

LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA NEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO: EVOLUZIONE, DUBBI INTERPRETATIVI E POSIZIONI ANTISTORICHE*

a cura di

Roberto Garofoli
(Consigliere di Stato)

Publicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it> il 17 novembre 2010

SOMMARIO. 1. Premessa: le alterne vicende della giurisdizione esclusiva tra mito dell'unità della giurisdizione e concreta evoluzione del sistema di giustizia amministrativa. 2. La delimitazione della giurisdizione del giudice amministrativo nel segno della dovuta continuità. 3. Il riferimento alle controversie riguardanti i comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere. 4. Le ipotesi problematiche. 4.1. I comportamenti e la materia espropriativa (l'art. 133, lett. g), C.p.a.). 4.2. Potere, comportamenti e diritti c.d. inaffievolibili (art. 133, lett. c) e p), C.p.a.). 4.2.1. Le posizioni della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle magistrature superiori in tema di diritto all'ambiente salubre, produzione energetica, ciclo dei rifiuti. 4.2.2. Le posizioni della giurisprudenza in tema di servizi pubblici. 4.2.2.2. Controversie nelle quali è in contestazione l'affissione del crocifisso nelle aule scolastiche. 4.2.2.3. Controversia azionata per ottenere che, in assenza del consenso dei genitori, si vieti agli istituti scolastici di impartire ai minori lezioni di educazione sessuale in classe. 4.2.2.4. Controversie azionate da chi non ha ottenuto il rimborso delle spese sanitarie sostenute per il ricovero in strutture sanitarie altamente specializzate situate all'estero. 5. La positivizzazione del canone della concentrazione. 6. Estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e controllo della Corte di Cassazione sulle sentenze del giudice amministrativo, tra mito e storia.

1. Premessa: le alterne vicende della giurisdizione esclusiva tra mito dell'unità della giurisdizione e concreta evoluzione del sistema di giustizia amministrativa.

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è stata al centro, negli ultimi dodici anni, di alterne vicende: ne è scaturito un dibattito che, lungi dal riguardare la sola delimitazione dei suoi confini, ha coinvolto il ruolo stesso del giudice amministrativo, addirittura l'opportunità di un mantenimento di un sistema duale di giurisdizioni.

Giova tenerne conto nel ricostruire le disposizioni che il Codice del processo amministrativo dedica alla perimetrazione di tale ambito della giurisdizione propria del giudice amministrativo.

Su un primo fronte, di fonte legislativa, è stata sperimentata un'operazione che, volta a trasformare *qualitativamente e ontologicamente*, non solo quindi *quantitativamente*, l'oggetto della cognizione demandata al giudice amministrativo in sede esclusiva, presupponeva e implicava un radicale ripensamento della fisionomia stessa del sistema di giustizia amministrativa, della sua missione ordinamentale e della sua collocazione nel più ampio quadro degli assetti giurisdizionali.

Il riferimento è scontatamente all'introduzione, con gli artt. 33 e 34, d. lgs. n. 80 del 1998, del criterio di riparto fondato sui c.d. blocchi di materie.

A tale operazione di fonte normativa è corrisposta quella condotta sul versante della speculazione scientifica da chi, proprio cogliendo la portata qualitativa e copernicana di quell'ampliamento legislativo delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, ha ritenuto di trarne argomenti per rispolverare e rilanciare il mito dell'unità della giurisdizione.

Il riferimento è a quanti, sul rilievo della intervenuta "civilizzazione" del giudice amministrativo^{1[1]}, sempre più spesso chiamato ad occuparsi al pari del giudice ordinario (prima dello storico intervento di

* Relazione tenuta al Convegno "Il codice del processo amministrativo", Lecce, 12 novembre 2010.

^{1[1]} In tema, CLARICH-ROSSI SANCHINI, *Linee evolutive del processo amministrativo: il lungo cammino (non ancora concluso) dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto*, in AMATO-GAROFOLI, *I tre assi*, Neldiritto editore, 2009.

Corte cost. n. 204 del 2004) di diritti talvolta a contenuto spiccatamente patrimoniale, hanno preso con forza a sostenere l'inattualità di un sistema duale di giurisdizione, propugnando il ritorno all'idea di Calamandrei dell'unità della giurisdizione ovvero, in subordine, a quella (sempre di Calamandrei) di un'estensione del controllo della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato, non più limitato ai motivi di giurisdizione (come è nell'attuale formulazione dell'art. 111, co. 8, Cost.), ma ampliato alla violazione di legge: tanto al fine di assicurare una "nomofilachia" soggettivamente unitaria e oggettivamente "eguale" a fronte del contenzioso involgenti i diritti soggettivi^{2[2]}.

Ebbene, a spiazzare tutti, legislatore e giuristi innamorati dell'unità della giurisdizione, è intervenuta la Corte costituzionale che, con sentenza *n. 204 del 2004*, ha dato avvio ad una fase diversa, ora culminata, nel segno della sicura continuità, negli articoli che, nel Codice del processo amministrativo, si occupano di delimitare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Proprio tale continuità si intende porre in risalto per poi passare a dare atto dei profili interpretativi più problematici che il Codice del processo amministrativo prospetta; in conclusione, si tornerà sulle posizioni espresse da chi sostiene la necessità di por mano all'art. 111, co. 8, Cost., con l'estensione ai motivi di violazione di legge del controllo della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato.

2. La delimitazione della giurisdizione del giudice amministrativo nel segno della dovuta continuità.

L'art. 44, comma 2, lett. b), n. 1), l. 18 giugno 2009, n. 69, ha affidato al Governo il compito di riordinare «*le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni*», imponendo che il «riassetto» del processo si adeguasse «*alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori*».

Nel verificare, allora, se l'indicato criterio di delega possa considerarsi correttamente attuato nelle norme che nel Codice del processo amministrativo si occupano di delimitare l'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo, inclusa quella esclusiva, occorre riassumere le principali indicazioni desumibili, negli ultimi anni, dalla giurisprudenza costituzionale e delle Magistrature superiori in punto di giurisdizione.

Non è consentito, al riguardo, non prendere le mosse dalle note coordinate tracciate nelle sentenze della Corte costituzionale *6 luglio 2004, n. 204* e *11 maggio 2006, n. 191*, in forza delle quali la giurisdizione amministrativa è strettamente connessa all'esercizio (o al mancato esercizio) del potere amministrativo.

In particolare, con la sentenza *6 luglio 2004, n. 204*, intervenuta sulla questione relativa alla compatibilità degli artt. 33 e 34, d.lgs. n. 80 del 1998, con l'art. 103 della Carta fondamentale, a tenore della quale le ipotesi di giurisdizione esclusiva possono essere dal legislatore individuate solo limitatamente a "particolari materie", la Corte ha sostenuto che l'indicata previsione costituzionale, lungi dal consentire una qualsivoglia evoluzione degli assetti giurisdizionali, frappone un preciso limite alla discrezionalità legislativa, imponendo che sia considerata la natura delle situazioni soggettive coinvolte e non il mero dato, puramente oggettivo, delle materie.

Ad avviso della Corte, invero, "il vigente art. 103, primo comma, Cost., non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare "particolari

^{2[2]} Per tutti, PROTO PISANI, *Riparto della giurisdizione per blocchi di materia, funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e unicità della giurisdizione*, in Atti del convegno tenutosi presso il C.S.M., 21-23 gennaio 2002.

materie” nelle quali “la tutela nei confronti della pubblica amministrazione” investe “anche” diritti soggettivi».

Tale necessario collegamento delle materie assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive sarebbe espresso dall’art. 103 Cost. laddove statuisce che quelle materie devono essere “particolari” rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: devono quindi partecipare della loro medesima natura.

Il legislatore ordinario ben può ampliare quindi l’area della giurisdizione esclusiva, purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la Pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che è escluso, da un lato, che la mera partecipazione della Pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo, dall’altro lato, che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo.

La sentenza *n. 204 del 2004*, nel pretendere quindi l’inerenza all’esercizio del potere della controversia di cui può conoscere, anche in sede di giurisdizione esclusiva, il G.A., e nell’escludere che quest’ultimo possa occuparsi del contenzioso involgente i “comportamenti” e le relative implicazioni risarcitorie, ha dato adito a non poche dispute, in larga parte svoltesi attorno alla perimetrazione della nozione di “comportamento”, come tale sottratto all’ambito cognitorio del giudice amministrativo.

Si è per lo più ritenuto, al riguardo, che nel pensiero dei giudici costituzionali il comportamento, quello cioè di cui il giudice amministrativo non deve occuparsi, non è il “non atto”, ma l’intervento non autoritativo dell’amministrazione.

