzi al giudice amministrativo ed al giudice ordinario.**

Dopo aver individuato gli effetti della codificazione del vizio della nullità del provvedimento amministrativo sull'evoluzione del sistema di riparto della giurisdizione, occorre ora capire se e con quali modalità l'azione atta a fare valere detto vizio del provvedimento possa essere fatta valere innanzi all'autorità giurisdizionale amministrativa ed ordinaria.

Per quanto attiene all'esperibilità dell'azione di nullità innanzi al giudice amministrativo, va da subito detto che il Consiglio di Stato<sup>308</sup> in maniera particolarmente rigorosa ha recentemente affermato che *“l'azione di accertamento è ammessa nell'ambito della giurisdizione esclusiva (del giudice amministrativo) nei soli casi in cui sia controverso un rapporto giuridico, caratterizzato dalla correlazione tra un diritto soggettivo ed un corrispondente obbligo, mediato, eventualmente, dall'adozione di un atto paritetico, e non anche per quanto concerne gli interessi legittimi o, comunque, situazioni che trovano titolo in atti amministrativi di carattere autoritativo, ancorché vincolati”* ed ha aggiunto che *“la*

---

<sup>308</sup> Consiglio di Stato, Sezione V, 20 marzo 2006, n. 1440, in *Foro amministrativo C.d.S.*, 2006, p. 874.

*giurisdizione amministrativa di legittimità è giurisdizione di annullamento e non consente azioni di mero accertamento”.*

Altra giurisprudenza<sup>309</sup>, poi, ha osservato come l’articolo 26, 2° comma, della Legge istitutiva dei T.A.R., secondo cui il Tribunale amministrativo regionale “*se accoglie il ricorso per motivi di incompetenza, annulla l’atto e rimette l’affare all’autorità competente. Se accoglie per altri motivi annulla in tutto o in parte l’atto impugnato, e, quando è investito di giurisdizione di merito, può anche riformare l’atto o sostituirlo, salvi gli ulteriori provvedimenti dell’autorità amministrativa*”, costituisce una specifica disposizione volta a regolare la natura delle sentenze di accoglimento del giudice amministrativo in sede di legittimità e, come tale, impedisce l’ingresso della pronuncia dichiarativa della nullità. “*L’ostacolo*”, sottolinea la predetta giurisprudenza, “*è insuperabile, poiché l’ingegneria giuridica non può mai essere genetica. Intervenire, cioè, ad alterare i connotati con cui un sistema è nato*”.

Altre pronunce, quindi, accertata la nullità di un provvedimento, hanno affermato l’inammissibilità per carenza d’interesse del ricorso sulla base della considerazione secondo cui l’atto nullo non può produrre effetti lesivi per il ricorrente<sup>310</sup>.

---

<sup>309</sup>T.A.R. Puglia-Bari, Sezione III, 26 ottobre 2005, n. 4581, in *www.LexItalia.it*.

<sup>310</sup>Così T.A.R. Puglia-Bari, sez. III, 19 ottobre 2006, n. 3740, in *www.LexItalia.it*, e, più risalente, T.A.R. Lazio-Latina, 23 ottobre 1991, n. 817, in *Foro amministrativo*, 1992, p.1749. Secondo CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005, p. 1816, le pronunzie di rito di questo genere contengono un accertamento sostanziale, “*posto che la declaratoria di inammissibilità si basa sulla verifica della patologia radicale dell’atto stesso*” in quanto in questi casi una pronuncia di inammissibilità per difetto di interesse ad impugnare è, sostanzialmente, “*una decisione di rito con contenuto sostanziale di accertamento, il cui sostrato è dato dall’accertamento della nullità dell’atto*” che è “*idonea a passare in giudicato anche con riferimento all’accertamento della nullità*”. In questi termini, una siffatta pronuncia “*è solo apparentemente una sentenza sfavorevole*”, in quanto, in realtà, “*riconosce la pretesa del ricorrente e produce un effetto equivalente alla sentenza di accoglimento*”. Di diverso avviso, invece, T.A.R. Puglia-Bari, sez. III, 26 ottobre 2005, n. 4581, cit., secondo cui: “*è oltremodo dubbio che la statuizione di inammissibilità possa effettivamente giovare al ricorrente. Premesso che l’accertamento sulla nullità avverrebbe incidenter tantum (senza, cioè, efficacia di giudicato), la questione potrebbe riproporsi rispetto ad altri soggetti su cui il provvedimento è destinato ad incidere. Persino nello stesso rapporto tra il ricorrente e l’amministrazione la formale sopravvivenza del non demolito atto potrebbe essere fonte di fastidi, qualora ad esempio l’amministrazione lo reiterasse oppure pretendesse di portarlo*

In realtà, preso atto di questi orientamenti giurisprudenziali, va detto che da un punto di vista strettamente ontologico la tutela costitutiva fornita dal giudice amministrativo (che si esprime attraverso l’emanazione di pronunzie di carattere demolitorio) e la tutela di condanna presuppongono e contengono l’accertamento della situazione giuridica contestata: l’azione atta a fare valere la nullità del provvedimento amministrativo, infatti, non è un’azione così diversa da quella atta ad annullare il provvedimento, anzi può considerarsi come una specie della stessa famiglia di azioni. Nella prima si mira a fare conoscere e dichiarare al giudice la sussistenza di una particolare forma d’invalidità del provvedimento, la nullità; nella seconda, oltre a far conoscere e dichiarare l’invalidità del provvedimento si mira a farne rimuovere gli effetti che lo stesso già ha prodotto.

Nel nostro sistema processuale, poi, non esiste alcuna norma che precluda la possibilità di incardinare giudizi di accertamento innanzi al giudice degli interessi legittimi, anzi: per la tutela costitutiva vige il principio, dettato dall’articolo 2908 C.c., per il quale detta tutela deve essere autorizzata da esplicite previsioni legislative limitazione, nulla di simile è previsto per quanto concerne quelle forme di tutela che si estrinsecano nei provvedimenti giurisdizionali di natura dichiarativa.

Né, ancora, appare condivisibile la citata tesi della carenza d’interesse in quanto l’atto o il provvedimento nullo, pur non potendo produrre effetti giuridici direttamente lesivi della sfera giuridica del privato, possono però sempre produrre effetti materiali che, qualora qualificati come fatti giuridici dall’ordinamento, possono a loro volta produrre effetti giuridici che rendono possibile l’esistenza in capo al ricorrente dell’interesse ad ottenere la pronuncia declaratoria della nullità del provvedimento (si pensi all’impugnazione di un provvedimento nullo con il quale l’amministrazione s’impadronisce di un bene: il privato ha tutto l’interesse a che il provvedimento sia dichiarato nullo, tra l’altro al fine di evitare che l’amministrazione realizzi gli effetti giuridici che la legge prevede in favore del possessore).

Per quanto riguarda, poi, la possibilità di esperire l’azione atta a fare valere la nullità innanzi al giudice ordinario nei casi di difetto assoluto di potere, può dirsi che

---

*ad esecuzione o di porlo a fondamento di atti consequenziali (sempre che ciò non fosse già avvenuto) o, ancora, di sanarlo”.*

a parere di chi scrive non sussistono ostacoli alla proponibilità davanti alla autorità giudiziaria ordinaria di azioni dichiarative della nullità dei provvedimenti amministrativi violativi di diritti soggettivi (non assoggettati, ovviamente, alla giurisdizione amministrativa esclusiva).

Di diverso avviso è, però, quella parte della dottrina<sup>311</sup> secondo la quale il giudice civile, accertata la nullità del provvedimento, dovrebbe in ossequio a quanto disposto dalla Legge abolitrice del contenzioso amministrativo<sup>312</sup>, limitarsi a disapplicarlo relativamente alla fattispecie dedotta in giudizio. Secondo questa interpretazione, allora, nella materia *de qua*, non sarebbero possibili, nel campo della giurisdizione ordinaria, l'invocazione e l'erogazione di una vera e propria tutela di accertamento.

Ora, senza volere trattare in questa sede delle annose e complesse problematiche riguardanti l'ambito di operatività dell'istituto della disapplicazione provvedimentoale di cui all'articolo 5 della richiamata Legge abolitrice del contenzioso amministrativo<sup>313</sup>, può comunque osservarsi che l'articolo 4 della predetta Legge, impedisce al giudice ordinario solo di revocare o modificare gli atti

---

<sup>311</sup> Così BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, pp. 367 ss.. L'Autore osserva che: "...a ben vedere, il provvedimento amministrativo è produttivo di effetti giuridici apparenti (ovvero i risultati), che necessitano di essere disapplicati ai sensi della legge abolitiva del contenzioso: il giudice con la disapplicazione fa cadere l'incertezza creata dal risultato del provvedimento nullo, dichiarando che, per il caso dedotto, il medesimo risultato non ha la forza dell'effetto giuridico" ed afferma che "ai sensi della legge del 1865, il giudice ordinario deve disapplicare l'atto nullo (od in genere invalido), essendo sottoposto al divieto di revoca e modifica del medesimo provvedimento".

<sup>312</sup> Sulla quale si è già ampiamente detto nel paragrafo 2 del capitolo primo.

<sup>313</sup> Per le quali si rinvia, tra l'altro, a: MENCHINI S., *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di Diritto amministrativo*, a cura di Sabino Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, Tomo V, *Il processo amministrativo*, Milano, 2003, pp. 4908 e ss.; VERDE G., *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività della tutela (Art. 5 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1984, pp. 42 e ss.; ROMANO A., *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Diritto processuale amministrativo.*, 1983, pp. 22 e ss.; COLESANTI V., *Sulla «disapplicazione» del decreto di liquidazione coatta amministrativa (nota a Corte d'Appello di Milano, Sezione III, 9 luglio 1964)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1964, pp. 641 e ss.; VERRIENTI L., *sub art. 5 legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*, in ROMANO A., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001, pp. 90 e ss..

amministrativi con pronunzie costitutive o di condanna, ma non vieta in alcun modo l'ingresso nel sistema di tutela nei confronti della pubblica amministrazione delle azioni di mero accertamento.

Detto divieto, peraltro, non rientrerebbe minimamente nello spirito della Legge, la quale aveva inteso evitare che il potere giudiziale si sovrapponesse con quello esercitato dall'Amministrazione: nel caso della dichiarazione di nullità del provvedimento amministrativo, infatti, il giudice "*accerta e dichiara l'esistenza e il modo di essere di un rapporto giuridico o di una situazione giuridica soggettiva*", limitandosi "*a stabilire quale sia, nella fattispecie sottoposta al suo esame, la volontà della legge*"<sup>314</sup>.

Ma v'è di più: la teoria della disapplicazione si fonda su un presupposto quantomeno discutibile e cioè che l'atto nullo possa essere disapplicato. In realtà, il fenomeno processuale della disapplicazione, che consente ai fini della decisione di una controversia di ritenere *tamquam non esset* un provvedimento, trova ragion d'essere solo se riferito a provvedimenti che siano idonei ad esplicare effetti, apparendo invece inapplicabile a provvedimenti che, in quanto nulli, non possono produrre alcun effetto giuridico.

V'è, poi, da considerare che la teoria della disapplicazione non tiene conto del fatto che la disapplicazione del provvedimento non sarebbe comunque equiparabile in termini di efficacia agli effetti della dichiarazione della nullità: mentre, infatti, quest'ultima è immediatamente idonea a cancellare dal mondo giuridico il provvedimento viziato, la disapplicazione del provvedimento nullo non esclude la possibilità che la pubblica amministrazione svolga successivamente un'ulteriore attività fondata sul presupposto della giuridica esistenza dello stesso, in quanto la disapplicazione riguarda gli effetti del provvedimento, non già la sua esistenza.

Se si dovesse optare per la teoria della disapplicazione, allora, si dovrebbe accettare che solo l'autorità amministrativa potrebbe rimuovere l'atto viziato, in considerazione della statuizione disapplicativa e dell'obbligo conformativo che da essa discende, con la non irrilevante conseguenza che, in caso d'inadempimento di

---

<sup>314</sup>Il virgolettato appartiene ad ALBINI A., *Le sentenze dichiarative nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., p. 52.

detto obbligo, bisognerebbe attendere la formazione del giudicato civile per potere attivare il giudizio d'ottemperanza.

Per le ragioni fin qui esposte, dunque, si ritiene che se non si vuole immaginare l'ordinamento processuale come un sistema del tutto sganciato dal diritto sostanziale, separato da quest'ultimo da una barriera di incomunicabilità, deve ammettersi la proponibilità di domande di accertamento della nullità del provvedimento amministrativo sia davanti al giudice ordinario sia davanti al giudice amministrativo.

Del resto, se il legislatore ha espressamente delineato la figura della nullità del provvedimento senza modificare i criteri di riparto della giurisdizione, è del tutto logico che in detto immutato sistema processuale debba essere possibile per il privato accertare il vizio della nullità con pronunzie idonee a determinare la realizzazione di un giudicato sostanziale.

