

Ritenuto in fatto

1. Alessandro Cisilin propone istanza per il regolamento della giurisdizione in relazione a giudizio pendente dinanzi al Tribunale di Firenze (R.g. n. 4464/03), promosso nei confronti dell'Università degli studi di Pisa e di Enrico Fasana con citazione del 3 maggio 2003, per la condanna dei convenuti, in solido, al risarcimento dei danni cagionatigli dall'illegittima esclusione dal corso di dottorato di ricerca. L'istante, premesso che le parti convenute avevano eccepito il difetto di giurisdizione ordinaria, chiede che le Sezioni unite della Corte di cassazione dichiarino competente il giudice ordinario.

2. Riferisce il Cisilin che, previa partecipazione al concorso indetto dall'Università di Pisa, era stato ammesso al corso per il conseguimento del dottorato di ricerca in storia, istituzioni e relazioni internazionali dei Paesi extraeuropei, relatore e *tutor* il prof. Enrico Fasana. Durante lo svolgimento del corso, dopo il primo anno, il prof. Fasana aveva assunto comportamenti di contrapposizione e ostacolo della sua attività di ricerca, culminati nella presentazione di una relazione sull'attività del dottorando "volutamente quanto ingiustamente negativa". Con decreto del rettore n. 01/1607 del 12.12.1999, era stata disposta la sua esclusione dal proseguimento del corso sulla base della relazione del prof. Fasana, approvata dal collegio dei docenti.

3. Resiste con controricorso Enrico Fasana, mentre non ha svolto attività di resistenza l'Università; con le conclusioni scritte il Pubblico ministero ha chiesto dichiararsi la giurisdizione del giudice amministrativo trattandosi di pretesa risarcitoria consequenziale all'ambito di giurisdizione riconosciuta al giudice amministrativo dall'art. 63, comma 4, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Hanno depositato memorie il Cisilin ed il Fasana.

Considerato in diritto

1. La Corte, a sezioni unite, in parziale difformità dalle conclusioni del Pubblico ministero, regola la giurisdizione nel senso che appartiene alla cognizione del giudice amministrativo la controversia promossa nei confronti dell'Università degli studi di Pisa; alla cognizione del giudice ordinario la controversia promossa nei confronti del prof. Enrico Fasana.

2. Va premesso che, nel caso di specie, non viene in rilievo l'ambito attribuito alla giurisdizione amministrativa dall'art. 63, comma 4, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, relativamente alle controversie in materia di procedure concorsuali per

l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Il dottorato di ricerca, come disciplinato dal d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382 (*Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica*) - e successive modificazioni e integrazioni - è titolo accademico che si consegue all'esito di un corso preordinato a sviluppare autonome capacità di ricerca scientifica, attraverso le quali evidenziare originalità creativa e rigore metodologico (e, difatti, le relative prove di esame sono intese ad accertare l'attitudine del candidato alla ricerca scientifica: art. 71, quarto comma, dello stesso d.P.R. n. 382 del 1980). L'ammissione al corso, quindi, non instaura un rapporto di lavoro, nè ha natura retributiva l'eventuale borsa di studio attribuita al dottorando



3. Gli effetti dannosi sono collegati dal Cisilin sia alle modalità di gestione del corso, sia, in particolare, al decreto rettoriale di esclusione.

Secondo le disposizioni dell'art. 68 del d.P.R. n. 382 del 1980, in vigore all'epoca dei fatti (l'articolo è stato abrogato dall'art. 6, l. 3 luglio 1998, n. 210, a far data dall'anno successivo all'entrata in vigore del decreto ministeriale di cui all'art. 4, comma 2, della detta legge – D.M. 30 aprile 1999, n. 224 -), il titolo di dottore di ricerca è conseguito a seguito di svolgimento di attività di ricerca, successive al conseguimento del diploma di laurea, che abbiano dato luogo, con contributi originali, alla conoscenza in settori uni o interdisciplinari; la stessa norma precisa i contenuti degli studi; contempla, alla fine di ciascun anno, la presentazione di particolareggiata relazione sull'attività e le ricerche svolte al collegio dei docenti; prevede, infine, che la valutazione dell'assiduità e dell'operosità possa portare a proporre al rettore l'esclusione dal proseguimento del corso di dottorato di ricerca.

Non si può, perciò, dubitare della sussistenza di una fattispecie di esercizio di attività autoritativa dell'amministrazione universitaria, quanto all'ammissione al corso, alle verifiche e controlli sul suo svolgimento, all'esclusione dallo stesso. La pretesa risarcitoria, quindi, è stata proposta con riguardo all'uso dannoso della funzione amministrativa, sia, come si diceva, in relazione alle modalità di organizzazione, indirizzo e controllo dei corsi (si vedano le numerose illegittimità imputate al *tutor*, prof. Fasano), sia, e soprattutto, con riguardo al provvedimento di esclusione dal proseguimento del corso.

4. L'appartenenza alla giurisdizione amministrativa di legittimità (che si configura anche in ambito di materie di giurisdizione esclusiva) del controllo sulle determinazioni dell'amministrazione universitaria in ordine ai corsi di dottorato, discende dalla sicura attribuzione di "poteri" all'amministrazione, discrezionali, o anche vincolati - in quanto radicati sopra giudizi tecnico-scientifici, espressioni di discrezionalità cd. tecnica - siccome le norme escludono sicuramente la configurabilità di pretese del dottorando protette con la consistenza del diritto soggettivo quanto allo svolgimento dei corsi e al conseguimento del titolo.

5. Le sezioni unite sono chiamate a pronunciarsi sulla questione di giurisdizione in tema di responsabilità civile della p.a. connessa ad attività provvedimentale.

L'argomento, a partire dal D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, ha dato origine, com'è noto, ad un vasto dibattito in dottrina ed in giurisprudenza, in particolare dopo le decisioni di parziale illegittimità costituzionale pronunciate dal giudice delle leggi con le sentenze 6 luglio 2004 n. 204 e 28 luglio 2004 n. 281, sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione alla legge 21 luglio 2000, n. 205 ("Disposizioni in materia di giustizia amministrativa"): decisioni alle quali si è di recente aggiunta la sentenza 3 maggio 2006 n. 191, con cui è stato dichiarato in

parte illegittimo l'art. 53, comma 1, del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 327 ("Testo unico delle disposizioni legislative in materia di espropriazioni per pubblica utilità").

Orbene, due sono gli aspetti di questo tema, cui le sezioni unite sono chiamate a dare risposta: come, dopo la legge 205 del 2000, è ripartita tra giudice ordinario e giudice amministrativo la tutela giurisdizionale intesa a far valere la responsabilità della p.a. da attività provvedimento illegittima; se la parte si può limitare a chiedere il risarcimento del danno, senza dover anche chiedere l'annullamento e quale sia il regime di tale diversa forma di tutela giurisdizionale, una volta che la si ammetta.

E, per una corretta impostazione del problema - sia sulle modifiche del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, intervenute negli anni dal 1992 al 2000, sia sugli effetti della dichiarazione di incostituzionalità degli artt. 33, commi 1 e 2, e 34, comma 1, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come novellati dall'art. 7 l. 21 luglio 2000, n. 205 - è opportuno prendere l'avvio dalle considerazioni svolte dalla Corte costituzionale, nella sentenza 204, sui lavori preparatori della Costituzione.