Detto altrimenti, premesso che non vi è comportamento laddove vi sia esercizio del potere, si è preso atto del fatto che non sempre l’esercizio del potere si materializza nell’adozione di una determinazione provvedimentoale.

L’eliminazione dal testo dell’art. 34 del riferimento ai comportamenti ha costituito infatti la logica conseguenza del principio secondo cui la giurisdizione esclusiva può radicarsi solo a condizione che nella vicenda l’amministrazione agisca come autorità. Il comportamento, allora, è il contrario di autorità, non già di atto o provvedimento.

Con maggiore impegno esplicativo, non può escludersi che l’amministrazione agisca con modalità autoritative, senza tuttavia adottare alcuna determinazione attizia: non si sarà al cospetto, in tali ipotesi, di un “comportamento” dell’amministrazione, ma di un intervento autoritativo, ancorché non materializzatosi nell’adozione di una determinazione provvedimentoale.

Del resto, l’assunto è parso ancor più persuasivo atteso che la cancellazione del riferimento ai comportamenti ha avuto luogo con riferimento ad un settore, quello dell’edilizia e dell’espropriazione (ricompresa nella nozione lata di urbanistica), nel quale non è certo infrequente che l’amministrazione ponga in essere meri comportamenti materiali, quali un’occupazione protratta al di là dei termini consentiti o uno sconfinamento nel fondo confinante in sede di esecuzione dei lavori.

All’interno della nozione di comportamento, si è allora distinto tra comportamenti in senso stretto (questi, certo, sottratti, alla cognizione del G.A.) e comportamenti “amministrativi”, per tali essendo intese quelle condotte dell’amministrazione, non destinate a sfociare nell’adozione di un atto, e ciò nonostante legate a filo doppio all’esercizio del potere.

Si è chiarito quindi che, nell’ambito della nozione di “comportamento”, è necessario distinguere i comportamenti in senso tecnico, per tali intendendosi le condotte dell’amministrazione del tutto svincolate dall’esercizio del potere, dai comportamenti c.d. “amministrativi” che, collegati all’esercizio,

pur se illegittimo, di un pubblico potere, continuano a rientrare nella giurisdizione del giudice amministrativo.

La distinzione tra comportamenti meri e amministrativi è stata fatta propria da *Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191*, che, nel definire la questione di legittimità costituzionale dell'art. 53, comma 1, del d.P.R. n. 327 del 2001, laddove, in tema di espropriazione per pubblica utilità, devolveva «alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto», oltre che «gli atti, i provvedimenti, gli accordi», anche «i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati», ne ha riconosciuto il contrasto con l'art. 103 Cost. nella parte in cui, con l'espressione “comportamenti”, prescindendo da ogni qualificazione, non escludeva dal perimetro di quella giurisdizione le condotte non riconducibili, nemmeno mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere..

Viceversa, hanno soggiunto i giudici della Consulta, nelle ipotesi in cui i “comportamenti” causativi di danno ingiusto – e cioè, nella specie, la realizzazione dell'opera – costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi (dichiarazione di pubblica utilità e/o di indifferibilità e urgenza) e sono quindi riconducibili all'esercizio del pubblico potere dell'amministrazione, la norma si sottrae alla censura di illegittimità costituzionale, costituendo anche tali “comportamenti” esercizio, ancorché viziato da illegittimità, della funzione pubblica della pubblica amministrazione.

In sintesi, è stata ritenuta conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a “comportamenti” collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, non anche di “comportamenti” posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto.

Ebbene, l'art. 7, comma 1, C.p.a., con una formula che evoca il discorso argomentativo contenuto nelle citate sentenze della Corte costituzionale, devolve alla giurisdizione amministrativa, sia di legittimità che esclusiva quindi, le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e – così parafrasando, almeno in parte, l'art. 103 Cost. – di diritti soggettivi in particolari materie.

Tale ambito di giurisdizione è qualificato dalla tipologia delle controversie elencate dal comma 1 dell'art. 7 del Codice: nell'ambito della giurisdizione delimitata avendo riguardo al criterio della natura di diritto della posizione dedotta in giudizio, invero, possono venire in rilievo le sole controversie 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*».

Evidente, allora, la linea di netta continuità della formulazione testuale dell'art. 7 C.p.a. con le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale.

Ciò posto, occorre andare più a fondo nella disamina della nuova previsione normativa, con l'intento di verificare l'effettiva ampiezza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dalla stessa prevista.

3. Il riferimento alle controversie riguardanti i comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere.

I principali problemi interpretativi sono senza dubbio posti dal riferimento alle controversie riguardanti *i comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere*.

Come è stato osservato^{3[3]}, diversamente dalla Corte che, soprattutto nella sentenza *n. 204 del 2004*, aveva utilizzato *in negativo* il riferimento ai comportamenti, escludendo che alla giurisdizione esclusiva potessero essere attratti quei comportamenti oggetto di controversie «... nelle quali la pubblica

^{3[3]} PAOLANTONIO, *Commento all'art. 7*, in GAROFOLI-FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, Neldiritto editore, 2010.

amministrazione non esercitata – nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici – alcun pubblico potere», l'art. 7 C.p.a. delinea la giurisdizione amministrativa *in positivo*, includendo in modo espresso nel perimetro della giurisdizione amministrativa le vertenze nelle quali si faccia questione di «comportamenti» riconducibili «anche mediatamente» all'esercizio del potere.

Ecco, allora, che diventa centrale l'esatta identificazione dei comportamenti che, legati mediatamente al potere, vanno assoggettati al vaglio del giudice amministrativo.

La questione va esaminata considerando che lo stesso art. 7 del Codice devolve alla giurisdizione amministrativa anche le controversie nelle quali venga in discussione «*il mancato esercizio del potere amministrativo*».

La previsione si presta a due contrapposte opzioni interpretative.

Su un primo fronte, aderendosi ad un'interpretazione, al contempo rigorosamente testuale e tuttavia oltre modo sconsideratamente estensiva, può ritenersi che, con il riferimento alle controversie riguardanti «*il mancato esercizio del potere amministrativo*», l'art. 7, comma 1, C.p.a. riconosca al giudice amministrativo la possibilità di conoscere anche di comportamenti materiali dell'amministrazione che si inseriscano in una fattispecie in cui un potere non sia mai stato esercitato, ed anche ove tali condotte incidano su diritti soggettivi (tipico il caso dell'occupazione illegittima), nell'ambito, ovviamente, della giurisdizione esclusiva.

Per differente e restrittiva opzione, il riferimento al «mancato esercizio» del potere richiama le sole ipotesi in cui la Pubblica amministrazione avrebbe dovuto esercitare il potere ed ha «mancato» di farlo: si tratta, quindi, delle controversie involgenti le ipotesi di c.d. silenzio-rifiuto. Opzione, questa, che potrebbe *prima facie* apparire recessiva attesa la sua attitudine ad implicare un giudizio di superfluità dell'art. 7 nella parte che si esamina: come è noto, invero, le controversie sul c.d. silenzio sono da sempre attratte alla giurisdizione amministrativa.

Senonché, nell'esaminare la questione prospettata occorre tenere conto della necessità di attendere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata del citato art. 7 C.p.a. e del riferimento ivi contenuto alle controversie concernenti «*il mancato esercizio del potere amministrativo*».

Con maggiore impegno esplicativo, occorre evitare che, nell'interpretare quella previsione, si pervenga ad esiti che comportino il contrasto della norma non solo con l'art. 103 Cost. ma anche con l'art. 76 Cost., il citato art. 44, l. n. 69 del 2009, avendo attribuito al Governo la facoltà di riordinare le norme sulla giurisdizione con il limite della conformità al diritto vivente, e segnatamente *della giurisprudenza delle magistrature superiori*.

Ebbene, la giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, dopo le richiamate pronunce della Consulta e prima del Codice, ha concordemente sostenuto che, perché possa ritenersi radicata la giurisdizione esclusiva amministrativa, la condotta materiale dell'Amministrazione deve essere correlata all'esistenza di atti amministrativi dei quali si chieda accertarsi la legittimità o meno^{4[4]}, la condotta materiale dovendo avere una “copertura” provvedimentale, essere cioè «sorretta» dalla pregressa adozione di provvedimenti amministrativi.

Le Sezioni Unite, in specie, hanno sostenuto che la tutela giurisdizionale contro l'agire illegittimo della Pubblica amministrazione spetta al giudice ordinario quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo o, se lo sopporti, quante volte l'azione della Pubblica amministrazione non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere,

^{4[4]} Cass., s.u., 9 novembre 2009, n. 23679.

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»^{5[5]}.

Per la Cassazione, dunque, la giurisdizione del giudice amministrativo presuppone un collegamento con l'esercizio «in concreto» del potere amministrativo; va esclusa, pertanto, 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, priva di una copertura provvedimentale.