### **11. I caratteri dell'azione dichiarativa della nullità innanzi al giudice amministrativo: il termine entro cui agire in giudizio.**

Passando ora alle modalità con le quali deve essere esperita l'azione di nullità del provvedimento amministrativo, la nostra attenzione si concentra sul termine utile a far valere il vizio previsto dall'articolo 21 *septies*.

Va detto che a partire dalla citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria n.1 del 1992, la giurisprudenza amministrativa si è costantemente orientata nel riconoscere la generale imprescrittibilità delle azioni atte a fare valere la nullità del provvedimento amministrativo<sup>315</sup>.

In passato, lo si è visto, ampia parte della dottrina s'è opposta a detta soluzione ed ha qualificato come inconcepibile il mancato rispetto del termine decadenziale previsto per l'annullamento del provvedimento amministrativo da parte del giudice<sup>316</sup>.

In particolare, alcuni Autori hanno ritenuto di dover distinguere a seconda della posizione giuridica coinvolta dal provvedimento nullo: secondo detta tesi, la nullità può essere conosciuta in qualsiasi tempo dal giudice solo allorché il provvedimento

---

<sup>315</sup> Da ultimo, s'è espresso in tal senso il Consiglio di Stato nella già citata pronuncia della Sezione V, n. 2872 del 2008.

<sup>316</sup> Si veda, in proposito, la nota 246.



incide su diritti soggettivi<sup>317</sup>. Diversamente, qualora la controversia verta su interessi legittimi, l'azione dovrebbe essere soggetta al termine decadenziale cui soggiace usualmente l'azione di annullamento dei provvedimenti amministrativi.

Altri Autori, invece, hanno sostenuto che la disciplina dei termini debba essere coerente con i tempi per l'azionabilità dell'interesse giuridicamente protetto e, pertanto, l'azione di nullità avrebbe termini di proposizione variabili a seconda della dimensione temporale di azionabilità dell'interesse cui è asservita<sup>318</sup>. Secondo detta ricostruzione, allora, l'azione di nullità sarebbe soggetta al termine prescrizione decennale dell'*actio iudicati* quando essa deriva dalla violazione o elusione del giudicato, mentre sarebbe sottoposta al termine prescrizione ordinario per la violazione di diritti e sarebbe sottoposta al termine di un anno dalla formazione del silenzio-inadempimento previsto dal già citato articolo 2 della Legge n. 241 del 1990, nel caso di violazione d'interessi legittimi pretensivi. Non sarebbe, invece, sottoposta ad alcun termine nel caso di violazione d'interessi legittimi oppositivi.

Entrambe le predette ricostruzioni del problema convincono poco: quanto alla prima, infatti, va detto che affermare che l'azione contro un atto nullo sia soggetta al termine decadenziale equivale a dire che a seguito del decorso del suddetto termine si realizzino modifiche della sfera giuridica del destinatario del provvedimento nullo e, conseguentemente, equivale a riconoscere un effetto giuridico indiretto a qualcosa che, per sua natura, non dovrebbe averne. Ed infatti, se per l'atto annullabile il decorso del termine per l'impugnazione ha un effetto sanante e di consolidamento degli effetti *medio tempore* prodotti, per l'atto nullo ciò non è concepibile in quanto l'atto nullo non produce e non può produrre effetti e, per di più, non è sanabile<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> Così: AIELLO G., *La nullità del provvedimento amministrativo tra dubbi e certezze*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); D'ORSOGNA M., *Violazione ed elusione del giudicato nella nuova disciplina della nullità dei provvedimenti*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n.6 del 2007; LESSONA S., *Nullità ed annullabilità degli atti amministrativi nella reazione giurisdizionale*, in *Foro padano*, 1959, p.31.

<sup>318</sup> ROMANO TASSONE A., *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, *Relazione al Convegno L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, *Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada Bartoli*, Siena 22-23 giugno 2007.

<sup>319</sup> Sotto il profilo sostanziale è pacifico che l'atto nullo non sia capace di produrre effetti giuridici e ciò trova, peraltro, conforto nell'articolo 21 *novies*, che prevede l'annullamento d'ufficio dei soli provvedimenti affetti da annullabilità ex articolo 21 *octies*, escludendo implicitamente quelli colpiti da vizi di nullità.

Quanto alla seconda, essa non sembra cogliere nel segno poiché confonde il diritto ad agire per ottenere la dichiarazione di nullità del provvedimento o del contratto, con il bene della vita che il privato mira a tutelare attraverso l'azione. Il fatto che il diritto all'azione abbia una valenza strumentale, infatti, non preclude allo stesso di esistere ed avere una propria autonomia che obbliga a tenere ben distinto il problema della prescrizione dell'azione di nullità dalla prescrizione o comunque dai tempi entro i quali possono essere tutelate le altre posizioni giuridiche soggettive poste in discussione da un atto che, ancorché inefficace, crea una situazione di incertezza nei rapporti giuridici.

La prescrizione del diritto, del resto, non ne determina mai l'estinzione e deve, comunque, essere eccepita da chi resiste in giudizio, non potendo essere eccepita d'ufficio dal giudice. In questo senso, giova richiamare l'insegnamento della Suprema Corte che ha sempre separato i tempi di prescrizione dell'azione contrattuale da quelli dei diritti negati, impediti o comunque pregiudicati dal negozio nullo, senza mai mettere in discussione l'imprescrittibilità dell'azione di nullità<sup>320</sup>.

Si ritiene, allora, che poiché il termine decadenziale è previsto principalmente per garantire la certezza dell'azione amministrativa e dei rapporti tra i consociati nel caso in cui il provvedimento abbia già prodotto degli effetti e possa continuarne a produrne e poiché, invece, il provvedimento nullo non può produrre alcun effetto giuridico diretto e non è assoggettabile in alcun modo a convalida, l'affermare l'obbligo del rispetto del termine decadenziale per l'esercizio dell'azione di nullità risulterebbe del tutto inutile ed, anzi, contrario all'essenza stessa del vizio della nullità.

Per quanto sin qui detto, allora, si ritiene di poter condividere l'impostazione giurisprudenziale citata all'inizio del paragrafo, per la quale il vizio della nullità del provvedimento amministrativo può essere fatto valere in ogni tempo.

---

<sup>320</sup> Tra le altre: Cassazione Civile., Sezione II, 13 aprile 2005, n. 7651, in *Guida al Diritto*, 2005, 23, 55; *id.*, n. 960 dell'8 febbraio 1984, in *Massimario Giuridico Italiano*, 1984; *id.*, n. 528 del 26 gennaio 1982, in *Massimario Giuridico Italiano*, 1982.

## **12. Segue: la legittimazione ad agire e la rilevabilità d'ufficio della nullità del provvedimento.**

Passando ora a valutare quale è il soggetto legittimato ad agire per fare valere il vizio della nullità del provvedimento amministrativo, va detto che comunemente l'azione di nullità è esercitabile da chiunque vi abbia interesse, in forza di quanto disposto dall'articolo 1421 del Codice civile.

Ovviamente l'affermazione secondo cui ogni interessato può agire e far rilevare la nullità deve fare i conti con i consueti limiti espressi dall'articolo 100 del Codice di procedura civile, che comporta per chi agisce l'onere di dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse ad agire<sup>321</sup>, e ciò in quanto l'azione di nullità non è di tipo popolare, attribuita a *quivis de populo*, quanto piuttosto riservata ad una categoria più ampia rispetto a quella costituita da coloro che hanno partecipato all'atto che si assume nullo ma pur sempre limitata dall'interesse ad agire, consistente nella necessità di ricorrere al giudice per evitare una lesione attuale di una propria posizione giuridica soggettiva ed il conseguente danno alla propria sfera, derivante come effetto dell'atto di cui si deduce la nullità.

Ora, questa ampiezza di legittimazione dell'azione di nullità, che nel diritto civile segna nettamente la differenza tra il vizio della nullità e quello dell'annullabilità dell'atto o negozio giuridico, nel diritto amministrativo risulta piuttosto marginale e può dirsi quasi scolastica, in quanto nel processo amministrativo la legittimazione a fare valere l'annullabilità del provvedimento è già ampia e non limitata come quella prevista per fare valere l'annullabilità del negozio giuridico. Anzi, la caratteristica saliente della posizione giuridica dell'interesse legittimo fatto valere nel processo amministrativo è proprio quella di fare normalmente capo anche a soggetti terzi rispetto ai destinatari immediati degli effetti dell'atto amministrativo.

È per questo che la legittimazione a far valere la nullità può essere estesa senza troppi problemi a chiunque abbia un interesse concreto a far pronunciare al giudice

---

<sup>321</sup> Così: Cassazione Civile n. 1553 del 17 marzo 1981, in *Massimario giuridico italiano*, 1981; Cassazione Civile n. 1475 del 9 marzo 1982, in *Foro italiano*, 1982, I, 654; Cassazione Civile, Sezione III, 11 gennaio 2001, n. 338, in *Contratti*, 2001, 5, p. 456; Cassazione Civile, Sezione II, 15 aprile 2002, n. 5420, in *Archivio Civile*, 1993, p. 192; Cassazione Civile, 28 aprile 2004, n. 8135, in *Contratti*, 2004, 12, 1085, con nota di VALENTINI A..

una sentenza dichiarativa che abbia come effetto quello di rimuovere ogni dubbio sul provvedimento impugnato e spazzare via, in tal modo, gli effetti che, di fatto, il provvedimento nullo ha prodotto nel mondo giuridico.

Un approccio più complesso richiede, invece, il problema della rilevanza d'ufficio della nullità: la giurisprudenza del giudice amministrativo, infatti, pronunciandosi in materia di nullità e più precisamente in materia di pubblico impiego, ha posto in dubbio il principio per il quale la nullità del provvedimento amministrativo possa essere rilevata d'ufficio, non essendo accertabile in giudizio al solo fine di tutelare la legalità dell'azione amministrativa<sup>322</sup>.

Dal canto suo la Suprema Corte di Cassazione, in relazione al regime delle nullità nel diritto civile, ha costantemente<sup>323</sup> sostenuto che il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto debba coordinarsi sia con il principio della domanda, sancito dall'articolo 99 del Codice di procedura civile, sia con quello della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, previsto dall'articolo 112 dello stesso Codice di rito.

Detti principi, che costituiscono un limite assoluto alla pronuncia del giudice, fanno sì che solo le eccezioni (e non già le eccezioni in senso stretto) siano oggetto di pronuncia senza apposita domanda, in quanto esse sono dirette a negare i fatti costitutivi della pretesa attorea o ad affermare fatti impeditivi o estintivi ed attengono a situazioni già implicitamente dedotte dalla formulazione della domanda. La rilevanza d'ufficio della nullità sarebbe ammissibile ogni qualvolta essa contraddice la domanda impedendone l'accoglimento.

---

<sup>322</sup> Sull'ammissibilità della rilevanza d'ufficio della nullità in materia di pubblico impiego si vedano: Consiglio di Stato, Sez. V., 11 maggio 2004, n. 2933, pubblicata in *Foro Amministrativo CDS*, 2004, p. 1421; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 13 aprile 2004, n. 2443; la già citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria, 5 marzo 1992, n. 5, pubblicata in *Giurisprudenza Italiana*, 1993, III,1, p. 500. In dottrina, sul punto, si veda PONTE D., *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007, pp. 131 e ss..

<sup>323</sup> Tra le pronunce più importanti sulla rilevanza d'ufficio della nullità nella sola ipotesi di domanda di adempimento del contratto si vedano: Cassazione Civile, n. 3937 del 1958, in *Giurisprudenza italiana*, 1959, I, 1, p. 760; Cassazione Civile, n.1127 del 1970, in *Foro italiano*, 1970, I, 1907, con nota di PROTO PISANI A. e in *Foro padano*, 1971, I, p. 742, con nota di IRTI N., *Risoluzione di contratto nullo*; Cassazione Civile, n. 244 del 1972; *idem*, n.1532 del 1976; *idem*, n. 5295 del 1978; *idem*, 1903 del 1987; *idem*, n. 1340 del 1994; *idem*, n.123 del 2000; *idem*, n. 2435 del 2003; *idem*, n. 12627 del 2006; *idem*, n. 21632 del 2006; *idem*, n. 89 del 2007.

Qualora, invece, la nullità configuri una ragione che favorisce la pretesa attorea, sia pure in termini diversi da quelli prospettati dalla domanda, essa non opera nel campo delle eccezioni ma s'iscrive nella zona delle difese dell'attore, della domanda che l'attore avrebbe potuto proporre, ma non ha proposto. Ne discende che la rilevabilità d'ufficio è consentita quando essa si pone come ragione di rigetto della pretesa dell'attore e ciò si verifica quando l'attore invoca il riconoscimento o l'adempimento di un suo diritto nascente nel contratto. Di contro, quando l'attore intende escludere o eliminare gli effetti del contratto per ragioni diverse dalla nullità, quali l'annullamento, la rescissione o la risoluzione, ciò non si verifica (se così non fosse, si attribuirebbe all'attore un risultato superiore a quello rivendicato, in violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato).

