

## **La tensione essenziale: Autorità-Consenso nella nuova giurisdizione del G.A.**

di M. Mandara

**Sommario:** 1. Evoluzione del sistema di giustizia amministrativa. Dal problema del riparto di giurisdizione all'enucleazione della funzione di "giurisdizione esclusiva". – 2. L'impatto della 204/2004 sul sistema. – 3. Brevi cenni sull'esercizio consensuale della potestà amministrativa tra giurisprudenza costituzionale e nuova disciplina dell'azione amministrativa.

### **1. Evoluzione del sistema di giustizia amministrativa. Dal problema del riparto di giurisdizione all'enucleazione della funzione di "giurisdizione esclusiva"**

La complessità della normazione così come è venuta diacronicamente svolgendosi in subiecta materia, nonché l'inestricabilità dei profili e/o piani di valutazione coinvolti, impongono la "fissazione" di alcune linee-guida.

Il problema del c.d. "riparto di giurisdizione" tra A.G.A. e A.G.O. - con riferimento in particolare a quella che è la "giurisdizione esclusiva" del giudice amministrativo - è a tutt'oggi sottoposto ad una incessante evoluzione (o involuzione?) legislativa e giurisprudenziale che non può dirsi di certo propriamente "rettilinea", imponendo l'esplorazione anamnestica dei più cruciali momenti di passaggio di un percorso che, proprio a guisa di vero e proprio processo "metamorfico", ha in corso di anni portato, con meccanismo giustappunto "auto-nomico" o "primario" (cioè internamente al sistema normativo) nonché "etero-nomico" o "derivato" (cioè esternamente al sistema normativo), all'attuale - ancor "fluido" - sistema e/o assetto giurisdizionale(1).

Ebbene, come è noto, le difficoltà di individuazione del giudice competente, soprattutto in quelle materie in cui la compenetrazione tra i diversi aspetti della controversia non consentiva di avvalersi della classica dicotomia diritti soggettivi/interessi legittimi (ordinario criterio di riparto delle giurisdizioni ricavato dalla legislazione del 1865 e del 1889), inducevano il legislatore - già con legge 30 dicembre 1923, n. 2840 propedeutica al r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, t.u. Cons. st. e poi con legge 6 dicembre 1971, n. 1034, cd. l. Tar (secondo la formula dell' art. 30, t.u. Cons. Stat. poi ripresa dall' art. 7, co. 3 l. Tar per giurisdizione esclusiva si intende quel tipo di giurisdizione in cui il giudice amministrativo, oltre a occuparsi della tutela degli interessi legittimi del cittadino rispetto all' esercizio del potere pubblico da parte dello Stato, <<conosce anche di tutte le questioni relative a diritti>>) - ad attribuire all'A.G.A. una giurisdizione "esclusiva" cioè escludente l'ingerenza di ogni altro potere giudiziario concorrente perché fondata, in un sistema generale di ripartizione delle competenze basato sulla "natura" della situazione soggettiva lesa, sul diverso criterio dell'enumerazione per materia. Concepito dunque come indicatore soltanto residuale, di fatto il criterio di enumerazione per materia diveniva criterio logico-ermeneutico pregiudiziale cui ricorrere al fine della individuazione del giudice competente, solo all'esito del quale - se ancora necessario - era lecito affidarsi alla scepri, non sempre facile, della situazione soggettiva lesa(2). Tuttavia, l'art. 30, r.d. n. 1054/1924 e l'art. 7, l. n. 1034/1971 non consentivano ancora di superare quel "limite" alla giurisdizione amministrativa costituito dalla "riserva" in favore dell'A.G.O. dei c.d. "diritti patrimoniali consequenziali" alla pronuncia di illegittimità dell'atto o provvedimento impugnato. Ciò nonostante, in corso di anni, il legislatore non ha rinunciato ad ampliare viepiù la giurisdizione esclusiva di Tar e Consiglio di Stato, avvalendosi della "copertura" ed entro il "limite" fornito(a) dalla norma di cui all'art. 103, 1 co. Cost(3). In particolare, con l'art. 11, co. 5 l. 241/1990 ha attribuito alla giurisdizione esclusiva dell'A.G.A. le controversie concernenti la formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi intercorsi tra pubbliche amministrazioni e privati (trattasi di norma generale il cui bacino applicativo è costituito, in linea di "principio", dal grande numero di accordi previsto dalla legislazione di riferimento); di poi, con l'art. 33, legge 287/1990 e l'art. 7 D.lgs 74/1992 gli ha assegnato la competenza sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e con l'art. 6 co. 19, legge 537/1993 sui contratti per la fornitura di beni e