Ancorché gli esiti applicativi cui è talvolta giunto siano stati diversi da quelli cui è approdata la Cassazione, anche l'altra «magistratura superiore» ha elaborato coordinate ricostruttive in punto di giurisdizione dello stesso tenore.

Il Consiglio di Stato, in specie nel definire le questioni di giurisdizione nelle vicende espropriative, ha invero sostenuto che sono devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie nelle quali si faccia questione – anche ai fini complementari della tutela risarcitoria – di attività di occupazione e trasformazione di un bene conseguenti ad una dichiarazione di pubblica utilità, con essa congruenti e ad essa conseguenti, anche se il procedimento all'interno del quale sono state espletate non sia sfociato in un tempestivo atto traslativo ovvero sia caratterizzato dalla presenza di atti poi dichiarati illegittimi^{6[6]}.

In specie, con riguardo alle note vicende delle controversie azionate per il ristoro dei danni conseguenti ad occupazione appropriativa, da un lato, e ad occupazione usurpativa c.d. spuria, dall'altro, i giudici amministrativi hanno affermato che le vicende patologiche del procedimento, quali la mancata adozione del provvedimento espropriativo entro il termine fissato dalla dichiarazione di pubblica utilità ovvero la protrazione dell'occupazione oltre il termine di efficacia della dichiarazione medesima (nell'appropriativa) e l'illegittimità della dichiarazione di pubblica utilità acclarata con l'annullamento dal giudice amministrativo (nell'usurpativa spuria) non conducono a dequalificare la valenza giuridica di un'attività appunto espletata nel corso ed in virtù di un procedimento, che la dichiarazione ha *ab origine* funzionalizzato a scopi specifici e concreti di pubblica utilità.

In entrambi i casi gli effetti retroattivi naturalmente conseguenti alla pronuncia giurisdizionale o quelli derivanti dalla mancata conclusione del procedimento non travolgono *a posteriori* il nesso funzionale che ha comunque legato l'attività dell'Amministrazione alla realizzazione del fine di interesse collettivo individuato all'origine.

Ovviamente distinto, invece, il caso in cui la dichiarazione di pubblica utilità ovvero altri provvedimenti a contenuto e finalità appropriative della proprietà privata manchino del tutto, venendo allora in rilievo un «mero comportamento per vie di fatto o, se si vuole, un intollerabile atto d'arroganza, una vera usurpazione del diritto soggettivo di proprietà, in nessun modo e nemmeno mediatamente funzionalizzato e rapportato all'esercizio di un effettivo potere degradatorio e traslativo»^{7[7]}.

Volendo sintetizzare, la giurisprudenza costituzionale e delle magistrature superiori, prima del varo del Codice del processo amministrativo, si è espressa sostenendo che l'adozione di un atto amministrativo (anche ove annullato o divenuto inefficace), in quanto manifestazione ed epifania del potere, realizza quel collegamento «mediato» col potere stesso, sufficiente per radicare la giurisdizione esclusiva amministrativa.

Di tale giurisprudenza occorre oggi tener conto in sede di interpretazione del comma 1 dell'art. 7 C.p.a. e del riferimento ivi contenuto alle controversie riguardanti il «mancato esercizio del potere».

^{5[5]} Cass., s.u., 2 luglio 2009, n. 15469; da ultimo, id., 25 marzo 2010, n. 7160 e, prima, id. 12 settembre 2008, n. 23561; id. 19 aprile 2007, n. 9323; id. 2 aprile 2007, n. 8210; id. 28 febbraio 2007, n. 4632; id. 7 febbraio 2007, n. 2688; id. 31 ottobre 2006, n. 23339; id. 13 giugno 2006, n. 13659.

^{6[6]} Cons. St., A.P., 30 luglio 2007, n. 9; id. 22 ottobre 2007, n. 12; di recente, id., sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 92.

^{7[7]} Cons. St., sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 92.

Come osservato, invero, l'art. 44, l. n. 69 del 2009, ha attribuito al Governo la facoltà di riordinare le norme sulla giurisdizione con il limite della conformità al diritto vivente, e segnatamente alla giurisprudenza delle magistrature superiori.

Ebbene, un approccio interpretativo volto ad evitare che quel riferimento testuale alle controversie riguardanti il «*mancato esercizio del potere*» comporti un contrasto certo della principale disposizione del Codice del processo amministrativo con l'art. 76 Cost. (prima ancora che con l'art. 103 Cost.) non può non escludere che con esso si sia inteso avere riguardo alle controversie nelle quali vengano in contestazione le *voie de fait*, la condotta materiale priva di base legale, destinata a restare sottratta alla giurisdizione amministrativa, pena la plateale contraddizione dell'intero impianto argomentativo della giurisprudenza costituzionale e delle magistrature superiori, alla quale, per vincolo di delega, il Codice deve attenersi rigorosamente^{8[8]}.

4. Le ipotesi problematiche.

Ciò chiarito in merito ai rapporti tra comportamento e potere giova passare all'esame delle ipotesi più problematiche.

Vengono in rilievo fondamentalmente due fronti.

Su un primo versante, il tema dei comportamenti posti in essere dall'amministrazione nell'uso del territorio, ed in specie nel settore espropriativo.

Su altro fronte, la questione, delicatissima e particolarmente dibattuta, dei rapporti tra potere e quei diritti a lungo intesi, in dottrina e in giurisprudenza, come destinati a resistere ad ogni forma, anche minima, di degradazione: i c.d. diritti incompressibili.

4.1. I comportamenti e la materia espropriativa (l'art. 133, lett. g), C.p.a.).

Quanto al primo dei due fronti indicati, l'art. 133, lett. g), C.p.a. riconduce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e «*i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere*», delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità.

Si tratta della riproposizione della previsione contenuta nell'art. 53, comma 1, del d.P.R. n. 327 del 2001, adeguata alla indicata sentenza *n. 191 del 2006* con cui la Corte costituzionale ne dichiarò l'illegittimità limitatamente alla parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a «*i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati*», non escludeva i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere.

Resta da comprendere se con l'esplicita riproposizione -nella disposizione specificamente volta a perimetrare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella materia espropriativa- del riferimento alle controversie concernenti comportamenti anche mediatamente riconducibili all'esercizio del potere il legislatore del 2010 abbia risolto l'unica questione interpretativa sulla quale, quanto al tema dei danni da occupazioni illegittime, non si è registrata una convergenza di posizione tra le magistrature superiori.

Quella concernente l'individuazione del giudice innanzi al quale proporre domanda di ristoro dei pregiudizi conseguenti:

^{8[8]} PAOLANTONIO, *Commento all'art. 7*, cit.

- non ad occupazione usurpativa, mai preceduta da dichiarazione di pubblica utilità (certo da portare al vaglio del G.O.);
- non ad occupazione usurpativa c.d. spuria, preceduta da dichiarazione di pubblica utilità, tuttavia impugnata ed annullata (da portare al vaglio del G.A.);
- ma da occupazione appropriativa, preceduta da dichiarazione di pubblica utilità, tuttavia non seguita dalla tempestiva adozione del decreto di esproprio e quindi venuta meno *ex lege*, con effetto retroattivo.

Fattispecie, quest'ultima, in relazione alla quale anche di recente le Sezioni unite, disattendendo la posizione ripetutamente espressa dalla Plenaria del Consiglio di Stato, hanno concluso per il radicarsi della giurisdizione ordinaria.

Ha invero di recente sostenuto *Cass.civ., s.u., 2 luglio 2009, n. 15469*, che “sono 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”.

4.2. Potere, comportamenti e diritti c.d. inaffievolibili (art. 133, lett. c) e p), C.p.a.).

Acquisito che anche nelle materie affidate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è necessario, perché la controversia non debba essere devoluta al giudice ordinario, che nella stessa sia in contestazione l'esercizio del potere, come ora espressamente prevede l'art. 7, comma 1, C.p.a., si ripropone la questione relativa ai rapporti tra potere e taluni diritti primari, primi tra tutti quelli alla salute e all'ambiente salubre.

Può ancora ammettersi una incomunicabilità tra taluni “diritti” e “potere” amministrativo, sicché laddove vengono in rilievo i primi per ciò solo non può ammettersi l'esistenza del potere, con la conseguenza, sul versante processuale, della necessaria ascrizione al giudice ordinario della giurisdizione per le controversie nelle quali viene in considerazione l'incisione ad opera dell'amministrazione di quelle posizioni soggettive?

Può ammettersi un'insanabile contraddizione tra carattere fondamentale di talune posizioni soggettive e riconoscimento di un potere discrezionale della P.A.?

Può sostenersi che “non c'è potere perché c'è diritto soggettivo” fondamentale, sicché sarebbe da escludere la configurabilità di un potere amministrativo capace di incidere su un diritto primario?

