

9. La rilettura del criterio della causa petendi: lo schema logico norma-potere-effetto

10. La soluzione del Codice del processo amministrativo

11. La giurisdizione amministrativa oggi

11.1 I poteri privati della P.A.

11.2 I poteri pubblici "puri" della P.A.

11.2.1 Attività vincolata

11.2.1 I diritti fondamentali

11.3 I poteri pubblici "impuri" della P.A.

11.3.1 Atti nulli

11.3.2 Comportamenti mediamente collegati al potere

11.4 I poteri intermedi della P.A.

12. La giurisdizione esclusiva

9. La rilettura del criterio della causa petendi: lo schema logico norma-potere-effetto

La comprensione del sistema attorno al quale si impernia il riparto di giurisdizione muove necessariamente dal rinnovato esame delle situazioni giuridiche soggettive, più spinto – in adesione all'arresto costituzionale – alla ricerca dei rapporti tra potere e interesse legittimo o, eccezionalmente, diritto soggettivo.

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Potere	Norma	Effetto

Nello schema del rapporto autoritativo l'effetto è il provvedimento amministrativo. Il provvedimento comprime la sfera giuridica del destinatario quando ha contenuto restrittivo o, nei procedimenti ad istanza di parte, quando è negativo.

Nelle funzioni restrittive l'interesse legittimo apparentemente nasce solo con l'adozione del provvedimento.

Nei provvedimenti di espropriazione l'effetto è il trasferimento coattivo del diritto reale, nei provvedimenti sanzionatori l'effetto è la nascita di un obbligo, nei provvedimenti esecutivi l'effetto è la nascita di posizione di soggezione. In tutte queste situazioni la situazione di interesse legittimo si colloca a valle del rapporto giuridico, prima del provvedimento esiste solo il diritto soggettivo.

Analogo fenomeno si percepisce nelle funzioni ampliative: l'interesse legittimo sorge solo se il provvedimento è sfavorevole. Un provvedimento ampliativo genera una posizione di diritto soggettivo, rimuovendo un limite al suo esercizio o attribuendo un diritto prima inesistente.

L'interesse legittimo, dunque, sembra figurare come effetto dello schema di produzione del rapporto giuridico. In ciò riflette lo schema di produzione del diritto soggettivo, che è sempre l'effetto di un fatto (negoziale o non) qualificato dalla norma.

In realtà le cose non stanno affatto così. Se l'interesse legittimo nascesse con il provvedimento amministrativo si avrebbe il paradosso per cui una posizione soggettiva attiva è il prodotto di un atto giuridico sfavorevole.

L'interesse legittimo, invece, è proprio la situazione che l'ordinamento attribuisce al destinatario di un provvedimento amministrativo per orientare la sua adozione in senso a sé favorevole, e viene in rilievo prima che lo stesso sia emanato, sin dal momento in cui il procedimento è aperto e origina dalla norma di legge che governa l'azione amministrativa.

Più precisamente nella Costituzione è individuato un compito che poi la legge tipizza assegnando alla P.A. il potere funzionale, cioè quello di stabilire nella situazione concreta quale sia la soluzione ottimale per il perseguimento dell'interesse generale. Su tale punto risiede il fulcro della questione: l'interesse generale è la sintesi di tutti gli interessi¹, pubblici e privati, che nell'esercizio del proprio compito nel caso concreto l'amministrazione deve considerare.

Senza dubbio nell'ambito dell'interesse generale l'interesse pubblico è dominante, ma ci sono anche quelli privati. Questi ultimi sono qualificati dalla norma e sono in contatto con il potere, in posizione di impulso o di freno rispetto al suo esercizio². In entrambi i casi, cioè, l'interesse legittimo serve ad orientare l'esercizio del potere: è la forma di partecipazione del privato alla produzione dell'effetto, che si realizza concretamente nel procedimento amministrativo (forma della funzione amministrativa), dunque ben prima dell'adozione del provvedimento, che, anzi, condiziona. Pertanto la sua tutela è riconosciuta solo quando il provvedimento è illegittimo, cioè lo viola (il che non accade in tutti i casi di lesione, ma solo quando la lesione si verifica, appunto, per un esercizio del potere difforme dalla legalità).

L'interesse legittimo è, in definitiva, un *præius* del provvedimento, al quale ultimo è deputato di realizzare nel caso concreto l'interesse generale (sintesi di tutti gli interessi pubblici e privati),

¹ Non bisogna dimenticare che secondo l'art. 1 Cost. la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione. L'interesse generale è quindi quello non dello Stato, ma quello del popolo, *id est* della collettività.

² L'interesse privato è qualificato – come interesse legittimo – in sede di fattispecie astratta, espressamente o implicitamente. Espressamente nelle funzioni ampliative, dove ha rilievo primario (la norma struttura il potere *sull'interesse* – anche se non *per l'interesse* – del privato); implicitamente nelle funzioni restrittive, dove ha rilievo secondario (la norma struttura il potere *sull'interesse pubblico*, l'interesse del privato è nelle norme che disciplinano l'incidenza di quel potere sul diritto soggettivo).

rispettando l'interesse legittimo (forma di protezione dell'interesse individuale nei confronti del potere amministrativo).

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Potere Interesse legittimo	Norma Interessi pubblici e privati	Effetto Interesse generale

La giurisdizione amministrativa si configura, allora, come controllo del giudice sull'esercizio del potere attraverso l'interesse legittimo.

L'interesse legittimo è un concetto che ha un senso in quanto la P.A. sia titolare ed eserciti, sia pure illegittimamente, un potere.

Ciò è particolarmente evidente quando, avviato il procedimento restrittivo, il privato conservi ancora la titolarità di un diritto soggettivo e, al tempo stesso, attivi la posizione di interesse legittimo che l'ordinamento gli assegna rispetto a quel procedimento. Nel procedimento espropriativo, ad esempio, anteriormente all'espropriazione il proprietario mantiene una difesa piena nelle relazioni con i privati e può contrastare l'aggressione fatta da terzi al suo diritto tramite le azioni previste dal codice civile. Invece, nei confronti della P.A. – sempre che la stessa non stia agendo al di fuori dei propri poteri – il diritto di proprietà non può essere utilmente fatto valere (salvo che per la determinazione dell'indennizzo), mentre a venire in rilievo è l'interesse legittimo³. Nei procedimenti ampliativi il privato è titolare da subito di un interesse legittimo pretensivo, che connota giuridicamente l'interesse del singolo a conseguire una posizione soggettiva attiva utilizzabile nelle relazioni con i privati.

In entrambe le ipotesi l'interesse legittimo serve a coordinare l'interesse privato rispetto a quello pubblico, in base alle norme che disciplinano il potere volto al perseguimento dell'interesse generale.

Per converso vi è diritto soggettivo quando non è necessario coordinare l'interesse privato con quello pubblico, perchè la P.A. agisce nel perseguimento dell'interesse generale attraverso strumenti che non comprimono la sfera giuridica del privato (negozi e comportamenti, provvedimenti vincolati nell'interesse individuale).

Dunque il criterio costituzionale del riparto di giurisdizione, fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, trova corrispondenza nelle dogmatica delle situazioni giuridiche,

³ Il potere espropriativo non si confronta con l'art. 832 c.c. ma con le norme che ne fissano i presupposti di legittimità e il procedimento. L'interesse a conservare il bene della vita oggetto del diritto di proprietà non è definito con lo schema del rapporto giuridico di proprietà, ma dalle norme che disciplinano il potere di espropriazione.

ancorata alla qualificazione normativa dell'interesse protetto e allo schema logico attraverso cui il rapporto giuridico in cui tale situazione opera viene in essere. Rappresentata graficamente la distribuzione della giurisdizione è la seguente.

il riparto di giurisdizione in base alla teoria del rapporto giuridico

ATTIVITÀ DELLA P.A.	SITUAZIONE SOGGETTIVA	GIURISDIZIONE
I livello (autoritativa)	interesse legittimo	G.A.
II livello (paritetica)	diritto soggettivo	G.O.
I livello connessa a II livello (intermedia)	intreccio tra interesse legittimo e diritto soggettivo	G.A. esclusiva

La giurisprudenza civile e amministrativa posteriori alla sentenza 204/04 sono orientati in senso conforme, sia pure con argomentazioni in parte divergenti tra loro e non compiutamente sintonizzate sulla teoria del rapporto giuridico⁴.

La Corte di Cassazione, in un fondamentale arresto a Sezioni Unite⁵, ha sostenuto che, ai fini del riparto di giurisdizione alla stregua del criterio ordinario, rilevano due momenti ed in particolare «la situazione soggettiva del cittadino considerata nel suo aspetto statico e gli effetti che l'ordinamento ricollega all'azione amministrativa una volta che questa sia esercitata».

La Suprema Corte, nel momento in cui ritiene che sul piano della tutela risarcitoria l'ordinamento non può trattare diversamente diritti soggettivi e interessi legittimi (pena la violazione dei principi di cui agli artt. 24, 111 e 113 Cost.), muove dalla premessa che gli uni sono «interessi che trovano protezione diretta nell'ordinamento», gli altri sono «interessi che trovano protezione attraverso l'intermediazione del potere amministrativo».

Ne consegue che, allorquando la posizione di partenza del privato di fronte all'attività amministrativa è di interesse legittimo (interessi pretensivi) sussiste la giurisdizione amministrativa. Quando è di diritto soggettivo occorre considerare quali sono gli effetti su di esso dell'azione amministrativa. In tale ultima ipotesi «quante volte si sia in presenza di atti riferibili oltre che ad una pubblica amministrazione a soggetti ad essa equiparati ai fini della tutela giudiziaria del destinatario del provvedimento e l'atto sia capace di esplicare i propri effetti perchè il potere non

⁴ Sullo sfondo si avverte la scarsa propensione dei giuristi ad interpretare l'ordinamento sulla base di categorie logico-scientifiche, piuttosto che di concetti ascrivibili al sapere umanistico, più agevolmente tramandabili, ma assai meno rigorosi e, perciò stesso, forieri del rischio di manipolazione delle norme. Conseguenze di ciò è la tendenza, assai presente nella letteratura giuridica moderna, così come nelle sentenze delle giurisdizioni superiori, a insistere su lunghe trattazioni descrittive, inidonee a risolvere il problema centrale della conoscenza umana: la dimostrazione.

⁵ Cass. sez. un., n. 13659 del 2006, in cui è stata affermata la giurisdizione amministrativa sulla domanda di risarcimento del danno da attività amministrativa illegittima, convergendo sulla posizione che il Consiglio di Stato aveva assunto sin dall'entrata in vigore della legge 205 del 2000, ma divergendone in parte quanto alle ragioni, con ricadute sul problema della cd. pregiudiziale amministrativa.

incontra ostacolo in diritti incompressibili della persona, la tutela giudiziaria deve dunque essere chiesta al giudice amministrativo». Infatti, il destinatario del provvedimento è titolare di un interesse legittimo oppositivo, che è la posizione che viene in rilievo dinanzi al potere amministrativo.

Per converso «la tutela giurisdizionale contro l'agire legittimo della pubblica amministrazione spetta al giudice ordinario, quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo legittimo o, se lo sopporti, quante volte l'azione della pubblica amministrazione non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere, che sia riconoscibile come tale, perché a sua volta deliberato nei modi in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o provvedimento e non come mera via di fatto».

Tracciando le conclusioni, dinanzi all'attività amministrativa:

- a) la giurisdizione del giudice amministrativo – sia essa di legittimità o esclusiva – sussiste in presenza di un concreto esercizio del potere, riconoscibile per tale in base al procedimento svolto ed alle forme adottate, in consonanza con le norme che lo regolano;
- b) la giurisdizione del giudice ordinario sussiste nelle ipotesi di attività paritetica, attività lesiva di diritti fondamentali, danni indirettamente causati dal cattivo o mancato esercizio di poteri amministrativi, comportamenti materiali.

Da questa partizione si evince come i comportamenti sono attribuiti alla giurisdizione ordinaria, salvo che non presentino un collegamento con il potere⁶, nel qual caso possono essere attribuiti alla giurisdizione amministrativa (esclusiva).

Il Consiglio di Stato, in un'altrettanto nota decisione in Adunanza Plenaria⁷, pur prendendo atto del comune richiamo ai principi stabiliti dalla Corte Costituzionale in tema di ambito della giurisdizione amministrativa esclusiva e della cognizione del giudice amministrativo sul diritto al risarcimento dei danni connesso al sindacato sulla legittimità dell'azione pubblica, ritiene permanente il contrasto con la giurisprudenza della Cassazione, ravvisandolo:

- 1) nell'implicita conferma della teoria della carenza di potere in concreto come ipotesi in cui sussiste la giurisdizione ordinaria⁸;

⁶ Un collegamento che non c'è, ad esempio, nell'ipotesi di danni alla persona o cose cagionati nell'erogazione di servizi pubblici o nello svolgimento di attività puramente materiali.

⁷ Cons. Stato, Ad. Pl., n. 12 del 2007.

⁸ «Quanto al primo la Corte Suprema configura la giurisdizione ordinaria non solo, com'è pacifico, nei casi in cui l'amministrazione agisce 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, o di decreto di espropriazione emesso fuori termine (ipotesi di vizi più gravi, che impedirebbero di rilevare la connessione tra l'attività materiale e l'esercizio di una potestà pubblica). La perplessità che tale indirizzo suscita non attiene soltanto alla identificazione di una categoria di speciali vizi che non sembra trovare conforto positivo e che anzi contrasta con le disposizioni analiticamente introdotte nel corpo della legge 241/90 con legge 15/05 ma nella sostituzione del criterio della riferibilità dell'esercizio del potere all'agire autoritativo, con il criterio del sindacato

2) nella costruzione di una categoria di diritti incompressibili assoluta e perciò sempre da comprendere nell'ambito della giurisdizione ordinaria⁹;

3) nella negazione della pregiudiziale amministrativa ai fini del risarcimento del danno.

Tralasciando l'ultimo punto, che sarà oggetto di trattazione nell'apposita sede, il conflitto non va enfatizzato.

Con riguardo al primo punto, infatti, la teoria della carenza di potere appare l'unico reale dissenso nell'ambito della classica concezione dell'affievolimento del diritto soggettivo a interesse legittimo, che la stessa pronuncia del Consiglio di Stato non ripudia¹⁰.

Con riguardo al secondo punto vi è da prendere atto, come tra breve vedremo, di una successiva svolta della Corte di Cassazione, che ammette la giurisdizione amministrativa (esclusiva) anche nelle ipotesi di diritti incompressibili.

Il vero punto di attrito – emerso in ordine all'interpretazione degli artt. 33 e 34 d.lgs. 80/98 – riguarda l'estensione della giurisdizione esclusiva, che muove da una diversa ricostruzione del rapporto tra potere e atti paritetici e comportamenti, atteso che il Consiglio di Stato attribuisce rilievo anche a nessi mediati (riconoscendo, in ipotesi di connessione diretta, già la giurisdizione di legittimità). Altro punto critico riguarda i provvedimenti vincolati.

In definitiva, sono oggetto di discussione quelle situazioni in cui il potere si presenta scolorito (carenza di potere in concreto, atti vincolati, diritti fondamentali) o distante dal segmento del rapporto oggetto di controversia (rapporti mediatamente collegati alla funzione amministrativa).

concreto della legittimità del provvedimento della cui applicazione si tratta, che non si vede come possa tal volta competere al giudice ordinario e tal altra al giudice amministrativo».

⁹ «La distinzione proposta dalla Corte di Cassazione (S.U. 1 agosto 2006, n. 17461) che rivendica la giurisdizione del giudice ordinario in ogni caso quando si sia in presenza di «posizioni soggettive a nucleo rigido» (es. in tema di salute e di ambiente) che, a differenza di quelle «a nucleo variabile», sarebbero assolutamente incompressibili è espressamente contraddetta dalla Corte Costituzionale (sentenza 27 aprile 2007, n. 140) e positivamente smentita dall'art. 21 c. 8 della Legge 1034/71, che prevede provvedimenti cautelari del giudice amministrativo anche in tema di «interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute, alla integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale». È ben vero che allo stato si riscontra positivamente in relazione a talune situazioni soggettive del genere di quelle indicate e di altre ancora una ordinaria e prevalente giurisdizione del giudice civile; tuttavia è seriamente controvertibile una tesi che, muovendo dalla categoria dei diritti soggettivi incompressibili e varcando la soglia della sola descrittività, sancisca aprioristicamente limiti assoluti e non costituzionalmente posti alla giurisdizione amministrativa».

¹⁰ «Ai fini della concreta verifica di questa è necessario poi ribadire che configurano situazioni soggettive di interesse legittimo non solo quelle che come tali originariamente nascono in capo al loro titolare sibbene anche quelle che pur qualificandosi genericamente ed in astratto di diritto soggettivo siano, in presenza di una norma che ciò consenta e di un procedimento ovvero di un provvedimento in tal senso indirizzato, successivamente apprezzabili in concreto come di interesse legittimo. Certo è necessario che procedimento e provvedimento siano svolti e decisi da un'autorità a ciò competente, senza che concorrano violazioni di legge, senza che intervengano sviamenti e note carenze. Questi, tuttavia, sono puntualmente i vizi rimessi allo scrutinio della giurisdizione amministrativa, individuabile anche in base al fondamentale criterio della riconducibilità della lesione sofferta all'esercizio del potere autoritativo in astratto conferito all'autorità».

10. La soluzione del Codice del processo amministrativo

L'articolo 7 del CPA delimita i confini della giurisdizione amministrativa, fornendole un respiro sistematico, finora a essa sconosciuto.

Si passa, infatti, dalla tradizionale previsione di devoluzione al giudice amministrativo dei ricorsi per incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge avverso i provvedimenti amministrativi, alla devoluzione alla giurisdizione amministrativa delle controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni (comma 1).