servizi alle pubbliche amministrazioni nonché con l'art. 4, co. 7 legge 109/1994 sui provvedimenti dell'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici; in seguito con l'art. 2, co. 25 legge 481/1995 sui provvedimenti delle autorità per i servizi di pubblica utilità e con l'art. 1, co. 26 legge 249/1997 sui provvedimenti delle autorità per le telecomunicazioni(4).

Inoltre, all'inizio degli anni 90' , nel più generale disegno di "privatizzazione" del pubblico impiego (la prima legge delega del 23 ottobre 1992, n. 421 è attuata con il d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 poi modificato dai dd. lgs. 19 luglio 1993, n. 247; 10 novembre 1993, n. 470; 23 dicembre 1993, n. 546; la seconda legge delega del 15 marzo 1997, n. 59 ha trovato attuazione con i dd. lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e 29 ottobre 1998, n. 387) veniva realizzato il trasferimento al giudice ordinario del potere giurisdizionale - già riservato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - sul contenzioso di lavoro pubblico "contrattualizzato"(5). Parallelamente il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 ridefiniva la giurisdizione dell'A.G.A. - con la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie in materie di <<servizi pubblici>> (quali vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, servizio farmaceutico, trasporti, telecomunicazioni, *utilities* : art.33; urbanistica ed edilizia: art. 34) - in tal modo rimodellando complessivamente l'intero sistema di competenze A.G.A. - A.G.O. ed incidendo di fatto profondamente anche sulla regola di riparto(6). Veniva così radicata in capo all'A.G.A. una competenza di "piena" giurisdizione perché comprensiva anche del risarcimento del danno e cadeva il tradizionale monopolio dell'A.G.O. sui cd. "diritti patrimoniali consequenziali" (art. 35). In effetti, lo stesso art. 13 della legge 142/1992 (legge comunitaria per il 1991) - attuativo della direttiva CE 21.12.1989, n. 665 - aveva già previsto (anche) la "risarcibilità per lesione degli interessi legittimi" dinanzi al giudice ordinario (previo annullamento dell'atto ad opera del giudice amministrativo) per violazioni della normativa comunitaria in materia di appalti e forniture; tuttavia, la lettura che della norma aveva dato la S.C. , attribuendole carattere di "eccezionalità", aveva impedito l'enucleazione di un "principio generale" a mente del quale interpretare evolutivamente le altre norme dell'ordinamento (sent. n. 2667/93; n. 3732/94; n. 10800/94)(7).