Il tema non è nuovo e non si può certo ripercorrere in questa sede il complesso ed articolato dibattito che attorno allo stesso si è registrato.

E' utile, tuttavia, dare atto dei più recenti chiarimenti che, soprattutto con talune note pronunce, la giurisprudenza costituzionale e delle magistrature superiori hanno al riguardo fornito.

L'utilità di tale ricognizione si avverte soprattutto in sede di definizione dell'estensione da riconoscere a due ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo:

- quella di cui alla lett. c), che ha riguardo alle “*controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del*

gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità”;

- quella prevista dalla successiva lett. p), per le controversie “*aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, e le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati”^{9[9]}.*

Con la richiamata lett. p), quindi, il legislatore pare aver dato diretta risposta agli interrogativi prima enunciati.

Sussiste un'insanabile contraddizione tra carattere fondamentale di talune posizioni soggettive e riconoscimento di un potere discrezionale della P.A.? Può sostenersi che “non c'è potere perché c'è diritto soggettivo” fondamentale.

Il legislatore del Codice si mostra all'evidenza di contrario avviso laddove, alla lett. p), assegna alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie *attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati”.*

Si tratta di soluzione in linea con la giurisprudenza della Corte costituzionale e delle magistrature superiori, come prescritto dal criterio di delega di cui all'art. 44, comma 2, lett. b), n. 1), l. 18 giugno 2009, n. 69?

4.2.1. Le posizioni della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle magistrature superiori in tema di diritto all'ambiente salubre, produzione energetica, ciclo dei rifiuti.

Può sostenersi che è stata ripensata, nella giurisprudenza recente, la tesi, teorizzata dalla Sezioni unite nella sentenza *9 marzo 1979, n. 1436* (resa con riferimento a controversia nella quale si faceva questione della lesione del diritto alla salute), dell'esistenza di diritti soggettivi assoluti non suscettibili di degradazione per effetto dell'intervento dell'amministrazione.

^{9[9]} Previsione, questa, che rinviene il suo precedente normativo nell'art. 4, d. l. 23 maggio 2008, n. 90 (Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2008, n. 123. Tale norma prevedeva, infatti, la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di 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 predetta norma aggiungeva che la giurisdizione del giudice amministrativo è estesa anche alle controversie relative a diritti costituzionalmente tutelati. Su tale disposizione è, di recente, intervenuta Corte cost. 27 gennaio 2010, n. 35, dichiarando non fondata la relativa questione di costituzionalità. La Corte, premesso che: - il primo comma dell'art. 103 della Costituzione, pur non avendo conferito al legislatore ordinario una assoluta e 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; nella definizione dei confini della giurisdizione esclusiva è, pertanto, necessario, in primo luogo, che la controversia involga situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse, con la precisazione, peraltro, per cui sebbene è normalmente necessaria la sussistenza di un intreccio di posizioni giuridiche nell'ambito del quale risulta difficile individuare i connotati identificativi delle singole situazioni soggettive, non può escludersi che la cognizione del giudice amministrativo possa avere ad oggetto, ricorrendo gli altri requisiti indicati di seguito, anche soltanto diritti soggettivi; è necessario che il legislatore assegni al giudice amministrativo la cognizione non di “blocchi di materie”, ma di materie determinate, ha chiarito che il riferimento, nella disposizione sospettata di illegittimità costituzionale, ai comportamenti va inteso nel senso che quelli che rilevano, ai fini del riparto della giurisdizione, sono soltanto i comportamenti costituenti espressione di un potere amministrativo e non anche quelli meramente materiali posti in essere dall'amministrazione al di fuori dell'esercizio di una attività autoritativa. Ha quindi concluso sostenendo che, nella controversia all'esame del remittente, venendo in rilievo questioni meramente patrimoniali connesse al mancato adempimento da parte dell'amministrazione di una prestazione pecuniaria nascente da un rapporto obbligatorio, i comportamenti posti in essere dall'amministrazione stessa non sono ricompresi nell'ambito di applicazione della norma impugnata e rientrano, invece, nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Tesi in forza della quale nelle fattispecie interessate dal fenomeno dell'inaffievolibilità, l'amministrazione non dispone del potere di degradare il diritto incomprimibile, sicché laddove incide sullo stesso "agisce nel fatto", con un mero comportamento illecito, onde il radicarsi della giurisdizione del giudice ordinario sulla relativa controversia^{10[10]}: è quanto la giurisprudenza ha sostenuto, dapprima in tema di diritto alla salute, o meglio all'ambiente salubre, e poi progressivamente anche nel campo dei diritti primari fondati sulle libertà costituzionalmente garantite, come la libertà di coscienza e di religione^{11[11]}.

Per vero, già in passato l'assunto dell'assoluta incomprimibilità di talune posizioni soggettive, a fronte delle quali pertanto non sarebbe in nessun caso concepibile una posizione di potere dell'amministrazione, è stato oggetto di ripensamento, dottrinale e giurisprudenziale.

Per ciò che riguarda in particolare il diritto che ha costituito il paradigma su cui negli anni è stata costruita la teoria della non degradabilità, ovvero il diritto alla salute, merita ricordare che sulla questione relativa all'individuazione del giudice chiamato a conoscere delle controversie inerenti alla lesione della posizione giuridica in parola da parte dell'amministrazione si sono registrate differenti posizioni così schematizzabili:

- a) secondo una parte della giurisprudenza il diritto alla salute costituirebbe sempre una posizione non affievolibile, sicché la cognizione in tale materia spetterebbe sempre al G.O., senza necessità di ulteriori distinzioni;
- b) altro orientamento ritiene di dover distinguere due differenti ipotesi.

Su un primo fronte vengono in considerazione i casi in cui il diritto alla salute presenta un contenuto prevalentemente oppositivo, da intendersi come diritto assoluto di libertà volto ad impedire lesioni all'integrità fisica: la posizione del privato avrebbe carattere di diritto soggettivo assoluto non affievolibile, con la conseguenza che la giurisdizione su spetterebbe sempre al G.O.

Su altro versante, invece, i casi in cui il diritto alla salute ha un contenuto prevalentemente pretensivo, come diritto a perseguire un miglioramento delle proprie condizioni, ad es. ad ottenere un determinato livello di prestazioni a carico del S.S.N.: l'esercizio del diritto ad ottenere un determinato livello di prestazioni richiederebbe l'interposizione di un potere pubblicistico discrezionale, ai fini della valutazione e della comparazione con altri interessi di livello costituzionale (si pensi alle esigenze di contenimento della spesa a carico del S.S.N.).

In tale seconda ipotesi il privato non vanterebbe una situazione soggettiva di diritto pieno, essendo titolare di un diritto condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti; quindi, esistendo e permanendo in capo alla P.A. il potere discrezionale di valutazione e scelta tra interessi contrapposti, si produce sicuramente un effetto degradatorio del diritto del privato in interesse legittimo, con conseguente radicarsi della giurisdizione del G.A. sulle relative controversie.

- c) si è registrata infine una posizione intermedia, che se ritiene il diritto alla salute non affievolibile nella sua componente oppositiva, opera invece una distinzione per quanto concerne la componente pretensiva: la pretesa volta ad ottenere un determinato livello di prestazioni da parte del S.S.N. avrebbe natura di diritto intangibile soltanto quando sia dedotta una situazione di rischio mortale o di sofferenza di particolare gravità. In altre parole, il diritto alla salute inteso in senso pretensivo presenterebbe un

^{10[10]} Cass.civ., s.u., 20 febbraio 1992, n. 2092.

^{11[11]} Cass. civ., s.u., 18 novembre 1997, n. 11432, con cui i giudici di legittimità hanno attribuito alla cognizione del G.O. la domanda risarcitoria dei danni derivanti da provvedimenti dell'amministrazione scolastica con cui era stata imposta la frequenza di corsi alternativi ad alunni che non si avvalgono dell'insegnamento della religione cattolica.

nucleo essenziale intangibile costituito dal diritto di non morire o di non subire particolari sofferenze.

Si è quindi sostenuto il superamento, più o meno radicale, della teoria dei diritti non degradabili e delle correlate implicazioni in punto di giurisdizione.

Sullo sfondo, la rimarcata necessità, in base ad una logica relazionale, di operare una sintesi, un confronto anche dei diritti fondamentali con altri diritti ed interessi pubblici e privati, mediante l'attribuzione alla legge e alla P.A. del compito di trovare la migliore soluzione possibile, non esclusa quella che implichi un *vulnus*, se pure preferibilmente limitato, al diritto inviolabile.