Secondo questo orientamento della Suprema Corte, pertanto, la regola della rilevabilità *ex officio* della nullità del contratto sancita dall'articolo 1421 del Codice civile sarebbe operante se ad essere proposta sia stata un'azione per l'esecuzione del negozio, non anche se si è in presenza di altre azioni (risoluzione, rescissione o annullamento).

Di recente, tuttavia, la predetta tesi giurisprudenziale è stata nuovamente sottoposta a revisione da parte di chi ha ritenuto che non vi sarebbero ostacoli alla rilevabilità d'ufficio della nullità e che anche le domande di risoluzione per inadempimento e di annullamento, al pari di domande di adempimento ed esecuzione, presupporrebbero la non nullità del contratto e costituirebbero uno strumento giuridico per eliminarne gli effetti. Collocando la nullità nell'ambito della domanda, infatti, il rilievo incidentale e d'ufficio della nullità del contratto di cui è stato chiesto l'annullamento, atterrebbe alla domanda di annullamento stessa e non eccederebbe il principio fissato dal citato articolo 112, in relazione al limite che la domanda di parte pone ai poteri del giudice<sup>324</sup>.

---

<sup>324</sup> In questo senso si vedano: IRTI N., *Risoluzione di contratto nullo*, cit., p. 746; SACCO R., voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig.disc.priv.*, vol. XII, 1995, p. 306, secondo cui il giudice dovrebbe rilevare sempre la causa di nullità, non solo perché lo impone la legge, ma anche perché lo esige la logica ("se così non fosse, non si vedrebbe in che consista il compito del giudice, di qualificare d'ufficio le fattispecie che gli sono sottoposte"); BIANCA C. M., *Diritto civile*, vol. III, Milano, 1987, p. 590; CONSOLO C., *La Cassazione prosegue nel suo dialogo con l'art. 1421 c.c. e trova la soluzione più*

Sulla scia di queste osservazioni, anche la giurisprudenza della Cassazione è tornata sui suoi passi ed ha affermato che la nullità del contratto posto a base di una domanda giudiziale può essere rilevata d'ufficio non solo nel caso in cui la domanda proposta sia quella di esatto adempimento, ma anche nei casi in cui la domanda proposta sia costitutiva nei confronti dello stesso negozio (ossia una domanda di annullamento, o di rescissione, o di risoluzione per inadempimento)<sup>325</sup>.

Il contrasto giurisprudenziale e dottrinale in materia è, comunque, rimasto vivo poiché la posizione che esclude la rilevazione in un giudizio di annullamento (o di risoluzione) s'è rivelata criticabile oltre che per le ragioni sopra esposte, anche per le conseguenze che essa determina in tema di giudicato. La giurisprudenza ha, infatti, confuso due piani da tenere ben distinti: anziché restringere la formazione del giudicato ai casi in cui l'azione di nullità è proposta ed allargare il rilevamento incidentale d'ufficio della nullità a tutti i casi possibili, essa ha esteso la formazione del giudicato a tutti i casi in cui la nullità è rilevabile e poi ha ristretto l'area in cui la nullità è rilevabile ai casi in cui è proposta vuoi l'azione di nullità, vuoi l'azione di adempimento.

La tesi favorevole a riconoscere il carattere generale della rilevabilità d'ufficio della nullità non consente, parimenti, di ottenere risultati più appaganti, in quanto oscilla tra l'ammettere la rilevazione incidentale della nullità e il rifiutare che la rilevazione d'ufficio della nullità sia fatto diverso dalla declaratoria di nullità.

In tal modo la stessa Cassazione, che partendo dalla distinzione tra pregiudiziale in senso tecnico ed in senso logico<sup>326</sup> aveva prima riconosciuto efficacia di giudicato

---

*proporzionata (la nullità del contratto va sempre rilevata, ma non si forma "ad ogni effetto" il giudicato), in Corriere giuridico, 2006, p. 1418.*

<sup>325</sup> Così Cassazione Civile, Sezione III, n. 6170 del 22 marzo 2005, in *Corriere giuridico*, 2005, 962, con nota di MARICONDA V., *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. e si corregge: è vera svolta?*; pronuncia seguita poi da Cassazione Civile, Sez. III, n. 11356 del 16 maggio 2006, ma cfr. già, con specifico riferimento alla domanda di risoluzione del contratto, Cassazione Civile, n. 578 del 1970; Cassazione Civile, n.555 del 28 gennaio 1986, e, in relazione ad una domanda di annullamento, Cassazione Civile, n. 2858 del 2 aprile 1997.

<sup>326</sup> Così la già citata Cassazione Civile, Sezione III, n. 6170 del 2005, nella quale si legge: "*Premesso che con la locuzione pregiudiziale in senso logico si indica il fatto costitutivo del diritto che si fa valere davanti al giudice (c.d. punto pregiudiziale) o, come si sostiene in dottrina, il rapporto giuridico dal quale nasce l'effetto dedotto in giudizio, è indubbio che, in base ad una tesi costantemente affermata*

implicito all'accertata questione pregiudiziale di nullità del contratto, appena un anno dopo ha precisato in maniera più moderata sotto il profilo dei limiti oggettivi del giudicato<sup>327</sup>, che il giudicato non copre sia il dedotto sia il deducibile ed ha ritenuto che *“l'accettazione tout court del principio secondo cui il giudicato implicito va considerato esteso agli antecedenti che della pronuncia costituiscono la premessa o gli indefettibili presupposti logici, precludendo quindi il riesame non solo delle questioni pregiudiziali ex art. 34 c.p.c., ma anche dei cd. diritti pregiudiziali, può condurre a risultati eccessivi”*<sup>328</sup>.

Ora, accedendo a quest'ultima tesi e trasponendola nel processo amministrativo si ottiene il risultato che il giudice amministrativo possa sempre rilevare incidentalmente la nullità dell'atto impugnato, realizzando *de facto* una sorta di disapplicazione del provvedimento amministrativo.

Questa soluzione rimane ammissibile solo se si accetta che la finalità del processo amministrativo sia quella di garantire la legittimità dell'azione amministrativa. In realtà, però, si è visto che la finalità per la quale la nostra Carta costituzionale ha confermato il preesistente sistema di giustizia amministrativa è quello di fornire tutela alle posizioni giuridiche di interesse legittimo e, in alcuni casi, anche di diritto soggettivo ad esse collegate<sup>329</sup>.

Se allora è impensabile che, a Costituzione invariata, si realizzi l'avvento di una sorta di processo amministrativo inquisitorio, nel quale esiste un pubblico ministero che garantisce il rispetto della giustizia là dove vi sia stata una violazione di legge nell'esercizio dell'azione amministrativa, è al contempo auspicabile che, non solo ai

---

*dalla giurisprudenza di legittimità, l'efficacia del giudicato copre, in ogni caso, non soltanto la pronuncia finale, ma anche l'accertamento che si presenta come necessaria premessa o come presupposto logico-giuridico della pronuncia medesima (c.d. giudicato implicito)”*.

<sup>327</sup> Così anche CONSOLO C., *La Cassazione prosegue nel suo dialogo con l'art. 1421 c.c. e trova la soluzione più proporzionata (la nullità del contratto va sempre rilevata, ma non si forma “ad ogni effetto” il giudicato)*, in *Corriere giuridico*, 2006, pp. 1418 e ss..

<sup>328</sup> Così Cassazione Civile, Sezione III, n. 11356 del 16 maggio 2006, nella quale si legge anche che: *“va in ogni caso escluso che il giudicato possa intendersi riferito non già alle ragioni concretamente poste a base della domanda e divenute oggetto di discussione, bensì estese sempre e comunque con riferimento all'intero rapporto dedotto in giudizio”*.

<sup>329</sup> Sul punto deve intendersi qui richiamato quanto detto nel paragrafo 5 del capitolo I in merito all'originario dibattito sviluppatosi sulla natura e sulle finalità del processo amministrativo.

fini della tutela delle posizioni giuridiche soggettive ma anche ai fini del rispetto del principio della celerità dei processi e della concentrazione delle azioni giudiziarie, il giudice amministrativo possa rilevare nel contraddittorio del giudizio la nullità di un provvedimento di cui è stato chiesto l'annullamento. Ciò al fine di garantire, senza troppe astrazioni teoriche e fatto salvo il diritto di difesa dell'amministrazione (la quale potrebbe sempre dimostrare la legittimità del proprio provvedimento), sia il pieno diritto del ricorrente alla tutela delle proprie posizioni giuridiche che la speditezza dell'esercizio dell'azione giudiziaria.

### **13. Il risarcimento del danno nei casi di provvedimento nullo.**

Un'ultima precisazione in merito al regime del vizio della nullità del provvedimento amministrativo ed al plesso giurisdizionale preposto a farla valere: occorre, infatti, chiarire quale sia il giudice preposto a garantire il risarcimento del danno derivante dal provvedimento nullo.

Si ritiene di potere affermare con tutta certezza che detto giudice vada individuato nello stesso organo giudicante che pronuncia la sentenza dichiarativa della nullità del provvedimento amministrativo.

Detta affermazione, prima ancora che dal buon senso e dal principio di concentrazione della tutela giurisdizionale, è sorretta dai principi espressi dalla Corte Costituzionale in materia di risarcimento del danno da lesione degli interessi legittimi<sup>330</sup>: s'è visto, infatti, che per il giudice delle leggi la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno fa parte integrante della tutela caducatoria garantita al privato avverso il provvedimento dell'amministrazione e, come tale, deve essere pronunciata dallo stesso giudice che lo ha annullato o (aggiungiamo noi) dichiarato nullo.

Pertanto, qualora il privato agisca in giudizio per sentire dichiarare la nullità del provvedimento, egli potrà contemporaneamente chiedere allo stesso giudice adito di essere risarcito per tutti i danni che avrà subito a causa dell'illegittimo operare dell'amministrazione.

A questo punto, però, ci si chiede entro quali termini possa essere esperita l'azione risarcitoria del privato nei confronti dell'amministrazione: il problema, che

---

<sup>330</sup> Sul punto si veda quanto riportato nel paragrafo 4 del capitolo secondo.



non risulta ad oggi affrontato né in dottrina né in giurisprudenza, può essere risolto partendo sempre da quanto affermato dalla Corte Costituzionale in merito alla natura dell'azione risarcitoria per i danni da lesione dell'interesse illegittimo. Se, infatti, essa deve essere considerata quale parte integrante della tutela fornita mediante la caducazione del provvedimento, allora si ritiene che debba necessariamente seguire le stesse sorti processuali di questo.

Pertanto, partendo dall'assunto che l'azione di nullità non è sottoposta a termini decadenziali, può dirsi che anche l'azione risarcitoria dovrebbe essere svincolata da limiti temporali per la sua esperibilità<sup>331</sup>.

È anche vero, però, che un'azione risarcitoria svincolata da qualunque termine costituirebbe un *unicum* nel quadro ordinamentale relativo alla responsabilità per danni, in quanto disattenderebbe le regole generali che garantiscono la certezza dei rapporti giuridici e che, per questo, richiedono la necessaria tempestività dell'azione per l'ottenimento della tutela delle posizioni giuridiche (secondo il brocardo *vigilantibus iura succurrunt*).

Per questa ragione si ritiene che se l'azione risarcitoria conseguente all'accertamento della nullità di un provvedimento amministrativo possa essere esperita in ogni tempo, al contempo è difficile negare all'amministrazione la possibilità di fare valere in giudizio il termine di prescrizione previsto dal Codice civile per il risarcimento del danno (contrattuale o extracontrattuale, a seconda della natura che si riconosce alla responsabilità dell'amministrazione). Del resto, lo si è già detto, una cosa è il termine per fare valere l'azione risarcitoria, altra cosa è il termine per far valere il diritto senza potersi sentire eccepita la prescrizione.

L'ammettere la prescrizione del risarcimento da danno derivante da nullità del provvedimento amministrativo, tuttavia, fa emergere almeno altri due ordini di problemi: lo stabilire quale sia il termine di prescrizione entro il quale fare valere il diritto al risarcimento e l'individuare da quale momento esso debba essere computato.