Verosimilmente, è in questo momento, pertanto, che sembra delinearsi, sempre più chiaramente, un sistema di competenze effettivamente fondato sulla divisione per "blocchi di materie" (sul modello francese) in sostituzione di quello storicamente e tradizionalmente fondato sul binomio diritti/interessi. In siffatto percorso legislativo va ad inquadrarsi la ben nota sentenza Cass., sez. un. n. 500 del 1999. Essa, iscrivendosi nella medesima linea interpretativa, viene proponendo una lettura della norma sulla responsabilità aquiliana (art. 2043 c.c.) che - sulla base dell'avvenuta "redistribuzione" dei complessi giurisdizionali - si spingeva, con uno storico e clamoroso *revirement* giurisprudenziale, fino alla affermazione della risarcibilità del danno da lesione degli interessi legittimi; non si trattava semplicemente del superamento del dogma della irrisarcibilità del danno da lesione degli interessi legittimi ma di una nuova e radicalmente differente concezione del rapporto tra le due giurisdizioni entro la quale collocare la fattispecie dell'illecito (civile)(8). La sentenza n. 500/1999 proponeva un riparto giurisdizionale che assumeva siffatta configurazione: nell'ipotesi di danno ingiusto riferibile ad una situazione soggettiva di interesse legittimo afferente una materia non attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ma ascrivibile alla giurisdizione di mero annullamento (giudizio impugnatorio), l'azione risarcitoria poteva essere spiegata (non già dinanzi al giudice dell'annullamento dell'atto, ma) direttamente dinanzi al giudice ordinario. Il problema del rapporto fra annullamento dell'atto e risarcimento della situazione soggettiva lesa aveva, in effetti, acquisito una dimensione più complessa in ragione del più ampio raggio d'azione della tutela risarcitoria - non limitata ai soli diritti - ma veniva risolto eludendo quel "meccanismo" che nella visione ortodossa e tradizionale comportava la instaurazione della domanda risarcitoria dinanzi al giudice civile solo all'esito del previo annullamento dell'atto in sede giurisdizionale amministrativa (c.d. pregiudizialità necessaria)(9). In altre parole, la Cassazione giudicava non più necessario il giudizio di previo annullamento dell'atto dinanzi al giudice amministrativo, sussumendo la questione della illegittimità del provvedimento sotto la più generale categoria dell'illecito (civile). Sicchè, nell'ambito della competenza dell'A.G.A., la giurisdizione esclusiva veniva atteggiandosi come giurisdizione effettivamente "piena", in quanto deputata anche

all'esame del profilo risarcitorio: infatti, nella ricostruzione operata dalla Cassazione, a fronte della giurisdizione del giudice ordinario estesa - per le materie non rientranti nella giurisdizione esclusiva dell'A.G.A. - anche all'accertamento dell'illegittimità del provvedimento amministrativo (quale elemento costitutivo della più generale fattispecie di illecito civile conseguente all'illegittimo esercizio della funzione pubblica), era configurabile - *aliunde* - una giurisdizione amministrativa di legittimità completamente "svuotata" di ogni apprezzabile contenuto nella sequenza "legittimità dell'atto-risarcimento del danno" in ragione della superfluità, in questa prospettiva, del previo esperimento dell'azione di annullamento dell'atto dinanzi al giudice amministrativo. E' chiaro che la soluzione, così come impostata nel dictum della S.C., finiva con l'interferire, ponendo non trascurabili problemi di "coordinamento", con l'istituto della "disapplicazione" e con il sindacato *incidentale* sulla legittimità degli atti amministrativi riconosciuto dalla l. n. 2248/1865, all. E. al giudice ordinario (per la diffusamente affermata impossibilità per l'A.G.A. di conoscere in via incidentale della legittimità di un provvedimento della P.A., in sintonia con gli artt. 4 e 5 Legge di abolizione del contenzioso amministrativo 20 marzo 1865 n. 2248 All. E, che attribuiscono il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo solo all'A.G.O., e non anche all'A.G.A., ed in tal senso dopo la 500/1999 ed in contrasto con essa sul punto cfr. Cons. Stato Ad. Plen., 26 marzo 2003 n. 4)(10); ma soprattutto cercava di rispondere all'esigenza, sempre avvertita in ambito processuale, di realizzare - fin quanto possibile - il c.d. principio di concentrazione della tutela davanti ad un solo giudice (*simultaneus processus*). In effetti, la sentenza n. 500/1999, trae fondamento ed utilizza comunque, pur pervenendo ad esiti differenti da quelli, per così dire, convenzionali, la classica teoria del c.d. "petitum formale" secondo la quale il riparto delle giurisdizioni va attuato, a prescindere dalla consistenza della posizione soggettiva dedotta, basandosi (solo) sulla natura del provvedimento richiesto dall'interessato, sicchè la richiesta di eliminazione dell'atto (in quanto tale) fonda la giurisdizione dell'A.G.A., mentre la richiesta della condanna della P.A. al risarcimento del danno determina la competenza giurisdizionale dell'A.G.O. In tal caso, tuttavia, in applicazione del principio di concentrazione della tutela, la costruzione elaborata dalla Cassazione, consentendo il sindacato - sia pure incidentale - del giudice ordinario sul "cattivo esercizio" del potere, finiva con il configgere giocoforza irrimediabilmente proprio con il criterio tradizionale della "causa petendi" (cfr. Cass. sentenza del 4-7-1949, n. 1657) fondato sulle note "equazioni di riparto" : 1) inesistenza del potere-competenza dell'A.G.O.; 2) illegittimo esercizio del potere-competenza dell'A.G.A.; ma soprattutto, favorendo indifferentemente la possibilità di edizione contemporanea o alternativa dei due giudici, poteva dar luogo - vanificando l'autonomia della rispettiva potestà giurisdizionale - anche al possibile conflitto dei giudicati.