In particolare, si rileva come la teoria dei diritti resistenti a tutta oltranza si basi sull'inesatto presupposto dell'esistenza di una netta contrapposizione tra carattere fondamentale del diritto e possibilità per la P.A. di esercitare il proprio potere discrezionale: ciò non è concepibile in una società pluralistica come quella attuale, nella quale è necessario contemperare anche i diritti inviolabili del singolo con altri diritti ed interessi, privati e pubblici. Ogni diritto fondamentale, cioè, trova i suoi limiti e i suoi contemperamenti, e talora anche un inevitabile pregiudizio, nella necessità di tutelare altri diritti fondamentali contrapposti e di perseguire altri interessi di natura privatistica o pubblicistica.

D'altra parte, la Costituzione, anche se in via generale qualifica numerosi diritti come fondamentali, attribuisce comunque al legislatore ordinario – e, attraverso questo, alla P.A. – il compito di trovare le soluzioni concrete che meglio bilancino la tutela del diritto con il perseguimento degli interessi pubblici, e con la tutela di altri interessi privati anch'essi di rango costituzionale.

Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi del diritto alla salute: lo stesso, almeno nella sua dimensione pretensiva, è tutelato sulla base di scelte rimesse alla P.A., al fine di tenere conto non solo delle situazioni di urgenza, ma anche della fondamentale esigenza di contenimento delle spese finanziarie a carico del S.S.N.

Si faccia riferimento, ancora, alla costruzione di impianti di energia elettrica, che pure in ipotesi rischiosi per la salute individuale e collettiva, sono senza dubbio necessari allo sviluppo e al benessere generali; così come gli impianti di telefonia mobile, la cui ubicazione è spesso autorizzata nonostante non possa escludersi che le onde elettromagnetiche siano rischiose per la salute, affidando in proposito la legge quadro sull'inquinamento elettromagnetico (l. n. 36 del 2001, art. 8) ai comuni e alle regioni il compito di individuare le soluzioni che impongano al diritto alla salute il minor sacrificio possibile, per il massimo soddisfacimento dell'interesse pubblico superiore.

La questione è stata esaminata da una nota pronuncia della Corte costituzionale, la 27 aprile 2007, n. 140, intervenuta in merito alla legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 552, l. n. 311 del 2004, che, con previsione ora confluita con modificazione nell'art. 133, comma 1, lett. o), C.p.a., attribuisce il contenzioso concernente le procedure ed i provvedimenti in materia di impianti di generazione di energia elettrica, ivi compresi i profili risarcitori, al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva.

In particolare, il giudice *a quo* aveva sollevato dubbi di legittimità costituzionale della normativa in esame proprio con riferimento al carattere di incomprimibilità del diritto alla salute e alla salubrità ambientale. Si sosteneva, cioè, che dalla natura inaffievolibile di tale diritto dovesse necessariamente derivare il radicarsi della giurisdizione in capo al giudice ordinario, non potendo la deroga all'ordinario criterio di riparto di cui all'art. 103 Cost. operare in presenza di diritti non degradabili, come quello alla salute.

Ebbene la Corte, richiamate le proprie precedenti sentenze *nn. 204 del 2004 e 191 del 2006*, ha sostenuto che, nella fattispecie disciplinata dal censurato comma 552 dell'art. 1, l. n. 311 del 2004, ricorrono tutti i presupposti che la Corte stessa ha ritenuto sufficienti a legittimare il riconoscimento di una giurisdizione

esclusiva al giudice amministrativo. L'oggetto delle controversie è rigorosamente circoscritto alle particolari "procedure e provvedimenti", tipizzati dalla legge (d.l. n. 7 del 2002), e concernenti una materia specifica (gli impianti di generazione di energia elettrica).

Soprattutto – osservano i giudici costituzionali – non osta alla validità costituzionale del "sistema" in esame la natura "fondamentale" dei diritti soggettivi coinvolti nelle controversie *de quibus, non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti.*

Peraltro – puntualizza la Consulta – l'orientamento, espresso dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, circa la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in presenza di alcuni diritti assolutamente prioritari (tra cui quello alla salute) risulta enunciato in ipotesi in cui venivano in considerazione meri comportamenti della Pubblica amministrazione, e pertanto esso è coerente con la sentenza *n. 191 del 2006*, con la quale la stessa Corte ha escluso dalla giurisdizione esclusiva la cognizione del risarcimento del danno conseguente a meri comportamenti della Pubblica amministrazione.

Nel caso in esame, invece, si tratta di specifici provvedimenti o procedimenti «tipizzati» normativamente.

All'orientamento della Corte costituzionale si è allineata *Cass. civ., s.u., 28 dicembre 2007, n. 27187*, intervenuta in relazione a provvedimento cautelare, emesso dal Tribunale di Salerno, con cui si ordinava al Commissario straordinario di governo per l'emergenza rifiuti in Campania di astenersi dall'installare e porre in esercizio un impianto di discarica dei rifiuti in una determinata zona, in presenza di un effettivo pericolo per la salute dei residenti e la salubrità dell'ambiente.

Le Sezioni Unite esordiscono ricordando che, prima della devoluzione alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi di alcune materie, quando il riparto di giurisdizione si fondava solo sulla tradizionale bipartizione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, la giurisprudenza di legittimità era effettivamente orientata nel senso di riservare, in base alla teoria dei diritti inaffievolibili, al giudice ordinario, in materia di discariche di rifiuti urbani, ogni controversia in tema di danno alla salute che dalla collocazione nel territorio di tali infrastrutture potesse derivare.

Tuttavia, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 80 del 1998 (modificato dalla l. n. 205 del 2000) non vi è ragione, secondo la Cassazione, per negare la cognizione dei giudici amministrativi allorché, nelle materie di giurisdizione esclusiva, sorga una controversia avente ad oggetto comportamenti materiali che siano effetto di atti della P.A. o espressione di poteri di questa, e che ledano diritti anche fondamentali e tutelati dalla Costituzione.

Al riguardo, i giudici di legittimità richiamano quanto ritenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza *n. 140 del 2007*.

Evidenziano, anche, che nella sua nuova formulazione, l'art. 21, l. Tar (al pari, del resto, di quanto dispone ora l'art. 55, comma 2, C.p.a.), dopo aver previsto la possibilità del giudice amministrativo di assicurare una tutela cautelare atipica, assimilabile a quella di cui all'art. 700 c.p.c., dispone che la concessione o il diniego della misura cautelare non possono essere subordinati a cauzione quando essi attengano ad interessi essenziali della persona, quali il diritto alla salute, all'integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale: la disposizione conferma, quindi, come anche il giudice amministrativo abbia piena cognizione dei diritti fondamentali in parola, quando si verta in controversie riservate alla sua giurisdizione esclusiva.

La Cassazione, pertanto, dopo aver ricondotto le questioni relative all'uso o alla gestione del territorio regionale nell'ambito della materia dell'urbanistica o edilizia, attribuita alla giurisdizione esclusiva del

giudice amministrativo dall'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 80 del 1998, ha concluso affermando che anche in tema di diritti fondamentali, tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 Cost.) – qualora la loro lesione sia dedotta quale effetto di un comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della p.a. di cui sia denunciata l'illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, come quella di gestione del territorio – compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie.

Spetta, dunque, in tali casi, al giudice amministrativo l'accertamento della sussistenza in concreto dei diritti vantati, il temperamento o la limitazione dei suddetti diritti in rapporto all'interesse generale pubblico, e l'emissione di ogni provvedimento cautelare teso ad 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^{12[12]}.

Sulla stessa lunghezza d'onda, ancor più di recente, *Corte cost. 27 gennaio 2010, n. 35*, intervenuta a dichiarare non fondata la questione di costituzionalità sollevata con riguardo al citato art. 4, d. l. 23 maggio 2008, n. 90, laddove prevedeva la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di 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, ancorché incidenti su diritti costituzionalmente tutelati.

Del tutto in linea con gli esposti orientamenti, pertanto, e nel pieno rispetto del criterio di delega di cui al citato art. 44, comma 2, lett. b), n. 1), l. 18 giugno 2009, n. 69, l'art. 133, lett. p), C.p.a. devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie *“aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, e le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati”*.

3.2.2. Le posizioni della giurisprudenza in tema di servizi pubblici.

Il tema relativo ai rapporti tra diritti fondamentali e potere è destinato a venire in rilievo anche in sede di delimitazione dell'ambito della giurisdizione esclusiva riconosciuta al giudice amministrativo nella materia dei servizi pubblici: ipotesi oggi contemplata dal richiamato art. 133, lett. c) C.p.a., ove è confluita la previsione di cui al vecchio art. 33, d. lgs. n. 80 del 1998, come manipolato dalla Corte costituzionale con sentenza *n. 204 del 2004*.