Quanto al primo problema, può dirsi che l'entità del termine di prescrizione è legata alla natura della responsabilità della pubblica amministrazione: s'è già visto

---

<sup>331</sup> Non sorgerebbe nel caso in esame il problema della c.d. pregiudiziale amministrativa, sulla quale si rinvia al paragrafo 7 del capitolo precedente.

in proposito, che se l'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza è ad oggi quello di configurare la predetta responsabilità quale responsabilità da fatto illecito *ex* articolo 2043 del Codice civile, non è mancato tuttavia chi ha sostenuto la natura contrattuale della responsabilità dell'amministrazione nei confronti del privato<sup>332</sup>.

Ora, premesso che la citata teoria della responsabilità da contatto dell'amministrazione risulta ad oggi non solo minoritaria ma anche regressiva (limitata, com'è, ad alcune pronunce giurisprudenziali della prima metà di questo decennio) e che chi scrive non ha dubbi sulla natura aquiliana della responsabilità dell'amministrazione, va comunque detto che se si aderisce alla teoria della natura extracontrattuale della responsabilità si fissa il termine prescrizione dell'azione risarcitoria in cinque anni, secondo quanto previsto dall'articolo 2947 del Codice civile. Se, invece, si aderisce alla teoria contrattuale si fissa il termine prescrizione nel più lungo periodo del decennio, secondo quanto previsto dall'articolo 2946 del Codice civile.

La scelta, però, non rileva ai soli fini dell'individuazione del termine ma anche ai fini dell'individuazione del momento dal quale computare detto termine: nel caso del termine decennale, infatti, la prescrizione decorre a far data dal termine ultimo utile per adempiere l'obbligazione (che nel caso dell'esercizio dell'azione amministrativa coinciderebbe con il termine ultimo fissato dalla legge all'amministrazione per provvedere).

Nel caso della prescrizione quinquennale, invece, sorgono non pochi problemi, in quanto sull'interpretazione degli articoli 2947 e 2935 del Codice civile<sup>333</sup> esiste un acceso dibattito tra quanti ritengono che il termine di prescrizione di un diritto inizi a decorrere dal momento in cui se ne determina la lesione (c.d. teoria della violazione) e quanti, invece, ritengono che tale termine cominci a decorrere soltanto in un momento successivo, allorché sia possibile agire in giudizio a difesa del diritto violato (c.d. teoria della realizzazione).

L'accoglimento dell'una o dell'altra teoria determina importanti ricadute pratiche in relazione a quei casi particolari in cui non esiste piena coincidenza tra il

---

<sup>332</sup> Si richiama in proposito, ancora, quanto riportato nel paragrafo 4 del precedente capitolo.

<sup>333</sup> Norma generale in materia di decorrenza del termine di prescrizione, che prevede che esso "*comincia a decorrere dal momento in cui il diritto può essere fatto valere...*".

momento in cui, a seguito della condotta umana, si determina la lesione di un diritto ed il momento in cui tale lesione si esteriorizza e diventa conoscibile da parte del danneggiato. Lo stesso problema si pone, inoltre, in tutti quei casi in cui, pur esistendo un danno e pur essendo lo stesso conosciuto, colui che lo ha subito non è in grado di accertarne il responsabile<sup>334</sup> oppure nelle ipotesi in cui il diritto non può essere fatto valere a causa di una norma successivamente dichiarata incostituzionale<sup>335</sup>.

Se, infatti, si fa decorrere il termine prescrizione dal momento della scoperta del danno, cioè dal momento in cui il danneggiato si rende conto di aver subito una lesione, si rischia di soggettivizzare oltre misura il sistema di tutela dei diritti ancorandolo a parametri troppo fluidi ed incerti, senza contare inoltre che l'esercizio dell'azione risarcitoria potrebbe essere temporalmente differito oltre ogni ragionevole certezza.

Se, al contrario, si rimane ancorati ad una lettura restrittiva dell'articolo 2947 del Codice civile si rischia di negare la tutela giuridica dei diritti nei casi di ignoranza incolpevole circa l'esistenza del diritto stesso o della sua lesione.

Mediare tra le opposte esigenze, tuttavia, non è semplice tant'è che la stessa giurisprudenza dominante per venire incontro alle istanze di tutela dei danneggiati ha dovuto abbandonare, più o meno coscientemente, l'interpretazione letterale dell'articolo 2947 per accogliere una lettura della norma alla luce delle principi

---

<sup>334</sup> In senso negativo, Cassazione Civile, Sezione I, n. 2429 del 12 marzo 1994, nella quale si afferma che *“la disposizione dell'art. 2935 c.c., secondo cui la prescrizione comincia a decorrere dal momento in cui il diritto può essere fatto valere, si riferisce soltanto alla possibilità legale di far valere il diritto e, quindi, alle cause impeditive di ordine generale dell'esercizio del diritto medesimo – quali una condizione sospensiva non ancora verificatasi o un termine non ancora scaduto- con la conseguenza che l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto (nell'ipotesi per incertezza nell'individuazione del debitore) non è idonea ad impedire il decorso della prescrizione”*.

<sup>335</sup> Esclude tale possibilità, Cassazione Civile, Sezione lavoro, n. 986 del 27 gennaio 1993, rinvenibile in *Foro italiano*, 1994, I, 1120, nella quale si afferma che *“il vizio di illegittimità costituzionale non ancora dichiarato costituisce una mera difficoltà di fatto all'esercizio del diritto assicurato dalla norma depurata dall'incostituzionalità e, pertanto, non impedisce il corso della prescrizione (art. 2935 c.c.), restando esclusa la possibilità di far decorrere il termine prescrizione dalla pubblicazione della pronuncia d'incostituzionalità, ancorché meramente ablativa ma cosiddetta additiva, atteso che anche tale sentenza non è creatrice di una nuova norma ma solo liberatrice di un contenuto normativo già presente, sia pure in nuce, nella disposizione dichiarata costituzionalmente illegittima”*.

generali in materia di illecito aquiliano e di decorrenza del termine prescrizione.

Sotto tale profilo si è affermato che tra gli articoli 2947 e l'art. 2935 non esiste un rapporto di specialità e che le due disposizioni si collocano su piani diversi in quanto la prima attiene alla determinazione del termine prescrizione applicabile ad una delle tante ipotesi che il legislatore ha assoggettato a prescrizione più breve rispetto a quella ordinaria, mentre l'altra disciplina la decorrenza della prescrizione con riferimento a qualsiasi termine applicabile.

Secondo tale orientamento, dunque, il diritto al risarcimento del danno non sorge per effetto della sola condotta illecita dell'agente ma per effetto del danno ad essa eziologicamente collegato. In altri termini il concetto di fatto di cui all'articolo 2947, viene interpretato come comprensivo non soltanto del fatto materiale, costituito dal comportamento illecito del danneggiante, ma anche dell'evento, consistente nella modificazione della realtà esteriore e del danno ingiusto collegato all'evento. Se dunque il danno, nonostante la condotta illecita, non si è ancora verificato, non sorge alcun diritto al risarcimento e quindi nessun termine di prescrizione inizia a decorrere.

A tal fine, però, non è sufficiente la semplice oggettiva realizzazione del danno, la sua ontologica esistenza ma è necessaria una sua esteriorizzazione, conoscibilità ed acquisto di rilevanza giuridica da parte del danneggiato<sup>336</sup>.

---

<sup>336</sup> In questo senso, Cassazione Civile, Sezione III, n. 5913 del 9 maggio 2000, in *Danno e responsabilità*, 2000, 10, p. 1021, nella quale si afferma che “il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto illecito sorge non dal momento in cui l'agente compie l'illecito o dal momento in cui il fatto del terzo determina ontologicamente il danno all'altrui diritto, bensì dal momento in cui la produzione del danno si manifesta all'esterno divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile”. Conforme, Cassazione Civile, Sezione lavoro 12666 del 29 agosto 2003; *id.*, n. 9927 del 28 luglio 2000; Cassazione Civile., Sezione II, n. 13 del 4 gennaio 1993; Tribunale di Roma, 8 gennaio 2003 in *Foro italiano*, 2003, I, 622. *Contra*, Cassazione Civile, Sezione III, n. 11094 del 10 ottobre 1992, nella quale si afferma che: “nel caso in cui il notaio che ha rogato l'atto pubblico di trasferimento di un immobile ometta di verificare la libertà del bene, il termine di prescrizione del diritto dell'acquirente al risarcimento del danno subito a causa di un'ipoteca, gravante a sua insaputa, sull'immobile stesso, decorre dalla data di stipulazione dell'atto pubblico perché è in questo momento che la posizione dell'acquirente è pregiudizievolemente incisa dall'ipoteca esistente sul bene esposto all'esecuzione forzata per il soddisfacimento del credito garantito ed è da questo momento che l'acquirente può, conseguentemente, far valere la sua pretesa risarcitoria, costituendo i successivi esborsi seguiti alla sospensione dei pagamenti da parte del terzo debitore, originario datore di ipoteca ed alla minaccia, da

Ciò, comunque, non significa che la semplice ignoranza del danneggiato circa l'esistenza del danno subito possa precludere il decorso della prescrizione in quanto gli stati di ignoranza meramente soggettiva costituiscono un impedimento di fatto e come tale irrilevante.

Tale orientamento in atto dominante è stato, tuttavia, sottoposto a vivaci critiche da una parte della dottrina la quale è giunta a conclusioni diametralmente opposte rilevando che *“la prescrizione non decorre dal momento del verificarsi del danno né tanto meno dal momento in cui il danno si manifesta alla vittima ma dal giorno in cui è stata compiuta l'azione o l'omissione donde il danno è disceso”*<sup>337</sup>.

L'orientamento in esame, a tal fine, valorizza sia un'interpretazione strettamente letterale dell'articolo 2947, sia la funzione essenziale della prescrizione. Sotto quest'ultimo profilo si fa rilevare che il Codice civile del 1942 ha introdotto all'articolo 2947 una prescrizione breve del diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito per ragioni legate alla necessità di provare per testimoni gli elementi costitutivi della fattispecie e alla conseguente difficoltà che il decorso di un notevole lasso di tempo possa in essi scemare il ricordo dei fatti.

La soluzione criticata, quindi, determina sicuramente uno svantaggio per la difesa ed i diritti ad essa connessi costringendo ciascuno a dover mantenere la memoria e le prove per qualsivoglia attività per un periodo indefinito di tempo poiché il manifestarsi del danno può, nel caso concreto, dipendere da una serie di fattori sottratti all'influenza umana.

Tale soluzione, inoltre, si pone, secondo l'orientamento da ultimo esposto, in contrasto con la stessa interpretazione letterale dell'articolo 2947.

Si è affermato, infatti, che tale norma nel fissare la decorrenza del termine di prescrizione, si riferisce testualmente al fatto illecito e non al danno. Invero, l'articolo 2043 del Codice civile distingue nettamente tra fatto doloso o colposo e

---

*parte del creditore garantito, di esecuzione sul bene ipotecato, solo ulteriori aggravamenti incidenti sul “quantum” da risarcire ma del tutto ininfluenti sul già iniziato decorso della prescrizione, al pari della circostanza dell'ignoranza dell'acquirente dato che il principio che esclude la decorrenza della prescrizione nel tempo in cui il diritto non può essere fatto valere (art. 2935 c.c.) si riferisce solo alle cause giuridiche impeditive dell'esercizio di tale diritto e non anche ai semplici ostacoli di fatto, tra i quali l'ignoranza (colpevole o meno) del titolare in ordine alla sussistenza del diritto”.*

<sup>337</sup> Così MONATERI P.G. in *Danno e Responsabilità*, 2004, IV, p. 392.

danno ingiusto, così come la stessa distinzione si ritrova nell'articolo 2947, dove si parla di "*diritto al risarcimento del danno*" derivante da "*fatto illecito*". In ambedue le norme esiste, dunque, una contrapposizione tra danno e fatto. Questo significa che il legislatore quando ha utilizzato il termine fatto per segnare l'inizio della prescrizione ha voluto fare riferimento al momento in cui si verifica l'azione o l'omissione causativa dell'evento dannoso.

Si tratta, ad avviso della dottrina in esame, di una norma speciale rispetto a quella generale dell'articolo 2935 giustificata dalla particolare funzione della prescrizione nell'ambito della responsabilità civile da fatto illecito che, come appunto si è detto, è fondata su ragioni di carattere probatorio e di certezza giuridica.

In altri termini, posto il carattere di specialità dell'articolo 2947 rispetto all'articolo 2935, risulta necessario ammettere che nel caso dell'azione di risarcimento il legislatore ha agganciato la decorrenza della prescrizione al compimento degli elementi della fattispecie da cui deriva il danno, ma non al manifestarsi del danno.