Tuttavia, la realizzazione del principio di concentrazione della tutela non può in alcun modo essere disgiunta da quel principio-cardine - dal quale il principio di concentrazione della tutela stesso si origina - che è il principio di "effettività della tutela giurisdizionale" così come formulato ex art. 24, co.1 della Costituzione. Sotto questo aspetto, appare evidente, peraltro, conseguisse una tutela "sperequata" tra A.G.A. e A.G.O., atteso che - in un sistema di tal fatta - la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si presentava "*pleno jure*"(garantendo una tutela sia cassatoria che risarcitoria) rispetto alla giurisdizione del giudice ordinario (risarcitoria, ma non cassatoria). Successivamente, l'Adunanza plenaria, con l'ordinanza n.1/2000, aveva ampliato a dismisura la portata degli artt. 33-35 del d.lgs. 80/1998, creando una sorta di "*pangiusdizionalismo amministrativo*", che non poteva non determinare reazioni di segno opposto, tendenti alla restaurazione del sistema precedente(11), di guisa che il d.lgs. 80/1998 veniva fatto oggetto della sentenza della Corte costituzionale 17 luglio 2000, n. 292 che ne dichiarava l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega, in violazione cioè degli artt. 76 e 77 della Costituzione (in particolare dell'art. 33, co. 1 e 2 nella parte in cui aveva devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutta la materia dei servizi pubblici). Sicchè, "in mancanza di un adeguata copertura legislativa", con la caducazione costituzionale di parte del d.lgs. 80/1998, non solo la giurisdizione esclusiva dell'A.G.A., ma l'intero sistema di competenze A.G.A. - A.G.O., così come era stato definito e costruito dallo stesso decreto legislativo 80/1998, rischiava di sgretolarsi completamente.

Successivamente, con la nuova legge 21 luglio 2000 n. 205, si perseguiva, coerentemente, la strada imboccata con il d. lgs. 80/1998, provvedendo ovviamente - con la novellazione degli artt. 33, 34 e 35 del decreto - a rimuovere le illegittimità allora presenti (l'art. 7, co. 4 l. 205/2000 chiarisce, in tema di risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi, che il giudice amministrativo <<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 altri diritti patrimoniali consequenziali>>). Così, il nuovo testo dell'art. 35, co. 4 d.lgs. 80/1998 introdotto dall'art. 7, co. 1 della legge 205/2000 veniva a rimuovere il limite dei c.d. diritti patrimoniali consequenziali, non più con riferimento soltanto alla giurisdizione esclusiva (come nel previgente testo della norma), ma a tutta la giurisdizione del giudice amministrativo(12).