6. In quella sede, come ha osservato la Corte, si ribadì "l'indispensabile riassorbimento nella Costituzione dei principi fondamentali della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E", ispirati al principio dell'unità della giurisdizione, ma vi emerse il contrasto tra la tesi - perdente - a favore del giudice unico ("l'esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale e amministrativa appartiene esclusivamente ai giudici ordinari") e quella vincente, per il mantenimento di

giudici diversi da quelli ordinari, quali Consiglio di Stato e Corte dei conti (“una divisione dei vari ordini di giudici . . . ognuno dei quali fa parte a sé”).

La regola tradizionale del riparto della giurisdizione - se si tratta di diritti soggettivi la giurisdizione è del giudice ordinario, se è fatto valere un interesse legittimo la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo – trova il proprio antecedente storico e logico negli artt. 2 e 4 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, tuttora vigenti. Se la legge è uguale per tutti, anche per la p.a., il cittadino che ha subito un pregiudizio ad un suo diritto può rivolgersi al giudice ordinario e il giudice si limiterà a conoscere gli effetti dannosi dell'atto amministrativo, senza sindacare le scelte discrezionali, del tutto autonome, della p.a.

La legge del 1865 realizza così il principio dell'unità della giurisdizione, ma questa regola si rivelerà non idonea ad assicurare una tutela adeguata al cittadino, sia per la grande quantità di controversie che la legge abolitiva del contenzioso riservava all'autorità amministrativa, così sottraendola al sindacato giurisdizionale, sia per una certa timidezza del giudice ordinario nel dare applicazione ai principi sanciti dall'allegato E della legge del 1865.

È in questa situazione che, nel 1889, si registra la scelta per l'introduzione del sindacato sugli atti amministrativi da parte di un organo consultivo, il Consiglio di Stato, la cui natura giurisdizionale viene poi esplicitamente affermata con la legge n. 642 del 1907 istitutiva della V Sezione del Consiglio di Stato. L'area delle situazioni tutelabili davanti a un giudice è in tal modo ampliata. L'assetto così realizzato trova conferma nel t.u 26 giugno 1924, n. 1054 sul Consiglio di Stato.

Questo assetto non viene d'altro canto inciso dalla introduzione della “giurisdizione esclusiva”.



La giurisdizione sui diritti è devoluta al Consiglio di Stato in casi tassativamente enumerati, a conferma della regola generale posta alla base del riparto.

Si tratta di una giurisdizione esclusiva, obiettivamente diversa, allora, da quella voluta dal legislatore in questi ultimi anni.

Limitata a pochi "casi di confine", la sua introduzione è spiegata con la difficoltà di distinguere nell'aggravigliato intreccio tra diritti soggettivi e interessi legittimi, anche se la sua introduzione stava ad indicare un chiaro recupero della logica propria del contenzioso amministrativo abolito nel 1865.

Tale è l'assetto cristallizzato nella Costituzione del 1948, che all'art. 24 dà riconoscimento sostanziale alla tutela sia del diritto soggettivo che dell'interesse legittimo e mentre all'art. 103, primo comma, limita la giurisdizione del giudice amministrativo in tema di diritti soggettivi alle "particolari materie" indicate dalla legge, nell'art. 113 rimette alla legge di indicare il giudice che può annullare l'atto amministrativo e le conseguenze dell'annullamento.

Questo assetto continua a riflettersi nella legislazione successiva, sino al d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80.

Invero, come nei nove "particolari" casi enucleati nell'art. 8 r.d. 30 settembre 1923, n. 2840 (ribaditi negli artt. 29 del t.u. 1054 del 1924 e 7 della l. 1034 del 1971) così in quelli successivamente introdotti (tra gli altri: art.11 l. 1185/1967; art. 16 l. 10/1977; art. 35 l. 47/1985; art. 11 l. 210/1985; artt. 11 e 15 l. 241/1990; art. 33.1. l.287/1990; art. 7.11. d.lgs. 74/1992; art.4.7. l. 109/1994; art. 2.25. l. 481/1995; art. 1.26. l. 249/1997), sono sempre rimaste riservate al giudice ordinario le questioni attinenti ai diritti patrimoniali consequenziali, compreso il risarcimento del danno.



Ma, vale la pena di notarlo, è in questo assetto normativo che la giurisprudenza ha nel tempo elaborato, e con costanza applicato, i principi dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo, della degradazione del diritto ad interesse e della pregiudizialità amministrativa.

Sicché non sarà senza ragione, se questo assetto normativo ed il bagaglio dei concetti che sono valsi a dargli spiegazione, apparirà richiedere modifiche, una volta che si affermerà, con il d. lgs. 80 del 1998, la contraria regola della risarcibilità dell'interesse legittimo.

7. Facendo un passo indietro e tornando al riparto delle giurisdizioni, va detto che il dibattito restava aperto, non tanto sull'*ubi consistam* del riparto, non più contestato, quanto sull'esatta individuazione dei rispettivi territori, dei diritti e degli interessi, che non vivevano in mondi separati, poiché gli uni e gli altri costellavano il rapporto tra privato e p.a., vagando da un rapporto di coesistenza ad uno di successione, in situazioni dal confine incerto, a volte dubbio, di "facile trapasso" (Cass., sez. un., 5 dicembre 1987 n. 9095 e 9096).

Il sistema - al di là di qualche decisione provocatoria della Cassazione, rimasta isolata (Cass., sez. I, 3 maggio 1996 n. 4083), o di eccezioni di incostituzionalità, poi disattese (Corte cost., 8 maggio 1998 n. 165) - è durato dal 1865 fino al 1992 (un periodo lungo ben 127 anni).

A metterlo in crisi sono stati i principi comunitari in tema di appalti pubblici di lavori o forniture.

L'introduzione di una fattispecie di risarcibilità degli interessi legittimi lesi, in violazione del diritto comunitario, viene alla luce con l'art. 13 l. 19 febbraio 1992, n. 142 (legge comunitaria del 1991).



In attuazione della direttiva del consiglio Ce n. 665/89 del 21 dicembre 1989, si riconosceva, in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, la possibilità di ottenere, dopo l'annullamento dell'atto lesivo da parte del giudice amministrativo, il risarcimento del danno dal giudice ordinario.

Tuttavia, l'itinerario da percorrere apparve subito particolarmente gravoso, in quanto si obbligava il privato ad adire prima il giudice amministrativo per l'annullamento e, poi, il giudice ordinario per il risarcimento del danno, così mettendo in discussione il principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 della Costituzione.

Il legislatore italiano, in un primo tempo, estese la norma anche agli appalti dei settori esclusi (art. 11 l. 19 dicembre 1992, n. 489) e poi agli appalti di servizi (art. 11, lett. i), l. 22 febbraio 1994, n. 146: legge comunitaria per il 1993), ma, per negare la valenza dirompente sul precedente riparto, si preferì considerarla "una norma di settore e non di portata generale" (Cass., sez. un., 20 aprile 1994 n. 3732). Di qui un deciso cambiamento di rotta con la soppressione del richiamo dell'art. 13 della legge 142 del 1992 contenuto nel terzo comma dell'art. 32 l. 11 febbraio 1994, n. 109, per effetto della novella introdotta dal d.l. 3 aprile 1995, n. 101, convertito con modifiche nella l. 2 giugno 1995, n. 216.