Tra le pubbliche amministrazioni devono intendersi ricomprese (comma 2) anche i soggetti a esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo. La nozione allargata non sembra coerente con la previsione del comma 1, facendo riferimento ai soggetti tenuti al rispetto dei soli principi sul procedimento, comprendendo anche soggetti che non svolgono funzioni amministrative e dunque non esercitano il potere amministrativo.

Il codice mantiene (comma 3) l'esclusione dalla giurisdizione degli «atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico», di cui si è detto a suo tempo.

I successivi commi distinguono le diverse articolazioni della giurisdizione amministrativa. Così, la giurisdizione generale di legittimità, nucleo storico primigenio, viene definita (comma 4) come attinente alle controversie relative ad atti, provvedimenti od omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma. La definizione recepisce l'impostazione delle note sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 e n. 191 dell'11 maggio 2006. Trova in tal modo conferma la giurisdizione amministrativa sul risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi. Il giudice amministrativo è dunque, a pieno titolo, il giudice naturale della legittimità dell'esercizio delle potestà pubbliche e può fornire tutela a tutto tondo agli interessi legittimi, anche in via risarcitoria. Si chiarisce inoltre, finalmente, che l'azione risarcitoria può essere introdotta anche in via autonoma, sanando così il contrasto di giurisprudenza intercorso sul punto tra il Consiglio di Stato e le sezioni Unite della Corte di cassazione.

In sede di giurisdizione esclusiva, il cui elenco è dettato nell'art. 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi (comma 5).

L'elemento caratterizzante della «giurisdizione con cognizione estesa al merito», il cui elenco è dettato nell'art. 134, è individuato (comma 6) nella possibilità per il giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione.

Il fulcro della disposizione è nel già citato comma 1, che stabilisce in quali casi ricorra la giurisdizione amministrativa, sia essa di legittimità o esclusiva.

Giurisdizione amministrativa

PREMESSA MINORE caso	PREMESSA MAGGIORE regola	CONCLUSIONE risultato
<ul style="list-style-type: none"> - Interesse legittimo o, in particolari materie, diritto soggettivo - Potere amministrativo - Provvedimenti, atti, accordi o comportamenti collegati al potere 	<ul style="list-style-type: none"> Art. 7, comma 1 CPA Art. 103 – 113 Cost. 	<ul style="list-style-type: none"> Giurisdizione amministrativa

Questa è la struttura formale della fattispecie, tipicamente deduttiva, per cui al verificarsi degli elementi sostanziali indicati nella premessa minore, si realizza l'effetto giuridico processuale indicato nella conclusione. L'analisi, quindi, deve vertere sui primi.

- *Controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi*: la formulazione ricalca quella della norma costituzionale e vale a delimitare complessivamente l'ambito della giurisdizione amministrativa, ripetendo che il criterio ordinario di attribuzione della giurisdizione è la natura di interesse legittimo della posizione azionata dal ricorrente, mentre la sua estensione ai diritti soggettivi si presenta eccezionale.

- *Concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo*: si tratta del criterio esplicativo del riparto di giurisdizione, nel senso che esso vale a delimitare tutte le ipotesi in cui può esservi la giurisdizione amministrativa. Potrebbe rimproverarsi al legislatore di avere sostituito il criterio costituzionale con altro assente nell'ordinamento positivo e frutto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Tuttavia, è proprio nel concetto di «potere amministrativo» che è stato individuato il reale fondamento costituzionale della giurisdizione amministrativa, esso rappresentando la traduzione operativa dell'interesse legittimo nel nostro sistema, così come il collegamento del diritto soggettivo al potere giustifica e al tempo stesso limita l'estensione della giurisdizione amministrativa nelle materie predeterminate dal legislatore. D'altra parte, che il

riferimento al potere valga a implementare nell'ordinamento il criterio costituzionale di riparto della giurisdizione, lo si evince dalla stessa struttura della norma, che lo pone subito dopo ed in relazione alla natura della posizione soggettiva oggetto di controversia.

- *Riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni*: tale elemento vale, da un lato, a individuare le forme in cui può manifestarsi il potere amministrativo e, dunque, sussistere la giurisdizione amministrativa, dall'altro a codificare la fondamentale distinzione tra attività direttamente e mediatamente collegata al potere, facendo rientrare anche quest'ultima ipotesi all'interno della giurisdizione amministrativa. Pur in assenza di specificazione, è intuitivo circoscrivere la rilevanza del collegamento mediato alle materie di giurisdizione esclusiva, facendo di tale distinzione la linea di confine tra giurisdizione di legittimità ed esclusiva.

Proprio l'ultimo elemento, non chiarendo a quali modalità dell'azione amministrativa possa riferirsi il collegamento mediato con il potere ed in cosa esso consista, lascia persistere non pochi problemi in ordine al riparto di giurisdizione. Infatti, è proprio nell'area di confine tra interesse legittimo e diritto soggettivo che questi si pongono più di frequente, ossia in quelle situazioni dove esistono tracce del potere, ma questo non appare incidere direttamente sulla posizione del destinatario dell'attività amministrativa. È essenziale, dunque, considerare la disposizione che definisce in particolare la giurisdizione di legittimità.

L'art. 7, comma 4 stabilisce che *“Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma”*.

La disposizione non sembra offrire molti dati, al di là della codificazione nell'area della giurisdizione amministrativa delle controversie in tema di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, classificato tra i diritti patrimoniali consequenziali, anche se disgiunte dall'azione di annullamento dell'atto lesivo. Tuttavia, la restrizione della giurisdizione di legittimità ad *“atti, provvedimenti o omissioni”*, sul tacito presupposto che costituiscano esercizio del potere, vale proprio a delimitare l'ambito in relazione alle ipotesi di collegamento mediato con il potere, che ne restano escluse, essendo tali modalità di azione tipiche espressione diretta di potere amministrativo, ivi comprese le omissioni, allorquando sussista un dovere pubblicistico di provvedere.

Qualche dubbio residua in ordine ai comportamenti cd. autoritativi, che la norma non menziona, se non, appunto, nell'ambito delle omissioni. Poiché in tali casi si versa in ipotesi di esercizio diretto del potere amministrativo, ci si deve domandare se si tratti di una svista o, piuttosto, se il legislatore intendesse comprenderli nella generica dizione di *“atti”*.

Giurisdizione amministrativa di legittimità

PREMESSA MINORE caso	PREMESSA MAGGIORE regola	CONCLUSIONE risultato
- Interesse legittimo - Potere amministrativo - Provvedimenti e atti direttamente riconducibili al potere amministrativo	Art. 7, comma 4 CPA Art. 103 – 113 Cost.	Giurisdizione amministrativa di legittimità

A questo punto resta da configurare la giurisdizione esclusiva. L'art. 7, comma 5 stabilisce che *“Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi”*.

In effetti la norma rinvia all'individuazione delle materie e precisa l'oggetto della cognizione del giudice in tali ipotesi, ma non chiarisce quando, nelle materie indicate dalla legge, la giurisdizione esclusiva ha ragion d'essere. Ciò lo ricava l'interprete da una semplice operazione algebrica, sottraendo dall'intera giurisdizione amministrativa quella di legittimità.

Giurisdizione amministrativa esclusiva

PREMESSA MINORE caso	PREMESSA MAGGIORE regola	CONCLUSIONE risultato
- Diritti soggettivi in particolari materie - Potere amministrativo - Atti, provvedimenti, accordi e comportamenti mediamente riconducibili al potere amministrativo	Art. 7, comma 5 CPA Art. 103 – 113 Cost.	Giurisdizione amministrativa esclusiva

Da quanto precede risulta che, perché possa aversi giurisdizione esclusiva non è sufficiente l'attinenza della controversia a una materia, occorrendo che la controversia abbia ad oggetto forme di azione connesse al potere amministrativo. Dunque non negozi di diritto privato né meri comportamenti. Laddove non siano le stesse disposizioni che devolvono una materia alla giurisdizione esclusiva a fissarne il perimetro, sarà l'interprete a dover individuare quali

controversie soddisfano questi requisiti, non solo perché ciò è imposto dalle norme che fissano in generale la giurisdizione amministrativa, ma anche perché tali requisiti giustificano l'estensione della giurisdizione amministrativa ai diritti soggettivi nella cornice costituzionale.

Si noti come il primo schema grafico, relativo alla giurisdizione amministrativa in generale, costituisce esattamente la somma del secondo e del terzo schema, relativi alla giurisdizione amministrativa di legittimità ed esclusiva.

Poiché il Codice del processo amministrativo ha accolto l'opzione teorica fondata sul concetto di potere, può esaminarsi la sua concreta implementazione nell'ordinamento sulla base del modello logico delineato in precedenza.

11. La giurisdizione amministrativa oggi

Se il fondamento della distribuzione di competenza tra giudice ordinario e giudice amministrativo e della legittimità costituzionale della devoluzione di specifiche controversie alla giurisdizione amministrativa esclusiva risiede nel concetto di potere, allora occorre considerare tutte le tipologie di situazioni in cui la P.A. è titolare di un potere, quale che ne sia la configurazione. Al riguardo può operarsi una classificazione tra:

- 1) poteri privati: posizioni di forza riconducibili alla capacità di diritto privato;
- 2) poteri pubblici "puri": posizioni di supremazia riconducibili alla capacità di diritto pubblico, che si esprimono in provvedimenti o comportamenti autoritativi¹¹;
- 3) poteri pubblici "impuri": posizioni di supremazia che si estrinsecano al di fuori degli indici formali dell'autorità amministrativa, cioè atti nulli e comportamenti mediamente collegati al potere¹²;
- 4) poteri intermedi: posizioni di supremazia oggetto di consenso.

Per ciascuna di queste situazioni si deve stabilire se in rapporto al potere esista o meno un interesse legittimo e, in presenza di diritti soggettivi, qualificare le ipotesi di giurisdizione esclusiva che vi insistono.

¹¹ I comportamenti autoritativi, attivi od omissivi, sono direttamente riconducibili allo schema dell'autorità – cap. XIII, sez. II, § 6.6.1 e 6.6.2 – in quanto costituiscono diretta espressione del potere, come in caso di attività materiale esecutiva di atti amministrativi, silenzio significativo (in realtà più correttamente ascrivibile a un provvedimento tacito), silenzio inadempimento. In particolare, nell'ipotesi di comportamenti esecutivi, anche quando il provvedimento sia illegittimo la condotta materiale non perde il connotato autoritativo, poiché al momento in cui è posta in essere costituisce attuazione di un provvedimento amministrativo efficace. Come rilevato nella stessa sede anche la Corte di Cassazione ha abbandonato la tesi che riqualificava – una volta intervenuto l'annullamento del provvedimento – tali comportamenti come fatti illeciti, lesivi di diritti soggettivi, recidendone il collegamento con il potere esercitato dall'amministrazione.

¹² Questa tipologia di comportamenti, pur non identificandosi nei nudi comportamenti, può solo indirettamente essere riferita allo schema dell'autorità – cfr. sempre cap. XIII, § 6.6.1 – essendo la connessione con il potere mediata.

11.1 I poteri privati della P.A.

La ricerca dei poteri privati della P.A. non può che avvenire all'interno di quei rapporti in cui l'ente pubblico opera da una posizione di forza qualificata da norme di diritto privato e non di diritto pubblico. La distinzione tra autorità privata e autorità pubblica, che risponde alla diversa natura degli interessi protetti, è scolpita dalla diversità della struttura logica¹³ e del ruolo che vi svolgono i principi di legalità e necessità¹⁴.

Ai fini del riparto di giurisdizione detta questione si pone come il punto di arrivo dell'analisi, atteso che a rilevare è proprio la natura del potere esercitato. Ragionando *a contrario* dall'art. 1, comma 1-*bis* della legge n. 241 del 1990, deve ritenersi che la natura privatistica del potere esclude che lo stesso possa qualificarsi come "autorità" ai sensi della disciplina della funzione amministrativa¹⁵, con la conseguenza che la posizione del destinatario è di diritto soggettivo o, se si preferisce, di interesse legittimo di diritto privato, equiparato, quanto a tutela, all'ampia categoria dei diritti di cui all'art. 2907 del codice civile.

Come ipotesi di lavoro, tuttavia, può essere assunto quale punto di partenza che nei rapporti di diritto comune la P.A. agisce quale soggetto privato. In proposito possono individuarsi i seguenti settori: contratti di appalto, obbligazioni pubbliche, beni pubblici, società controllate, crediti pecuniari, pubblico impiego privatizzato.

Nei contratti di appalto l'ente pubblico gode di poteri di autotutela nella fase dell'esecuzione (recesso, risoluzione, declaratoria di decadenza, sospensione del rapporto, etc.). Tali poteri, per giurisprudenza oramai costante¹⁶, hanno natura privatistica¹⁷, e le controversie nascenti dal loro esercizio spettano alla giurisdizione ordinaria. Qualora, invece, l'ente pubblico si avvalga dei poteri di autotutela pubblicistica (revoca e annullamento), riconducibili alla funzione di riesame sugli atti del procedimento di evidenza pubblica, la posizione del destinatario è di interesse legittimo e le relative controversie spettano alla giurisdizione amministrativa.

Tale assetto è stato confermato anche di recente dalla suprema Corte, secondo la quale, se è vero che in linea generale, una volta instaurato, a seguito di aggiudicazione conseguente a procedimento di evidenza pubblica, il rapporto negoziale privatistico tra la P.A. e l'aggiudicatario, tutte le

¹³ Cap. I, sez. II, § 2.

¹⁴ Il potere pubblico trova fondamento nella legge che ne vincola però l'esercizio; il potere privato trova limite nella legge e il suo esercizio è una libera scelta del titolare.

¹⁵ Se agli atti non autoritativi della P.A. si applicano – salvo che sia diversamente stabilito dalla legge – le norme del diritto privato, allora può dirsi, in virtù del secondo principio della logica formale, che, quando la P.A. agisce secondo le norme del diritto privato i suoi atti non hanno natura autoritativa nel significato proprio del diritto amministrativo.

¹⁶ Cass. sez. un., n. 27170 del 2006 e 4116 del 2007.

¹⁷ Cap. XIX, § 2.5.2.

controversie attinenti alle successive vicende verificatesi durante la fase di esecuzione del contratto, tenuto conto della condizione di parità tra le parti e, dunque, della natura di diritto soggettivo connotante la posizione di quella privata, rientrano, di regola, nella giurisdizione del giudice ordinario, è altresì vero che ciò non esclude la necessità di verificare se sussista la giurisdizione amministrativa, non potendo escludersi che anche nella fase esecutiva del contratto di appalto l'Amministrazione committente disponga di poteri autoritativi, il cui esercizio si manifesti attraverso atti espressione di discrezionalità, a fronte dei quali la posizione soggettiva del privato si attegga a interesse legittimo¹⁸.

Fenomeno analogo si verifica in tema di obbligazioni pubbliche (nascenti da fatti di diritto pubblico, come nell'ipotesi di sovvenzioni finanziarie), dovendosi distinguere le ipotesi in cui la P.A. ritiri il provvedimento da cui nasce il credito in favore del privato per motivi di legittimità o di merito, di competenza del giudice amministrativo, da quelle in cui adotti atti (siano essi definiti di revoca, decadenza o risoluzione) che abbiano come presupposto l'inadempimento da parte del beneficiario delle condizioni cui era stata subordinata l'attribuzione, oppure il sopravvenire di elementi ostativi all'erogazione, alla stregua di previsioni vuoi della legge vuoi del provvedimento che ammette il beneficio, che spettano al giudice ordinario.

In materia di beni pubblici la P.A. agisce quale privata proprietaria allorquando ne disponga mediante contratto e non attraverso concessione o altro strumento pubblicistico. In tal caso i mezzi di difesa utilizzabili sono quelli di diritto comune – quand'anche formalmente esercitati tramite atti amministrativi – e le relative controversie spettano alla giurisdizione ordinaria, riguardando posizioni di diritto soggettivo¹⁹.

¹⁸ Cass. sez. un., n. 23468/16, con riguardo a una controversia avente per oggetto il diritto al subentro nel contratto di appalto a seguito di cessione di azienda della mandataria del raggruppamento aggiudicatario:

«Tanto premesso, è da escludere, ad avviso del Collegio, che nella specie venga in rilievo l'esercizio di un potere amministrativo. Infatti, non costituisce esplicazione di autorità o di comparazione e ponderazione di interessi la verifica, da parte della stazione appaltante, che la vicenda soggettiva occorsa rientri o meno tra le fattispecie (operazioni di cessione di azienda e atti di trasformazione, fusione e scissione societaria), in presenza delle quali soltanto, ai sensi dell'art. 116 cod. contr. pubbl., è consentita la modificazione soggettiva dell'esecutore del contratto. Si tratta di una verifica avente carattere vincolato, essendo le condizioni del subentro predeterminate per legge, sicché il mutamento soggettivo costituisce uno degli eventi successivi alla stipulazione del contratto destinati ad una regolazione giuridica in cui l'Amministrazione partecipa in posizione paritaria con la parte privata. Non appaiono suscettibili di condurre a diversa soluzione né la circostanza che l'opposizione alla modificazione soggettiva ed il dichiarato effetto risolutivo sul contratto di appalto coinvolgono la tutela ed il perseguimento del pubblico interesse, né il fatto che la determinazione della stazione appaltante Expo debba essere preceduta, per espressa previsione normativa (art. 30 del decreto-legge n. 90 del 2014, convertito nella legge n. 114 del 2014), dal parere del presidente dell'ANAC, cui è demandato il compito di verificare, in via preventiva, la legittimità degli atti relativi (non solo all'affidamento, ma, appunto, anche) all'esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture per la realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento Expo Milano 2015. Infatti, il coinvolgimento del pubblico interesse si correla all'essere l'appalto promosso da un organismo di diritto pubblico, il quale deve agire in ogni momento secondo i principi di legalità, correttezza, trasparenza e buon andamento; ma ciò non comporta, di per sé, l'esercizio di strumenti di diritto pubblico, i quali non vengono in considerazione là dove l'attività della stazione appaltante sia, come nella specie, priva di alcun potere conformativo e si misuri, su basi di parità, con i diritti soggettivi che vanta la controparte privata».