4.2.2.2. Controversie nelle quali è in contestazione l'affissione del crocifisso nelle aule scolastiche.

Discussa la riconducibilità nell'ipotesi di giurisdizione esclusiva in esame delle controversie nelle quali è in contestazione l'affissione del crocifisso nelle aule scolastiche.

Giova considerare che l'affissione del crocifisso nelle scuole avviene sulla base di provvedimenti dell'autorità scolastica conseguenti a scelte dell'Amministrazione, contenute in regolamenti e circolari ministeriali, riguardanti le modalità di erogazione del pubblico servizio, e quindi riconducibili, pur nella complessità delle implicazioni e nella rilevanza e delicatezza degli interessi coinvolti, alla potestà organizzativa della stessa.

^{12[12]} In termini, più di recente, Cass. Civ., s.u., ord. 5 marzo 2010, n. 5290.

Con ordinanza n. 389 del 2004 la Corte Costituzionale, dichiarando manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale del D.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, artt. 159 e 190 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), ha osservato al riguardo che l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche è contemplata unicamente da norme di rango regolamentare volte a disciplinare le modalità di prestazione di un servizio pubblico essenziale, quale è quello scolastico.

Si è conseguente ritenuto che:

- in tale quadro di riferimento, segnato dalla mancanza di una espressa previsione di legge impositiva dell'obbligo di affissione del crocifisso nelle scuole, trova applicazione ai fini della giurisdizione l'art. 33 del D.lgs. 80/1998 (ora art. 133, lett. c), C.p.a.), che nella materia dei pubblici servizi attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo;
- venendo quindi in discussione provvedimenti dell'autorità scolastica che hanno dato attuazione a disposizioni di carattere generale adottate nell'esercizio del potere amministrativo, e quindi riconducibili alla pubblica amministrazione – autorità, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo^{13[13]}.

4.2.2.3. Controversia azionata per ottenere che, in assenza del consenso dei genitori, si vieti agli istituti scolastici di impartire ai minori lezioni di educazione sessuale in classe.

Interrogativi in punto di giurisdizione sono emersi anche con riferimento al contenzioso nel quale è in discussione la legittimità delle scelte operate dagli istituti scolastici in ordine all'articolazione dei programmi e dei metodi didattici.

In particolare, ci si chiede a chi spetti la giurisdizione in ordine ad una controversia azionata per ottenere che, in assenza del consenso dei genitori, si vieti agli istituti scolastici di impartire ai minori lezioni di educazione sessuale in classe.

È noto che l'importanza di una corretta educazione sessuale, nell'ambito del programma formativo dei giovani studenti, ha indotto talune scuole a modificare l'organizzazione e l'articolazione dei programmi e dei metodi didattici con l'introduzione, per l'appunto, della disciplina dell'"educazione sessuale".

Sulla questione sono emerse due posizioni.

A) Per una prima tesi, le controversie in questione vanno sottoposte al vaglio del giudice ordinario. Si ritiene, infatti, che i provvedimenti adottati dagli istituti scolastici in materia di organizzazione ed articolazione dei programmi didattici, incidendo sui diritti fondamentali del privato, ed in particolare sul diritto - dovere dei genitori, sancito dagli artt. 29 e 30 Cost., di provvedere all'educazione dei figli, non sono idonei a degradare ad interessi legittimi le posizioni giuridiche dei destinatari.

B) Secondo la tesi prevalente, invece, occorre tener conto, nel dare soluzione al discusso profilo della giurisdizione, del fatto che l'esigenza di una corretta ed equilibrata educazione, in materia sessuale, non corrisponde solo all'interesse del singolo o del suo nucleo familiare ma anche all'interesse pubblico alla salute ed alla sanità pubblica.

Ne deriva che un'eventuale controversia sulla legittimità della scelta, operata dagli istituti scolastici, in ordine all'introduzione, nei programmi, della disciplina dell'educazione sessuale, investe in via diretta ed immediata il potere dell'amministrazione in ordine all'organizzazione ed alle modalità di prestazione del servizio scolastico, così involgendo una scelta riconducibile, pur nella complessità delle implicazioni e nella rilevanza e delicatezza degli interessi coinvolti, alla potestà organizzatoria dell'istituzione scolastica,

^{13[13]} Cass, 10 luglio 2006, n. 15614.

esercitata con disposizioni riconducibili alla pubblica amministrazione autorità.

Sicché – sostiene *Cass. civ., s. u., ord. 5 febbraio 2008, n. 2656*- trova applicazione, ai fini della giurisdizione, l'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, sostituito dall' art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, nel testo risultante dalla sentenza *n. 204 del 2004* della Corte Costituzionale che nella materia dei pubblici servizi attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva “se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo, ovvero si avvale della facoltà riconosciutale dalla legge di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo”.

In altri termini, il diritto fondamentale dei genitori di provvedere all'educazione ed alla formazione dei figli trova il necessario componimento con il principio di libertà dell'insegnamento dettato dall'art. 33 Cost. e con quello di obbligatorietà dell'istruzione inferiore affermato dall'art. 34 Cost. Da ciò discende il potere dell'amministrazione scolastica di svolgere la propria funzione istituzionale “con scelte di programmi e di metodi didattici potenzialmente idonei ad interferire ed anche eventualmente a contrastare con gli indirizzi educativi adottati dalla famiglia e con le impostazioni culturali e le visioni politiche esistenti nel suo ambito, non solo nell'approccio alla materia sessuale, ma anche nell'insegnamento di specifiche discipline, come la storia, la filosofia, l'educazione civica, le scienze, e quindi ben può verificarsi che sia legittimamente impartita nella scuola una istruzione non pienamente corrispondente alla mentalità ed alle convinzioni dei genitori, senza che alle opzioni didattiche così assunte sia opponibile un diritto di veto dei singoli genitori”.

4.2.2.4. Controversie azionate da chi non ha ottenuto il rimborso delle spese sanitarie sostenute per il ricovero in strutture sanitarie altamente specializzate situate all'estero.

Ulteriore questione di giurisdizione per la cui soluzione si è riproposto il tema delle interferenze tra potere e diritti fondamentali è quella che si è posta per le controversie azionate da chi non ha ottenuto il rimborso delle spese sanitarie sostenute per il ricovero in strutture sanitarie altamente specializzate situate all'estero.

Il problema è venuto in rilievo, in specie, più che per l'ipotesi in cui al ricovero si sia provveduto in situazioni di assoluta urgenza che non abbiano consentito la formulazione dell'istanza di autorizzazione e l'attivazione del relativo “potere” dell'amministrazione, in relazione al caso in cui la richiesta di autorizzazione sia stata presentata ma l'amministrazione l'abbia respinta con atto conseguentemente contestato.

Invero, la giurisdizione del giudice ordinario relativamente alle domande di rimborso delle spese sanitarie sostenute da un cittadino italiano all'estero senza la preventiva autorizzazione della Regione e' stata quasi sempre correlata al rilievo che, “in caso di ricovero per motivi di urgenza rappresentati dal pericolo di vita o da possibilità di aggravamenti della malattia o di non adeguata guarigione, oggetto della domanda e' la tutela del diritto primario e fondamentale alla salute garantito dall'art. 32 Cost., il cui necessario contemperamento con altri interessi, pure costituzionalmente garantiti, come le risorse disponibili del servizio nazionale sanitario, non vale a sottrargli la consistenza di diritto soggettivo perfetto”^{14[14]}.

Più problematica la diversa ipotesi in cui la richiesta di autorizzazione sia stata presentata dal privato ma disattesa dall'amministrazione sanitaria.

Talora s'e' affermato che alla pubblica amministrazione e' riconosciuto “un potere autorizzativo discrezionale nel valutare sia le esigenze sanitarie di chi chieda una prestazione del Servizio sanitario

^{14[14]} Cass. civ, s.u., nn. 11333 e 11334/2005, 14848/2006.

nazionale sia le proprie disponibilità finanziarie, si che il richiedente risulta titolare di un mero interesse legittimo”¹⁵[15].

Su altro fronte, quelle pronunce con cui si è sostenuto che se certo l'amministrazione adita dal privato per il rimborso della spesa sostenuta deve apprezzare la gravità e l'urgenza, eventualmente secondo criteri di discrezionalità tecnica, ciò non basta ad alterare la consistenza del diritto soggettivo, giacché l'inosservanza di criteri tecnici nell'accertamento della concreta sussistenza di una posizione soggettiva non esprime alcun potere di supremazia, tanto da essere consueta anche nei rapporti interprivati, e non comporta, quindi, in quelli pubblici, alcun fenomeno di affievolimento¹⁶[16].