La "rivoluzionaria disposizione" è stata infine espressamente abrogata dall'ultimo comma dell'art. 35 d. lgs. 80 del 1998 (divenuto ultimo comma dell'art. 7 l. 205 del 2000), insieme con "ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi".

Si può dunque dire, per un verso, che la disposizione introdotta con la l. 142 del 1992 ha contribuito a smantellare il precedente sistema orientato ad evitare il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo; e per altro verso che per il suo mezzo sono state poste le premesse perché la Corte costituzionale sia stata indotta a riconoscere nella concentrazione delle tutele dinanzi allo stesso giudice una piena attuazione dell'art. 24 della Costituzione.

8. È nel quadro sino ad ora descritto che il legislatore di fine secolo introduce una nuova specie di giurisdizione esclusiva, separata anche dalla giurisdizione di legittimità e ancorata a “settori” dell'ordinamento pubblico, con rilevante presenza di un pubblico interesse.

Il Governo con il d. lgs. 80 del 1998 - anche superando i limiti della delega conferita dall'art. 11, comma 4, lett. g), l. 15 marzo 1997, n. 59 - e, dopo la dichiarazione di incostituzionalità (Corte cost., 17 luglio 2000, n. 292), il Parlamento con la l. 205 del 2000, attribuiscono i “settori particolari” degli appalti e servizi pubblici nonché dell'edilizia e urbanistica ad una *“nuova” giurisdizione esclusiva* del giudice amministrativo, estesa anche ai diritti patrimoniali consequenziali e al risarcimento del danno.

Il legislatore, inoltre, estende la nuova giurisdizione non solo alle vecchie ipotesi di “servizi pubblici, edilizia ed urbanistica”, ma a qualsiasi fattispecie di giurisdizione esclusiva vecchia o nuova.

Si porta a compimento l'indirizzo che vede nella giurisdizione esclusiva “il ramo più fertile e cioè più proiettato nel futuro della giurisdizione amministrativa”.

Nel contempo, la risarcibilità dell'interesse legittimo, già prevista dal d. lgs. 80 del 1998 (ma ricondotta dalle sentenze della Corte costituzionale 292 del 2000 e



281 del 2004 nei limiti della delega conferita con la l. 59 del 1997) è estesa all'intero ambito delle situazioni giuridiche giustiziabili davanti al giudice amministrativo.

9. In conclusione, l'ordinamento ha ora accolto il principio della risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo in conseguenza dell'illegittimità dell'atto amministrativo, prevedendo – in attuazione della regola della concentrazione – che il giudice amministrativo può conoscere di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno e disporlo.

10. Il tessuto normativo che è alla base della soluzione da adottare si può così sintetizzare.

L'art. 35 del d. lgs. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7, lettera c), della legge 205 del 2000, nel comma 1 stabilisce che "Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto".

Il citato articolo, nel comma 4 (sostituendo il primo periodo del terzo comma dell'art. 7 della legge n. 1034 del 1971), prevede che "Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali".

A sua volta, il comma 2 disciplina le modalità di determinazione della somma dovuta, disponendo che " .. il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, con il ricorso



previsto dall'art. 27, primo comma, numero 4), del testo unico approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, può essere chiesta la determinazione della somma dovuta."

11. La dichiarazione di incostituzionalità non ha colpito la normativa appena ricordata; ha invece riguardato l'art. 7 della l. 205 del 2000 per la mancata esclusione dall'ambito della giurisdizione esclusiva delle controversie "nelle quali può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla pubblica amministrazione-autorità", con il ritorno alla dicotomia "diritti soggettivi - interessi legittimi", ripudiando il diverso criterio dei "blocchi di materie" che mirava a trasformare il giudice amministrativo nel "giudice dell'amministrazione".

Si afferma in proposito che la giurisdizione esclusiva introdotta dalla l. 205 del 2000 appare confliggere con i parametri costituzionali ed è qualitativamente diversa dalla precedente, che riguardava specifiche controversie "connotate non già da una generica rilevanza pubblicistica, bensì dall'intreccio di situazioni soggettive qualificabili come interessi legittimi e come diritti soggettivi".

Si precisa che l'adozione, da parte del legislatore del 1998-2000, di un'idea di giurisdizione esclusiva, ancorata alla pura e semplice presenza, in un certo settore dell'ordinamento, di un rilevante pubblico interesse, avrebbe presupposto la modifica dell'art. 103 Cost., mai approvata, nel senso che "la giurisdizione amministrativa ha ad oggetto le controversie con la pubblica amministrazione nelle materie indicate dalla legge" (Atto Camera 7465, XIII Legislatura). Viceversa, il vigente art. 103, comma 1, Cost. "non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al

giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare «particolari materie», nelle quali, «la tutela nei confronti della pubblica amministrazione» investe «anche» diritti soggettivi”. Il collegamento delle “materie” assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive è espresso dall’art. 103 Cost. laddove statuisce che quelle materie devono essere “particolari” rispetto a quelle già devolute alla giurisdizione generale di legittimità, in cui la p.a. agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo.

In conclusione, il legislatore ordinario ben può ampliare l’area della giurisdizione esclusiva, ma con riguardo a “materie particolari” in cui la giurisdizione naturale sugli interessi attrae la cognizione dei diritti concorrenti e strettamente connessi. Ciò comporta che la mera partecipazione della p.a. al giudizio non è sufficiente per radicare la giurisdizione del giudice amministrativo – “il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice «della» pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.” - e, inoltre, non è sufficiente “il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo”.

Sono, pertanto, sottratte alla funzione unificante della Corte di cassazione le sole pronunce che investano i diritti soggettivi nei confronti dei quali, nel rispetto della “particolarità” della materia nel senso sopra chiarito, il legislatore ordinario abbia legittimamente previsto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo su diritti e interessi, nonché quelle che riguardano le forme di tutela che il giudice amministrativo ritenga di accordare all’interesse legittimo.

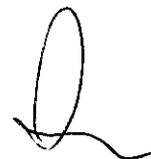
12. Si tornerà sulle conseguenze che, dalle precedenti affermazioni di principio, la Corte ha tratto a proposito del modo in cui il legislatore ha configurato le materie di giurisdizione esclusiva delineate negli artt. 33 e 34 del d. lgs. 80 del 1998 modificati dalla l. 205 del 2000: punto sul quale la Corte si è ancora soffermata nella sentenza 191 del 2006 a proposito del ruolo che, nel campo dell'espropriazione, assumono comportamenti volti alla anticipata realizzazione di opere, pur sempre dichiarate di pubblica utilità.

13. Qui interessa soffermarsi sul punto che la dichiarazione di incostituzionalità non ha investito le disposizioni contenute nell'art. 35 del d. lgs. 80 come riformulate dall'art. 7, lett. c), della l. 205 del 2000.

La Corte ha osservato che “il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova «materia» attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione”.

Su questa parte della motivazione della sentenza 204, la Corte è tornata nella sentenza 191 di questo anno.