## **2. L'impatto della 204/2004 sul sistema**

Il subingresso in materia dell'ultima sentenza della Corte costituzionale 204/2004, nonché della quasi coeva 281/2004 ha mutato, ancora una volta, il quadro generale(13). La sentenza 204/2004 ha dichiarato - in sostanza - la parziale illegittimità costituzionale degli articoli 33 e 34 del decreto legislativo 80/1998, come sostituiti dalla legge 205/2000 statuendo che, giusta gli articoli 102 e 103 della Costituzione, le materie relative ai "pubblici servizi" (art. 33), nonché alla "edilizia ed urbanistica" (34), <<possono essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in esse la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciutale dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241 del 1990) >> (par. 3.4.2.). Più esattamente, essa ha dichiarato:

- l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 1, nella parte in cui prevede che <<sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "tutte le controversie in materia di pubblici servizi" anziché le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi (così come era previsto fin dall'art. 5 della legge n. 1034 del 1971), ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241 del 7 agosto 1990, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore (così come era previsto dall'art. 33, comma 2, lettere c e d); nonché del comma 2, nella sua integralità(14);

- svolgendo analoghi rilievi, limitatamente alla nuova formulazione dell'art. 34 del d.lgs. 80/1998, come sostituito dall'art. 7, comma 1, lettera b), della legge 205/2000, perché <<in contrasto con la Costituzione nella parte in cui, comprendendo nella giurisdizione esclusiva - oltre gli "atti e i provvedimenti" attraverso i quali le pubbliche amministrazioni (direttamente ovvero attraverso "soggetti alle stesse equiparati") svolgono le loro funzioni pubblicistiche in materia urbanistica ed edilizia - anche "i comportamenti"(15), la estende a controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita - nemmeno mediamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici - alcun pubblico potere>>, ne ha decretato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui <<devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto "gli atti, i provvedimenti e i comportamenti" in luogo che "gli atti e i provvedimenti" delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati>> ( par. 3.4.3.).

Ebbene, dopo la sentenza n. 204: 1) se è vero che l'art. 33 del d.lgs. 80/1998, come sostituito dall'art. 7, della legge 205/2000, attribuiva in blocco le varie materie individuabili sotto il *genus* "pubblici servizi" alla competenza giurisdizionale del G.A. - sicché ogni e qualsiasi controversia afferente i pubblici servizi era attratta nel plesso giurisdizionale amministrativo - diversamente oggi, risulta che le medesime controversie spettino al giudice amministrativo, non in ogni caso, ma solo se in esse << la pubblica amministrazione agisce

*esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà >>* (par. 3.4.2.); 2) nel nuovo testo della stessa norma, così come emendata (la sentenza n. 204 è una pronuncia non solo "manipolativa", ma anche "additiva" che, sostituendo la disposizione incostituzionale, immette nell'ordinamento una nuova norma conforme alla Costituzione) risulta lasciata integra - senza alcun riferimento sia ad un "potere autoritativo", che a "strumenti negoziali" in sostituzione del potere autoritativo - la giurisdizione esclusiva sulle controversie <<*afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481*>>.

Nel nuovo testo - come osserva il Consiglio di Stato nella sentenza n. 6489/2004 - appare così una scissione tra il riferimento al profilo autoritativo e la mera indicazione dei settori di pubblico servizio (di cui alla parte restante del primo comma dell'art. 33) non incisi espressamente dalla pronuncia di incostituzionalità, e che quindi sarebbero attratti in blocco nella giurisdizione amministrativa, indipendentemente da qualsivoglia riferimento a profili autoritativi delle controversie.

Per quanto riguarda invece l'art. 34, la Consulta - intervenendo sulla clausola generale ivi prevista ("*Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto o gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia*") - ha sostituito alla formula "*gli atti, i provvedimenti e i comportamenti*" quella "*gli atti e i provvedimenti*" (16).