Sul tema, di recente, *Cass. Sez. un., 6 febbraio 2009, n. 2867*, che tuttavia ha optato per la persistente giurisdizione ordinaria anche nell'ipotesi in esame, non tanto sulla scorta di una convinta adesione alla tesi dell'astratta non affievolibilità del diritto alla salute, quanto, piuttosto, all'esito di un puntuale esame della disciplina che in concreto regola gli elementi che l'amministrazione chiamata a vagliare la richiesta di autorizzazione deve valutare ed apprezzare.

Sostengono, invero, le Sezioni unite che ai fini della giurisdizione deve solo scrutinarsi se le disposizioni normative che vengono in considerazione consentano di ritenere che, quando difetti il requisito della comprovata eccezionale gravità ed urgenza di cui all'art. 7, comma 2, del decreto del ministero della sanità in data 3.11.1989 e dall'avente diritto all'assistenza sia dunque richiesta la preventiva autorizzazione, alla pubblica amministrazione sia consentito concederla o negarla in base a scelte autenticamente discrezionali; ovvero se, anche in tale caso, alla stessa competa un apprezzamento meramente tecnico in ordine alla possibilità che gli interventi terapeutici siano adeguatamente e tempestivamente erogati in Italia dalle strutture sanitarie pubbliche o convenzionate con il servizio sanitario nazionale. Solo nel primo caso, infatti, e non anche nel secondo, sarebbe configurabile un affievolimento del diritto soggettivo.

Ebbene, ha osservato il giudice della giurisdizione, il terzo e quarto comma dell'art. 2 del decreto citato rispettivamente stabiliscono che “è considerata prestazione non ottenibile tempestivamente in Italia la prestazione per la cui erogazione le strutture pubbliche o convenzionate con il servizio sanitario nazionale richiedono un periodo di attesa incompatibile con l'esigenza di assicurare con immediatezza la prestazione stessa, ossia quando il periodo di attesa comprometterebbe gravemente lo stato di salute dell'assistito, ovvero precluderebbe la possibilità dell'intervento e delle cure”; e che “è considerata prestazione non ottenibile in forma adeguata alla particolarità del caso clinico la prestazione che richiede specifiche professionalità, ovvero procedure tecniche o curative non praticate, ovvero attrezzature non presenti nelle strutture italiane pubbliche o convenzionate con il servizio sanitario nazionale”.

Il successivo art. 3 prevede che, per ogni branca specialistica, dal Centro regionale di riferimento sia compiuto “l'accertamento della sussistenza dei presupposti sanitari che legittimano l'autorizzazione al trasferimento per cure all'estero e l'erogazione del concorso nelle relative spese e ogni altra valutazione di natura tecnico-sanitaria”; e l'art. 4, comma 5, precisa che il centro di riferimento “valutata la sussistenza dei presupposti sanitari per usufruire delle prestazioni richieste (impossibilità di fruirle tempestivamente ovvero in forma adeguata alla particolarità del caso clinico), autorizza o meno le prestazioni presso il centro estero di altissima specializzazione prescelto, dandone comunicazione all'autorità sanitaria competente”.

Tali valutazioni sono rimesse dal decreto “ad uno o più presidi e servizi di alta specialità di cui all'art. 5 della legge 23 ottobre 1985, n. 595” o “ad apposite commissioni sanitarie costituite dalla regione stessa

¹⁵[15] Cass. civ, s.u., n. 13548/2005.

¹⁶[16] Cass. civ, s.u., n. 558/2000.

a livello regionale e composte da personale medico di qualifica apicale delle strutture pubbliche o convenzionate con il servizio sanitario nazionale”.

Tutto induce allora a ritenere – hanno concluso le Sezioni unite – che, per il tipo di valutazioni da compiere (sussistenza dei presupposti sanitari) e per la qualifica di chi è chiamato a farle (medici), l’apprrezzamento dell’amministrazione sia esclusivamente tecnico e non discrezionale in senso stretto, non implicando l’esercizio di alcun potere di supremazia.

E’ dunque sulla scorta di un’attenta disamina della disciplina di settore e della conseguente esclusione che la stessa riconosca all’amministrazione un autentico potere discrezionale nel valutare le richieste di autorizzazione che le Sezioni unite hanno concluso che -in materia di richiesta di rimborso delle spese sanitarie sostenute dai cittadini residenti in Italia presso centri di altissima specializzazione all’estero per prestazioni che non siano ottenibili in Italia tempestivamente o in forma adeguata alla particolarità del caso clinico (art. 5, l. 23 ottobre 1985, n. 595 e relativo decreto del ministro della sanità del 3 novembre 1989, come successivamente modificato)- la giurisdizione spetta al giudice ordinario sia nel caso che siano adottate situazioni di eccezionale gravità ed urgenza, prospettate come ostative alla possibilità di preventiva richiesta di autorizzazione, sia nel caso che l’autorizzazione sia stata chiesta e che si assuma illegittimamente negata, giacché viene comunque in considerazione il fondamentale diritto alla salute, non suscettibile di essere affievolito dalla discrezionalità meramente tecnica dell’amministrazione in ordine all’apprrezzamento dei presupposti per l’erogazione delle prestazioni.

5. La positivizzazione del canone della concentrazione.

Così ricostruita la disciplina con cui il Codice del processo amministrativo si occupa della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e dato atto dei principali problemi interpretativi, si impone ancora, prima di chiudere, una constatazione e una riflessione.

La constatazione ha ad oggetto l’importante e apprezzabilissima positivizzazione, nel comma 7 dell’art. 7 C.p.a. del criterio di concentrazione, espressamente indicato quale canone attuativo imprescindibile per il compiuto dispiegarsi del principio di effettività della tutela.

Dispone il citato comma 7 che *“il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi”*.

Canone di cui non sempre è stata fatta una esemplare applicazione in un recente passato.

Il riferimento è all’orientamento seguito dalle Sezioni unite di Cassazione laddove, prima della per vero intempestiva svolta segnata dall’ordinanza *10 febbraio 2010, n. 2906*, hanno sostenuto il radicarsi della giurisdizione ordinaria per il contenzioso avente ad oggetto la domanda volta a conseguire tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia ovvero l’annullamento del contratto di appalto pubblico, a seguito dell’annullamento della delibera di scelta del contraente privato, adottata all’esito di una procedura ad evidenza pubblica^{17[17]}.

Sulla questione è tuttavia intervenuto il legislatore con il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, di attuazione della direttiva 2007/66/CE, la cui disciplina è ora trasfusa, con alcune modifiche, negli artt. 120 ss. del Codice.

Facendo applicazione in via normativa del suddetto canone della concentrazione delle tutele, dispone, invero, l’art. 133, lett. e), n. 1), che appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da

^{17[17]} Cass., s.u., 28 dicembre 2007, n. 27169; id., ord., 13 marzo 2009, n. 6068; id. 17 dicembre 2008, n. 29425; conforme anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. St., A.P., 30 luglio 2008, n. 9).

soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e “con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative”^{18[18]}.

6. Estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e controllo della Corte di Cassazione sulle sentenze del giudice amministrativo tra mito e storia.

Una sintetica riflessione in chiusura volta a chiarire quanto debba ritenersi ormai tramontata la posizione di chi ha sostenuto che l'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e l'ampliamento delle ipotesi alla stessa ricondotte dal legislatore impongano di por mano all'art. 111 Cost. laddove dispone che avverso le sentenze del Consiglio di Stato è consentito ricorrere in Cassazione per soli “motivi inerenti alla giurisdizione”: è la posizione di chi sostiene si debba, quindi, modificare l'art. 111 Cost., nella parte in cui non prevede, per i diritti soggettivi demandati alla giurisdizione del giudice amministrativo, il rimedio del ricorso per cassazione per violazione di legge.

Si tratta di assunto che non persuade non solo perché non si condivide il presupposto ideologico che ne costituisce lo sfondo, ma anche, e prima ancora, perché non appaiono condivisibili le concrete ragioni che ne costituiscono il substrato culturale ed argomentativo.

Sul primo versante e come altrove sostenuto, il recupero dell'idea dell'unità della giurisdizione, se intesa in senso ordinamentale e non funzionale, è oggi un esercizio intellettuale antistorico^{19[19]}.

E' antistorico perché non considera l'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa, connotata da una affermazione prepotente dei principi di effettività e pienezza della tutela, con un solido irrobustimento delle tecniche di tutela sperimentabili innanzi al giudice amministrativo; ignora che è ormai prevalsa, come riconosciuto dalla Corte costituzionale nella importante sentenza n. 77/2007 in tema di *translatio iudicii*, una concezione sostanzialmente identica della funzione giurisdizionale, *unitaria*, pur se articolata su una pluralità di giudici.

Soprattutto, però, in disparte gli approcci ideologici, sarebbe davvero paradossale che si proponesse ancora oggi la indicata riscrittura dell'art. 111 Cost. nonostante quanto successo con riguardo all'idea stessa di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, a far data dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004.