¹⁹ Cass. sez. un., n. 25514 del 2006.

In materia di società controllate i poteri di controllo sulla compagine societaria attribuiti dal codice civile si qualificano come poteri privati del socio pubblico. La suprema Corte ha ribadito il principio pronunciandosi sulla revoca dell'amministratore nominato dal socio pubblico di una società per azioni partecipata da ente locale, affermando che la relativa controversia appartiene alla giurisdizione ordinaria e non alla giurisdizione amministrativa, trattandosi di atto *jure privatorum* e non *jure imperii*, alla luce dell'art. 4, comma 13, del d.l. n. 95 del 2012, conv. in legge n. 135 del 2012²⁰.

Più di recente la Corte di cassazione ha affermato che le azioni concernenti la nomina o la revoca di amministratori e sindaci delle società a partecipazione pubblica sono sottoposte alla giurisdizione ordinaria anche nel caso in cui le società stesse siano costituite secondo il modello *in house*

²⁰ Cass. sez. un., n. 1013 del 2014: «le Sezioni Unite, con la sentenza n. 7799 del 2005, hanno enunciato il principio di diritto, per il quale la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne possieda, in tutto o in parte, le azioni, in quanto il rapporto tra società ed ente locale è di assoluta autonomia, al comune non essendo consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società con la conseguenza che è attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la domanda di annullamento di provvedimenti comunali di non approvazione del bilancio e conseguente revoca degli amministratori di società per azioni di cui il Comune sia unico socio, costituendo gli atti impugnati espressione non di potestà amministrativa ma dei poteri conferiti al comune dagli artt. 2383, 2458 e 2459 c.c. (nei testi all'epoca vigenti, anteriori alla riforma di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), nella specie trasfusi nello statuto della società per azioni, e quindi manifestazione di una volontà essenzialmente privatistica, di tal che la posizione soggettiva degli amministratori revocati - che non svolgono né esercitano un pubblico servizio - è configurabile in termini di diritto soggettivo, dovendo inoltre escludersi la riconducibilità di detta controversia al novero di quelle attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dall'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, novellato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205; [...] secondo l'ormai consolidato orientamento di queste Sezioni Unite (cfr. la menzionata sentenza n. 30167 del 2011 e le successive conformi), la nomina e la revoca degli amministratori da parte dell'ente pubblico debbono essere ascritte agli atti societari "a valle" della scelta di fondo di utilizzazione del modello societario e restano perciò interamente assoggettate alle regole del diritto commerciale proprie del modello recepito; d) qualsiasi dubbio circa l'inquadramento "privatistico" delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, la cui specifica disciplina sia contenuta esclusivamente o prevalentemente nello statuto sociale - quindi, qualsiasi dubbio circa l'attribuzione della giurisdizione a conoscere le relative controversie al Giudice ordinario o al Giudice amministrativo -, deve essere oggi risolto alla luce del su menzionato art. 4, comma 13, quarto periodo, del d.l. n. 95 del 2012, secondo cui «Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali»: tale norma infatti - ancorché introdotta in un provvedimento legislativo volto specificamente al contenimento della spesa pubblica (cosiddetta *spending review*) - ha natura esplicitamente interpretativa e come tale efficacia retroattiva, si caratterizza quale clausola normativa ermeneutica generale (norma di chiusura) «salvo deroghe espresse», ed impone all'interprete, il quale dubiti dell'interpretazione di «disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica», di optare «comunque» per l'applicazione della «disciplina del codice civile in materia di società di capitali» (si noti, incidentalmente, la significativa consonanza di tale disposizione con le illustrazioni contenute nella su ricordata Relazione al codice civile del 1942); e) l'inquadramento "privatistico" delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici è conforme con gli orientamenti espressi sia dalla Corte di giustizia UE - che, con le sentenze Volkswagen (sentenza 23 ottobre 2007, nella causa C-112/05) e Federconsumatori (sentenza 6 dicembre 2007, nei procedimenti riuniti nn. C-463/04 e C-464/04), ha ritenuto collidenti con l'art. 56 del Trattato CE disposizioni che incidano sul principio della "parità di trattamento tra gli azionisti" -, sia dalla Corte costituzionale che, con le sentenze n. 35 del 1992 e n. 233 del 2006 ha ricondotto al diritto privato le disposizioni sulla nomina e sulla revoca degli amministratori ed ha sottolineato che l'intuitus personae sotteso al rapporto di nomina degli amministratori esclude la rilevanza immediata dei principi di cui all'art. 97, secondo comma, Cost. (buon andamento ed imparzialità)».

providing, rilevando come tale principio sia fondato sulla natura civilistica di tali soggetti, che ha trovato accoglimento nel d.lgs. n. 175 del 2016²¹

Fanno eccezione i casi in cui i poteri esercitati dal socio pubblico abbiano natura speciale, come nell'ipotesi della *golden share* di cui lo Stato è titolare nelle società che operano nei settori strategici: l'esercizio di tali poteri è espressamente dichiarato impugnabile davanti al TAR del Lazio.

Dubbi in ordine alla giurisdizione competente possono sorgere per le controversie relative ai poteri previsti dai contratti di servizio, che legano l'ente pubblico alla società che eroga servizi in favore della collettività di cui lo stesso è esponente. Da un lato, infatti, tali poteri non hanno natura pubblicistica, perché originano da un contratto – sia pure ad oggetto pubblico – e non dalla legge; dall'altro, tuttavia, valorizzando la loro connessione con le funzioni di organizzazione del servizio pubblico di competenza, potrebbe sostenersi la loro attribuzione alla giurisdizione amministrativa esclusiva in materia di servizi.

A tutela dei crediti pecuniari della P.A. è previsto uno speciale istituto noto come 'fermo amministrativo', cui appartengono due figure: una (art. 69 R.D. n. 2440 del 1923), di cui si è già trattato²², ha per oggetto i crediti che un privato vanta verso un'amministrazione diversa da quella di cui il medesimo è debitore e presenta affinità con l'istituto civilistico della compensazione; l'altra (art. 86 D.P.R. n. 602 del 1973) ha per oggetto beni mobili registrati e può essere attuata dal concessionario del servizio nazionale della riscossione. La giurisprudenza tradizionale del Consiglio di Stato²³, in adesione all'orientamento consolidato della Corte di Cassazione, qualificava il fermo come un atto strumentale all'espropriazione forzata del debitore, ascrivibile al novero dei diritti potestativi del creditore, la cui cognizione spetta al giudice ordinario²⁴. Successivamente si è

²¹ Cass. sez. un, ord. n. 24591/16.

²² Cap. XIX, § 5.2.2.

²³ Cons. Stato, sez. V, n. 4689 del 2005.

²⁴ «La cognizione della controversia che verte sull'impugnativa dell'atto che impone il fermo di un autoveicolo ai sensi dell'articolo 86 del Dpr 29 settembre 1973 n. 602, come modificato dall'articolo 1, comma 2, lettera q) del Dlgs 27 aprile 2001 n. 193, si sottrae alla giurisdizione del giudice amministrativo, sia a quella costitutiva di legittimità, non essendo configurabile un provvedimento amministrativo lesivo di interessi legittimi, sia a quella esclusiva, non essendo riconducibile alla materia dei pubblici servizi. Il fermo pur non collocandosi ancora nella fase della esecuzione, costituisce un mezzo cautelativo ed anticipatorio degli effetti espropriativi dell'esecuzione, che sottrae il bene innanzitutto all'uso al quale è destinato ed alla circolazione giuridica in danno del creditore. In tale contesto, l'enunciato secondo cui, trascorso il termine previsto dal primo comma dell'art. 50 (sessanta giorni dalla notificazione della cartella di pagamento) il concessionario "può" disporre il fermo amministrativo del bene mobile registrato, conferisce, al soggetto responsabile della riscossione, non già un singolare potere autoritativo e discrezionale in vista degli interessi pubblici specifici affidati alla cura dell'Amministrazione concedente, bensì una potestà che si colloca (concettualmente) nel quadro dei diritti potestativi del creditore (ossia quella di promuovere atti conservativi sul patrimonio del debitore in vista della esecuzione forzata) che trovano nel diritto comune la naturale collocazione e nel giudice ordinario quello naturale, in quanto la soggezione del debitore all'esercizio della potestà ha la sua fonte nel debito certo, liquido ed esigibile, che vincola il debitore alla sua estinzione (con i mezzi ordinari o con l'esecuzione forzata), e nel rapporto obbligatorio la sua intrinseca giustificazione».

verificato un ripensamento del Consiglio di Stato²⁵, che, sulla base di argomenti di ordine sia letterale che sistematico, ha qualificato il fermo come un provvedimento amministrativo finalizzato alla conservazione del patrimonio del debitore tributario, espressione di una funzione ablatoria, la cui cognizione spetta al giudice amministrativo. Pertanto, essendo detta interpretazione contrastante con il diritto vivente, ha rimesso alla Corte la questione di legittimità costituzionale delle relative disposizioni, per violazione degli artt. 3, 16, 41 e 42 della Costituzione. La Corte ha dichiarato inammissibile la questione, pronunciandosi su analoga eccezione sollevata dal TAR Sicilia. Oggi, peraltro, il problema risulta superato dall'art. 35, comma 26-quinquies della legge n. 248 del 2006 che, modificando l'art. 19 del d.lgs. 546/92, ha stabilito in materia la giurisdizione esclusiva delle Commissioni tributarie.

La materia del pubblico impiego privatizzato è interamente devoluta alla giurisdizione ordinaria. Gli atti di gestione del rapporto di lavoro, come pure quelli di organizzazione dei singoli uffici, in cui l'ente pubblico esercita un potere, sono espressamente equiparati a quelli del privato datore di lavoro (art. 5, comma 2 T.U. n. 165 del 2001). Fanno eccezione i poteri di macro-organizzazione e i concorsi, in cui la P.A. agisce in regime di diritto pubblico, trattandosi di settori ontologicamente sottratti alla privatizzazione²⁶.

Proprio le disposizioni sul pubblico impiego privatizzato dimostrano come le posizioni di autorità privata, essendo riconducibili alle relazioni di diritto comune, spettano alla giurisdizione ordinaria, senza neppure che sia configurabile una giurisdizione amministrativa esclusiva, trattandosi di diritti soggettivi scollegati dal potere. Nell'ambito dell'attività non autoritativa, infatti, questa presuppone che la legge disponga una disciplina derogatoria di quella privatistica (art. 1, comma 1-*bis* della legge 241/90), come avviene, ad esempio, per il pubblico impiego non privatizzato o per i procedimenti contrattuali sottoposti all'evidenza pubblica.

11.2 I poteri pubblici 'puri' della P.A.

Allorquando l'azione della pubblica amministrazione si svolge perfettamente secondo lo schema norma-potere-effetto non dovrebbero esserci dubbi in ordine alla qualificazione della posizione soggettiva del destinatario come interesse legittimo e, dunque, alla sussistenza della giurisdizione amministrativa, che si tratti di provvedimenti o di comportamenti.

Tuttavia occorre ricordare che il sistema di giustizia contro gli atti della pubblica amministrazione (artt. 2 e 4 all. E; art. 113, comma 3 Cost.) ammette che a conoscerne in via principale sia anche il

²⁵ Cons. Stato, sez. VI, n. 4581 del 2006.

²⁶ Privatizzare l'organizzazione significherebbe privatizzare la pubblica amministrazione. Quanto alle procedure di selezione del personale vige la regola costituzionale del pubblico concorso.

giudice ordinario, sull'implicito presupposto della compatibilità tra provvedimento amministrativo e diritto soggettivo.

In particolare, poi, l'ordinamento contempla diverse ipotesi in cui al giudice ordinario è attribuita la cognizione su atti amministrativi, anche con potere di annullamento, in deroga all'art. 4 all. E, classificabili in due categorie.

Attività vincolata:

- trascrizione del matrimonio (art. 16 della legge di ratifica del concordato);
- corresponsione di indennizzi a cittadini ed imprese italiane per beni perduti in territori già soggetti alla sovranità italiana e all'estero (art. 2, comma 4 legge 98/94);
- rettificazione degli atti dello stato civile (artt. 95 e seguenti D.P.R. 396/2000);
- rettificazione delle liste elettorali (art. 34, comma 28, lett. a) d.lgs. 150/2011);
- retrocessione dei beni espropriati (t.u. espropriazione);
- opposizione all'ordinanza-ingiunzione per le sanzioni amministrative (art. 23 legge 689/81).

Diritti fondamentali:

- ricorso avverso i provvedimenti di rigetto della domanda di ammissione al servizio civile o di sopravvenuta decadenza dal diritto di prestarlo (art. 5 legge n. 230/1998);
- ricorso avverso il decreto prefettizio di espulsione dello straniero extracomunitario (art. 13, comma 8 legge n. 286/1998);
- ricorso avverso i comportamenti discriminatori tenuti nei confronti dello straniero (art. 44 legge n. 286/1998);
- ricorso avverso la decisione della Commissione territoriale competente per il riconoscimento dello *status* di rifugiato (artt. 1-ter e 1-quater d.l. 416/1989, come introdotti dall'art. 32 della legge 189/2002);
- ricorsi in materia di trattamento dei dati personali (art. 152, comma 12 d.lgs. 196/03).

Fattispecie emblematica di diritti soggettivi coesistenti con l'attività amministrativa vincolata sono le sanzioni pecuniarie, conseguenza doverosa dell'illecito, il cui *quantum* è prefissato dalla legge, risolvendosi la determinazione in un'operazione di applicazione dei parametri astratti al caso concreto. Più in generale, spettano alla giurisdizione ordinaria le sanzioni che hanno funzione punitivo/dissuasiva, a difesa della legalità in quanto tale, e non di interessi pubblici specifici, che comprino la sfera giuridica del cittadino²⁷.

Fattispecie emblematica di diritti fondamentali coesistenti con l'attività amministrativa è il trattamento da parte di enti pubblici dei dati personali o i provvedimenti in materia adottati dal

²⁷ Cass., sez. un., 2 febbraio 1990, n. 718; Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 1999, n. 112, Trga Trentino Alto Adige, Bolzano, 30 settembre 2004, n. 428; TAR Veneto n. 3351/02.

Garante della riservatezza. Essendo il diritto alla *privacy* protetto dall'art. 2 Cost., in quanto intimamente connesso alla persona, il legislatore lo ha disegnato come impermeabile all'esercizio dei poteri amministrativi, rientrando nel novero dei diritti soggettivi non degradabili ad interesse legittimo per effetto dell'azione amministrativa²⁸.

Le fattispecie prima indicate non esauriscono il novero delle situazioni in cui la cognizione su atti amministrativi spetti al giudice ordinario, essendo la loro tipizzazione esplicitazione del criterio generale di appartenenza al giudice ordinario delle controversie su diritti soggettivi. Nella spiegazione di tali ipotesi si prospettano all'interprete due strade:

- a) riferire la compatibilità del diritto soggettivo al provvedimento e non al potere, qualificando in tali situazioni il provvedimento amministrativo come atto non autoritativo;
- b) ammettere che non sempre la posizione del destinatario del potere sia di interesse legittimo e che esistano poteri insuscettibili di comprimere la posizione di diritto soggettivo.

Benché la prima soluzione trovi numerosi sostenitori, in dottrina come in giurisprudenza, deve nettamente preferirsi la seconda.

Innanzitutto per ragioni di ordine logico, atteso che delle due l'una: o l'atto – quale che ne sia il contenuto – è espressione di un potere pubblicistico, oppure non può qualificarsi come esercizio di funzione amministrativa in senso tecnico (potere nel suo farsi atto). I commi 1-*bis* ed 1-*ter* dell'art. 1 della legge 241/90 dimostrano come l'applicazione delle norme sul procedimento e sull'azione amministrativa è legata alla qualificazione dell'atto come “autoritativo” (comma 1-*bis*) o “amministrativo” in senso oggettivo, essendo posto in essere da privati (comma 1-*ter*).

Inoltre sulla base di un duplice argomento normativo, ricavabile dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865, allegato E.

L'art. 2 stabilisce che “*sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità pubblica*”. Il dato letterale è chiaro e indica che l'attività della pubblica amministrazione su cui verte la controversia attribuita al giudice ordinario può essere di qualsiasi natura (“...*comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione...*”) ed, in particolare, consistere anche in atti autoritativi (“...*ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità pubblica*”).

L'art. 4 limita la cognizione del giudice ordinario sull'atto amministrativo (“*1. Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'Autorità amministrativa, i*

²⁸ Cons. di Stato, VI, 3 settembre 2009, n. 5198.

Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. 2. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso”), limitazione che va riferita non all'atto in quanto tale, ma in quanto prodotto del potere dell'amministrazione. La norma, infatti, si ispira al principio della separazione dei poteri e impedisce che la giurisdizione ordinaria abbia poteri costitutivi sull'attività amministrativa. Se tale attività non fosse espressione di potere detta limitazione non avrebbe ragion d'essere.

Infine, l'art. 7, comma 1 CPA prevede che *“Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”*, lasciando chiaramente intendere che esistono posizioni di diritto soggettivo anche in presenza di poteri amministrativi, esercitati tramite provvedimenti o altre modalità di condotta ad esso riconducibili *“anche”* – e non solo – mediamente.

Ciò posto, il problema del riparto di giurisdizione avverso poteri pubblici 'puri', di regola spettanti alla giurisdizione amministrativa, si pone nelle due ipotesi segnalate: attività vincolata e provvedimenti che impattano su diritti fondamentali. In tali ipotesi sussiste a determinate condizioni la giurisdizione ordinaria, a meno che il legislatore non istituisca una giurisdizione amministrativa esclusiva.

11.2.1 Attività vincolata

La giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione riconosce a fronte dell'attività vincolata posizioni di diritto soggettivo²⁹.