Ha in particolare considerato come sia da escludere che “per ciò solo che la domanda proposta dal cittadino abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno, la giurisdizione competa al giudice ordinario”: ed ha osservato che dove “la legge – come fa l'art. 35 del d. lgs. n. 80 del 1998 – costruisce il risarcimento del danno, ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, come strumento di tutela affermandone – come è stato detto – il



carattere «rimediale», essa non viola alcun precetto costituzionale e, anzi, costituisce attuazione del precetto dell'art. 24 Cost. laddove questo esige che la tutela giurisdizionale sia effettiva e sia resa in tempi ragionevoli”.

“In altri termini” – ha osservato la Corte – “al precedente sistema che, in considerazione della natura intrinseca di diritto soggettivo della situazione giuridica conseguente all'annullamento del provvedimento amministrativo, attribuiva al giudice ordinario «le controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi» (così l'art. 35, comma 5, del d. lgs. n. 80 del 1998, come modificato dall'art. 7, lett. c della legge n. 205 del 2000) il legislatore ha sostituito (appunto con l'art. 35 cit.) un sistema che riconosce esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche il potere di risarcire, sia per equivalente sia in forma specifica, il danno sofferto per l'illegittimo esercizio della funzione”.

14. Il lungo cammino sin qui percorso nel ricostruire la vicenda normativa è valso a rendere intelligibile quale si debba oggi considerare il punto d'arrivo nella ricerca della soluzione del primo degli aspetti segnalati all'inizio, ovvero sia in base a quali criteri si trovi oggi ad essere stabilito il riparto tra le giurisdizioni.

Rilevano a questo fine 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 tutela giurisdizionale contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione spetta al giudice ordinario, quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo o, se lo

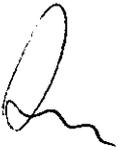
sopporti, quante volte l'azione della pubblica amministrazione non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere, che sia riconoscibile come tale, perché a sua volta deliberato nei modi ed in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o provvedimento e non come mera via di fatto.

A questo fine, si ritiene che vada richiamato il principio di diritto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 204 del 2000, secondo cui la giurisdizione del giudice amministrativo resta in ogni caso delimitata dal collegamento con l'esercizio in concreto del potere amministrativo secondo le forme tipiche previste dall'ordinamento: ciò sia nella giurisdizione esclusiva che nella giurisdizione di annullamento.

Il che non si verifica quando l'amministrazione agisca in posizione di parità con i soggetti privati, ovvero quando l'operare del soggetto pubblico sia ascrivibile a mera attività materiale, con la consapevolezza che si verte in questo ambito ogni volta che l'esercizio del potere non sia riconoscibile neppure come indiretto ascendente della vicenda.

Esemplificando, l'amministrazione deve essere convenuta davanti al giudice ordinario in tutte le ipotesi in cui l'azione risarcitoria costituisca reazione alla lesione di diritti incompressibili, come la salute (Cass. 7 febbraio 1997 n. 1187; 8 agosto 1995 n. 8681; 29 luglio 1995 n. 8300; 20 novembre 1992 n. 12386; 6 ottobre 1979 n. 5172) o l'integrità personale.

Deve ancora essere convenuta davanti al giudice ordinario, quante volte la lesione del patrimonio del privato sia l'effetto indiretto di un esercizio illegittimo o mancato di poteri, ordinati a tutela del privato (Cass. 29 luglio 2005 n. 15916; 2 maggio 2003 n. 6719): qui si è nell'ambito delle controversie meramente



risarcitorie già contemplate nell'art. 33, comma 2, d. lgs. 80 del 1998, nel testo anteriore alla riformulazione attuata con la sentenza 204 del 2004, la cui previsione non è più necessaria, nella misura in cui in esse è ravvisabile, più in generale, la reazione a meri comportamenti lesivi dell'amministrazione.

Nel settore delle occupazioni illegittime, sono poi chiaramente ascrivibili alla giurisdizione ordinaria le forme di occupazione "usurpativa", caratterizzate dal tratto, che la trasformazione irreversibile del fondo si produce in una situazione in cui una dichiarazione di pubblica utilità manca affatto.

E alla stessa conclusione si deve pervenire nel caso in cui il decreto di espropriazione è pur stato emesso, e però in relazione a bene, la cui destinazione ad opera di pubblica utilità la si debba dire mai avvenuta giuridicamente od ormai venuta meno, per mancanza iniziale o sopravvenuta scadenza del suo termine d'efficacia.

Dove per contro la situazione soggettiva, nei termini che si sono indicati, si presenta come interesse legittimo, la tutela risarcitoria ne va chiesta al giudice amministrativo.

Conviene a tale riguardo soffermarsi su alcune fattispecie la cui classificazione ha sin qui dato luogo a discussione ed il cui tratto peculiare si rinviene nella circostanza che oggetto della domanda non è l'annullamento di un atto, ma appunto solo il risarcimento del danno.

Riconducibili alla giurisdizione del giudice amministrativo appaiono i casi in cui la lesione di una situazione soggettiva dell'interessato è postulata come conseguenza d'un comportamento inerte, si tratti di ritardo nell'emissione di un provvedimento risultato favorevole o di silenzio.

Ciò che viene qui in rilievo è bensì un comportamento, ma il comportamento si risolve nella violazione di una norma che regola il procedimento ordinato all'esercizio del potere e perciò nella lesione di una situazione di interesse legittimo pretensivo (Ad. pl. 15 settembre 2005 n. 7), non di un diritto soggettivo. Presenta analogie con questa situazione, quella valutata dalla Corte costituzionale nella sua più recente decisione, dove parimenti l'accesso al giudice amministrativo non è segnato da una domanda di annullamento, ma si considera che ad attrarre la fattispecie nell'orbita della sua giurisdizione possa valere la presenza di un concreto riconoscibile atto di esercizio del potere: quel potere, in particolare, che si è manifestato nella dichiarazione di pubblica utilità.

15. – Resta da affrontare quello che all'inizio si è indicato come secondo aspetto problematico della tutela del cittadino di fronte all'attività provvedimento illegittima della pubblica amministrazione, ovverosia la possibilità di domandare la sola tutela risarcitoria.

Da quando nell'ordinamento si è preso a considerare risarcibile la lesione di un interesse legittimo, è emerso il tema se il privato si possa limitare a rivendicare per il diritto o l'interesse leso la sola tutela risarcitoria e quale possa essere il trattamento processuale di tale domanda.

16. Sino alla più recente sentenza della Corte costituzionale, si erano manifestate sul punto due posizioni ermeneutiche in assoluto contrasto tra loro.

Secondo una prima, più diffusa opinione, "tutta amministrativa", il d. lgs. 80 del 1998 e la l. 205 del 2000 avrebbero attribuito, in via generale, al giudice amministrativo la cognizione delle pretese di risarcimento del danno da atti illegittimi della p.a., in sede di giurisdizione esclusiva (in virtù del comma 1



dell'art. 35) o di legittimità (in virtù del comma 4), che entrambe hanno ora assunto il connotato di giurisdizione "piena".