Trasponendo, pertanto, le due teorie prospettate al caso del danno da provvedimento nullo, si avrà che la prescrizione quinquennale decorre dal momento in cui il provvedimento viziato diviene efficace se si aderisce alla teoria della specialità dell'articolo 2947. Diversamente, se si riconosce autonomia all'articolo 2947, allora la prescrizione quinquennale inizierà a decorrere dal momento in cui il danno s'è realmente verificato ed esteriorizzato. V'è da dire che risulta evidente la differenza tra colui che deliberatamente e coscientemente omette di agire in giudizio per far valere un diritto e colui che, invece, non può agire non avendo conoscenza dell'esistenza del diritto o del soggetto contro cui farlo valere. Emerge, quindi, in maniera palese l'esigenza di mediare tra le opposte soluzioni e la necessità di trovare un giusto punto di equilibrio, non dimenticando tuttavia che funzione principale del meccanismo prescrizionale è quella di assicurare la certezza dei rapporti giuridici.

Il problema che si pone è quindi quello di selezionare attraverso un criterio oggettivo le ipotesi in cui l'ignoranza del titolare circa l'esistenza del diritto o la possibilità di farlo valere abbia efficacia per così dire sospensiva della decorrenza del termine prescrizionale ed ipotesi che, invece, integrando dei meri impedimenti di fatto di carattere soggettivo rimangono interni alla sfera giuridica del danneggiato.

Si tratta quindi di trovare un giusto punto di equilibrio tra le ragionevoli istanze di tutela dei danneggiati ed il principio generale di certezza dei rapporti giuridici. Ad avviso di chi scrive, tale equilibrio può essere raggiunto attraverso un'adeguata valorizzazione del concetto di attualità dell'interesse ad agire e del principio di buona fede alla stregua del quale valutare se il difetto di conoscenza sia ingiustificato e dipeso dalla violazione del generale dovere di diligenza e informazione gravante sulla generalità dei consociati<sup>338</sup>.

In questo modo, il corso della prescrizione non subirebbe interruzioni dipendenti da meri stati soggettivi ma verrebbe ad essere impedito soltanto da eventi estranei alla sfera giuridica del danneggiato ed a lui non imputabili per negligenza o trascuratezza.

---

<sup>338</sup> Posto, dunque, che il momento in cui il diritto può essere fatto valere coincide con quello in cui diventa attuale la possibilità e l'interesse al suo esercizio, tale attualità presuppone a sua volta che il titolare del detto diritto sia a conoscenza della sua esistenza e della possibilità di farlo valere oppure non ne sia venuto a conoscenza per sua colpa. Il concetto di colpa che, tuttavia, viene in considerazione non coincide con la colpa soggettiva bensì con quella oggettiva intesa quale inosservanza della normale diligenza in relazione a precisi ed obiettivi canoni sociali e professionali di condotta. In altri termini, quindi, vi sarà ignoranza colpevole - e quindi non sospensiva del termine prescrizione - tutte le volte in cui essa, alla stregua del generale principio di buona fede e rapportata alla normale diligenza, non appaia tale da giustificare il sacrificio del principio generale della certezza del diritto. Al contrario tale principio potrebbe e dovrebbe subire una compressione quando l'ignoranza del titolare del diritto non sia colpevole ovvero sia dipesa da una serie di fattori oggettivi che avrebbero reso impossibile la conoscenza non solo al suo titolare ma a qualsiasi altro individuo accorto e diligente che si fosse trovato nella medesima situazione.

### **Considerazioni conclusive**

Alla fine di questa lunga trattazione sul riparto di giurisdizione e sui suoi rapporti con i vizi del provvedimento amministrativo passiamo ora a fornire una breve sintesi di quanto fin qui rappresentato e delle conclusioni alle quali s'è pervenuti.

Partendo, allora, dalla pronuncia n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale può dirsi che se è vero che la giurisdizione nel nostro ordinamento è unica ed è esercitata in linea di principio da magistrati ordinari, è anche vero che il giudice amministrativo ha nell'esercizio della sua funzione di garante della tutela degli interessi legittimi, la medesima dignità che la Costituzione attribuisce al giudice ordinario per la tutela dei diritti soggettivi.

Ed infatti s'è visto che gli interessi legittimi, originariamente assorti all'attenzione di dottrina e giurisprudenza quali posizioni giuridiche rimaste prive di tutela a seguito della Legge abolitrice del contenzioso amministrativo, hanno prima assunto i caratteri di vere e proprie posizioni giuridiche di diritto sostanziale (mentre v'era chi sosteneva che si trattasse di meri interessi processuali) e, successivamente, sono stati costituzionalizzati mediante l'espressa previsione dell'articolo 24 della nostra Carta fondamentale, venendo equiparati in termini di dignità e tutela ai diritti soggettivi.

Risulta, pertanto, a dir poco anacronistico prima ancora che contrario alla Costituzione, continuare a sostenere (come avviene, invece, in parecchie pronunce delle giurisdizioni superiori) che l'interesse legittimo possa derivare la sua esistenza dalla compressione che il diritto soggettivo subirebbe a seguito dell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione. È noto, del resto, che questa visione dell'interesse legittimo quale "fratello minore del diritto soggettivo", risalente al tempo in cui gli stati liberali tendevano a limitare al massimo il loro intervento nelle relazioni tra privati ed esercitavano nei confronti di questi prevalentemente atti di natura ablatoria, potrebbe essere idonea a giustificare l'esistenza degli interessi oppositivi ma non anche l'esistenza di quelli pretesivi, per i quali non è possibile ipotizzare la titolarità di un diritto da degradare in capo al privato che, invece, chiede all'amministrazione di ampliare la propria sfera giuridica.



In realtà, chi scrive è pienamente convinto che le posizioni giuridiche oppostive e pretensive vantate dal privato nei confronti dell'amministrazione rientrino entrambe nella categoria generale degli interessi legittimi, che altro non sono che la posizione giuridica propria del destinatario (in via diretta o indiretta) dell'esercizio autoritativo del potere dell'amministrazione, il quale può pretendere il rispetto delle regole che la legge fissa per l'esercizio di detto potere affinché gli sia riconosciuto il bene della vita di cui è stato privato (nel caso degli interessi oppositivi) o a cui aspira mediante l'esercizio dell'azione amministrativa (nel caso degli interessi pretensivi).

Partendo, allora, dal presupposto che l'interesse legittimo nasce non già nel momento in cui il diritto soggettivo viene degradato ma nel momento in cui l'amministrazione inizia ad esercitare il potere autoritativo conferitole dalla legge, risulta del tutto evidente che l'idea che un provvedimento improduttivo di effetti, quale è il provvedimento nullo, possa configurare la violazione dei soli diritti soggettivi, è destituita di qualunque fondamento logico prima ancora che giuridico.

Se, infatti, esiste il potere in capo all'amministrazione e sussistono i presupposti di fatto e di diritto affinché essa lo eserciti, il vizio che colpisce il provvedimento non ha alcuna rilevanza ai fini dell'individuazione della posizione giuridica, che non potrà che essere una posizione d'interesse legittimo.

Diversamente, se l'esercizio dell'azione amministrativa non è supportato da alcun potere o non sussistono i presupposti materiali o giuridici perché esso possa essere fatto valere, allora il provvedimento non potrà che essere violativo di diritti soggettivi.

Detta differenziazione reca la conseguenza che ciò che rileva sul fronte dell'individuazione del plesso giurisdizionale competente a conoscere del provvedimento amministrativo, non è conoscere quale sia il vizio che colpisce il provvedimento, quanto accertare se l'esercizio dell'azione amministrativa sia stato supportato da una norma attributiva del potere autoritativo e se siano state rispettate le norme che individuano i presupposti di fatto e di diritto affinché detto potere venga esercitato.

Questa impostazione, peraltro, risulta in linea sia con quanto affermato in tema di riparto di giurisdizione nella già citata sentenza n. 204 del 2004, sia con quanto

previsto dal legislatore del 2005, che nel riformare la Legge n. 241 del 1990, ha codificato per la prima volta i vizi del provvedimento amministrativo.

Più in particolare, quanto alla pronuncia della Corte Costituzionale, si ricorda che essa ha affermato a chiare lettere il principio per il quale il giudice amministrativo è giudice degli interessi legittimi, ossia il giudice preposto a valutare la legittimità dell'esercizio del potere autoritativo da parte dell'amministrazione, ed ha precisato che perfino la giurisdizione esclusiva, nata e costituzionalizzata per consentire al giudice amministrativo di conoscere e pronunciarsi in particolari casi anche su talune posizioni giuridiche di diritto soggettivo, può essere prevista dal legislatore solo quando si sia in presenza di materie che presuppongono l'esercizio del potere autoritativo e involgono in sé posizioni giuridiche d'interesse legittimo, per la tutela delle quali in ogni caso sarebbe prevista la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo.

Quanto all'opera di novellazione della Legge n. 241 del 1990, essa nel codificare i vizi del provvedimento ha da un lato precisato il principio per il quale i casi di nullità nel diritto amministrativo sono tassativi e la violazione delle regole che riguardano l'esercizio dell'azione amministrativa (salva diversa espressa previsione di legge) determinano sempre l'annullabilità del provvedimento, dall'altro non ha fatto alcun riferimento al riparto di giurisdizione (tranne che per la previsione della giurisdizione esclusiva nel caso della nullità del provvedimento per violazione o elusione del giudicato) lasciando all'operatore del diritto la necessità di ricorrere ai criteri generali in materia di riparto previsti in Costituzione e ribaditi dalla Corte Costituzionale.

Pertanto, interpretando il combinato disposto degli articoli 21 *septies* ed *octies*, si può ricavare che se per i casi di annullabilità del provvedimento bisogna ricorrere sempre e comunque alla giurisdizione del giudice amministrativo, unico organo giurisdizionale a potere annullare i provvedimenti dell'amministrazione, per i casi di nullità del provvedimento amministrativo, invece, occorre distinguere tra le nullità testuali e strutturali, che presuppongono l'esistenza del potere in capo all'amministrazione e consistono di fatto nella violazione di norme sull'esercizio del potere, ed i casi di nullità per difetto assoluto di attribuzione, che invece derivano

dalla mancanza del potere in capo all'amministrazione o dalla insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per poterlo fare valere.

Le prime, allora, devono essere fatte valere innanzi al giudice amministrativo, le seconde invece rimangono oggetto di cognizione del giudice ordinario.

Quanto ai casi di nullità per violazione o elusione del giudicato, poi, s'è visto che il problema della giurisdizione è risolto a monte dal legislatore, con la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Detta previsione è risultata al nostro esame conforme alla costituzione in quanto s'è visto che l'esercizio dell'attività provvedimentale in violazione o elusione del giudicato presuppone necessariamente l'esistenza del potere in capo all'amministrazione, non potendo l'amministrazione per legge non ottemperare alle pronunce giurisdizionali.

A questo punto, però, con l'ammettere l'esperibilità dell'azione di nullità innanzi al giudice amministrativo emergono non pochi problemi di natura processuale, legati al fatto che il processo amministrativo nasce come processo caducatorio del provvedimento, con effetti costitutivi e con un termine decadenziale assai ristretto per la proposizione del ricorso introduttivo del giudizio. L'azione di nullità, invece, è un'azione dichiarativa, non sottoposta ad alcun termine decadenziale e mirata a far valere un vizio del provvedimento probabilmente eccepibile anche d'ufficio.

S'è visto, allora, che in via interpretativa ciascuno dei problemi appena citati può trovare una soluzione: in forza delle regole che governano il processo civile ed amministrativo dovrebbe essere possibile ammettere l'esperibilità dell'azione meramente dichiarativa della nullità del provvedimento sia nel processo civile che amministrativo. Alla pari, dovrebbe essere possibile affermare l'insussistenza di un termine decadenziale per l'esperimento di detta azione e la rilevabilità *ex officio* del vizio della nullità da parte del giudice.

Tuttavia non può tacersi che sarebbe quantomeno auspicabile un preciso intervento del legislatore in materia, al fine di colmare le lacune del sistema e garantire una disciplina esatta dell'azione di accertamento del vizio della nullità del provvedimento sia nel giudizio amministrativo che in quello civile.

In tal senso, lo si è già detto, non è casuale che la delega di cui all'articolo 44 della Legge n. 69 del 2009, prevista per il riassetto del processo amministrativo e finalizzata ad adeguare la vigente normativa in materia di giustizia amministrativa

alla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, nonché a coordinarla con le norme del Codice di procedura civile e ad assicurare la concentrazione delle tutele del cittadino innanzi l'autorità giurisdizionale, dia mandato al legislatore governativo di disciplinare nel processo amministrativo anche le azioni dichiarative.

È chiaro, comunque, che al di là delle questioni legate alla nullità del provvedimento, la delega al Governo per il riordino del sistema di giustizia amministrativa risulta essere un'occasione assai importante per realizzare lo svecchiamento di un intero impianto normativo eccessivamente stratificatosi nel tempo e, per questo, in molti casi inadeguato a garantire la piena tutela delle posizioni giuridiche dei cittadini.