Tale principio è stato ribadito di recente, ad esempio affermando la giurisdizione ordinaria sui provvedimenti di sospensione da cariche politiche ai sensi del d.lgs. n. 235 del 2012 (c.d. legge Severino), trattandosi di atto vincolato e non discrezionale, incidente sul diritto soggettivo di elettorato passivo della persona investita della suddetta funzione pubblica, il quale non si esaurisce con la partecipazione alle elezioni ma si estende anche all'espletamento delle funzioni per le quali si è eletti³⁰.

²⁹ Cass. sez. un., n. 120 del 2007.

³⁰ Cass. sez. un., ord. n. 11131 del 2015: «In materia di contenzioso elettorale amministrativo, sono devolute al giudice ordinario le controversie concernenti l'ineleggibilità, la decadenza e l'incompatibilità, in quanto volte alla tutela del

Analogamente, la Suprema Corte ha ritenuto la giurisdizione ordinaria sulle controversie per il riconoscimento dello status di vittima del dovere o di soggetto equiparato, ai sensi dell'art. 1, commi 563 e 564, della l. n. 266 del 2005, ai fini dell'attribuzione dei benefici previsti dalla legge, posto che il procedimento amministrativo all'uopo previsto ha natura vincolata³¹.

Anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato considera la natura dell'attività, ammettendo che in presenza di provvedimenti amministrativi predeterminati dalla legge sussista la giurisdizione ordinaria³².

diritto soggettivo perfetto inerente all'elettorato passivo; né la giurisdizione del giudice ordinario incontra limitazioni o deroghe per il caso in cui la questione di eleggibilità venga introdotta mediante impugnazione del provvedimento di decadenza, perché anche in tale ipotesi la decisione verte non sull'annullamento dell'atto amministrativo, bensì sul diritto soggettivo perfetto inerente all'elettorato attivo o passivo (così, da ultimo, S.U. n. 5574 del 2012 ed ivi l'indicazione degli ulteriori precedenti che l'hanno affermato; analogamente, in particolare, v. comunque S.U. n. 11646 del 2003).

In applicazione di detto principio, non rileva quindi che l'applicazione della norma e l'operatività della causa di cessazione sia mediata dalla pronuncia di un provvedimento amministrativo (come nella specie) che ha peraltro carattere vincolato, conseguendo la sospensione direttamente ed esclusivamente alla pronuncia di condanna per determinati reati. L'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 235 del 2012 stabilisce, infatti, che «sono sospesi di diritto dalle cariche indicate al comma 1 dell'articolo 10: a) coloro che hanno riportato una condanna non definitiva per uno dei delitti indicati all'articolo 10, comma 1, lettere a), b) e c) [...]», prevedendo poi il comma 5 un'attività meramente esecutiva del prefetto.

[...]

Si pone, cioè, un problema di bilanciamento tra il diritto di elettorato passivo e il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

[...]

In realtà, il bilanciamento tra i due valori costituzionali risulta effettuato dal legislatore nel senso della chiara prevalenza della riferibilità del provvedimento alla sfera dell'elettorato passivo. Invero, nella configurazione legislativa dell'istituto non è attribuita alla P.A. alcuna discrezionalità in ordine all'adozione del provvedimento di sospensione; la sospensione opera di diritto al solo verificarsi delle condizioni legislativamente previste e per il tempo previsto dal legislatore; al Prefetto non è attribuito alcun autonomo apprezzamento in ordine all'adozione del provvedimento di sospensione e non è consentito di modularne la decorrenza o la durata sulla base della ponderazione di concorrenti interessi pubblici».

³¹ Cass. sez. un., ord. n. 719 del 2017.

La pronuncia è stata resa su ricorso del Ministero della difesa, che ha visto disattesa l'eccezione di difetto di giurisdizione proposta in entrambi i gradi di giudizio, nell'ambito di una controversia proposta dinanzi al giudice del lavoro per il riconoscimento dello status di vittima del dovere in relazione alle gravi invalidità permanenti riportate dal ricorrente in primo grado nell'espletamento del servizio militare obbligatorio di leva.

La Suprema Corte ha osservato che:

a) la qualificazione della provvidenza in contestazione come oggetto di un interesse legittimo e non di un diritto soggettivo, è priva di fondamento, atteso che - non diversamente da quanto accade per altre pregresse fattispecie normative similari - l'amministrazione deve solo procedere in subiecta materia ad una attività esplicativa di mera discrezionalità tecnica, mentre le modalità del suo agire sono regolate dalla fonte regolamentare;

b) del pari priva di fondamento è ritenuta la tesi della riconducibilità della pretesa in contestazione al rapporto di leva militare, con conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del g.a, perchè la fonte del diritto è individuata direttamente nella legge e non nell'esistenza del detto rapporto;

c) vale il richiamo ai principi elaborati da Cass. civ., sez. un. n. 23300 del 2016 e n. 23390 del 2016, secondo cui: «In relazione ai benefici di cui alla L. n. 266 del 2005, art. 1, comma 565, in favore delle vittime del dovere, il legislatore ha configurato un diritto soggettivo, e non un interesse legittimo, in quanto, sussistendo i requisiti previsti, i soggetti di cui al comma 563, dell'art. 1 di quella legge, o i loro familiari superstiti, hanno una posizione giuridica soggettiva nei confronti di una P.A. priva di discrezionalità, sia in ordine alla decisione di erogare, o meno, le provvidenze che alla misura di esse. Tale diritto non rientra nell'ambito di quelli inerenti il rapporto di lavoro subordinato dei dipendenti pubblici, potendo esso riguardare anche coloro che non abbiano con l'amministrazione un siffatto rapporto, ma abbiano in qualsiasi modo svolto un servizio, ed ha, inoltre, natura prevalentemente assistenziale, sicchè la competenza a conoscerne è regolata dall'art. 442 c.p.c., e la giurisdizione è del giudice ordinario, quale giudice del lavoro e dell'assistenza sociale».

³² Cons. Stato, Ad. Pl., n. 6 del 2014: «il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di controversie riguardanti la concessione e la revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche deve essere attuato

Tuttavia, ritiene rilevante la finalità del vincolo imposto dalla legge, nel senso che solo nelle ipotesi in cui lo stesso sia posto a presidio dell'interesse del privato può riscontrarsi una posizione di diritto soggettivo e la conseguente giurisdizione del giudice ordinario, spettando altrimenti la controversia al giudice amministrativo³³.

Delle critiche mosse al criterio fondato sulla natura dell'attività si è già detto³⁴, come pure del loro superamento³⁵, che comporta, peraltro, di non poter accogliere l'idea che il potere vincolato non sia – anche quando funzionale all'interesse privato – potere in senso pubblicistico³⁶.

sulla base del generale criterio di riparto fondato sulla natura della situazione soggettiva azionata, con la conseguenza che:

- sussiste sempre la giurisdizione del giudice ordinario quando il finanziamento è riconosciuto direttamente dalla legge, mentre alla Pubblica Amministrazione è demandato soltanto il compito di verificare l'effettiva esistenza dei relativi presupposti senza procedere ad alcun apprezzamento discrezionale circa l'an, il quid, il quomodo dell'erogazione (cfr. Cass. Sez. Un. 7 gennaio 2013, n. 150);

- qualora la controversia attenga alla fase di erogazione o di ripetizione del contributo sul presupposto di un addotto inadempimento del beneficiario alle condizioni statuite in sede di erogazione o dall'acclarato sviamento dei fondi acquisiti rispetto al programma finanziato, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, anche se si faccia questione di atti formalmente intitolati come revoca, decadenza o risoluzione, purché essi si fondino sull'inadempimento alle obbligazioni assunte di fronte alla concessione del contributo. In tal caso, infatti, il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, attenendo la controversia alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione (cfr. Cass. Sez. Un., ord. 25 gennaio 2013, n. 1776);

- viceversa, è configurabile una situazione soggettiva d'interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, solo ove la controversia riguardi una fase procedimentale precedente al provvedimento discrezionale attributivo del beneficio, oppure quando, a seguito della concessione del beneficio, il provvedimento sia stato annullato o revocato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse, ma non per inadempienze del beneficiario (Cass. Sez. Un. 24 gennaio 2013, n. 1710; Cons. Stato, Ad. Plen. 29 luglio 2013, n. 17).

Tale orientamento non è scalfito dalle disposizioni contenute nell'art. 133, lettera b), e nell'art. 7 del codice del processo amministrativo, concernenti l'attribuzione al giudice amministrativo delle controversie in materia di esercizio mediato del potere e di concessioni su beni, le quali vanno interpretate tenendo conto del principio formulato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 162 del 2012, per il quale l'art. 44 della legge delega n. 69 del 2009 preclude che le disposizioni del medesimo codice possano essere intese nel senso che hanno attribuito al giudice amministrativo 'spazi di giurisdizione innovativi' rispetto a quelli già ad esso attribuiti in base all'assetto normativo».

³³ Cons. Stato, Ad. Pl., n. 8 del 2007: «L'acclarata natura vincolata dell'attività demandata all'amministrazione non comporta in modo automatico la qualificazione della corrispondente posizione soggettiva del privato in termini di diritto soggettivo, con il conseguente precipitato processuale in punto di giurisdizione. Sembra, infatti, che debba distinguersi, anche in seno alle attività di tipo vincolato, tra quelle ascritte all'amministrazione per la tutela in via primaria dell'interesse del privato e quelle, viceversa, che la stessa amministrazione è tenuta ad esercitare per la salvaguardia dell'interesse pubblico. Anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica, quindi, occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo».

³⁴ Cap. X, § 3.4.1.

³⁵ Cap. X, § 5.1.

³⁶ L'esempio emblematico è quello dell'iscrizione agli albi professionali. Una volta che il privato ha superato l'esame – la cui valutazione è caratterizzata dall'esercizio di discrezionalità tecnica – e ha conseguito l'abilitazione, egli si trova nelle condizioni previste dalla legge per ottenere l'iscrizione all'albo, atto rispetto a cui è titolare di un diritto soggettivo. Si è soliti affermare che in tal caso non residuerebbe nulla del potere amministrativo, poiché l'amministrazione dovrebbe semplicemente accertare la sussistenza dei presupposti ed emanare un atto dovuto, nell'interesse del privato di svolgere la professione, mentre l'interesse pubblico a verificarne l'idoneità si è esaurito nella fase precedente, relativa all'abilitazione, in cui il diritto costituzionale al lavoro è mediato dal valore di cui all'art. 33, comma 5 della Costituzione.

A questa ricostruzione è sin troppo facile obiettare che, se non esistesse un potere in capo all'amministrazione, non vi sarebbe ragione alcuna di prevedere un atto amministrativo per l'accesso agli albi, essendo sufficiente un'autodichiarazione del soggetto. Tanto più ove si consideri che le recenti tendenze del sistema sono favorevoli alla

Se è corretto affermare che l'attività vincolata nell'interesse individuale spetta alla giurisdizione ordinaria, in quanto il singolo è titolare di un diritto soggettivo, resta da spiegare come sia possibile che dinanzi al potere esista un diritto soggettivo, e non l'interesse legittimo.

A tal riguardo è opportuno richiamare il ruolo dell'interesse legittimo nello schema dell'azione autoritativa.

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Potere	Norma	Effetto
Interesse legittimo	Interessi pubblici e privati	Interesse generale

Come si nota l'interesse legittimo sorge sulla base della struttura teleologica della norma di legge, la quale, nel fissare il compito di perseguire l'interesse generale, indica la strada del coordinamento tra interesse pubblico e interesse privato. Allorquando, però, l'interesse pubblico manchi o sia assorbito dall'interesse privato, la figura dell'interesse legittimo non è più di alcuna utilità, perché l'interesse individuale è protetto nei confronti del potere dal diritto soggettivo.

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Potere	Norma	Effetto
Diritto soggettivo	Interesse privato	Interesse individuale

In tali casi, infatti, la relazione giuridica tra pubblica amministrazione e cittadino, benché veda la prima pur sempre in una posizione di supremazia, è costruita in modo tale da soddisfare l'interesse del secondo, al verificarsi dei presupposti di legge. L'accertamento dei quali, però, è compito dell'ente pubblico, trattandosi di settori in cui la garanzia delle posizioni individuali di pretesa è affidata all'intervento della pubblica amministrazione. Ciò è possibile perché la stessa norma di azione, che attribuisce il potere amministrativo, opera come norma di relazione.

c.d. autoamministrazione nei procedimenti vincolati, sicché – negandosi l'esistenza del potere – *a fortiori* dovrebbe permettersi che l'attività del privato possa liberamente svolgersi, salvo controllo successivo della pubblica amministrazione nei confronti di chi invece sia sprovvisto dei requisiti.

Vero è, invece, che la previsione di un provvedimento di iscrizione sta a indicare che la pubblica amministrazione deve svolgere un'attività di accertamento dei fatti e di interpretazione delle norme, il che postula l'esercizio di un potere. Né vale eccepire che si tratterebbe di un potere dichiarativo e, quindi, di un non-potere. Infatti, anche nelle funzioni vincolate nell'interesse individuale il provvedimento si produce in base allo schema norma-potere-effetto. Qualora un potere mancasse, invece, l'atto dovrebbe prodursi secondo lo schema norma-fatto-effetto, il che è da escludersi, atteso che lo stesso genera da un procedimento amministrativo e non già dall'applicazione automatica della legge al fatto (secondo il principio di causalità normativa).

Ad un livello di maggiore approfondimento sul piano logico deve dirsi che la qualificazione della situazione del destinatario dell'atto vincolato come diritto soggettivo discende dall'avvicinamento dell'attività amministrativa conformata nell'interesse individuale al modello del sillogismo deduttivo, caratteristico del diritto privato.

Attività vincolata – deduzione condizionata rigorosa

(la premessa maggiore è completa)

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso	regola	risultato
Fatti semplici Potere vincolato	Norma analitica del 1° tipo (definisce i presupposti del provvedimento)	Effetto (provvedimento vincolato)

L'effetto è il risultato dell'applicazione del potere vincolato dalla norma giuridica al caso concreto. La fattispecie ha una struttura precettiva "forte", atteso che l'intermediazione del potere è predeterminata dalla legge in modo assoluto.

Il procedimento di sussunzione del caso nella regola (cioè l'accertamento della regola nel caso concreto) ha natura costitutiva e non dichiarativa. È, cioè, il prodotto di una scelta autoritativa. Ne consegue che il sillogismo non potrà mai essere pienamente deduttivo, cioè necessario, perché la norma non collega automaticamente l'effetto al verificarsi di presupposti predeterminati, ma lo subordina all'esercizio di un potere.

Se, però, la norma istituisce il compito della P.A. nell'interesse del privato, il profilo funzionale del potere lo indirizza verso una rigida applicazione della regola. Il sillogismo assume natura deduttiva piena e il privato vanta un diritto soggettivo³⁷.

11.2.2 *Diritti fondamentali*

La giurisprudenza della Corte di Cassazione individua un gruppo di diritti soggettivi a carattere fondamentale insuscettibili di affievolimento e, come tali, impermeabili al potere amministrativo³⁸.

³⁷ Lo schema, infatti, si avvicina a quello norma-fatto-effetto, caratteristico delle norme precettive del diritto civile, a struttura condizionalistica ferrea, incardinata sulla formula *se x allora y*, dove al verificarsi dei presupposti di fatto x (premessa minore) la norma (premessa maggiore) fa derivare come necessaria conseguenza l'effetto giuridico y (conclusione).

³⁸ A partire dalla sentenza n. 1436 del 1979, in tema di diritto alla salute.

Cass. sez. un., n. 2867 del 2009: «Se è vero che la domanda dell'assistito rivolta a ottenere il rimborso di spese ospedaliere effettuate all'estero, non previamente autorizzate dalla regione, attiene non già a un diritto soggettivo bensì a un mero interesse legittimo attesa la discrezionalità riservata all'autorità amministrativa titolare del potere di

Tale tesi origina dall'idea che il fenomeno della degradazione non possa operare allorché il contenuto del diritto sia costruito in modo rigido.

Siffatta costruzione pare accolta dal legislatore in più settori, conferendo al giudice ordinario la cognizione su diritti ascrivibili al nucleo di cui all'art. 2 e, con riguardo agli stranieri, all'art. 10 della Costituzione³⁹.

Emblematica della questione è proprio la posizione giuridica dello straniero.

Il diritto d'asilo si configura come diritto soggettivo perfetto spettante alla giurisdizione del giudice ordinario (Cassazione civile, sezioni Unite, 26 maggio 1997 n. 4674) poiché nasce direttamente dall'art. 10, comma 3 della Costituzione.

Con riguardo allo *status* di rifugiato, il cui riconoscimento avviene attraverso un procedimento amministrativo, l'art. 5 del Dl 416/1989 prevedeva la giurisdizione amministrativa sui provvedimenti di diniego di riconoscimento; era altresì prevista la cognizione del giudice amministrativo avverso i provvedimenti di espulsione e quelli di diniego e revoca dei permessi di soggiorno. L'art. 46 della legge n. 40 del 1998 ha abrogato l'art. 5 del Dl 416/1989; abrogazione confermata dall'art. 47 del Testo Unico sugli stranieri.