In tal senso è apparso orientarsi il Consiglio di Stato, secondo cui la *ratio* della riforma iniziata con il d.lgs. 80 del 1998 e completata con la legge 205 del 2000 è stata quella di concentrare davanti ad un unico giudice, quello amministrativo, in coerenza con l'art. 24 Cost., ogni forma di tutela, anche risarcitoria, nei confronti della p.a., quando viene in gioco la lesione di interessi legittimi (Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002 n. 3338; Ad. plen. 26 marzo 2003 n. 4; Ad plen. 30 agosto 2005 n. 8).

In particolare, alcune pronunce (Ad plen. 4 del 2003) hanno fatto propria la tesi per cui le norme richiamate avrebbero previsto, come necessaria condizione per l'accesso alla tutela risarcitoria, che nel termine di decadenza per l'impugnazione fosse anche esperita con esito favorevole l'azione di annullamento, ancorché la tutela risarcitoria possa essere richiesta non insieme, ma successivamente.

Ciò in ragione del principio della c.d. pregiudiziale amministrativa.

L'annullamento avrebbe dovuto essere richiesto in via principale nel termine di decadenza, perché al giudice amministrativo non è consentita la cognizione incidentale della illegittimità degli atti amministrativi né esso è munito del potere di disapplicazione.

Consegue che, se la tutela di annullamento non è richiesta nel termine per l'impugnazione del provvedimento, questo diviene inoppugnabile, precludendo l'accesso non solo alla tutela risarcitoria erogabile dal giudice amministrativo, ma anche a quella che potesse essere chiesta al giudice ordinario, facendo valere



l'atto illegittimo come elemento costitutivo dell'illecito civile (secondo la sent. 500 del 1999 delle S.U.).

Il Consiglio di Stato aveva peraltro ammesso che l'azione risarcitoria potesse essere proposta in taluni casi davanti al giudice amministrativo come domanda autonoma (Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002 n. 3338).

E ciò, oltre che nei casi di danno da ritardo, in quelli in cui l'annullamento del provvedimento vi sia già stato, ad opera dello stesso giudice amministrativo (ad esempio in epoca in cui la giurisdizione amministrativa non era ancora una giurisdizione "piena") od a seguito di annullamento su ricorso amministrativo o straordinario o di annullamento di ufficio.

Nello scenario così delineato, la giurisdizione del giudice amministrativo sulle pretese risarcitorie del cittadino che si assume lesa in una posizione giuridica sostanziale (di diritto o di interesse legittimo) dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa non dovrebbe concorrere con una, sia pur residuale, giurisdizione del giudice ordinario. Ovvio che il giudice amministrativo, nato come giudice dell'atto e non del rapporto, avrà non poche difficoltà a distinguere il danno specie sotto il profilo della determinazione del quantum del danno risarcibile: dovrà mutuare le regole civilistiche sul concetto stesso di danno come fatto, sul nesso di causalità, anche ipotetico (si pensi all'art. 1221 c.c.), sui criteri di valutazione ex art. 1223, 1225, 1226, 1227 co 1 (concorso di cause) e co. 2 (danni evitabili con l'ordinaria diligenza) c.c.

Una diversa ricostruzione, "tutta civilistica", è stata prospettata da parte della dottrina, muovendo dai principi affermati dalla sent. 500 del 1999 delle S.U.



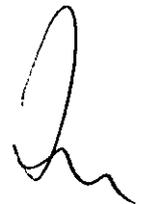
Punto di partenza ne è la qualificazione della pretesa risarcitoria come diritto soggettivo, sia nei confronti del privato che della p.a., in una concezione che nega rilevanza ai successivi interventi normativi, i quali non potrebbero scalfire, con il mero collegamento processuale, la tutela sostanziale riconosciuta al diritto soggettivo, nei confronti di chiunque azionato.

Si è mossi dalla considerazione che, secondo la Corte costituzionale, “il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova «materia» attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della p.a.”.

Il profilo di connessione processuale non avrebbe escluso tuttavia che la tutela sia apprestata ad una posizione sostanziale avente natura di diritto soggettivo: il diritto al risarcimento del danno ingiusto.

Il danno ingiusto, determinato dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante (sia esso diritto soggettivo o interesse legittimo: sent. 500 del 1999), sarebbe fonte di una obbligazione di risarcimento (ex art. 2043 c.c. o ex art. 1218 c.c. secondo il possibile diverso atteggiarsi della responsabilità della p.a.), mentre la parte che chiede il risarcimento aziona sempre un diritto soggettivo.

La sentenza 204 del 2004 della Corte costituzionale avrebbe, quindi, solo negato che il novellato art. 35 abbia istituito una nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo avente ad oggetto il diritto al risarcimento del danno.



Il punto rilevante, nella decisione della Corte, sarebbe stato là dove si è rilevato che l'attribuzione dell'ulteriore strumento della tutela risarcitoria, venuto ad aggiungersi a quello classico della tutela di annullamento, è valsa a configurare la giurisdizione del giudice amministrativo, in attuazione del precetto dell'art. 24 Cost., come giurisdizione atta a garantire piena ed effettiva tutela alle situazioni soggettive ad essa devolute, per evitare al cittadino di doversi rivolgere a due diversi ordini di giudici, cioè a quello amministrativo per conseguire prima l'annullamento e poi a quello ordinario per ottenere il risarcimento del danno, come diritto patrimoniale consequenziale.

E' stato messo in dubbio che la Corte abbia inteso riferirsi soltanto alla giurisdizione esclusiva (art. 35, comma 1), ovvero anche a quella generale di legittimità (art. 35, comma 4), ma si è considerato corretto attribuire ampia valenza alla ravvisata estensione dei poteri del g.a. in entrambe le giurisdizioni, che risultano quindi connotate da pienezza.

La Corte non si sarebbe peraltro in alcun modo espressa sulla natura del risarcimento del danno.

Se, quindi, si tiene ferma la qualificazione del diritto al risarcimento del danno ingiusto come diritto soggettivo, resterebbe valido il principio di ordine generale secondo cui il giudice dei diritti soggettivi è il giudice ordinario (art. 2 della l.a.c.a).

Di qui la conseguenza che il giudice della tutela risarcitoria sarebbe stato, di regola, il giudice ordinario.

A questa regola l'art. 35, commi 1 e 4, avrebbe apportato deroga (secondo il criterio della connessione), col consentire che il giudice amministrativo, nelle



controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, possa disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto e che nell'esercizio della sua giurisdizione (di legittimità) possa conoscere di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno e agli altri diritti patrimoniali consequenziali.

Non sarebbe stato tuttavia corretto sostenere che si tratti di una concentrazione necessaria, con attrazione inscindibile della tutela risarcitoria al seguito di quella di annullamento, in presenza di un atto amministrativo da impugnare.

La concentrazione sarebbe infatti funzionale, in termini di pienezza ed effettività della tutela, alle esigenze del cittadino che chiede giustizia nei confronti della p.a., e pertanto non la si potrebbe ritenere doverosa e tale da dover essere praticata come unica via esclusiva.



Né, d'altra parte, sarebbe desumibile dal testo normativo – così come interpretato costituzionalmente – che al riconoscimento, in positivo, al giudice amministrativo del potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto (comma 1) e di conoscere delle questioni relative all'eventuale risarcimento del danno (comma 4), si unisca, in negativo, la totale sottrazione di eguale potere al giudice ordinario.