La sentenza 281/2004 ha poi dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dello stesso articolo 34 (commi 1 e 2) <<*nella parte in cui, eccedendo dai limiti della delega, ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutta la materia dell'urbanistica ed edilizia, e non si è limitato a estendere la giurisdizione amministrativa - nei limiti in cui essa, in base alla disciplina vigente, già conosceva di quella materia sia a titolo di legittimità che in via esclusiva - alle controversie concernenti i diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno*>> (par. 3.2.). Più esattamente essa ha dichiarato:

- *l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, commi 1 e 2, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'art. 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59), nella parte in cui istituisce una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di edilizia ed urbanistica, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno.*

È indubitabile, comunque, che l'intervento della Corte, in particolare con la 204/2004, non sia puramente ablativo, ma anzi contribuisca a sciogliere alcune "aporie" del sistema: anzitutto, temperando l'eccessiva "latitudine" (ai confini con l'indeterminatezza), con cui poteva essere inteso - nella prospettiva del legislatore - lo "*spatium gestionis*" e/o "*imperii*" di attività della pubblica amministrazione, in relazione agli "ambiti rilevanti di intervento" (per l'enucleazione di un più chiaro "*principium individuationis*" dell'area di giurisdizione esclusiva, dopo il tentativo di "offuscamento" della dicotomia diritti/interessi); di poi, conseguenzialmente, ristabilendone i confini - con una sorta di vera e propria "*actio finium regundorum*" - entro una più moderna concezione pubblico/privato (senza, tuttavia, disancorarla dalla *summa divisio* tradizionale); ma, soprattutto, fissando e collegando l'emersione dell'<<*agere*>> pubblico al *genus* dell'autorità (sia pur) secondo moduli alternativi di estrinsecazione, nonché "riallineando", (in riferimento all'art. 34) il *genus* "comportamenti", entro la su accennata distinzione, nell'area di competenza giurisdizionale dell'A.G.O. Lo stesso intervento, ad opera del Giudice delle leggi, è preordinato in modo specifico a risolvere alcune contraddizioni in cui era caduto il legislatore, in materia di risarcimento del danno quando, mentre escludeva dall'area di

giurisdizione esclusiva - all'art. 33, lett. e) nel testo modificato dall'art. 7, legge 205/2000 - le "controversie meramente risarcitorie (afferenti il *genus* dei <<pubblici servizi>>) che riguardano il danno alla persona o a cose", attribuiva allo stesso tempo al giudice amministrativo in via generale, nel successivo art. 35, proprio in materia di risarcimento del danno, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, la competenza <<a disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto>> (che si tratti di attribuzione di carattere generale emerge dal comma 4 dello stesso articolo che, sostituendo il primo periodo del terzo comma dell'art. 7 della legge 6 dicembre 1971/1034, assegna al tribunale amministrativo regionale la competenza a conoscere, nell'ambito della sua giurisdizione, <<anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali>>) (17).

In questa linea interpretativa si è iscritta proprio la stessa sentenza 281/2004 sopra richiamata che, riferendosi al risarcimento del danno, fornisce una importante chiave di risoluzione dell'art. 35 quando afferma <<la necessità di interpretare l'art. 35 nel senso che il potere di riconoscere i diritti patrimoniali consequenziali, ivi incluso il risarcimento del danno, è limitato alle sole ipotesi in cui il giudice amministrativo era già munito di giurisdizione, tanto di legittimità quanto esclusiva>> (par. 3.3.); essa, in tal modo, conferma "l'opportunità" di una <<sinossi>> non troppo "ampliativa" della competenza giurisdizionale dell'A.G.A. in quello che è il complessivo quadro di formazione del nuovo sistema normativo giurisdizionale. Sicchè, a ben vedere, così facendo, viene posta in essere da parte del Giudice delle leggi una "operazione" complessivamente volta a ridimensionare la "portata" normativa del mutamento di assetto della giurisdizione amministrativa intervenuto negli ultimi anni (a Costituzione invariata), con il ritorno, di fatto, ad una concezione sostanzialmente "tradizionale" (se non fosse per il forte impulso che traspare dal testo della 204 alla effettiva "recezione" ed "istituzionalizzazione" del modulo autoritativo-consensuale, per la verità a tutt'oggi poco praticato, soprattutto lungo la direttrice privato-pubblica amministrazione, ex art. 11, l. 241/1990) del rapporto pubblico/privato, perchè più aderente al dettato costituzionale (103, 1 co.; 113, co.1, Costituzione).