A seguito di ciò la suprema Corte ha ritenuto sussistere la giurisdizione ordinaria, riconducendo la condizione di rifugiato nell'ambito del diritto d'asilo e quindi entro una posizione di diritto soggettivo perfetto, con la conseguenza che gli atti amministrativi hanno natura dichiarativa e non costitutiva (Cass. sez. un., 17 dicembre 1999 n. 907). Il Consiglio di Stato invece affermava che, pur in presenza di detta esplicita abrogazione, la giurisdizione doveva ritenersi sempre del giudice amministrativo, non potendosi negare l'esistenza di un potere discrezionale da parte dell'amministrazione nell'apprezzamento dei fatti e della loro rilevanza per il riconoscimento dello *status* di rifugiato (Cons. Stato, sez. IV, 29 agosto 2002 n. 4336). Il contrasto è stato risolto dal legislatore, con l'art. 32 della legge 189/2002, il quale ha previsto che i ricorsi avverso gli atti della commissione territoriale competente per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, sono presentati al tribunale in composizione monocratica territorialmente competente.

autorizzazione nel valutare la propria capacità di soddisfare tempestivamente e in forma adeguata, anche sotto il profilo della disponibilità finanziaria, le esigenze sanitarie del richiedente, tuttavia nell'ipotesi in cui a fondamento dell'indicata domanda vengano dedotte situazioni di urgenza - che comportano per l'assistito pericoli di vita o di aggravamento della malattia o di non adeguata guarigione evitabili soltanto con cure tempestive, non ottenibili dalla struttura pubblica - cui necessario temperamento con altri interessi pure costituzionalmente protetti, quali le risorse disponibili del servizio sanitario nazionale con le conseguenti legittime limitazioni dello stesso a mezzo di leggi, regolamenti, e atti amministrativi generali, non vale a sottrargli la consistenza di diritto soggettivo perfetto, giacché in tale caso il la pubblica amministrazione non ha un potere discrezionale, ma solo compiti di valutazione tecnica, afferenti alle ragioni di gravità ed urgenza, con la conseguenza che il diritto primario e fondamentale alla salute non è suscettibile di affievolimento e la controversia spetta al giudice ordinario».

³⁹ Legge 196/2003 in materia di protezione dei dati personali; legge 230/1998 in tema di obiezione di coscienza; decreto legislativo 286/1998 sull'immigrazione, come modificato dalla legge 189/2002.

La capacità di resistenza dei diritti in questione è legata al fondamento costituzionale e internazionale degli istituti di protezione dello straniero, dove il bilanciamento degli interessi tipici della funzione amministrativa è conformato da una preventiva valutazione di massima rilevanza del bene giuridico individuale, entro cui si muove il legislatore, nel rispetto delle convenzioni vigenti, e in particolare dell'art. 3 CEDU⁴⁰. Si è così detto che il provvedimento del questore diretto al respingimento alla frontiera incide su situazioni giuridiche aventi consistenza di diritto soggettivo: l'atto è, infatti, correlato all'accertamento positivo di presupposti di fatto esaurientemente individuati dalla legge (art. 10, comma 2, lett. a) e b) del d.lgs. n. 286/1998) ed all'accertamento negativo della insussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni che disciplinano la protezione internazionale nelle sue forme del riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria, ovvero che impongono l'adozione di misure di protezione solo temporanea per motivi umanitari (art. 10, comma 2 e art. 19, comma 1 del d.lgs. n. 286/1998). Pertanto, in mancanza di una norma che assegni al giudice amministrativo la cognizione della impugnazione dei respingimenti alla frontiera, deve trovare applicazione il criterio generale secondo cui la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi, in ragione della inesistenza di margini di ponderazione di interessi in gioco da parte della Amministrazione, spetta al giudice ordinario⁴¹.

Secondo l'impostazione originaria, il fondamento della giurisdizione ordinaria in tali casi si spiegherebbe con la nullità degli atti adottati, non esistendo poteri amministrativi che incidono su diritti fondamentali, per il principio di gerarchia delle fonti.

Il potere della pubblica amministrazione trova fondamento – ai sensi dell'art. 97 della Costituzione – nelle norme di legge che lo istituiscono (legalità formale) e disciplinano (legalità sostanziale). I diritti fondamentali, invece, si collocano direttamente nella Costituzione, a livello dei “*principi fondamentali*” (art. 2). Taluni di essi, poi, sono specificati nella Parte I, Titolo I (“*diritti e doveri dei cittadini*”), come libertà “inviolabili” (artt. 13, 14, 15) o diritti “fondamentali” (art. 32). Ne consegue che l'esercizio del potere amministrativo non può incidere il diritto fondamentale, degradandolo a interesse legittimo, avendo l'uno fonte nella legge ordinaria, l'altro nella Costituzione.

Allora, per coerenza con la teoria che ripartisce la giurisdizione tra carenza e cattivo uso del potere, ma ancor prima per evitare l'assurdo logico di un potere «che non può», l'orientamento prevalente – elaborato con specifico riguardo al diritto alla salute – ha affermato che in tali settori mancherebbe

⁴⁰ Cass. Civ., sent. n. 3898/2011, n. 10636/2010, n. 26253/2009.

⁴¹ Cass. Civ. sez. un., 17 giugno 2013, n. 15115.

ab origine il potere della pubblica amministrazione di disciplinare in senso restrittivo la posizione soggettiva dell'individuo⁴².

Un altro orientamento distingue secondo che il diritto alla salute venga in gioco nella sua dimensione conservativa (a non subire danni), ovvero pretensiva (come diritto al miglioramento delle condizioni di salute, cioè diritto alle cure sanitarie). Nella seconda ipotesi lo stesso andrebbe coordinato con altri interessi costituzionalmente protetti, e sarebbe sottoposto all'attività amministrativa volta al perseguimento di tali interessi, qualificandosi come interesse legittimo.

Un indirizzo mediano propugna un'ulteriore distinzione per le posizioni "a nucleo rigido", inerenti a valori primari della persona, come appunto il diritto alla salute. Tali diritti sono intangibili anche sul versante pretensivo, qualora sussista un rischio di pregiudizio grave ed irreversibile derivante dalla mancata concessione delle cure⁴³.

Quest'ultima tesi sembra la più coerente con il quadro comunitario in materia di libera circolazione dei servizi. La Corte di Giustizia europea in numerose occasioni si è pronunciata sulle normative che subordinano il rimborso di spese mediche sostenute in un altro Stato membro a previa autorizzazione, ritenendo che criteri troppo rigorosi e tali da scoraggiare o impedire agli assicurati di rivolgersi ai medici dello Stato estero violassero l'art. 49 del TCE. Il requisito consistente nel sottoporre a previa autorizzazione l'assunzione da parte del sistema nazionale degli oneri finanziari delle cure ospedaliere previste in uno Stato membro diverso appare una misura di programmazione al contempo necessaria e ragionevole al fine di garantire l'accesso gratuito alle cure e il controllo della spesa, tuttavia deve risultare che le condizioni della limitazione siano effettivamente giustificate da tali esigenze e proporzionate⁴⁴.

⁴² Cass. sez. un., n. 4908 e 23735 del 2006.

⁴³ Cass. sez. un., n. 17461 del 2006: «In relazione al bene-salute è individuabile un "nucleo essenziale", in ordine al quale si sostanzia un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura allorché ricorrano condizioni di indispensabilità, gravità ed urgenza non altrimenti sopperibili, a fronte delle quali è configurabile un mero potere accertativo della P.A. in ordine alla ricorrenza di dette condizioni. In assenza, però, di tali condizioni, e allorché non vengano denunciati pregiudizi alla salute, anche in termini di aggravamenti o di non adeguata guarigione, la domanda diretta ad ottenere prestazioni con modalità di più comoda ed agevole praticabilità per il paziente, rispetto a quelle apprestate dalla P.A., ha come presupposto una situazione soggettiva di interesse legittimo, stante la discrezionalità riconosciuta all'autorità amministrativa di soddisfare, tempestivamente, le esigenze del richiedente tra le possibili opzioni, anche attraverso un'opportuna integrazione tra le potenzialità delle strutture pubbliche con quelle private convenzionate, offrendo la soluzione reputata più adeguata alla finalità di piena efficienza del servizio sanitario». Nella specie la Suprema Corte, con riferimento alla domanda, proposta da alcuni emodializzati, diretta alla declaratoria del diritto a parcheggiare lungo un determinato viale di accesso al centro medico ove fruire delle cure necessarie, hanno cassato, con rinvio, l'impugnata sentenza, non adeguatamente motivata in ordine alla configurabilità, o meno, di un concreto danno alla salute e alla possibile individuazione di soluzioni alternative per la tutelabilità della pretesa.

⁴⁴ *Ex multis* Corte Giustizia Ce, grande sezione, 16 maggio 2006 n. C-372/04: «Un rifiuto di autorizzazione non può essere fondato sulla sola esistenza di liste d'attesa destinate a programmare e a gestire l'offerta ospedaliera in funzione di priorità cliniche prestabilite in termini generali, senza che si abbia proceduto ad una valutazione medica oggettiva della situazione clinica del paziente, della sua anamnesi, dell'eventuale decorso della sua malattia, dell'intensità del suo dolore e/o della natura della sua infermità al momento della presentazione o del rinnovo della domanda di autorizzazione – estensione del diritto al rimborso alle spese di viaggio quando l'assunzione di tali spese è previsto dalla normativa nazionale nell'ipotesi in cui il trattamento fosse erogato all'interno del sistema sanitario nazionale».

In questo *excursus* ciò che emerge è l'assunto secondo cui il diritto alla salute non può essere compreso dal potere amministrativo, perché questo non sussiste. La nettezza di questa opinione si apprezza nelle fattispecie devolute alla giurisdizione esclusiva, cui sarebbero sottratte le controversie relative a diritti soggettivi fondamentali, sul presupposto che in tale materia la P.A. non è titolare di posizione di autorità, sicché manca il requisito fissato dalla giurisprudenza costituzionale per riservare la cognizione su diritti soggettivi al giudice amministrativo.

Ancora non molto tempo fa la Corte di Cassazione⁴⁵ ha sostenuto questa tesi in un caso relativo alla costruzione e messa in esercizio di una linea di trasmissione di energia elettrica avente per oggetto la domanda proposta da un soggetto privato nei confronti della Pubblica Amministrazione e dei suoi concessionari, tesa ad ottenere – previo accertamento del pericolo per la salute derivante dall'esposizione al campo elettromagnetico, data la breve distanza tra la linea elettrica e l'abitazione dell'istante – un'inibitoria, con la richiesta, in particolare, di emanazione da parte del giudice di un ordine di interrimento della linea elettrica a ridosso della abitazione del privato. La suprema Corte ha ritenuto che la controversia spettasse al giudice ordinario, atteso che la P.A. «è priva di qualunque potere, ancorché agisca per motivi di interesse pubblico, di affievolire o di pregiudicare indirettamente il diritto alla salute, il quale, garantito come fondamentale dall'art. 32 della Costituzione, appartiene a quella categoria di diritti che non tollerano interferenze esterne che ne mettano in discussione l'integrità. Tale principio vale anche nel nuovo quadro di riparto della giurisdizione in materia di pubblici servizi, di cui all'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205».

La svolta è dovuta a un intervento della Corte Costituzionale⁴⁶, chiamata a pronunciarsi in ordine alla legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 552 della legge n. 311 del 2004, per violazione dell'art. 103, comma 1 Cost. nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo le controversie aventi per oggetto le “*procedure e i provvedimenti*” in materia di impianti di energia elettrica di potenza superiore ai 300 MW termici, nonché le relative questioni risarcitorie.

La Corte afferma che la norma censurata «è conforme all'orientamento espresso nelle sentenze n. 204 del 2004 e, soprattutto, n. 191 del 2006 [...]. Secondo tali pronunce, l'art. 103 Cost., pur non avendo conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, gli ha riconosciuto il potere di indicare “particolari materie” nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe “anche” diritti soggettivi. Deve trattarsi, tuttavia, di materie determinate nelle quali la pubblica amministrazione agisce nell'esercizio del suo potere». A tale conclusione non osta il fatto che siano coinvolti nelle controversie riguardanti le procedure e i

⁴⁵ Cass. sez. un., n. 23735 del 2006.

⁴⁶ Corte Cost. n. 140 del 2007.

provvedimenti in materia di impianti di energia elettrica diritti soggettivi fondamentali (primo tra tutti il diritto alla salute) giacché non è rinvenibile alcuna norma o principio che riservi esclusivamente al giudice ordinario (escludendone, di conseguenza, il giudice amministrativo) la tutela dei diritti costituzionalmente protetti: «legittimamente, pertanto, può essere riconosciuto esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione». Tale pronuncia ha imposto un ripensamento alla Corte di Cassazione⁴⁷, che ha rivisitato il proprio orientamento in un caso relativo all'emergenza rifiuti nella Regione Campania, dove si discuteva della sussistenza della giurisdizione ordinaria in presenza di una serie di comportamenti materiali posti in essere dalla pubblica Amministrazione in esecuzione del provvedimento con il quale il Commissario delegato per l'emergenza rifiuti aveva predisposto l'apertura di un impianto di discarica.

La suprema Corte riteneva sussistere la giurisdizione amministrativa esclusiva ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. 80/98, essendo la controversia riconducibile alla materia dell'urbanistica e coinvolgendo il diritto soggettivo alla salute⁴⁸. In tale soluzione si avverte l'abbandono della teoria dell'incompatibilità tra potere amministrativo e diritti fondamentali, per quanto la Corte si sforzi di non entrare in rotta di collisione con la propria precedenza giurisprudenziale⁴⁹.

⁴⁷ Cass. sez. un., n. 27187 del 2007.

⁴⁸ «In materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, come il diritto alla salute, allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della Pa di cui sia denunciata l'illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, come ad esempio in quelle di gestione del territorio, compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie circa la sussistenza in concreto dei diritti vantati e il temperamento o limitazione dei suddetti diritti con l'interesse generale pubblico all'ambiente salubre e l'emissione di ogni provvedimento cautelare, per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti».

⁴⁹ «L'attribuzione al giudice ordinario dell'azione inibitoria di un'attività potenzialmente lesiva del diritto dei cittadini ad un ambiente igienicamente sicuro si fonda sul presupposto che sui diritti fondamentali protetti dalla Costituzione, come quello alla salute in concreto nel caso cautelato, in quanto gli stessi non sono degradabili ad interessi legittimi, la P.A. agirebbe sempre in carenza assoluta di potere e quindi i comportamenti di essa dovrebbero sempre ritenersi non fondati sull'esercizio di un potere e valersi come attività materiali e di mero fatto, riservate alla esclusiva cognizione del giudice ordinario. Tale tesi è infondata e non conforme alla giurisprudenza, la quale distingue sempre tra i comportamenti materiali, che esprimono l'esercizio di un potere amministrativo e sono collegati comunque a un fine pubblico o di pubblico interesse legalmente dichiarato, da quelli di mero fatto, riservando quindi soltanto i primi alla cognizione dei giudici amministrativi, nelle materie riservate alla giurisdizione esclusiva di questi ultimi (S.U. ord. 22 agosto 2007 n. 17831, 7 febbraio 2007 n. 2688 e 2689, 11 gennaio 2007 n. 368 e le sentenze 8 giugno 2007 n. 13397 e 8 maggio 2007 n. 10375). Effettivamente, prima della devoluzione alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi di alcune materie e allorché il riparto di giurisdizione si fondava solo sulla tradizionale bipartizione tra diritti soggettivi e interessi legittimi e sulla individuazione del c.d. *petitum sostanziale*, proprio in materia di discariche di rifiuti urbani, la Corte aveva riservato al Giudice ordinario ogni controversia in materia di danno alla salute, che dalla collocazione nel territorio di tali infrastrutture poteva derivare (cfr. S.U. sentenze del 17 novembre 1992 n. 12307 e 28 novembre 1990 n. 11457). Successivamente al Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 80 come modificato dalla Legge 21 luglio 2000, n. 205, non vi è invece ragione per denegare la cognizione dei Giudici amministrativi allorché, in materia di giurisdizione

Argomento a sostegno della compatibilità tra diritti soggettivi fondamentali e potere era dato dall'art. 21 della legge n. 1034/71, poi trasfuso nel CPA, il quale, nel prevedere *“che la concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata a cauzione quando attenga ad interessi essenziali della persona, quali il diritto alla salute, all'integrità dell'ambiente ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale”*, mette in evidenza che ben può il G.A. conoscere dei diritti soggettivi in questione.

La posizione della giurisprudenza è stata accolta dallo stesso legislatore, con l'art. 4, comma 1 del d.l. n. 90 del 2008 (*“Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile”*), secondo cui *“Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati. La giurisdizione di cui sopra si intende estesa anche alle controversie relative a diritti costituzionalmente tutelati”*.

La disposizione in esame – poi transitata nell'art. 133 CPA – chiarisce, definitivamente, che vi è potere amministrativo (nella specie attinente ai compiti di gestione dei rifiuti e, dunque, a emergenze socio-sanitarie) e giurisdizione amministrativa esclusiva anche nell'ambito delle situazioni in cui il destinatario sia titolare di diritti costituzionalmente tutelati.

Su tale disposizione è intervenuta la Corte Costituzionale, dichiarando non fondata la relativa questione di costituzionalità, sul presupposto che i comportamenti che ne formano oggetto sono quelli espressione di potere amministrativo⁵⁰.

In tempi più recenti il Consiglio di Stato ha sancito il superamento della teoria dei diritti incompressibili che non dialogano con (anzi rifiutano) il potere amministrativo, ritenendo che il diniego di una prestazione sanitaria, da parte dell'amministrazione del servizio sanitario nazionale, costituisce esercizio di un potere discrezionale, attinente all'organizzazione del servizio sanitario, con la conseguenza che l'esercizio di tale potere radica la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁵¹.

esclusiva, vi sia una controversia avente ad oggetto comportamenti materiali che siano effetto di atti della P.A. o espressione di poteri di questa e ledano diritti, anche se fondamentali e tutelati dalla Costituzione, perché comunque resta ferma la cognizione giurisdizionale dei Giudici amministrativi, sulla base di quanto chiarito anche dalle sentenze della C. Cost. 28 aprile 2004 n. 204, 8 marzo 2006 n. 191, in rapporto alla lettura della parola comportamenti, di cui al Decreto Legislativo sopra richiamato, art. 34, comma 1. Nello stesso senso è anche la pronuncia della C. Cost. 27 aprile 2007 n. 140».

⁵⁰ Corte Cost., 27 gennaio 2010, n. 35.