Il giudice amministrativo avrebbe potuto conoscere di questioni relative al risarcimento del danno e, cioè, di questioni attinenti ad un diritto soggettivo la cui cognizione è di regola attribuita al giudice ordinario, nel caso in cui il cittadino si fosse avvalso della facoltà di richiedere a tale giudice la tutela risarcitoria congiuntamente a quella di annullamento. In questa ipotesi, come è

stato osservato, le norme in esame realizzerebbero una deroga alla giurisdizione per ragioni di connessione.

Si è ancora notato che la prevista concentrazione troverebbe giustificazione nel tipo di tutela che, oltre a quella di annullamento, il giudice amministrativo può somministrare: una “tutela ulteriore” che è di completamento rispetto a quella primaria della quale postula l'esito positivo, nel senso che serve a rimuovere i pregiudizi che l'annullamento non ha potuto eliminare.

E' per effetto della dipendenza della tutela ulteriore da quella di annullamento che il giudice amministrativo può prendere in esame questioni relative al risarcimento (ed agli altri diritti patrimoniali consequenziali) solo se gli è richiesto e ritiene di concedere l'annullamento dell'atto lesivo.

Quanto alle conseguenze della omessa richiesta della tutela di annullamento nel termine di decadenza, con conseguente inoppugnabilità dell'atto, si è rilevato che la decadenza preclude la via della tutela di annullamento e, di conseguenza, della tutela risarcitoria di completamento (da erogare nelle peculiari forme di cui all'art. 35, comma 2).

Non sarebbe invece precluso il ricorso alla sola tutela risarcitoria.

Si è rilevato, infatti, che in un sistema in cui al cittadino sono riconosciuti sia la tutela di annullamento, sia quella risarcitoria (e questa nella duplice connotazione di tutela di completamento che al g.a. è dato somministrare ex art. 35, comma 2, e di tutela risarcitoria secondo le regole del diritto civile), non necessariamente le due forme di tutela debbono essere spese entrambe.

Se il danneggiato dall'esercizio illegittimo del potere amministrativo non si vuole avvalere, non avendone interesse, della tutela costitutiva di annullamento

del provvedimento lesivo della sua posizione giuridica sostanziale, ma ritiene, invece, conforme al suo concreto interesse avvalersi della sola tutela risarcitoria, potrà farlo, in via autonoma, davanti al giudice ordinario.

Quest'ultimo non dovrà giudicare in via incidentale della legittimità dell'atto, in funzione della sua disapplicazione (art. 4, comma 1, l.a.c.a.), ma dovrà valutare il provvedimento solo come fatto, come elemento costitutivo dell'illecito.

Non si porrebbe un problema di pregiudizialità in senso tecnico, poiché tale problema si poneva solo quando, prima della sentenza n. 500 del 1999, era necessario attendere l'annullamento per poter risarcire il danno arrecato dal sacrificio di situazioni di diritto degradato ad interesse. Una volta riconosciuto che la lesione dell'interesse protetto obbliga anche la p.a. al risarcimento del danno, è venuto meno il nesso di dipendenza della risarcibilità dal previo annullamento dell'atto.

Nelle ipotesi in cui l'annullamento non fosse stato chiesto, potrebbe eventualmente porsi un problema attinente al merito della decisione, sotto il profilo se nel danno risarcibile rientri la situazione determinata dal provvedimento di cui non si sia voluto domandare l'annullamento.

Nelle ipotesi in cui l'annullamento sia stato già disposto dallo stesso giudice amministrativo (in epoca in cui la giurisdizione amministrativa non era ancora una giurisdizione "piena"), a seguito di ricorso straordinario, o d'ufficio, ovvero nel caso in cui manchi l'atto, come avviene per il danno da ritardo, si sarebbe potuto egualmente adire per la tutela risarcitoria il giudice ordinario, poiché l'estensione della cognizione del giudice amministrativo alle questioni relative

al risarcimento postula che la relativa tutela sia stata richiesta congiuntamente a quella di annullamento.

17. La sopravvenuta decisione della Corte costituzionale spiana la strada e indirizza la scelta verso la concentrazione della tutela risarcitoria presso il giudice amministrativo, ma lascia impregiudicato il punto del trattamento processuale della tutela risarcitoria.

18. - Le Sezioni unite – nell'esercizio della funzione di riparto della giurisdizione (artt. 31, 41, 360 n. 1, 362 c.p.c.; art. 37, secondo comma, L. 11 marzo 1953, n. 87) ad esse attribuito dal nuovo codice di rito (dopo la soppressione del Tribunale dei conflitti, istituito con L. 31 marzo 1877, n. 3761, c.d. legge Mancini-Peruzzi) - ritengono che sia necessario accedere ad una soluzione, che, mentre tiene conto dei principi costituzionali che legano la tutela giurisdizionale offerta dai due ordini di giudici alle situazioni soggettive, alla luce del criterio enunciato dall'art. 103 Cost., fa propri i valori di effettività e concentrazione delle tutele sottesi all'art. 111 Cost. – e in particolare al principio della ragionevole durata dei processi – che la Corte costituzionale ha assunto come criterio-guida di interpretazione delle altre norme in materia di giustizia.

19. In quest'ottica, va adeguatamente ricordato che alla tutela risarcitoria dell'interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione questa Corte è pervenuta non già estendendo la detta tutela dai diritti soggettivi agli interessi legittimi, bensì affermando che, sul piano della tutela risarcitoria, non si può fare differenza tra interessi che trovano protezione diretta nell'ordinamento e interessi che trovano protezione attraverso l'intermediazione del potere amministrativo.

Questa svolta – che cancella sul piano sostanziale, con riferimento alla tutela risarcitoria, il divario tra diritti ed interessi altrimenti rilevanti – matura in un momento storico in cui il legislatore ha imboccato la strada che lo porterà a configurare la giurisdizione del giudice amministrativo come una giurisdizione piena ed esige, di conseguenza, che sia data una più coerente lettura al sistema del riparto di giurisdizioni, in particolare una lettura che leghi la *potestas iudicandi* alla natura della situazione soggettiva.

La tesi “tutta civilistica” non può essere condivisa allorché disattende la svolta voluta dal legislatore di assicurare all’interesse legittimo una tutela piena, concentrata dinanzi a un unico giudice per il principio di effettività che reca in sé la ragionevolezza dei tempi di tutela.

La soluzione, fatta propria dal legislatore del 2000 e in linea con la portata di “norma di sistema” riconosciuta dalla Corte costituzionale all’art. 24 Cost. con la sentenza 204 del 2004, da ultimo ribadita, è coerente con la riaffermazione del criterio tradizionale del riparto fondato non sulla distinzione tra le tecniche di tutela, bensì sulla natura sostanziale delle situazioni soggettive.

D’altra parte, questa ricostruzione è coerente anche con il processo di evoluzione che caratterizza l’interesse legittimo, che va perdendo la sua tradizionale funzione meramente famulativa o ancillare rispetto all’interesse pubblico, per assumere un più marcato connotato sostanziale, coerentemente del resto con l’evoluzione della stessa nozione di interesse pubblico, al cui perseguimento si accompagna un aumento della discrezionalità, ma anche della connessa responsabilità dell’amministrazione.