Casi come quello della *traslatio iudicii* risultano emblematici per comprendere quanto indietro sia rimasto il legislatore nel rendere effettivi i principi in materia di giustizia previsti in Costituzione. La stessa risarcibilità del danno da violazione dell'interesse legittimo, riconosciuta prima in giurisprudenza e, poi, timidamente prevista dal legislatore, rimane una materia troppo poco normata (si pensi al problema della c.d. pregiudiziale di cui s'è detto nel secondo capitolo) e che meriterebbe, invece, una puntuale e completa disciplina per diradare tutti i dubbi che essa presenta sia sotto il profilo sostanziale che processuale.

È per queste ragioni che, *de jure condendo*, ci si augura che il Governo sappia ben sfruttare la predetta delega, attuando definitivamente ed in maniera chiara e concreta i principi costituzionali sui quali si fonda il sistema di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi dei cittadini.

## **BIBLIOGRAFIA**

ABBAMONTE G., *L'affermazione legislativa e giurisprudenziale della risarcibilità del danno derivante dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Profili sostanziali e processuali*, in *Consiglio di Stato*, VII, 2000.

ABBAMONTE O., *L'eccesso di potere – Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1986.

AIELLO G., *La nullità del provvedimento amministrativo tra dubbi e certezze*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

ALBINI A., *Le sentenze dichiarative nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1952.

ALESSI R., *Primi rilievi sulla l. 28 gennaio 1977 n. 10 sull'edificabilità dei suoli*, in *Consiglio di Stato*, 1976.

ALESSI R., *Principi di diritto amministrativo*, I, Milano, 1966.

ALESSI R., *Spunti in materia di pregiudizialità nel processo amministrativo*, in *Il processo amministrativo*, *Scritti in onore di Miele*, Milano, 1979.

ALLEGRETTI F., *Pubblica amministrazione ed ordinamento democratico*, in *Foro italiano*, V, 1984.

ALLORIO E., *Per una teoria generale dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1951.

AMOROSINO E., *Interpretazione delle norme transitorie contenute negli atti 38 e 42 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, istitutiva dei T.A.R.*, in *Amministrazione italiana*, 1972.

AMORTH A., *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940.

AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto suriettivo affievolito*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1940.

ANDRIOLI V., *Bilancio della legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. E*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1965.

ANDRIOLI V., *Curatori al ventre per i T.A.R.*, in *Foro italiano*, III, 1972.

ANDRIOLI V., *Rapporti tra giudice ordinario e amministrativo e istituzione dei tribunali amministrativi regionali. Ancora a proposito dei tribunali amministrativi*

*regionali nelle controversie d'impiego dei dipendenti di enti*, in *Foro italiano*, I, 1973:

ANGELETTI A., *L'interesse legittimo tra provvedimento amministrativo e criteri distintivi*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988.

ANTONELLI V., *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005.

ARU T., *A proposito della "effettività" del giudizio amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Milano, 1981,

AZZARITI G., *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988.

BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966.

BALDASSARRE A. *Diritti Inviolabili* in *Enciclopedia Giuridica dell'Istituto Enciclopedico italiano*, XI, Roma, 1990.

BALESTRA F., *I T.A.R.*, in *Nuova Rassegna*, 1971:

BALLERINI A., *Alcune considerazioni sulla composizione dei T.A.R.*, in *Atti XVII Convegno Scienza amministrativa- Varenna 1971*.

BARBIERI E.M., *Giurisdizione esclusiva nel giudizio amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XV, Roma, 1989.

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1985.

BARTOLE S., *Transessualismo e diritti inviolabili nell'uomo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979.

BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002.

BARUCCHI A., *La creazione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel quadro politico-istituzionale del tempo*, in *Consiglio di Stato*, VI, 1989.

BASSI F., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1969.

BASSI, *Autorità e consenso*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1992.

BENVENUTI F., *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 1950.

BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1969.

- BENVENUTI F., *L'istruzione del processo amministrativo*, Padova, 1953.
- BENVENUTI F., *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994.
- BERTI G., *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, 1988.
- BERTI G., *La giustizia amministrativa dopo il D. Lgs. N. 80 del 1998 e la sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Diritto Pubblico*, 2000.
- BESSONE M., *Edificabilità dei suoli, rendita urbana e pubblici poteri di governo del territorio*, in *Giurisprudenza di merito*, IV, 1978;
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, vol. III, Milano, 1987.
- BOGNETTI G., *Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale*, in *Giustizia*, 1977.
- CADEDU L., *La ripartizione delle giurisdizioni nella giurisprudenza (1996-1998)*, in *Giornale diritto amministrativo*, 1999;
- CAIANELLO V., *Problemi di giurisdizione e competenza nella legge istitutiva dei tribunali regionali amministrativi*, in *Atti della tavola rotonda sul processo amministrativo (Bologna, 1973)*, Milano, 1974.
- CAIANIELLO V., *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994.
- CAIANELLO V., *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in *Atti del convegno celebrativo "Cento anni di giurisdizione amministrativa Torino 10-12 novembre 1989"*, Milano, 1996.
- CAIANIELLO V., *Il giudice amministrativo ed i nuovi criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Foro Amministrativo*, vol. II, 1998.
- CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amministrativo*, 1980.
- CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1942;
- CAMMEO F., *La efficacia di un ricorso al Consiglio di Stato diretto ad una Sezione incompetente*, in *Giurisprudenza italiana*, vol. III, 1909.
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi di giustizia amministrativa*, Milano, 1911-12.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914.
- CAMMEO F., *Osservazioni in tema di competenza esclusiva del Consiglio di Stato in materia di pubblico impiego*, in *Foro italiano*, III, 1925.

CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (ristampa con note di aggiornamento).

CAMOGLIO, in *Commento della Costituzione* a cura di BRANCA G., sub articolo 24, Bologna, 1981.

CANNADA BARTOLI E., *In margine all'efficacia dell'art. 27 n. 4 del t.u. sul Consiglio di Stato*, in *Foro amministrativo*, I, 1960.

CANNADA BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso l'amministrazione*, Milano, 1964.

CANNADA BARTOLI E., *La legge sui tribunali amministrativi regionali ed i limiti della giurisdizione amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972.

CANNADA BARTOLI E., *Sul criterio del «petitum» (nota a Cons. di Stato, Sez. VI, 23 ottobre 1998, n. 1478)*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1999.

CAPOGRASSI G., *Le questioni di stato e la giurisdizione ordinaria*, in *Foro italiano*, I, 1915.

CARANTA R., *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano 1990.

CARANTA R., *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Milano, 1993.

CARANTA R., *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro italiano*, I, 1999.

CARBONE V., *Dannosità e illegittimità dell'atto amministrativo prima della l. 205/2000 e della sentenza 292/2000 della Corte Costituzionale*, in *Corriere Giuridico*, 2000.

CARDARELLI e ZENO ZENCOVICH, *Osservazioni sulla nullità del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla nullità civilistica*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

CARNELUTTI F., *Eccesso di potere*, in *Rivista di diritto processuale civile*, I, 1924.

CARNEVALE P., *Gli istituendi T.A.R.*, in *Nuova rassegna*, 1970.

CARPENTIERI P., *Diritto alla salute, localizzazione degli impianti e giudice ordinario*, in *Urbanistica e Appalti*, 2007.

CARROZZA e FRACCHIA, *Art. 35 d.lgs. 80/1998 e risarcibilità degli interessi meritevoli di tutela: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro italiano*, III, 2000.



CARUSO INGHILLERI D., *Petitem, causa petendi ed oggetto del ricorso nella giurisdizione amministrativa di annullamento*, in *Rivista diritto pubblico*, I, 1934.

CASANOVA L., *Del diritto costituzionale*, Genova, 1860.

CASSETTA E., *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 1952.

CASSETTA E., *Osservazioni sull'ammissibilità di azioni di mero accertamento*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1953.

CASSETTA E., *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, I, 1962.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2000.

CASSARINO S., *Le situazioni giuridiche soggettive e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956.

CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989.

CASSESE S., *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999.

CAVALLO B., *Provvedimenti ed atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da SANTANIELLO G., III, Padova, 1993, p. 300.

CAVALLO PERIN R., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993.

CAVALLO PERIN R., *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D'Amelio*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2004.

CAVINO, *La specializzazione della magistratura amministrativa: una modifica tacita della Costituzione?*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2001.

CERULLI IRELLI V., *Il problema del riparto delle giurisdizioni – Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979.

CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984.

CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2000.

CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione esclusiva ed azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2004.

CERULLI IRELLI V., in *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, in *www.giustamm.it*, 2005.

CHIEPPA R., *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2003.

CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, terza edizione, Napoli, 1923.

CINTIOLI F., *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *www.giustamm.it*, 2004.

CIRILLO G. P., *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, Padova, 2003.

CIRILLO G. P., *L'annullamento dell'atto amministrativo e il giudizio sull'antigiuridicità ingiusta dell'illecito derivanti dall'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa*, in *Foro amministrativo, Consiglio di Stato*, 2003.

CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989.

CLARICH M., *Dieci anni di trasparenza amministrativa: una scommessa vinta per il cittadino*, in *Guida al Diritto*, XXX, 2000.

CLARICH M., *La tribunalizzazione del giudice amministrativo evitata*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004.

CLARICH M., *La pregiudizialità amministrativa riaffermata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2008.

CODACCI PISANELLI G., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939.

CODACCI PISANELLI A., *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, nel *La giustizia amministrativa*, IV, 1892.

COGO G.P. e altri, *I T.A.R.*, in *Avvocatura degli enti pubblici*, 1972.

COMPORI G. D., *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003.

CONSOLO C., *La Cassazione prosegue nel suo dialogo con l'art. 1421 c.c. e trova la soluzione più proporzionata (la nullità del contratto va sempre rilevata, ma non si forma "ad ogni effetto" il giudicato)*, in *Corriere giuridico*, 2006.

CONTESSA C., *Le Sezioni Unite, l'Adunanza Plenaria ed il riparto in materia risarcitoria: ultimi atti di un'infinita historia*, in *Urbanistica e appalti*, 2005.

CORASANITI A., *La nuova giurisdizione in materia di concessioni dopo l'art. 5 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034*, in *quaderni ISGEA*, 1976.

CORREALE G., *Osservazioni sul tema della rilevanza dell'atto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1969.

CORSO G., *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969.

CUGURRA G., *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2000.

D'ALESSIO V. F., *Rapporti e conflitti fra le due Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Milano, 1912.

D'ALESSIO V.F., *Le parti nel giudizio amministrativo*, Roma, 1915.

D'AMELIO M e ROMANO S., *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 1929.

D'AMELIO M., *L'eccesso di potere definito dal legislatore*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 1930.

D'AMELIO M., *Il caso Laurens in quarant'anni di giurisprudenza*, in *Studi per CAMMEO F.*, I, Padova, 1933.

D'AMELIO P., *La formazione del diritto amministrativo*, in *Foro Amministrativo*, 1969, vol. II, p. 118;

D'AMICO A., *Considerazioni in ordine all'articolo 11, L. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Foro amministrativo*, 1992.

D'ANGELO L., *Regime dei suoli e disciplina dell'attività costruttiva*, in *Rivista giuridica ed.*, II, 1977.

D'ANGELO L., *Difetto di motivazione ed interferenze tra regole di validità del provvedimento amministrativo*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

D'ORSOGNA M., *Violazione ed elusione del giudicato nella nuova disciplina della nullità dei provvedimenti*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n.6 del 2007.

DE FELICE S., *Della nullità del provvedimento amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

DE MARZO G., *Azioni possessorie e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, ed in *Urbanistica e Appalti*, 2004.

DE PAOLA F., *Sulla istituzione dei T.A.R. con riguardo alla Regione siciliana*, in *Rivista Amministrativa*, 1972.

DE ROBERTO A., *I tribunali amministrativi: le vicende che hanno portato alla loro istituzione*, in *Foro amministrativo*, II, 1984.

DE ROBERTO A., *Il silenzio del funzionario responsabile nel procedimento amministrativo*, in *Nuova rassegna*, 1992.

DE VALLES A., *Validità degli atti amministrativi*, Padova, 1986, ristampa edizione del 1916;

DE VALLES A., *I servizi pubblici*, in ORLANDO V. E. (a cura di), *Primo Trattato Completo di diritto amministrativo italiano*, VI, parte I, Milano, 1930.

DE VALLES A., *Limite di competenza fra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Foro amministrativo*, I, 1931, 1.

DELFINO B., *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni*, in *quaderni ISGEA*, 1976.

DI GASPARE G., *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992.

DI MODUGNO N., *Silvio Spaventa e la giurisdizione amministrativa in un discorso mai pronunciato*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1991.

DIMAJO A., *Tutela di annullamento e risarcitoria contro gli atti della P.A.: l'acquis civilistico*, in *Corriere giuridico*, 2008.