⁵¹ Cons. Stato III sez., n. 4460 del 2014: «La dottrina dei diritti incompressibili deve ormai ritenersi priva di un solido e convincente sostegno in un'ampia attenta e attenta ricognizione del nostro ordinamento e alla luce, soprattutto, dei fondamentali principi affermati dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 in tema di riparto di giurisdizione. Essa non solo presuppone l'ormai obsoleta teoria della degradazione, che non è in grado di descrivere appropriatamente la dinamica delle situazioni giuridiche soggettive nel confronto con il pubblico potere, ma

Consegue a tale impostazione che anche gli interessi fondamentali possono essere oggetto di un regime amministrativo classico.

Emblematica la giurisprudenza formatasi in tema di diritto allo studio del disabile.

L'Adunanza Plenaria⁵² ha affermato che:

a) le controversie su atti e comportamenti dell'Amministrazione della istruzione, preordinati all'approvazione del piano educativo individualizzato per l'assistenza ad alunni disabili, rientrano nella giurisdizione esclusiva amministrativa stabilita dall'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. in materia di pubblici servizi⁵³;

b) rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia che ha ad oggetto diritti fondamentali della persona purché siano coinvolti nell'esercizio, diretto o mediato, della

non risponde più nemmeno al tradizionale criterio che regola il riparto della giurisdizione e, cioè, il *petitum* sostanziale e la natura sostanziale della situazione giuridica soggettiva lesa, criterio che, a suo volta, necessita di essere letto e compreso alla luce delle coordinate interpretative delineate dalla Corte costituzionale. La "consistenza" di tale situazione, che radica, a seconda dei casi, la giurisdizione del g.o. o del g.a., non può essere aprioristicamente affermata sulla base dell'astratto suo contenuto od oggetto - la salute o l'ambiente - ma deve essere apprezzata, in concreto e nella mutevole dinamica del rapporto con l'amministrazione, rispetto all'esercizio, seppur in forma mediata, del pubblico potere.

L'esercizio del pubblico potere non "degrada" la situazione giuridica soggettiva del privato, con una sorta di *capitis deminutio*, così come, per converso, la "forza" della situazione giuridica soggettiva non annulla l'esercizio del potere. Il nucleo sostanziale di tale situazione giuridica soggettiva lesa, diritto soggettivo o interesse legittimo, resta il medesimo, sul piano dell'ordinamento generale, e non può essere inciso dall'esercizio del potere, se lo stesso ordinamento non riconosce all'Amministrazione, per un superiore fine pubblico, la potestà di conformarlo. Laddove l'Amministrazione vulneri tale situazione del privato con un mero comportamento materiale o con una mera inerzia, non legati in alcun modo, nemmeno mediato, all'esercizio di tale potere, tale situazione di diritto soggettivo rientra nella cognizione del giudice ordinario, al quale compete la tutela di tutti i rapporti tra il privato e l'Amministrazione nei quali quest'ultima non abbia assunto la veste di autorità, bensì abbia svolto un ruolo paritetico, a seconda dei casi, di contraente o di danneggiante o, comunque, di soggetto assimilabile a qualsivoglia parte di un normale rapporto giuridico *iure privatorum*. Quando invece l'Amministrazione pretenda di incidere sul rapporto mediante l'esercizio di un potere pubblicistico, la situazione del privato che "dialoga" col potere e vi si contrappone assume la configurazione dell'interesse legittimo, tutelabile avanti al giudice amministrativo. Il sostrato sostanziale della situazione giuridica soggettiva è sempre il medesimo e non è degradato dall'esercizio del potere né, per converso, potenziato dal ruolo di *superdiritto* o diritto inaffievolibile».

⁵² Cons. Stato AP, n. 7 del 2016.

⁵³ «Occorre distinguere:

a) le controversie che hanno ad oggetto l'esercizio del potere organizzatorio a monte dell'approvazione del Piano educativo individuale (attratte al GA sebbene siano coinvolti diritti fondamentali della persona);

b) le controversie che sorgono nella fase di attuazione del PEI in cui viene in rilievo una condizione di mera obbligatorietà a carico dell'Amministrazione con la conseguenza che nei suoi confronti è esperibile, davanti al GO, l'azione anti discriminazione disciplinata dall'art. 28, d.lgs. n. 150 del 2011.

Anche, infatti, secondo l'esegesi più riduttiva e restrittiva del perimetro della giurisdizione esclusiva amministrativa in *subiecta materia*, operata con la più volte menzionata sentenza delle Sezioni Unite (n.25011 del 2014), le controversie aventi ad oggetto la declaratoria della consistenza dell'insegnamento di sostegno ed afferenti alla fase che precede la formalizzazione del PEI, restano affidate alla cognizione del giudice amministrativo.

Prima della definizione del piano che stabilisce il numero di ore di sostegno necessario a garantire una corretta formazione all'alunno disabile, infatti, l'Amministrazione scolastica resta pienamente investita delle potestà relative alla formazione del PEI e, soprattutto, nella fase che precede la definizione dello stesso, risulta inconfigurabile qualsivoglia profilo discriminatorio, che, secondo la stessa Cassazione, appare ravvisabile solo nell'omessa, parziale o incompleta attuazione del piano e che concreta, a ben vedere, l'identificazione della giurisdizione ordinaria, come provvista di capacità cognitoria, ai sensi dell'art.28 d.lgs. n.150 del 2011 (essendo stata proposta, nella fattispecie esaminata dalla Suprema Corte, un'azione antidiscriminatoria secondo il rito definito dalla predetta disposizione)».

funzione pubblica e senza alcuna limitazione di tutela in ragione della natura vincolata o tecnica della correlata potestà pubblica⁵⁴.

Se, però, il diritto soggettivo è compatibile con il potere, si ripropone il problema, esaminato nel paragrafo precedente, di spiegare come, a fronte di un rapporto giuridico rispondente allo schema norma-potere-effetto, la posizione del privato sia di diritto soggettivo e non di interesse legittimo.

Va premesso, al riguardo, che non si può far leva sulla natura materiale dell'attività amministrativa, atteso che l'impatto del potere sul diritto fondamentale avviene tramite provvedimenti o comportamenti diretta espressione del potere, in quanto esecuzione di provvedimenti amministrativi (altrimenti ricadendo nella figura, oggetto del prossimo paragrafo, del comportamento mediatamente riconducibile al potere).

La soluzione del problema è simile – ma non identica – a quella individuata con riguardo all'attività vincolata nell'interesse individuale. Nel caso di attività vincolata, infatti, il potere della pubblica amministrazione è conformato esclusivamente dalla norma che lo disciplina, la quale assegna primaria rilevanza all'interesse privato. Invece, nel caso di diritti fondamentali, il potere della pubblica amministrazione è, da un lato, governato dalla norma che lo istituisce per la protezione dell'interesse generale e, dall'altro, dalla norma fondamentale che riconosce al cittadino il diritto soggettivo.

⁵⁴ «Né, ovviamente, la pacifica natura di diritto soggettivo della posizione soggettiva azionata, quand'anche qualificato come “fondamentale”, esclude la sussistenza della giurisdizione amministrativa.

Per un verso, infatti, la profondità della capacità cognitiva del giudice amministrativa nelle materia dei servizi pubblici comprende senz'altro anche la tutela dei diritti soggettivi, in ragione della natura esclusiva della giurisdizione codificata all'art.133 c.p.a., e, per un altro, il carattere fondamentale del diritto nella specie azionato non può certo essere decifrato come un'eccezione innominata al perimetro della giurisdizione esclusiva.

La cognizione e la tutela dei diritti fondamentali, infatti, intendendosi per tali quelli costituzionalmente garantiti, non appare affatto estranea all'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali.

Non solo, ma l'affermazione dell'estensione della giurisdizione esclusiva amministrativa anche alla cognizione dei diritti fondamentali (peraltro ammessa, al punto 2.6, anche dalla Sezioni Unite nella sentenza più volte richiamata) non vale in alcun modo a sminuire l'ampiezza della tutela giudiziaria agli stessi assicurata, nella misura in cui al giudice amministrativo è stata chiaramente riconosciuta la capacità di assicurare anche ai diritti costituzionalmente protetti una tutela piena e conforme ai precetti costituzionali di riferimento (Corte Cost., sentenza 27 aprile 2007, n.140), che nessuna regola o principio generale riserva in via esclusiva alla cognizione del giudice ordinario.

Né, per altro verso, i confini della giurisdizione esclusiva possono intendersi ristretti o ridimensionati, in ragione della natura vincolata o tecnica dell'esercizio della potestà oggetto del giudizio (potendosi, nella fattispecie esaminata, sostenere che la stima delle ore di sostegno necessarie all'alunno disabile deve indefettibilmente fondarsi su un apprezzamento della gravità della sua patologia e delle coerenti esigenze dell'insegnamento di sostegno, secondo parametri scientifici e, perciò, cogenti).

E' sufficiente, al riguardo, osservare che l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in determinate materia implica, evidentemente, una cognizione piena, e non limitata ai soli profili di esercizio discrezionale del potere, della controversie ad essa riferibili.

Ne consegue che, là dove il diritto azionato postuli, per la sua completa realizzazione, l'espletamento di una potestà pubblica che si risolve nella verifica, sulla base di canoni medici o scientifici, dei presupposti per la sua attuazione, la potestà cognitoria del giudice amministrativo deve intendersi estesa anche allo scrutinio della correttezza del predetto apprezzamento, in quanto implicato dalla disamina della fondatezza della pretesa azionata in giudizio, seppur nei limiti del sindacato relativo alla discrezionalità tecnica (Cons. St., sez. III, 12 aprile 2013, n.1989».

Mentre, dunque, nell'ipotesi di attività vincolata la norma di azione ha valenza, anche, di relazione, nell'ipotesi di attività amministrativa che impatta su diritti fondamentali esiste un'autonoma norma che, per la sua natura, è idonea a proteggere il diritto soggettivo del privato anche dal potere amministrativo, comportandosi come norma di relazione. Il diritto fondamentale assolverebbe quindi la funzione svolta dall'interesse legittimo. In tali casi, infatti, è il diverso rapporto tra interesse pubblico ed interesse privato a rilevare, non già l'assenza del primo.

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Potere Diritto soggettivo	Norma di azione Interesse pubblico e privato Norma di relazione Interesse individuale	Effetto Interesse generale
PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE

Nell'identificazione dell'interesse generale l'interesse del singolo "pesa" di più di quello pubblico, sicché l'Amministrazione deve coordinare questo con l'interesse privato e non viceversa. Ne consegue che il provvedimento non può incidere sul diritto soggettivo al di fuori delle condizioni che consentano tale coordinamento.

Nella sostanza la giurisprudenza si muove su questa direttiva, come emerso a proposito di alcuni diritti soggettivi che incrociano poteri amministrativi.

La Corte di Cassazione ha qualificato la situazione giuridica dello straniero che richieda il rilascio di permesso per ragioni umanitarie come diritto soggettivo, sulla base della disciplina internazionale ed interna (che lo assimila al diritto allo *status* di rifugiato e al diritto di asilo), da annoverare tra i diritti umani fondamentali, con la conseguenza che la garanzia apprestata dall'articolo 2 della Costituzione esclude che dette situazioni possano essere degradate a interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere affidato solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate riservate al legislatore⁵⁵.

Più di recente la suprema Corte ha affermato che spetta alla giurisdizione ordinaria la cognizione di una domanda, promossa prima e al di fuori dell'avvio del procedimento elettorale, di accertamento del diritto di elettorato attivo, asseritamene leso dalle previsioni di una legge regionale disciplinante

⁵⁵ Cass. sez. un., n. 19393/09.

le modalità di attribuzione dei seggi nel consiglio regionale, in quanto il giudice ordinario è il giudice naturale dei diritti fondamentali e, tra questi, dei diritti politici⁵⁶.

In conclusione, ancorché è stato abbandonato il dogma secondo cui gli interessi protetti dalla Costituzione possono essere soggetti tutt'al più a un regime amministrativo puramente formale, di fatto essi assumono quasi sempre la veste di diritti soggettivi, spettanti alla giurisdizione ordinaria, se non ricadono in materie di giurisdizione esclusive.

È al modo in cui la legge li disciplina che occorre guardare, fermo restando che lo stesso legislatore incontra dei limiti nel sottoporli a regimi amministrativi a tutela di interessi di pari rango, come quelli finanziari: la Corte costituzionale ha ritenuto illegittimo l'art. 6, comma 2-bis, della legge della Regione Abruzzo 15 dicembre 1978, n. 78 ("Interventi per l'attuazione del diritto allo studio), aggiunto dall'art. 88, comma 4, della legge della Regione Abruzzo 26 aprile 2004, n. 15 ("Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2004 e pluriennale 2004-2006 della Regione Abruzzo"), limitatamente all'inciso "*nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa*" per violazione dell'art. 38 della Costituzione⁵⁷.

⁵⁶ Cass. sez. un., ord. n. 21262 del 2016.

⁵⁷ Corte cost., n. 275 del 2016.

La Corte ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale della citata disposizione, introdotta dalla legge finanziaria regionale per il 2004, nella parte in cui prevede, per gli interventi di cui all'art. 5-bis e, in particolare, per lo svolgimento del servizio di trasporto degli studenti portatori di handicap o di situazioni di svantaggio, che la Giunta regionale garantisce un contributo del 50% della spesa necessaria e documentata dalle Province solo «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa».

La Corte, nel ritenere fondata la questione, ha osservato che:

- a) la natura fondamentale del diritto allo studio impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile rappresentato dal «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (sentenza n. 80 del 2010, in Foro it., 2010, I, 1066, che ha dichiarato incostituzionale la fissazione, da parte del legislatore, di un limite massimo al numero di insegnanti di sostegno così escludendo la possibilità di deroghe in presenza di studenti con disabilità grave), tra le quali rientra il servizio di trasporto scolastico e di assistenza per lo studente disabile, perché per questi ultimi esso costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto;
- b) l'indeterminatezza così come l'insufficienza del finanziamento condiziona l'effettività del servizio e quindi la tutela del medesimo diritto;
- c) non può essere condivisa l'affermazione secondo cui ogni diritto, anche quelli incomprimibili, debba essere sempre e comunque assoggettato ad un vaglio di sostenibilità nel quadro complessivo delle risorse disponibili; atteso che la sostenibilità può essere verificata all'interno di risorse promiscuamente stanziato attraverso complessivi riferimenti numerici solo per le spese correnti di natura facoltativa, ma non per quelle necessarie ad assicurare servizi a tutela di diritti incomprimibili;
- d) l'esigenza di pareggio di bilancio e il rispetto della discrezionalità del legislatore nel destinare le risorse non può consentire che le risorse disponibili siano destinate in modo promiscuo a spese facoltative piuttosto che a garantire l'attuazione di diritti incomprimibili;
- e) quanto all'articolo 81 della Costituzione, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali; difatti è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione;
- f) le scelte allocative di risorse attuate con legge sono suscettibili di sindacato in quanto rientranti nella tavola complessiva dei valori costituzionali, la cui commisurazione reciproca e la cui ragionevole valutazione sono lasciate al prudente apprezzamento del Giudice costituzionale (sentenza n. 260 del 1990, in Foro it., 1991, I, 2020 e n. 10 del 2016, in Riv. corte conti, 2016, fasc. 1, 362); non si può ipotizzare che la legge di approvazione del bilancio o qualsiasi altra legge incidente sulla stessa.

11.3 I poteri pubblici ‘impuri’ della P.A.

Come anticipato, in questo *genus* rientrano le situazioni in cui, pur essendo astrattamente presente un potere, lo stesso si esplica in provvedimenti nulli o in comportamenti che non siano diretta esecuzione di provvedimenti. Ciò pone il problema dell’individuazione della posizione soggettiva del destinatario, se di interesse legittimo o di diritto soggettivo e, in tale ultimi ipotesi, della riconducibilità delle relative controversie a una delle fattispecie di giurisdizione esclusiva per materia previste dall’ordinamento. Infatti, pur non trattandosi di attività intermedia, proprio la possibile coesistenza tra diritto soggettivo e potere amministrativo suggerisce di ricercare in tale area rapporti giuridici per i quali il legislatore ha istituito la giurisdizione esclusiva.

11.3.1 Atti nulli

Quanto ai provvedimenti nulli, è pacifico che la loro cognizione debba spettare in alcuni casi al giudice amministrativo, poiché l’art. 31, comma 4 CPA disciplina l’azione di nullità, fissando anche un termine di decadenza.

È opinione comune che, in materia di funzioni ampliative, la posizione del destinatario di un provvedimento amministrativo è di interesse legittimo, essendo costui titolare di un interesse pretensivo.

Nei casi in cui il privato vanti un interesse oppositivo, va certamente esclusa dalla giurisdizione amministrativa l’ipotesi di difetto di attribuzione, intesa come carenza astratta di potere, la quale dà luogo ad un’attività non autoritativa, dinanzi alla quale la posizione del privato è di diritto soggettivo.

Anche nelle altre ipotesi la giurisdizione appartiene al giudice ordinario, poiché il potere amministrativo, pur astrattamente esistente, non è stato in concreto esercitato attraverso una fattispecie riconoscibile come tale dall’ordinamento, con la conseguenza che la tutela del privato è garantita dal diritto soggettivo, e non dall’interesse legittimo⁵⁸.

Lo stesso art. 7, comma 1 CPA fa riferimento a “*provvedimenti ... riconducibili ... all’esercizio di tale potere*”.

Discorso a parte per la figura della violazione o elusione del giudicato, devoluta alla giurisdizione esclusiva, la cui previsione appare conforme ai principi stabiliti dalla giurisprudenza costituzionale, essendo una fattispecie in cui il potere c’è nella legge, ma è esercitato in uno spazio precluso dalla

⁵⁸ Cap. XII, sez. II, § 4.8.1.

sentenza che quella legge ha applicato, sicché la posizione del privato si qualifica come diritto soggettivo, ma non avulso dal potere⁵⁹.