La questione merita un particolare sforzo di chiarezza espositiva.

Ebbene, il principale argomento su cui ha fatto a lungo leva l'assunto per il quale si impone una modifica dell'art. 111 Cost., nella parte in cui non prevede, per i diritti soggettivi demandati alla giurisdizione del giudice amministrativo, il rimedio del ricorso per cassazione per violazione di legge è quello tratto dall'ampliamento e dalla trasformazione ontologica che, fino ad un certo momento, ha connotato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Per citare uno dei principali teorizzatori di tale posizione^{20[20]}, prima del riconoscimento della risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi ad opera della Cassazione con la nota sentenza n. 500 del 1999 e, soprattutto, prima dell'“ampliamento a dismisura delle ipotesi di giurisdizione

¹⁸[18] Sul nuovo contenzioso in tema di appalti pubblici, Ge. FERRARI, *Il contenzioso degli appalti pubblici nel nuovo codice del processo amministrativo*, Neldiritto Editore, 2010.

¹⁹[19] GAROFOLI, *La giustizia amministrativa: la strada già percorsa e gli ulteriori traguardi da raggiungere*, Intervento tenuto al Seminario "Giustizia: tutto da rifare?", organizzato dalle Fondazioni Don Sturzo, Liberal e Mondo Operaio, in *www.neldiritto.it*

²⁰[20] PROTO PISANI, *Riparto della giurisdizione per blocchi di materia, funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e unicità della giurisdizione*, in Atti del convegno tenutosi presso il C.S.M., 21-23 gennaio 2002.

esclusiva”, giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa costituivano due “comparti stagni” e “il giudice amministrativo non era (o quasi mai) chiamato ad interpretare ed applicare norme c.d. di diritto comune, mentre il giudice ordinario non era mai chiamato ad interpretare ed applicare norme, speciali, relative al potere amministrativo”.

Riteneva l’Autore, quindi, “coerente” che “la nomofilachia, il compito di assicurare l’esatta osservanza e uniforme interpretazione della legge relativa all’esercizio dei poteri amministrativi (e all’attività esclusiva vincolata della pubblica amministrazione)”, fosse affidata al “Consiglio di Stato, magistratura superiore in tale settore”, e “il compito di assicurare l’esatta osservanza e uniforme interpretazione della legge c.d. di diritto comune” alla Corte di Cassazione.

A modificare la indicata valutazione scientifica di coerenza costituzionale sarebbe stato quindi, principalmente, l’“ampliamento a dismisura delle ipotesi di giurisdizione esclusiva”, recante con sé che “l’interpretazione e l’applicazione delle norme del codice civile in tema di obbligazioni, responsabilità e contratti non è più riservata al giudice ordinario ma diviene propria anche del giudice amministrativo”.

L’ampliamento “a dismisura” cui è stato imputato il cambio di sistema non è, quindi, di tipo *quantitativo*, ma *qualitativo*: si è intravisto il profilo centrale del cambiamento “copernicano” nel fatto che, per effetto delle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva dal legislatore riconosciute al giudice amministrativo, quest’ultimo ha smesso di attendere all’interpretazione ed applicazione delle sole norme, speciali, relative al potere amministrativo, applicando anche, nel contenzioso esteso ai diritti, norme c.d. di diritto comune.

Ecco, allora, che giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa avrebbero smesso di costituire due “comparti stagni”.

Onde la sostenuta illegittimità costituzionale del sistema così come venutosi a delineare, assuntamente confliggente con gli artt. 103, comma 1, e 113, ult. comma, Cost., da cui “si desume il principio che nel nostro sistema costituzionale la giurisdizione amministrativa può estendersi a diritti solo in ipotesi eccezionali, davvero particolari”.

Ebbene, se questo è il substrato teorico della pretesa estensione del controllo da demandare alla Corte di Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato pare troppo agevole osservare che lo stesso sia definitivamente crollato dopo *Corte cost. n. 204 del 2004* e l’evoluzione che ne è seguita, come positivizzata nell’art. 7 del Codice del processo amministrativo, tanto più se si interpreta in senso restrittivo, come sopra suggerito, il riferimento alle controversie concernenti “*il mancato esercizio del potere*”.

Non può più sostenersi, invero, che nelle materie di giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo, occupandosi al pari del giudice ordinario di posizioni di diritto soggettivo, applichi le stesse norme di diritto comune oggetto della normale interpretazione affidata al giudice ordinario.

Non è più consentito farlo senza ignorare la portata delle novità introdotte dalle fondamentali e citate sentenze della Corte Costituzionale.

Anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, invero, la cognizione e la decisione demandata al giudice amministrativo hanno ad oggetto le modalità con cui il potere è stato esercitato, come incidenti sulle posizioni, anche di diritto soggettivo, del privato.

Sicché, volendo invertire la prospettiva, i diritti soggettivi nei quali si imbatte il giudice amministrativo nelle materie di giurisdizione esclusiva sono quelli che trovano la loro disciplina non già nei soli atti di autonomia privata, “bensì anche nella concorrente potestà dell’amministrazione che è in grado, oltre

che di estinguerli per ragioni di pubblica utilità, di conformarne *l'esercizio* per renderlo compatibile con gli interessi collettivi che di volta in volta interagiscono con quello del privato”^{21[21]}.

Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa continuano a costituire, allora, due “comparti stagni”, se si considera l’oggetto delle rispettive cognizioni.

C’è stata certo una tendenziale equiparazione del tasso di tutela che i due giudici sono in grado di assicurare.

Ma, il livellamento, verso l’alto, del grado di satisfattività e pienezza della tutela oggi assicurata dal giudice amministrativo non toglie certo che, nelle due giurisdizioni, la cognizione abbia oggetti chiaramente distinti, sicché diverse sono le norme che i due giudici sono tendenzialmente chiamati ad applicare.

E’ allora ancora coerente che la nomofilachia, il compito di assicurare l’esatta osservanza e uniforme interpretazione della legge relativa all’esercizio dei poteri amministrativi (e all’attività esclusiva vincolata della pubblica amministrazione), continui ad essere saldamente affidata al Consiglio di Stato, magistratura superiore in tale settore.

Certo non può sostenersi che la suddetta estensione (ai motivi di violazione di legge) del controllo della Corte di Cassazione si imponga per ragioni di doverosa attuazione del principio di cui all’art. 3 Cost. nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

L’attribuzione al giudice amministrativo di una giurisdizione estesa ai diritti soggettivi non reca con sé, infatti, l’introduzione di una tutela differenziata tra soggetti titolari della medesima situazione soggettiva, ma solo che, in quelle “particolari” materie, è assicurata una tutela a chi, pure titolare di diritti, venga a contatto con il potere dell’amministrazione.

Come di recente osservato, anzi, l’indicata estensione del controllo della Corte di Cassazione finirebbe per incidere sull’attuale riparto di giurisdizione, “in virtù del quale al giudice ordinario è precluso, salvo casi espressamente previsti, il sindacato sull’esercizio della funzione amministrativa volta ad incidere sulle situazioni soggettive del privato, siano esse di diritto soggettivo o di interesse legittimo, al fine di operare il loro giusto temperamento con l’interesse pubblico”^{22[22]}.

E’ allora sulla tutela che a quelle posizioni soggettive il giudice amministrativo deve garantire che occorre concentrare gli sforzi futuri.

L’unità della giurisdizione è stata un’idea affascinante^{23[23]}.

La storia, però, ha preso un’altra direzione, non meno appassionante.

Si è trattato di un percorso non privo di fasi e momenti di criticità, manifestatesi tra l’altro nelle difficoltà registratesi nell’assicurare un punto di equilibrio tra le giurisdizioni, oltre che nel garantire, al loro interno, sistemi di tutela con adeguato tasso di effettività e pienezza.

Certo, non si tratta di difficoltà del tutto superate, neanche dopo il Codice del processo amministrativo; va tuttavia riconosciuto che passi in avanti, taluni prodigiosi e impensabili solo fino a qualche anno fa, sono stati fatti.

E’ da quei risultati, allora, che occorre ripartire per assicurare che il Codice costituisca occasione per guardare avanti, nel segno del potenziamento delle tutele, senza ingenua nostalgia per idee connotate certo da un indubbio fascino intellettuale, ma ormai battute dalla storia.

²¹[21] Cfr., in tema, le osservazioni di VARRONE, *Autonomia della politica e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in www.giustamm.it

²²[22] VARRONE, *Autonomia della politica e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in www.giustamm.it

²³[23] Confesso di esserne rimasto affascinato anche io in gioventù: GAROFOLI, *Unicità della giurisdizione e indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema giurisdizionale*, in *Dir. proc amm.*, 1998, 121;