ESPOSITO C., *La validità delle leggi*, Padova, 1934 (letto nella ristampa inalterata ESPOSITO C., *La validità delle leggi*, Milano, 1964)

FALCON G., *Il giudice amministrativo fra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2001.

FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia giuridica*, XIV, Milano, 1965.

FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967.

FAVARA F., *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di rapporti di concessione e la concessione contratto*, in *Rassegna Avvocatura di Stato*, I, 1974.

FAZZALARI E., *Il doppio grado nella legge sui tribunali amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972.

FERRARA R., *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985;

FORLENZA O., *Per Servizi ed urbanistica giudice unico è il Tar*, in *Guida al diritto*, XVI, 1998.

FORTI U., *Competenza del giudice amministrativo sulle questioni pregiudiziali concernenti diritti civili*, in *Foro italiano*, III, 1935.

FORTI, *In tema di eccesso di potere*, in *Foro italiano*, 1937.

FRACCHIA F., *Violazione di giudicato e nullità del provvedimento*, in *Foro italiano*, III, 1993.

FRANCO I., *Commento all'art. 7*, in *La giustizia amministrativa. Commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205*, a cura di V. Italia, Milano, 2000.

FROSINI V., *Potere (teoria generale)*, in *Nss. D.I.*, XIII, Torino, 1968.

GALLO N., *La difficile nascita dei T.A.R.*, in *Rivista trimestrale pubblica*, 1972.

GARBAGNATI E., *La giurisdizione amministrativa*, Milano, 1950.

GAROFOLI R., *I servizi pubblici*, in CARINGELLA F. - DE MARZO G.- DELLA VALLE F.- GAROFOLI R., *La nuova giurisdizione del giudice amministrativo*, Milano, 2000.

GAROFOLI R., *Unicità della giurisdizione e indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema giurisdizionale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1998.

GAROFOLI R. – RACCA G.M. – DI PALMA M., *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003

GAROFOLI R., in *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in [www.Giurisprudenza-amministrativa.it](http://www.Giurisprudenza-amministrativa.it).

GARRONE G.B., in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di ROMANO A., Padova, 2001.

GASPARRI P., *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Bologna, 1948.

GASPARRI P., *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano, 1965.

GASPERINI M.P., *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002.

GIACCHETTI S., *La giurisdizione esclusiva*, in *Foro amministrativo*, II, 1985.

- GIACCHETTI S., *La risarcibilità degli interessi legittimi è in coltivazione*, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1999.
- GIACCHETTI C. e S., in *Occupazione in carenza di potere, riparto di giurisdizione e concezione a “matrioska” del provvedimento amministrativo*, in *Foro amministrativo CDS*, 2006.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi.*, Milano, 1939.
- GIANNINI M.S., *La giustizia amministrativa : appunti dalle lezioni tenute dal prof. Massimo Severo Giannini / raccolti a cura del dott. Raffaele Juso*, Roma 1959.
- GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Rivista di diritto processuale*, 1963.
- GIANNINI M.S. – PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970.
- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950.
- GIANNINI M.S., *Tribunali Amministrativi Regionali*, in *Temi romani*, 1972.
- GIANNINI M.S., voce *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959.
- GIORGI G., *La giustizia amministrativa nel Consiglio di Stato*, in *La giustizia amministrativa*, IV, 1911.
- GIOVAGNOLI R., *Il contenzioso in materia di servizi pubblici*, Milano, 2004.
- GIOVAGNOLI R., *I silenzi della pubblica amministrazione dopo la legge n. 80 /2005*, Milano, 2005.
- GRACO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980.
- GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato – I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986.
- GRECO G., *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000.

GROSSI P.F., *Introduzione ad uno studio sui diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, Padova, 1972.

GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1949.

GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, I, Milano 1983.

GUARINO G., *E' ancora attuale il pensiero di Silvio Spaventa?* in *Silvio Spaventa. Filosofia Diritto Politica*, a cura di RICCI S., Napoli, 1991.

GUCCIARDI E., *Diritto, interesse e doppia tutela*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1951.

GUICCIARDI E., *Sentenze dichiarative del giudice amministrativo?*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1951.

GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957.

IANNOTTA R., *La giurisdizione del giudice amministrativo*, Milano, 1985.

IRTI N., *Risoluzione di contratto nullo*; Cassazione Civile, n. 244 del 1972.

JEMOLO A. C., *Limiti della "giurisdizione esclusiva" del Consiglio di Stato in materia di pubblico impiego*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 1926.

KELSEN H., *L'illecito dello Stato*, Napoli, 1988.

LAMORGESE A., *Nullità dell'atto amministrativo e giudice ordinario*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009.

LANDI G., *La funzione consultiva del Consiglio di Stato*, in *Studi per il cento cinquantenario del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1997.

LANFRANCHI L., *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano, 1969.

LEDDA F., *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Torino, 1962.

LEDDA F., *La giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *Nuova rassegna*, 1971.

LEDDA F., *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi*, in *Diritto amministrativo*, 1996.

LENER R., *Potere (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985.

LENTINI M., *Termine di impugnativa degli atti assolutamente nulli*, in *Nuova rassegna*, 1949.

- LEPORINI G., *Di una teoria dei limiti della competenza della IV Sezione*, in *Studi senesi*, 1892.
- LESSONA S., *Competenza esclusiva e decisioni di condanna*, in *Rivista di diritto processuale civile*, II, 1928.
- LESSONA S., *Nullità ed annullabilità degli atti amministrativi*, in *Rivista amministrativa R.I.*, II, 1949.
- LESSONA S., *Le guarentigie dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957.
- LESSONA S., *Nullità ed annullabilità degli atti amministrativi nella reazione giurisdizionale*, in *Foro padano*, 1959.
- LIGNANI P. G., *La disciplina del procedimento e le sue contraddizioni*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1992.
- LIPARI M., *La nuova giurisdizione amministrativa in materia edilizia, urbanistica e dei pubblici servizi*, in *Urbanistica e Appalti*, 1998.
- LIPARI M., *I nuovi criteri di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. I lineamenti della riforma*, in *Diritto e formazione*, 2001.
- LOMBARDI G., *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970.
- LUBRANO F., *Aspetti interpretativi e costituzionali dell'attuazione della legge sui T.A.R.*, in *Rivista Amministrativa*, 1972.
- LUBRANO F., *Problemi in tema di competenza dei tribunali amministrativi regionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972.
- LUCIFREDDI R., *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1941.
- LUGO A., *T.A.R. e diritto transitorio*, in *Giustizia civile*, II, 1972.
- LUGO A., *Il potere dispositivo e l'onere della prova nel processo amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1983.
- LUGO, *Le azioni di mero accertamento nell'ambito del processo amministrativo*, in *Giustizia civile*, II, 1964.
- LUISO F. P., *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002.
- MAINELLI G., *Istituzione de T.A.R. e riordinamento della materia dei ricorsi amministrativi*, in *Amministrazione italiana*, 1972.



- MANFREDI M., *Tramonto di un'illusione*, in *Nuova rassegna*, 1971.
- MANGANARO F., *Il risarcimento del danno non si addice agli interessi legittimi, nota di commento a Consiglio di Stato, sezione VI, 15 aprile 2003, n. 1945*, in *Urbanistica ed appalti*, 2003;
- MANGIA A., *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007.
- MARICONDA V., *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. e si corregge: è vera svolta?*, in *Corriere giuridico*, 2005.
- MARTINO A., *Ancora sui T.A.R.*, in *Nuova rassegna*, 1971.
- MASI, *Interessi legittimi pretensivi e risarcimento: il giudice amministrativo alla ricerca del bene della vita*, in *Urbanistica e appalti*, 2001.
- MATTARELLA B.G., *Il provvedimento*, voce del *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE S., Milano, Giuffrè, 2000 (II ed., 2003).
- MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.
- MAZZAMUTO M., *Il riparto di giurisdizione: dal criterio del petitum con pregiudizialità del giudice amministrativo alla legge n. 205 del 2000*, in *Diritto Pubblico*, 2001.
- MAZZAROLLI L., *Sul regime della proprietà immobiliare*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1978.
- MAZZAROLLI L., *Consiglio di Stato e diritti soggettivi*, in *Atti del Convegno celebrativo del centocinquantenario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983.
- MAZZAROLLI L., *Il Consiglio di Stato come giudice dei diritti soggettivi*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983.
- MAZZAROLLI L., *Il giudizio di ottemperanza oggi, risultati concreti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1990.
- MAZZAROLLI L., *Profili evolutivi della tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Diritto e società*, 1990.
- MAZZAROLLI L., *Fatti evolutivi della tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Atti del convegno celebrativo "Cento anni di giurisdizione amministrativa Torino 10-12 novembre 1989"*, Milano, 1996.

MAZZAROLLI L., *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2006.

MEREGAZZI R., *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, *Atti del Congresso celebrativo delle leggi amministrative di unificazione*, nel volume *La giustizia amministrativa*, a cura di MIELE G., Vicenza, 1968.

MEUCCI L., *Il principio organico del contenzioso amministrativo nelle leggi recenti*, in *Giustizia amministrativa.*, IV, 1891.

MIELE G., *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amministrativo*, IV, 1940.

MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953.

MIELE G., *La giustizia amministrativa*, in *Atti del Convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Venezia, 1969.

MIGLIORINI L., *Brevi note sulla posizione del giudice e delle parti nel processo amministrativo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, 1988;

MINGHETTI M., *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, 1881.

MOLASCHI V., *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto*, in *Foro Italiano*, III, 2002.

MONATERI P.G., *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*, in *Danno e Responsabilità*, 2004, IV, p. 392.

MONTEDORO G., *La costituzionalità del nuovo assetto del riparto di giurisdizione dopo l'Adunanza Plenaria n. 4 del 2003*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2004.

MONTEDORO G., *L'azione di nullità del provvedimento amministrativo*, in *Trattato di giustizia amministrativa* di CARINGELLA e GAROFOLI, Milano, 2006.

MONTESANO L., *Sulla riparazione dei sacrifici patrimoniali imposti da atti amministrativi illegittimi*, in *Foro italiano*, IV, 1964.

MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1997.

MORBIDELLI G., *Della responsabilità contrattuale (e di quella provvedi mentale) dei dirigenti*, in *Diritto amministrativo*, 1999.

MORELLI G., *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno*, Milano, 1966.

MORTARA L., *Ancora sui limiti rispettivi delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria e dell'autorità amministrativa*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1897.

MORTATA L., *La giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa per il sindacato di legittimità degli atti amministrativi*, in *Rivista diritto pubblico*, 1930

MORTATA L., *Un contrasto tra il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione felicemente eliminato*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1932.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1958.

MOSCA G., *Appunti di diritto costituzionale*, Firenze, 1912.

MOSCARINI L., *Risarcibilità degli interessi legittimi e termine di decadenza: riflessioni a margine dell'ordinanza n. 1 dell'Ad. pl. del Consiglio di Stato 2 gennaio 2000*, in *Diritto processuale amministrativo* 2001.

MURRA R., *Ancora un no all'ingresso delle azioni di mero accertamento nel processo amministrativo*, in *Corriere giuridico*, 1990.

NAPOLITANO G., *I servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001.

NICOSIA F.M., *Interesse legittimo e tutela giurisdizionale*, Napoli, 1991.

NIGRO M., *La legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali*, in *Consiglio di Stato*, 1972;

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983.

OLESSINA A., *L'esercizio dell'autotutela rispetto a decisioni pluristrutturate contrastanti con il diritto comunitario*, in *Giurisprudenza italiana*, 2006.

ORLANDO V.E., *Rapporti tra la competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato e quella giudiziaria*, in *Archivio di Diritto Pubblico*, 1891.

ORLANDO V.E., *Contenzioso amministrativo*, in *Digesto italiano*, vol. VIII, parte 2°, Torino 1988.

ORSI BATTAGLINI, *I tribunali amministrativi regionali e la continuità dello Stato liberale*, in *Quale Giustizia*, 1972.

ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1988.

PAJNO A., *Costituzione del sistema di tutela e comunicabilità delle giurisdizioni: traslatio iudici o salvezza degli effetti della domanda?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007.

PALADIN L., *Problemi e prospettive dei rapporti fra giudici ordinari e pubbliche amministrazioni*, in *Atti del Convegno Funzione amministrativa e funzione giurisdizionale: rapporti interferenze conflitti*, Venezia, 1979.

PALEOLOGO G., *La legge 1990 n. 241: procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti dell'amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1991.

PARISIO V., *Servizi pubblici e Monopoli*, in PICOZZA E. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, Rimini, 1997.

PASINI G., *Un problema di mancato coordinamento tra le nuove norme di giustizia amministrativa*, in *Rivista amministrativa*, 1972.

PATRONI GRIFFI F., *La L. 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dall'entrata in vigore. Termini e responsabile del procedimento: partecipazione procedimentale*, in *Foro italiano*, III, 1993.