Occorre, inoltre, considerare che anche le altre ipotesi di nullità possono rientrare nel perimetro della giurisdizione esclusiva, ove attinenti a materie per le quali essa è prevista, nella misura in cui non dipendono dalla carenza di potere (con esclusione, quindi, della figura del difetto assoluto di attribuzioni). La cognizione esclusiva del giudice amministrativo in tali casi non può, però, estendersi alle attività materiali che ne sono esecuzione, le quali integrano meri comportamenti⁶⁰.

11.3.2 *Comportamenti mediatamente collegati al potere*

Trattandosi di comportamenti che non sono diretta esecuzione di provvedimenti amministrativi è comprensibile come la posizione del destinatario sia di diritto soggettivo e la cognizione sulle relative controversie debba appartenere – secondo il criterio comune – alla giurisdizione ordinaria. Sull'origine della figura e sulla sua distinzione dai comportamenti autoritativi si è avuto modo di dire trattando dei comportamenti della P.A. in generale⁶¹.

Qui occorre approfondire il versante opposto, relativo al nesso esistente tra detti comportamenti e il potere, che li sottrae alla categoria dei nudi comportamenti, e consente di ipotizzare per essi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Tale nesso può essere descritto in termini funzionali, poiché il comportamento, anche se posto in essere nell'esercizio di una posizione paritetica, costituisce il segmento di una sequenza in cui campeggia una posizione di autorità, assegnata per la cura di interessi pubblici.

Sull'elaborazione della figura ha giocato un ruolo determinante l'istituto dell'occupazione appropriativa, nonché di quelle situazioni in cui i comportamenti, pur collegati a una dichiarazione di pubblica utilità efficace nel momento in cui sono posti in essere, si pongono al di fuori del regolare svolgimento del procedimento di espropriazione e costituiscono – una volta annullata la dichiarazione di pubblica utilità o dichiarata l'illegittimità della procedura amministrativa – un fatto illecito nei confronti del privato proprietario, che la sentenza 191/2006 della Corte Costituzionale ha cristallizzato come appartenenti alla giurisdizione amministrativa esclusiva prevista dall'art. 53 del T.U. sulle espropriazioni.

Per descrivere il criptico fenomeno del comportamento “mediatamente riconducibile al potere” può utilizzarsi la seguente rappresentazione.

⁵⁹ Cap. XII, § 4.8.1.

⁶⁰ Cap. XII, sez. I, § 7.1.

⁶¹ Cap. XII, sez. I, § 7.1, nota 36.

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Potere	Norma di azione	Effetto provvedimento

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Fatto Comportamento	Norma di relazione	Effetto lesione del diritto soggettivo

Il nesso è mediato perché il comportamento non costituisce esecuzione del provvedimento e, dunque, non è governato dalla norma di azione che ne autorizza l'adozione. Tuttavia rientra nella serie causale di cui il provvedimento e il potere sono gli antecedenti remoti, come ben si nota nell'ipotesi di realizzazione dell'opera pubblica susseguente al decreto di occupazione, che non autorizza la edificazione del suolo ma ne è un presupposto (autorizzando l'ingresso), come la dichiarazione di p.u. è un presupposto perché l'opera realizzata si connota del carattere pubblicistico.

In base al principio di causalità, che è anche un principio logico, applicabile al di fuori del rapporto tra accadimenti fisici, può dirsi che, nei casi di comportamenti mediati, il potere è condizione necessaria dell'effetto giuridico, ma non causa efficiente, che va ravvisata nel comportamento. Il nesso causale è mediato, poiché manca un provvedimento di cui il comportamento sia esecuzione.

La categoria dei comportamenti mediamente riconducibili al potere è stata estesa a tutte le ipotesi in cui vi siano condotte materiali – o atti paritetici – della P.A. che avvengano nell'orbita delle funzioni pubbliche, senza trovarsi in un rapporto di connessione immediata⁶². È il caso dei comportamenti e atti in materia di servizi pubblici o nel procedimento dell'evidenza pubblica, nella fase intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, o anche la sua approvazione. In tali ipotesi il privato è titolare di diritti soggettivi, ma la controversia spetta alla giurisdizione esclusiva.

In questa categoria rientrano le ipotesi di attività amministrativa di diritto comune sottratte all'applicazione delle norme di diritto privato dalle leggi di settore (in virtù della clausola di salvezza contenuta nell'ultima parte dell'art. 1, comma 1-*bis* legge 241/90), come il pubblico impiego non privatizzato e i procedimenti dell'evidenza pubblica, in cui un'attività intrinsecamente non autoritativa viene assoggettata al diritto pubblico.

⁶² Esattamente si afferma che la nozione di esercizio indiretto del potere va vista in un'ottica non atomistica ma sintetica, nel senso che a rilevare è il contesto pubblicistico-procedimentale dell'azione amministrativa in cui il comportamento si inserisce ed il suo legame con la funzione amministrativa complessivamente intesa, piuttosto che con uno specifico provvedimento.

A rigore si tratta di settori caratterizzati, sia pure in virtù di una prescrizione legale in deroga alla norma generale, dalla presenza di poteri pubblici ‘puri’. Tuttavia, stante la loro origine e collocazione naturale nel mondo delle relazioni paritetiche tra amministrazione e privato, è frequente che nei rapporti pubblicistici cui danno vita si inseriscano segmenti in cui l’amministrazione agisca tramite comportamenti o atti paritetici, rispetto a cui la posizione del destinatario sia di diritto soggettivo.

L’elaborazione giurisprudenziale della figura mostra qualche incertezza proprio nel settore da cui origina, ossia quello dell’uso del territorio.

La suprema Corte ha cercato di definire il nesso tra potere e comportamento in materia di realizzazione di opere pubbliche, escludendo che esso possa individuarsi nelle ipotesi in cui i danni siano stati causati dall’inosservanza da parte della P.A. delle regole tecniche dei comuni canoni di diligenza e prudenza, concludendo nel senso che anche dopo l’entrata in vigore del codice del processo amministrativo la relativa controversia spetta alla giurisdizione del giudice ordinario, mentre non può essere invocata la giurisdizione esclusiva che riguarda attività che esprimano l’esercizio del potere amministrativo⁶³.

Il criterio adottato dalla Corte di Cassazione per ravvisare l’esistenza di un nesso, anche solo mediato, tra potere e comportamento è quello della sussunzione del comportamento nella norma attributiva del potere:

- il comportamento deve essere “*riconducibile al potere*”, quindi ad esso collegato oggettivamente e non soggettivamente⁶⁴;
- il collegamento è oggettivo se il comportamento è necessario per il raggiungimento del fine perseguito dalla norma⁶⁵.

⁶³ Cass. sez. un., ord. n. 2052 del 2016.

⁶⁴ «Ritengono le Sezioni Unite che la norma dell’art. 7, comma 1, ma già i dicta del Giudice delle leggi, quando esigono che il comportamento e, dunque, anche quello fonte di danno ingiusto rilevante ai sensi dell’art. 2043 c.c., sia riconducibile all’esercizio di un potere amministrativo, impongono di spiegare e dare contenuto al significato sotteso all’uso di tale espressione. La riconducibilità del comportamento dannoso all’esercizio del potere, affinché il diritto soggettivo al risarcimento del danno in ambito di giurisdizione esclusiva possa dirsi riconducibile a tale giurisdizione, esige dunque l’individuazione di questa relazione con l’esercizio del potere sottesa. Si tratta di una relazione che, se le parole del legislatore hanno un senso, non può essere intesa come se si trattasse di una mera occasionalità della tenuta del comportamento rispetto all’esercizio del potere, giacché ciò che è occasionale è certamente spiegabile sul piano deterministico come giustificato da qualcosa d’altro, ma per ciò solo, almeno secondo un lessico normativo, non può dirsi riconducibile ad esso. Se il legislatore avesse voluto alludere semplicemente all’essere stato il comportamento occasionato dall’esercizio del potere avrebbe fatto riferimento al comportamento tenuto nell’esercizio del potere. Poiché l’attribuzione della giurisdizione sull’esercizio del potere riguarda anche in ambito di giurisdizione esclusiva l’accertamento dell’esistenza del potere che l’amministrazione o chi per essa ha esercitato, a determinare l’attrazione del comportamento a quella giurisdizione sarebbe sufficiente il fatto stesso che esso sia stato tenuto e, dunque, giustificato, nell’esercizio di un potere anche solo asserito tale dall’amministrazione o da chi per essa. In pratica basterebbe il mero finalismo del comportamento all’esercizio del potere (asserito) per giustificare la giurisdizione esclusiva. Il legislatore, viceversa, non ha accolto tale criterio meramente finalistico, basato sulla mera occasionalità, ma parlando di riconducibilità al potere ha richiesto che il comportamento presenti oggettivamente un collegamento con l’esercizio del potere, costituisca, dunque, una manifestazione del potere, ancorché da verificare esistente».

Facendo applicazione di tale paradigma al caso concreto, la suprema Corte ravvisa il collegamento con il potere (dunque la giurisdizione amministrativa esclusiva) con riferimento ai danni causati dalla realizzazione di una linea ferroviaria all'area su cui è insediata l'opera pubblica e quelle utilizzate per l'esecuzione dei lavori (cantieri e relativi accessi)⁶⁶.

⁶⁵ «Ora, è noto la norma che attribuisce un potere alla p.a. descrive innanzitutto l'agire dell'amministrazione riguardo ad un certo oggetto. Tale esercizio si concreta nel provvedimento che a tale oggetto si riferisce e che in relazione ad esso dispone e stabilisce il risultato che si deve raggiungere. Per raggiungere tale risultato sono necessari una serie di atti dell'amministrazione e di norme operazioni materiali, cioè comportamenti. Questi comportamenti possono essere, però, di diversa natura.

Taluni sono oggettivamente necessari per realizzare il risultato che l'esercizio del potere deve raggiungere: si tratta di comportamenti che sono oggettivamente indispensabili per raggiungere tale risultato e sono tali secondo la stessa previsione della norma attributiva del potere. L'amministrazione ha certamente un potere di scelta nella tenuta di tali comportamenti, nel senso che sceglie di tenerli in un certo modo, piuttosto che in un altro, ma il tratto costante è che tutti i comportamenti che si potevano tenere, anche quelli non scelti, in ogni caso, per il modo in cui il potere è normativamente previsto, risultavano oggettivamente, per le loro caratteristiche in relazione all'oggetto del potere, ad esso riconducibili, perché' concernevano proprio tale oggetto come normativamente previsto.

Vi sono, però, numerosi altri comportamenti che invece si rivelano soltanto funzionali al raggiungimento del risultato che l'esercizio del potere deve realizzare secondo la previsione normativa ed in relazione all'oggetto che essa prevede. Tali comportamenti sono in relazione con l'esercizio del potere non perché' corrispondenti e dunque riconducibili a quanto oggettivamente la norma di previsione del potere prevede, bensì soltanto perché' l'amministrazione o chi per essa li ha tenuti per raggiungere quel risultato, scegliendo di tenerli in un certo modo piuttosto che in un altro. Sono comportamenti che sono stati certamente funzionali a quel raggiungimento, ma non per le loro caratteristiche oggettive e, dunque, perché' hanno rappresentato uno dei modi di realizzazione sul piano della realtà effettuale del potere per come descritto normativamente, bensì solo perché' l'amministrazione li ha tenuti allo scopo di raggiungere il risultato dell'esercizio del potere asseritamente esercitato e normativamente descritto. Non si tratta di comportamenti che per le loro caratteristiche rivelino dunque l'esercizio del potere, ma di comportamenti che solo per il loro finalismo e, dunque, non secondo quanto prevedeva la norma di attribuzione del potere, si pongono in relazione con il suo esercizio. Sicché' essi, di per se, non si possono dire riconducibili a tale esercizio in quanto giustificato dalla norma di attribuzione del potere asseritamente invocata dall'amministrazione o da chi per essa riguardo al suo agire.

I comportamenti riconducibili all'esercizio del potere sono dunque solo quelli che trovano oggettiva giustificazione in ciò che la previsione del potere al livello normativo stabiliva. Questo sembra implicare la riconducibilità di cui parla l'art. 7, comma 1: i comportamenti cui la norma fa riferimento e, quindi, anche gli effetti dannosi che in ipotesi essi provocano, sono solo quelli che, secondo la norma di previsione del potere, apparivano astrattamente e oggettivamente necessari per l'attuazione del potere che l'amministrazione o chi per essa abbia esercitato o eserciti, a torto o a ragione».

⁶⁶ «Si deve procedere ora all'applicazione dei criteri indicati alla vicenda oggetto del conflitto in esame riguardo alla domanda di risarcimento dei danni proposta in via alternativa e cumulativa dagli attori. Ebbene i comportamenti della concessionaria della realizzazione dei lavori ferroviari (che ha ricevuto con la concessione il potere amministrativo di realizzarla) o di chi per essa, in relazione ai quali è stata svolta la domanda dagli attori della controversia non si possono dire riconducibili oggettivamente all'esercizio del pubblico potere relativo alla realizzazione dell'opera (della cui concessione di realizzazione la R.T.I. è ora depositaria).

Si tratta in primo luogo di comportamenti che rilevano in quanto hanno determinato effetti interessanti le situazioni giuridiche degli attori. Come tali concernono operazioni materiali che sono state certamente strumentali alla realizzazione dell'opera, cioè si sono svolte per realizzarla, ma occorre considerare se tale strumentalità sia anche riconducibile al potere amministrativo asseritamente esercitato, cioè all'autorità che tale potere esistente o meno che fosse, poteva esprimere. Sotto tale aspetto non è sufficiente rilevare soltanto detta strumentalità, cioè che esse, anche considerate negli effetti che hanno prodotto sulle posizioni degli attori, sono state eseguite per raggiungere e realizzare quel risultato, ma occorre verificare se come tali esse possano essere ricondotte alla norma di previsione del potere, cioè a quella norma in forza della quale è stata data la concessione ed in forza della quale ne è stato previsto l'oggetto, cioè tutto ciò che si doveva fare per realizzare l'opera e come lo si doveva fare.

Il primo dato che occorre considerare è che le posizioni degli attori, se si considera il potere amministrativo relativo alla realizzazione dell'opera (a prescindere dalla sua legittimità o meno), non sono in alcun modo quelle che potevano essere coinvolte dall'esercizio di esso in base alla previsione della norma di attribuzione del potere che ha portato alla concessione ed al conferimento del potere alla concessionaria di realizzare l'opera. Detta previsione poteva e doveva giustificare, sebbene in tesi, l'esercizio del relativo potere anche per quanto riguardava l'attività esecutiva necessaria per realizzare l'opera, concretandosi in mere operazioni materiali e, dunque, in meri comportamenti. Il potere della

Invece, i danni causati alle aree adiacenti, pur sempre dai lavori effettuati sui terreni dove l'opera è allocata o su quelli utilizzati per la sua realizzazione, ma non direttamente interessati dal progetto di opera pubblica, sono ritenuti non riconducibili al potere, ma solo occasionalmente collegati al suo esercizio, pertanto le relative controversie spettano alla giurisdizione ordinaria⁶⁷.

concessionaria e di chi agiva per essa, sebbene considerato a livello di comportamenti esecutivi, cioè di operazioni materiali, necessarie per la realizzazione dell'opera, veniva in rilievo certamente per tutto quello che la concessione di realizzazione dell'opera comportava, ma limitatamente a quanto dalla concessione come manifestazione di potere autoritativo era implicato e, quindi, all'oggetto o agli oggetti ed alle posizioni giuridiche che agli effetti del potere erano dalla norma di previsione erano assoggettati. Sotto tale profilo, si deve considerare che la concessione di esecuzione dell'opera (come in ogni caso di concessioni di realizzazione di opere di pubblica utilità), in quanto manifestazione del relativo potere, implicava e, quindi, consentiva che per la sua realizzazione si dovesse procedere ad un'attività di apprensione dei beni sui quali l'opera doveva realizzarsi e allo svolgimento dell'attività diretta a realizzarla e, dunque, anche delle operazioni materiali necessarie, nonché anche di quell'attività che si fosse palesata necessaria ed avesse implicato il coinvolgimento anche di altri beni diversi, con conseguente sottoposizione di essi a vincoli in via solo provvisoria (come le aree occupate dal cantiere per realizzare l'opera stessa ed eventualmente altre che di volta in volta si sono occupate per agevolare lo stesso accesso al cantiere o ai cantieri).

Tutte tali attività, anche se consistenti in operazioni materiali e dunque in comportamenti, sono certamente riconducibili al potere in base al quale l'opera si deve ed anzi si asserisce che si deve autoritativamente realizzare: lo sono perché essi risultano oggettivamente diretti a realizzare l'opera sui beni su cui essa doveva realizzarsi secondo la norma di previsione del potere oggetto di concessione e secondo quanto sulla base di essa è stato attribuito come potere alla concessionaria e mediamente giustifica l'operato di coloro di cui essa si avvale. Si tratta, in definitiva, di comportamenti che si sono svolti o si svolgono proprio sui beni interessati dall'esercizio del potere in via definitiva (quelli su cui l'opera si deve realizzare) o provvisoria (perché utilizzati per lo svolgimento della relativa attività). Tali comportamenti, se produttivi di danno, sono certamente riconducibili all'esercizio del potere che si pretende di esercitare per la realizzazione dell'opera, in quanto la norma di attribuzione del preteso potere prevede che il potere possa esercitarsi sui detti beni e sulle situazioni giuridiche ad essi relative. Le pretese risarcitorie per le lesioni di queste situazioni giuridiche sono, pertanto, soggette alla giurisdizione esclusiva».

⁶⁷ «Occorre, invece, considerare che il potere di realizzazione dell'opera, proprio perché si esprime e può esprimersi in tesi autoritativamente sui beni che si sono indicati, non viene, invece, in rilievo quando si considerano i comportamenti di esecuzione dell'attività necessaria per realizzare l'opera, ancorché svoltisi sia sui beni su cui l'opera si è realizzata, sia sui beni utilizzati in via provvisoria per realizzarla, in quanto essi abbiano in concreto prodotto effetti dannosi su altri beni e, quindi, sulle posizioni dei soggetti titolari di situazioni giuridiche riguardo ad essi, per il sol fatto che essi siano contigui o vicini rispetto ai beni su cui l'opera è stata realizzata e ai beni utilizzati provvisoriamente per la sua realizzazione.