Deriva da ciò che – in linea di principio e salvo quanto si è già considerato – la giurisdizione sulla tutela dell'interesse legittimo non può che spettare al giudice amministrativo, sia nella tecnica della tutela di annullamento, sia nelle tecniche della tutela risarcitoria, in forma specifica o per equivalente: tecniche che non possono essere oggetto di separata e distinta considerazione ai fini della giurisdizione.

20. Del pari non può essere condivisa la soluzione cd. “amministrativa”, dove, da una parte, pone un nesso inscindibile, non richiesto dalle norme di legge né dal quadro costituzionale, tra tutela di annullamento e tutela risarcitoria (Ad. Plen. n. 4 del 2003), dall'altra, sembra ricomprendere nella giurisdizione amministrativa ogni contesto caratterizzato dalla presenza della funzione pubblica senza esigere che di tale funzione si sia avuto un concreto esercizio, nei modi e forme tipici del potere amministrativo, che soli consentono di riconoscere l'atto come espressione di un potere esistente.

Dal primo punto di vista non è privo di rilievo il considerare che la teoria della pregiudizialità amministrativa, intesa come dipendenza del diritto al risarcimento dal previo annullamento, era maturata in un contesto nel quale da un lato si escludeva la risarcibilità del pregiudizio sofferto per il sacrificio di situazioni di interesse legittimo, dall'altro si era omologato al trattamento di questa situazione quella del diritto soggettivo degradato ad interesse.

Né è senza importanza considerare che la soggezione a termine di decadenza è prevista dalla legge per l'azione di annullamento e, in questo sistema, l'accertamento incidentale dell'illegittimità viene negato non solo per escludere che vizi prima non rilevati possano esserlo dopo dando luogo all'annullamento di



provvedimenti che presuppongono quello non impugnato, ma anche perché gli effetti dell'azione di annullamento non si esauriscono nel rapporto tra amministrazione e soggetto leso e, ben spesso, si rifrangono su altri soggetti in conflitto con chi sollecita l'annullamento.

Ma, non di questo si tratta quando non l'annullamento dell'atto è preteso, bensì l'accertamento della illiceità della situazione determinata dalla sua adozione ed esecuzione, accertamento che esaurisce la sua rilevanza nel rapporto tra soggetto leso e pubblica amministrazione.

Queste considerazioni, unitamente ai ricordati processi di cambiamento che caratterizzano l'interesse legittimo e la sua relazione con l'interesse pubblico, giustificano ampiamente l'abbandono di un approccio di tipo tradizionale.

Ammettere la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, anziché dal solo accertamento della sua illegittimità significherebbe restringere la tutela che spetta al privato di fronte alla pubblica amministrazione ed assoggettare il suo diritto al risarcimento del danno, anziché alla regola generale della prescrizione, ad una *Verwirkung* amministrativa, tutta italiana.

La conclusione da accogliere è dunque che, dopo l'irruzione nel mondo del diritto della risarcibilità – effettiva e non solo dichiarata - anche dell'interesse legittimo, e dopo i ricordati tentativi dei primi anni novanta della doppia tutela (espressamente abrogata sia dall'art.35 d. lgs. 80 del 1998 sia dall'art. 7, lett. c), della l. 205 del 2000), il legislatore di fine secolo non ha inteso ridurre la tutela risarcitoria al solo profilo di completamento di quella demolitaria, ma, mentre l'ha riconosciuta con i caratteri propri del diritto al risarcimento del danno, ha ritenuto



di affidare la corrispondente tutela giudiziaria al giudice amministrativo, nell'intento di rendere il conseguimento di tale tutela più agevole per il cittadino.

21. In definitiva, si può affermare che entrambe le tesi su esposte (“tutta civilistica” e “tutta amministrativistica”) conducono ad una possibile diminuzione dell'effettività della tutela del cittadino, in violazione dei principi derivanti dall'art. 24 Cost.

Quella civilistica, perché finisce per frammentare o moltiplicare le sedi e i tempi della tutela giurisdizionale, per giunta secondo una direttrice che si allontana dalla regola del riparto.

Quella amministrativistica, perché rischia di assicurare all'interesse legittimo una protezione che comprime l'ambito della tutela risarcitoria riducendone, per modalità o contenuti, la portata.

Essa altresì, secondo alcuni svolgimenti già segnalati, finisce con l'estendere l'area della giurisdizione amministrativa al di là della connessione con l'esercizio in concreto del potere pubblico.

In una situazione del genere, l'osservazione secondo la quale il legislatore del 2000 ha opportunamente concentrato le forme di tutela dell'interesse legittimo in una sola sede giudiziaria deve essere accompagnata dalla consapevolezza della perdurante vigenza degli articoli 2 e 4 della legge 20 marzo 1865, all. E, che configurano comunque a tutela del cittadino la giurisdizione ordinaria come presidio per tutte le materie in cui si faccia questione “di un diritto civile o politico”.

Il nostro sistema si basa appunto sull'art. 2907 c.c., cui fa riscontro l'art. 99 c.p.c., ed è un sistema di *civil law*, in cui il riconoscimento della posizione soggettiva da

tutelare, cristallizzata dal riconoscimento costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), precede la tutela giurisdizionale.

In un sistema del genere, l'art. 2 della legge del 1865 – secondo una lettura coerente con le disposizioni di cui al Titolo IV della Costituzione – costituisce, in definitiva, una norma di chiusura del sistema, che attribuisce al giudice ordinario il potere-dovere di assicurare la pienezza della tutela, quando altri valori di pari rilievo costituzionale non rendono legittimo il ricorso a diversi modelli di tutela.

22. 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 perché il potere non incontra ostacolo in diritti incompressibili della persona, la tutela giudiziaria deve dunque essere chiesta al giudice amministrativo.

Gli potrà essere chiesta la tutela demolitoria e, insieme o successivamente, la tutela risarcitoria completiva.

Ma la parte potrà chiedere al giudice amministrativo anche solo la tutela risarcitoria, senza dover osservare allora il termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento.

23. A proposito di questo secondo enunciato, merita da un lato soffermarsi qui sulle considerazioni, già svolte, che hanno condotto a questa interpretazione delle norme attributive della giurisdizione e dall'altro renderne esplicite le conseguenze.

Si è notato che, in rapporto alla tutela risarcitoria, è venuta meno sul piano del diritto sostanziale la differenza tra le situazioni che nell'ordinamento trovano protezione.

L'evoluzione dell'ordinamento ha cioè condotto ad omologare gli interessi legittimi ai diritti quanto al bagaglio delle tutele: com'era stato per le situazioni di diritto soggettivo, di norma dotate, oltre che di tutela risarcitoria, anche di una tutela ripristinatoria, completata dal diritto al risarcimento del danno, così per gli interessi legittimi una tutela risarcitoria autonoma è stata affiancata alla tutela reale di annullamento, la sola di cui le situazioni di interesse legittimo erano prima dotate, e la tutela di annullamento è stata inoltre conformata in modo da comprendervi il risarcimento del danno, che con l'annullamento non si può elidere.