PESCATORE G., *Il Consiglio di Stato: da Carlo Alberto ai problemi attuali*, in *Studi per il cento cinquantenario del Consiglio di Stato*, I, Roma, 1981.

PETRI V., *Un'importante additiva di principio in tema di traslatio iudicii tra giudice ordinario e giudice speciale*, in [www.giustam.it](http://www.giustam.it), 7 del 2007.

PEVERELLI P., *Commenti intorno allo statuto del regno di Sardegna*, Torino, 1849.

PICCARDI L., *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa*, Roma, 1932;

PICOZZA E., *Linee guida di diritto amministrativo*, Padova, 1999.

PIRAINO S., *L'azione nel processo amministrativo*, Milano, 1981.

PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962.

PIRAS A., *Invalidità (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Milano, 1971.

PIZZI A., *Le convenzioni amministrative: considerazioni sul regime giuridico applicabile*, in *Rivista trimestrale diritto processuale civile*, 1985, p. 288.

POLI V., *Edilizia, urbanistica, espropriazione*, in *Il riparto di giurisdizione*, a cura di CARINGELLA F., DE NICTOLIS R., GAROFOLI F., POLI V., Milano, 2005.

POLICE A., *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non più esclusiva*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004.

POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione*, Milano, 2005.

PONTE D., *La nullità del provvedimento*, Milano, 2007.

PONTICELLI V., *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato, Indagini storiche*, Milano, 1958,

PORRINI R., *Contributo alla teoria delle nullità di atti amministrativi*, in *Archivio giuridico*, LXIV, 1900.

PORRINI R., *La giurisdizione amministrativa di annullamento*, in *Archivio Giuridico*, 1892.

PORTALURI P. L., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998.

POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

POZZATO M., *Il principio di contrattualità nella L. n. 241/90, note di comparazione con la legge federale tedesca sul procedimento*, in *Contratti*, 1994.

PREDIERI A., *La legge 28 gennaio 1977 n. 10 sull'edificabilità dei suoli*, Milano, 1977.

PRESUTTI E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, III edizione, Messina, 1931.

PROTO M., *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997.

PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1979.

PROTO PISANI A., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro Italiano*, V, 2001.

QUARANTA R., *Il principio di contrattualità dell'azione amministrativa e gli accordi procedurali, normativi e di organizzazione*, in *Consiglio di Stato*, II, 1986.

RAGGI L., *Sull'atto amministrativo*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 1917.

RANELLETTI O., *A proposito di una questione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892.

- RANELETTI O., *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa*, in *Foro italiano*, I, 1893.
- RANELLETTI O., *Per la distinzione degli atti d'imperio e di gestione*, in *Studi di diritto moderno e di storia del diritto in memoria di V. Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, I, Milano, 1905 (ora in *Scritti giuridici scelti*, III, Università di Camerino, Jovene, 1992).
- RANELLETTI O., *L'impugnativa di un atto amministrativo nella competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa*, in *Foro amministrativo*, I, 1931.
- RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia amministrativa nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937.
- RECCHIA G., *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dirigenti in diritto comparato e in diritto comunitario*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2002;
- RESTA F., *La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di CAMMEO F.*, II, Padova, 1933.
- ROHERSSEN G., *Giustizia amministrativa*, in *Novissimo digesto italiano*, VII, Torino, 1965.
- ROHERSEN G., *I tribunali amministrativi regionali nel quadro della giustizia amministrativa. I tribunali amministrativi e l'ordinamento regionale*, in *Rivista amministrativa*, 1972.
- ROHERSSEN G., *Brevi osservazioni sulla nuova giurisdizione in materia di concessioni*, in *Rassegna lavori pubblici*, I, 1976.
- ROHERSSEN G., *Consiglio di Stato e Tribunali amministrativi regionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, III, Torino, 1989.
- ROHERSSEN G., *La giurisdizione esclusiva*, in *Impresa ambiente e pubblica amministrazione*, I, 1978.
- ROMAGNOSI G. D., *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, 1814, Milano.
- ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939.
- ROMANO A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1965;
- ROMANO A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975.

ROMANO A., *La situazione legittimante del processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1989.

ROMANO G., *Prime riflessioni sulla Legge 7 agosto 1990 n. 241*, in *Rassegna giurisprudenza energia elettrica*, 1991.

ROMANO A., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2001;

ROMANO A., *Il quadro normativo della giurisdizione esclusiva sino all'avvento della Costituzione*, in *Atti del XLIX convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2004.

ROMANO S., *Relazione al capo del Governo sull'attività del Consiglio di Stato nel biennio 1929-30*, Roma, 1930-31.

ROMANO S., *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Studi per il centenario*, I, Roma, 1932.

ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937.

ROMANO S., *Il diritto pubblico italiano*, Milano, edizione postuma, 1988.

ROMANO S., *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947

ROMANO TASSONE A., *Sul problema della c.d. "pregiudiziale amministrativa"*, intervento al convegno tenuto a Trento il 9-10 novembre 2000, in FALCON G. (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, 2001, Trento.

ROMANO TASSONE A., *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, [www.giust.it](http://www.giust.it) n. 3 del 2001;

ROMANO TASSONE A., *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Diritto amministrativo*, 2004.

ROMANO TASSONE A., *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, *Relazione al Convegno L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, *Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada Bartoli*, Siena 22-23 giugno 2007.

ROMANO TASSONE A., *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto d'invalidità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, II, Milano 1993.

ROVELLI L., *Sui caratteri delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 1914.

RUSSO, *Sulla competenza del sindacato di legittimità dei provvedimenti amministrativi nei contratti dei Comuni*, in *Foro italiano*, I, 1931.

SACCO R., voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig.disc.priv.*, vol. XII, 1995.

SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904.

SALVATORE P., *Le nuove ipotesi risarcitorie gravanti sulla pubblica amministrazione*, in *Consiglio di Stato*, II, 2002.

SANDULLI A.M., *Interferenze fra incompetenza ed eccesso di potere*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1947.

SANDULLI A.M., *Questioni in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro italiano*, I, 1952.

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

SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1973.

SANDULLI A.M., *Sul regime attuale del silenzio inadempimento della pubblica amministrazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1977.

SANDULLI A.M., *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in *Atti del Convegno celebrativo del centocinquantenario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983.

SANDULLI M.A., *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*, in *Foro amministrativo, T.A.R.*, supplemento al n. 6 del 2005.

SANDULLI P., *La tutela dei diritti dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione per materia*, Milano, 2004.

SASSANI B., *La nuova giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1999.

SATTA F., *Principi di giustizia amministrativa*, Padova, 1978.

SCHANZER C., *La posizione costituzionale della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Nuova antologia*, 1900.

SCHINAIA M. E., *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation delle attività soggette a provvedimenti*



*autorizzatori ed all'inerzia dell'amministrazione, in Diritto processuale amministrativo, 1991.*

SCHINAIA M. E., *Lo stato attuale dell'ordinamento italiano in relazione al processo di armonizzazione europea in materia di responsabilità della pubblica amministrazione, in Consiglio di Stato, VII, 2002.*

SCIALOJA E., *La competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria, in Foro italiano., 1891.*

SCIALOJA E., *Sui limiti della competenza della Sezione IV del Consiglio di Stato, in Giustizia amministrativa, IV, 1891.*

SCIALOJA E., *Ancora sui limiti della competenza della Sezione IV del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria, in Giustizia amministrativa, IV, 1892.*

SCIALOJA V., *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale, in Rivista di diritto pubblico, I, 1931.*

SCISO E. M., *Il pubblico servizio, Milano, 2003.*

SCIULLO G., *Il comportamento dell'amministrazione nell'ottemperanza, in Diritto processuale amministrativo, 1997.*

SCOCA F. G., *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione, Milano, 1965.*

SCOCA F. G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo, Milano, 1990.*

SCOCA F. G., *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni, (ordinaria e amministrativa) , in Diritto processuale amministrativo, 1989.*

SCOCA F. G., che in *La tutela processuale del silenzio dell'amministrazione, in MORBIDELLI G. (a cura di), Funzione ed oggetto della giurisdizione amministrativa. Nuove e vecchie questioni [Atti del Convegno promosso dalla Fondazione Cesifin – Centro per lo studio delle Istituzioni finanziarie e dall'Associazione fra gli studiosi del processo amministrativo , Firenze, 8-9 maggio 1998], Torino, 2000.*

SCOCA F.G., *Conclusioni in Riforma della L. n. 241/1990 e processo amministrativo, in Foro amministrativo, TAR, supplemento al n.6/2005 a cura di SANDULLI A.M..*

SCOCA F.G., *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica, in La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della*

*legge sul procedimento (Atti del convegno di Caserta del 20 maggio 2005)*, Torino, 2005

SCOCA F.G., *Giustizia amministrativa*, Torino, 2005.

SCOCA F.G., *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, V, 2005.

SCOTTI E., *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003.

SCOTTO I., *I T.A.R.*, in *Consiglio di Stato*, 1971.

SIOTTO PINTOR G., *Effetti di atti discrezionali e competenza della autorità giudiziaria*, in *Rivista di diritto pubblico*, II, 1912.

SIRIANI G., *L'esame parlamentare della riforma del procedimento amministrativo*, in *Foro amministrativo*, 1993.

SORACE V., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000.

SORDI B., *Giannini e il diritto amministrativo del suo tempo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000.

SORDI B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione d'interesse legittimo*, Milano, 1985.

SORRENTINO A., *Brevi note sulle norme transitorie della legge istitutiva dei T.A.R.*, in *Consiglio di Stato*, 1971.

SPAGNOLETTI L., *Riflessioni sulla natura della tutela risarcitoria affidata al giudice amministrativo*, in *Consiglio di Stato*, II, 2003.

SPASIANO M.R., *Art. 21 septies, Nullità del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione, saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005.

SPAVENTA S., *La giustizia nella amministrazione*, Bari, 1910.

STANCAMPIANO E., *Ragioni dell'avvento dei TAR*, in *Nuova rassegna*, 1972.

STANCANELLI G., *L'impugnativa delle decisioni del giudice amministrativo nel sistema giurisdizionale italiano*, Milano, 1971.

STELLA RICHTER P., *Il principio di concentrazione nella legge di riforma della giustizia amministrativa*, in *Giustizia civile*, II, 2000.

STELLA RICHTER P., *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970.

STELLA RICHTER P., *Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, III, 1988.

SUSCA A., *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005

TISCINI, *La giurisdizione esclusiva tra (vecchi e nuovi) sospetti di illegittimità costituzionale*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2001.

TOMEI R., *L'accordo di programma nella legislazione per il Mezzogiorno, profili generali ed istituzionali*, in *Archivio giuridico Serafini*, 1992.

TRAVI A., *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme*, in *Foro Italiano*, V, 2001.

TRAVI A., *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2001.

TRAVI A., *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazione senza titolo dell'amministrazione*, nota alla sentenza della Corte costituzionale n.191 del 2006, in *Foro italiano*, 2006.

TRAVI A., *Pregiudiziale e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro italiano*, 2008, III, pp. 3 ss.

TRENTIN S., *L'atto amministrativo – contributi allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione*, Roma, 1915;

TREVES G., *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936.

TROCKER N., *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974.

VACIRCA G., *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per cento cinquantenario del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981.

VARONE S., *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004.

VERBARI G.B., *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1992.

VERBARI G.B., *Procedimenti amministrativi in materia di modelli, invenzioni e marchi*, Milano, 1969.

VERRIENTI L., *Sub art. 17 T.U. Cons. Stato*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001.

VILLATA R., *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza e attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1989.

- VILLATA R., *Orientamenti recenti della giurisprudenza in tema di giudizio di ottemperanza*, in *Diritto processuale Amministrativo*, 1993.
- VILLATA R., *Pubblici servizi, discussioni e problemi*, Milano, 2001.
- VILLATA R., *La riforma*, in B. Sassani e R. Villata (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, Torino, 2001.
- VIPIANA M. P., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990.
- VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972.
- VIRGA P., *Il tribunale amministrativo della Sicilia*, in *Osservatorio legislativo*, 1972;
- VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica Amministrazione*, Milano, 1982.
- VIRGA P., *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, Milano, 1987.
- VITTA, *La giurisdizione amministrativa e il diritto obiettivo*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 1921.
- VOLPE C., I servizi pubblici, in CERULLI IRELLI V., *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205*, Torino, 2000.
- VUCUSA R., *I T.A.R. nei riflessi dell'ordinamento regionale*, in *Funzione amministrativa*, 1972;
- WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, I, Torino, 1930.
- ZANELLI E., *Servizi pubblici locali e Corte costituzionale: un passo avanti e due indietro*, in *Corriere Giuridico*, 2005.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, I Edizione, Milano, 1936.