In questo caso i comportamenti, in quanto determinativi di effetti sui beni contigui, sebbene costituiti da attività ed operazioni tenuti su quelli oggetto dell'esercizio autoritativo del potere, non rilevano per i loro effetti materiali su questi ultimi beni, bensì per gli effetti che provocano sui beni contigui. A ben vedere, se è innegabile che sia quanto agli uni che agli altri il nucleo è comunque, in quanto l'attività che li esprime è la stessa, tuttavia, la loro rilevanza sul piano degli effetti, che è quello che li fa essere comportamenti, deve tenere conto appunto degli effetti che dall'attività derivano. Mentre per i beni su cui l'opera si realizza e per quelli temporaneamente assoggettati in funzione della possibilità di realizzare l'opera gli effetti rilevano in quanto si verificano su di essi, viceversa, per i beni contigui gli effetti rilevano diversamente in quanto gli effetti che li coinvolgono sono diversi proprio perché li coinvolgono.

In altri termini, l'incidenza dell'attività di realizzazione dell'opera sui beni su cui si realizza e l'incidenza di quella compiuta sui beni temporaneamente assoggettati a vincoli per quella realizzazione evidenzia un comportamento che non è lo stesso che si individua se si considera l'incidenza di quelle attività sui beni contigui. La polvere, le esalazioni, gli scuotimenti lamentati dagli attori sui beni contigui ed arrecati a loro dire dall'attività direttamente svolgentesi sull'area di realizzazione dell'opera o su quella di cantiere o su altre aree occupate per la realizzazione dell'opera derivano certamente da essa, ma considerati nella realtà effettuale; implicano che i comportamenti con cui quell'attività risulta svolta e rivela i suoi effetti sui beni contigui; non possono considerarsi quegli stessi comportamenti in quanto determinanti effetti su quelle aree. Posto che un comportamento è tale per l'incidenza che lo rivela nella realtà effettuale e, dunque, non solo come condotta di chi la tiene, ma anche per gli effetti che determina, l'asserita mancanza di identità non deve sembrare artificiosa: invero, non è contestabile che, per esempio, un'opera di perforazione rumorosa di una macchina operatrice sull'area su cui l'opera si realizza integra un comportamento che, se apprezzato negli effetti su di essa, evidenzia effetti materiali che la alterano e nel contempo se dà luogo a rumore ed altre esalazioni o immissioni, lo fa su quell'area stessa ed è apprezzabile come comportamento che sotto tali profili è incidente su di essa.

Nel contempo non è però altrettanto contestabile che, se le immissioni si propagano al di fuori dell'area e sulle aree contigue, il comportamento che viene in evidenza è qualcosa di diverso, perché produttivo di altri effetti su altri beni.

Ciò, però, sempre che i danni derivino dalle modalità di esecuzione dei lavori e scelte e non già dalla realizzazione dell'opera in sé considerata, nel qual caso la controversia cade sul comportamento di attuazione dell'atto di autorizzazione/progettazione dell'opera pubblica e, dunque, rientra nella giurisdizione amministrativa esclusiva in materia urbanistica⁶⁸.

In definitiva la suprema Corte qualifica il comportamento in base ai suoi effetti dannosi: quando gli effetti sono imputabili all'esercizio del potere, in ragione dell'oggetto (le aree colpite) o delle cause (la stessa decisione di realizzare un'opera pubblica), allora è ravvisabile un collegamento con l'esercizio del potere.

Poiché' allora il potere amministrativo che viene in gioco nella vicenda in esame è un potere che riguarda le aree su cui l'opera si realizza e quelle che certamente sono state temporaneamente asservite per i lavori sulle prime, solo i comportamenti che hanno determinato effetti su di esse si possono dire riconducibili all'esercizio del potere, in quanto sono certamente riconducibili ad esso gli effetti che su quelle aree detti comportamenti producono.

Al contrario, poiché' i beni contigui degli attori non sono quelli su cui il potere della concessionaria e di chi per essi, in quanto naturalmente accertato esistente, si configura, i comportamenti che determinano effetti su di essi, pur indirettamente provocati sempre dalla stessa attività esercitata sulle aree su cui l'opera si realizza e da quella esercitata sulle aree temporaneamente asservite per realizzare l'opera, non possono dirsi riconducibili all'esercizio del potere, che nemmeno in tesi concerne i beni contigui.

Ne' potrebbe ritenersi che i comportamenti in quanto determinativi di effetti sui beni contigui, spettando certamente all'autorità amministrativa e quindi alla concessionaria cui il potere di realizzare l'opera è stato attribuito, scegliere come eseguire l'opera, sebbene secondo i progetti approvati, debbono ritenersi frutto di tale scelta e perciò riconducibili al potere proprio in quanto consentiva la scelta. E' sufficiente osservare che il potere conferito riguardava certamente la scelta del modo di esecuzione dell'opera e, quindi, di procedervi con attività che implicavano rumori, scuotimenti, immissioni, ma tali manifestazioni comportamentali erano riconducibili al potere quanto all'oggetto cui il suo esercizio si riferiva, che riguardava le aree apprese di volta in volta per realizzarvi l'opera e quelle temporaneamente vincolate per consentire l'esecuzione dell'attività di realizzazione. Riguardo ai beni contigui i comportamenti tenuti per effetto delle scelte anche tecniche eseguite si connotano, sul piano effettuale che detti beni interessa, in comportamenti e, dunque, in effetti che concernono posizioni estranee all'esercizio del potere di cui trattasi e dunque ad esso non riconducibili».

⁶⁸ «Se le posizioni dei proprietari contigui vengono, invece, fatte valere contro l'attività di esecuzione svolta sui beni sui quali l'opera deve realizzarsi e/o contro l'attività svolta sui beni utilizzati come aree di cantiere per quella realizzazione e si pretenda un risarcimento adducendo che il danno deriva direttamente non dalle modalità di svolgimento dell'attività di realizzazione dell'opera e per i suoi effetti in relazione al bene contiguo ed a prescindere da ogni discussione sul "se" e sul "come" di essa, ma in ragione della stessa realizzazione dell'opera e, quindi, della sua realizzazione per come è stata deliberata e progettata, e si postuli che è proprio tale attività che è illegittima, cioè contra ius ai sensi dell'art. 2043 c.c., e si pretenda dunque un risarcimento di tale danno, richiedendo un ristoro per equivalente del pregiudizio che ponga il soggetto nella condizione in cui si sarebbe trovato se l'opera non fosse stata realizzata, allora, poiché' il danno che si lamenta è quello da illegittimità del comportamento riconducibile al potere in quanto concretantesi proprio nella realizzazione dell'opera, si configura la giurisdizione amministrativa, in quanto la cognizione che si sollecita comporta che si debba valutare la legittimità dell'esercizio del potere stesso e del comportamento che ne è espressione ed è ad esso riconducibile, perché la previsione del potere riguardava proprio la realizzazione dell'opera. In sostanza si lamenta un danno derivante in sé dall'opera e dalla sua insistenza dopo l'esecuzione.

[...]

Le conclusioni raggiunte solo apparentemente si pongono in contrasto con il precedente cui aveva fatto riferimento la sentenza del Tribunale ordinario di Roma, cioè Cass. sez. un. (ord.) n. 15660 del 2005. Come emerge dalla narrativa di quella decisione la fattispecie riguardava posizioni di proprietari di beni che si trovavano in prossimità delle aree su cui era in corso di realizzazione la linea ferroviaria dell'alta velocità.

Come si vede e come, poi, le Sezioni Unite confermarono nel paragrafo 12 della motivazione, le domande proposte lamentavano la stessa illegittimità della progettazione ed esecuzione dell'opera e, dunque, postulavano una tutela che quella illegittimità supponeva e, dunque, implicava una discussione proprio sul potere dell'amministrazione o meglio della concessionaria: ricorreva, dunque, una situazione in cui almeno una parte della domanda, quella risarcitoria, (vi si faceva riferimento infatti, per la verità, anche ad indennizzi) era riconducibile alla situazione indicata poco sopra al paragrafo 9.1».

Il punto critico di questa impostazione è che sfuma la distinzione tra comportamenti direttamente riconducibili al potere e comportamenti mediatamente riconducibili al potere, riducendo il perimetro di quest'ultimo concetto.

Lo stesso vizio sembra palesarsi nell'affermazione secondo cui rientra nella giurisdizione ordinaria l'azione di risarcimento proposta dal proprietario nei confronti di un Comune per danni asseritamente patiti a causa della omessa demolizione di un manufatto abusivo⁶⁹.

In tema di comportamenti omissivi, la Corte di Cassazione ha ritenuto spettare al giudice amministrativo la domanda di retrocessione e di risarcimento danni proposta in presenza di una occupazione protrattasi dopo la sopraggiunta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità, venendo in rilievo un comportamento dell'amministrazione – che omette di restituire il terreno occupato in virtù di decreto di occupazione – connesso, ancorché in via mediata, all'esercizio del potere ablatorio⁷⁰.

⁶⁹ «La pronuncia è stata resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in sede di regolamento preventivo di giurisdizione nell'ambito di una controversia risarcitoria proposta dal proprietario di un prestigioso immobile sito in Taormina che lamentava la perdita del panorama in precedenza goduto, per effetto di una sopraelevazione abusiva che il Comune di Taormina aveva omesso di fare demolire.

La Corte regolatrice della giurisdizione precisa tuttavia, in fatto, che nel caso di specie, il Comune aveva adottato l'ingiunzione di demolizione del fabbricato abusivo, tralasciando tuttavia di procedere alle operazioni di demolizione materiale, con la conseguenza che la pretesa risarcitoria azionata dal privato rinveniva la propria ragione sostanziale in un mero comportamento omissivo materiale della pubblica amministrazione comunale.

A tal riguardo la Corte rammenta che alla cognizione del giudice amministrativo sono attribuite le domande di risarcimento del danno che si pongano in rapporto di causalità diretta con l'illegittimo esercizio (o con il mancato esercizio) del potere pubblico, mentre resta riservato al giudice ordinario il risarcimento del danno provocato da "comportamenti" della p.a. che non trovano rispondenza nel precedente esercizio di quel potere, lasciando così intendere che nel caso di specie mancherebbe siffatto rapporto di causalità diretta essendo il danno stato cagionato non dall'esercizio o dal mancato esercizio del potere repressivo (ordine di demolizione) ma dalla omessa conformazione della situazione materiale all'ordinanza di demolizione in precedenza adottata.

Aggiungono le Sezioni Unite che la mancata demolizione andrebbe qualificata come mero comportamento materiale anche in considerazione del carattere vincolato dei provvedimenti conseguenti all'ordine di demolizione (acquisizione al patrimonio indisponibile del Comune, nella specie parimenti non disposta) che non consentirebbe di configurare l'esercizio di poteri in senso proprio, necessario per ritenere sussistente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di urbanistica ed edilizia ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera f), del d.lgs. n. 104 del 2010 (sul carattere vincolato ed automatico della acquisizione del manufatto abusivo al patrimonio del comune ai sensi dell'art. 31 t.u. edil., oltre alla decisione citata in motivazione, v. Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2196; nello stesso senso, in relazione al provvedimento comunale che abbia disposto la trascrizione della sentenza del giudice penale recante la confisca di un immobile ex art. 44, co. 2, t.u. edil., v. Cons. Stato, Sez. V, 27 maggio 2014, n. 2711)».

⁷⁰ Cass. sez. un., ord. n. 1092 del 2017.

La pronuncia è stata resa dalle Sezioni unite della Corte di cassazione in sede di regolamento di giurisdizione proposto, nell'ambito di una controversia in cui gli ex proprietari di un terreno (dapprima espropriato per la realizzazione di un'opera pubblica e successivamente venduto previa sdemanializzazione ad una società per la costruzione di un centro commerciale), hanno chiesto di accertare l'avvenuta decadenza della dichiarazione di pubblica utilità per ottenere la retrocessione del bene o comunque la condanna delle Amministrazioni e delle società acquirenti convenute, al pagamento dell'equivalente monetario del terreno pari alla differenza tra il suo valore venale e il minore importo dell'indennità di espropriazione a suo tempo ricevuta, ovvero, in subordine, l'indennizzo ai sensi dell'art. 2041 c.c., per l'ingiustificato arricchimento conseguito dalle Amministrazioni e dalle società convenute.

Le Sezioni unite concludono nel senso della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulla scorta delle seguenti motivazioni:

a) è fuorviante la prospettiva tradizionale del carattere parziale o totale della retrocessione e della connessa configurazione, in capo al soggetto espropriato, di una posizione di interesse legittimo ovvero di diritto soggettivo a seconda della sussistenza o meno di un potere discrezionale di disporre la retrocessione stessa da parte dell'amministrazione;

11.4 I poteri intermedi della P.A.

Si tratta, nell'accezione rigorosa qui seguita, del modello giuridico delineato dall'art. 11 della legge 241/90. La norma, come più volte detto, rappresenta la fattispecie di punta della giurisdizione esclusiva, nel senso che costituisce il perfetto esempio dell'incrocio tra interessi legittimi e diritti soggettivi⁷¹.

Per espressa disposizione di legge (art. 11, comma 5, poi trasfuso nell'art. 133 CPA) la giurisdizione esclusiva copre l'intero ambito degli accordi, siano essi integrativi o sostitutivi, dalla fase della formazione a quella dell'esecuzione.

La giurisdizione esclusiva si configura, più che come giurisdizione per materia, come giurisdizione per atto, applicabile quale ne sia l'oggetto⁷². Ciò vale a maggior ragione dopo che la legge 15 del 2005 ha modificato l'art. 11, eliminando la clausola di tipicità prevista per gli accordi sostitutivi, che oggi possono essere conclusi in qualsiasi materia l'ente pubblico abbia un potere funzionale, che si eserciti in un procedimento amministrativo.

La compatibilità della giurisdizione esclusiva sugli accordi di cui all'art. 11 con il quadro costituzionale si evince plasticamente dalle considerazioni appena svolte sulla sua natura e, comunque, risulta incidentalmente affermata proprio dalla sentenza 204/04 della Corte Costituzionale, che all'art. 11 ha fatto riferimento come fattispecie di esercizio del potere amministrativo tramite strumenti privatistici, fisiologicamente assorbibile nel quadro costituzionale sulla giurisdizione amministrativa, siccome esplicazione dell'amministrazione-autorità.

b) la materia, infatti, trova attualmente una specifica disciplina nel codice del processo amministrativo approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 che all'art. 133, comma 1, lett. g), contempla, tra le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quella delle "controversie aventi ad oggetto (...) i comportamenti, riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per quelle riguardanti la determinazione e la corresponsione dell'indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa";

c) in via generale una situazione di "mediata" riconducibilità del comportamento della pubblica amministrazione all'esercizio di un potere si verifica anche nel caso di protrazione dell'occupazione di un suolo pur dopo la sopraggiunta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità, ricorrendo anche in tale ipotesi l'elemento decisivo — per l'affermazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo — del concreto esercizio del potere ablatorio, riconoscibile per tale in base al procedimento svolto ed alle forme adottate, in consonanza con le norme che lo regolano, pur se poi l'ingerenza nella proprietà privata e la sua utilizzazione siano avvenute senza alcun titolo che le consentiva: infatti il comportamento dell'amministrazione, che omette di restituire il terreno occupato in virtù di decreto di occupazione, nonostante quest'ultimo sia stato travolto dalla sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità, deve ritenersi connesso, ancorché in via mediata, a quel provvedimento, senza il quale non vi sarebbe stata apprensione e, quindi, neppure la mancata restituzione (cfr. Cass. civ., sez. un., ordinanze nn. 10879 e 12179 del 2015);

d) una situazione del tutto analoga si verifica nel caso di mancata retrocessione del bene, acquisito mediante decreto di esproprio, nonostante la sopravvenuta decadenza della dichiarazione di pubblica utilità; anche in questo caso è dato registrare, infatti, il concreto esercizio di un potere ablatorio, culminato nel decreto di espropriazione, e un comportamento ad esso collegato (che non si sarebbe verificato se non vi fosse stato l'esproprio) della pubblica amministrazione, la quale omette la retrocessione del bene nonostante la sopravvenuta decadenza della dichiarazione di pubblica utilità.

⁷¹ Cap. I, sez. II, § 3.5.

⁷² Cass. S.U. n. 732 del 2005.

Il nesso tra la fase pubblicistica e quella privatistica è stato valorizzato dalla predetta novella, che ha introdotto il comma 4-bis, relativo alla determinazione di procedere tramite accordi dell'organo competente per l'adozione del provvedimento.

12. La giurisdizione esclusiva

Esaminata la cornice della giurisdizione esclusiva alla luce dei principi fissati dalla giurisprudenza costituzionale, recepiti nell'art. 7 CPA, può concludersi che la stessa trova adeguata collocazione nelle seguenti ipotesi:

- 1) poteri pubblici 'puri' compatibili con posizioni di diritto soggettivo;
- 2) poteri pubblici 'impuri';
- 3) attività intermedia.

Sono tutte situazioni in cui, sia pure per ragioni diverse, il diritto soggettivo incrocia il potere amministrativo, e non ne viene intaccato.

Il catalogo delle ipotesi di giurisdizione esclusiva è racchiuso nell'art. 133 CPA.

Si tratta, adesso, di considerare nel dettaglio le singole previsioni più significative ed, in particolare, i servizi pubblici, l'urbanistica ed edilizia, i contratti pubblici, le fattispecie originate dalla legge 241/90, alcune di quelle settoriali. Di altre, come quelle in materia di espropriazioni e concessioni di beni, se ne è trattato nell'apposita sede.