Se dal piano delle forme di tutela ci si sposta a quello del riparto della funzione di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi nei confronti della pubblica amministrazione, un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme che hanno attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione sul risarcimento del danno, consente di riconoscere loro la portata d'aver dato al giudice amministrativo giurisdizione anche solo in rapporto alla tutela risarcitoria autonoma.

Ma ciò perché, nel bilanciamento tra valori rilevanti sul piano costituzionale, è da riconoscere legittimità ad una norma che mentre concentra la tutela giurisdizionale presso il giudice amministrativo, non reca pregiudizio alla tutela sostanziale delle situazioni soggettive sacrificate dall'agire illegittimo della pubblica amministrazione.

D'altra parte, questa interpretazione è la sola che riesce a rendere operanti insieme, per le situazioni soggettive di cui ora ci si occupa, il valore della



giurisdizione piena e quello di una tutela sostanziale degli interessi legittimi non difforme da ogni altra situazione protetta in rapporto alla tutela risarcitoria.

Sicché dalla premessa discende in modo necessario la conseguenza che il giudice amministrativo non possa, allo stato della legislazione, se non esercitare la giurisdizione, che le norme gli attribuiscono quanto alla tutela risarcitoria autonoma, prescindendo dalle regole proprie della giurisdizione di annullamento.

Si può obiettare, che è nella disponibilità del legislatore disciplinare la tutela delle situazioni soggettive assoggettando a termini di decadenza l'esercizio dell'azione.

Tuttavia, una norma che oggi manca e che in modo esplicito assoggettasse ad un termine di decadenza la domanda di solo risarcimento del danno davanti al giudice amministrativo non potrebbe essere formulata nel senso di rendere il termine sostanzialmente eguale a quello cui è soggetta la domanda di annullamento, perché ciò varrebbe a porre il diverso problema della legittimità di una disciplina che tornasse a negare la tutela risarcitoria autonoma per le situazioni soggettive sacrificate dall'esercizio illegittimo del potere della pubblica amministrazione.

Resta da esplicitare un altro aspetto che inerisce in modo necessario all'aver affermato che l'art. 7 della L. 21 luglio 2000, n. 205 ha dato al giudice amministrativo la giurisdizione sulla domanda autonoma di risarcimento del danno.

Tutela risarcitoria autonoma delle situazioni di interesse legittimo significa tutela che spetta alla parte per il fatto che la situazione soggettiva è stata sacrificata da un potere esercitato in modo illegittimo e la domanda con cui questa tutela è chiesta richiede al giudice di accertare l'illegittimità di tale agire.

Questo accertamento non può perciò risultare precluso dalla inoppugnabilità del provvedimento né il diritto al risarcimento può essere per sé disconosciuto da ciò che invece concorre a determinare il danno, ovverosia la regolazione che il rapporto ha avuto sulla base del provvedimento e che la pubblica amministrazione ha mantenuto nonostante la sua illegittimità.

Dunque, il rifiuto della tutela risarcitoria autonoma, motivato sotto gli aspetti indicati, si rivelerà sindacabile attraverso il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione.

Il giudice amministrativo avrà infatti rifiutato di esercitare una giurisdizione che gli appartiene.

24. Al termine di questo lungo *excursus*, i principi di diritto enunciati da queste Sezioni Unite sono i seguenti:

- 1) la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste in presenza di un concreto esercizio del potere, riconoscibile per tale in base al procedimento svolto ed alle forme adottate, in consonanza con le norme che lo regolano;
- 2) spetta al giudice amministrativo disporre le diverse forme di tutela che l'ordinamento appresta per le situazioni soggettive sacrificate dall'esercizio illegittimo del potere e tra queste forme di tutela rientra il risarcimento del danno;
- 3) Il giudice amministrativo rifiuta di esercitare la giurisdizione e la sua decisione, a norma dell'art. 362, primo comma c.p.c., si presta a cassazione da parte delle sezioni unite quale giudice del riparto della giurisdizione, se l'esame del merito della domanda autonoma di risarcimento del danno è rifiutato per la ragione che nel termine per ciò stabilito non sono stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti.



25. Va affermata, invece, la giurisdizione ordinaria sulla controversia promossa nei confronti del prof. Enrico Fasano.

Ai fini della risoluzione del problema processuale non rileva stabilire se il Fasano abbia agito quale organo dell'Università, ovvero, a causa del perseguimento di finalità private, si sia verificata la cd. "frattura" del rapporto organico. Nell'uno, come nell'altro caso, l'azione risarcitoria è proposta nei confronti del funzionario in proprio, e, quindi, nei confronti di un soggetto privato, distinto dall'amministrazione, con la quale, al più, può risultare solidalmente obbligato (art. 28 Cost.).

La questione di giurisdizione, infatti, dalla quale esulano le altre sopra accennate, va risolta esclusivamente sulla base dell'art. 103 Cost., che non consente di ritenere che il giudice amministrativo possa conoscere di controversie di cui non sia parte una pubblica amministrazione, o soggetti ad essa equiparati.

26. Al riguardo, la giurisprudenza delle sezioni unite si è espressa in modo univoco nel ritenere essenziale, perchè possa prospettarsi l'appartenenza della controversia alla giurisdizione amministrativa, che sia proposte nei confronti di soggetti titolari di poteri amministrativi (Cass. S.u. 22494/2004, 2560/2005, 7800/2005). Il principio ha trovato specifica applicazione per il caso di pretesa risarcitoria avanzata nei confronti del funzionario cui era imputata l'adozione di provvedimento illegittimo (Cass. S.u. 3357/1992) ed ulteriormente precisato nel senso che la controversia va devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario in quanto fondata sulla deduzione di un fatto illecito extracontrattuale e intercorrente tra privati, non ostando a ciò la proposizione della domanda anche nei confronti dell'ente pubblico sotto il profilo della responsabilità solidale dello stesso,



attenendo al merito l'effettiva riferibilità all'ente dei comportamenti dei funzionari (Cass. S.u. 4591/2006).

Va aggiunto che, in linea generale, la giurisdizione è inderogabile per ragioni di connessione (salva diversa, specifica, previsione normativa) e che il coordinamento tra le giurisdizioni su rapporti diversi ma interdipendenti può trovare soluzione secondo le regole della sospensione del procedimento pregiudicato (Cass. S.u. 3508/2003).

27. Conclusivamente, va dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alla domanda di risarcimento del danno proposta nei confronti dell'Università degli studi di Pisa; la giurisdizione ordinaria per la domanda proposta contro il prof. Enrico Fasana.

Sussistono, evidenti, giusti motivi per compensare le spese del giudizio tra il ricorrente e il Fasano, mentre nulla va disposto per le spese nei confronti dell'Università, che non ha svolto attività difensive in questo giudizio.

P.Q.M.

La Corte, a sezioni unite, dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda proposta nei confronti dell'Università degli studi di Pisa; dichiara la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda proposta nei confronti di Enrico Fasana; compensa le spese del giudizio tra il Cisilin e il Fasana.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle sezioni unite civili del 24 novembre 2005.

IL CANCELLIERE C1
Giovanni Giambattista

Il Presidente
[Firma]

Depositata in Cancelleria



oggi, **13 GIU. 2006**

IL CANCELLIERE C1
Giovanni Giambattista