Fin qui la disamina *de plano* di quelle che sono le ricadute immediate scaturenti dall'incidenza della più recente giurisprudenza costituzionale sul sistema legislativo e, nella specie, giurisdizionale. Tuttavia, a distanza di più di un anno dall'intervento del Giudice delle leggi (in particolare, rispettivamente, dalla 204/2004 e dalla 281/2004) gli effetti "a cascata" (anche) sul piano "ermeneutico" sono avvertibili sia nella giurisprudenza civile che amministrativa. E' opportuno, quindi, affrontare *funditus* gli "snodi" concettuali principali che si pongono all'attenzione dell'interprete ad un'analisi più ponderata del testo della 204 in connessione con quello della 281, in tutta la loro effettiva "escursione" applicativa. Appare evidente, in tal senso, quale intensità di effetti abbiano prodotto - *medio tempore* - la "complessità" e "sistematicità" degli interventi, intrapresi dalla Consulta, sul fragile equilibrio del sistema ordinamentale - ancora in via di consolidamento - e quali siano state le conseguenze che ne sono derivate. Invero, il Giudice delle leggi è "intervenuto" secondo due direttrici fondamentali: da un lato riconoscendo in via generale (in tal senso, secondando - a onor del vero - gli sforzi in questa direzione dello stesso legislatore) al G.A. il potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto (se pur) come "tecnica" di tutela (l'art. 35 così come interpretato dalla 204); dall'altro riducendo incisivamente l'area di giurisdizione esclusiva fino a quel momento attribuita a quest'ultimo dal legislatore. Ebbene, nella seconda direzione l'intervento vero e proprio è venuto modulandosi, ad opera della 204, da una parte - sul fronte dei "pubblici servizi" - in maniera più articolata, perchè di differente incidenza sulla norma (l'art. 33, primo comma, è stato praticamente riscritto, mentre il secondo comma è stato integralmente cassato); dall'altra - sul fronte dell'<<edilizia e urbanistica">> - se per un verso esso non ha investito nella sua interezza la norma in oggetto (art. 34, 1 co.), per altro verso l'incidenza dello stesso, complessivamente considerata, anche attraverso il prisma di altri e differenti piani di valutazione, non è stata meno dirompente. Innanzitutto, nella seconda direzione, di tutta evidenza è il principio-guida (*Fuhrerprinzip*) fondante di ambedue gli interventi conseguenti alla 204 (rispettivamente sull'art. 33 e sull'art. 34), owerosia l'esplicazione, anche

mediata, del profilo autoritativo nell'attività della pubblica amministrazione quale connotato caratterizzante il "pubbliche agere" in via generale. In tal senso, l'espunzione radicale da parte della 204 del lemma "comportamenti" dal testo della norma di cui all'art. 34, 1 co., in materia "urbanistica ed edilizia", non solo ha ingenerato anfibolie esegetiche nell'orizzonte ermeneutico interno alla medesima disposizione, ma ha, nondimeno, esercitato inevitabilmente una "interferenza" massiva di effetti "secondari" nell'interpretazione di altre norme di "settore". Innanzitutto, primigeniamente, pur rimanendo entro i confini della cennata disposizione, l'intervento della Consulta solleva alcune perplessità. Vero è, infatti, che nella disciplina antecedente il subingresso della 204/2004 era ammissibile, stando alla lettera della norma, collegare i "comportamenti" *tout court*, ossia i "comportamenti" c.d. meri o puramente materiali della p.a. (e quindi anche i fatti illeciti), sia pur svincolati da ogni profilo di autorità, alla nozione generica di "comportamenti" espressa dalla disposizione in oggetto, ponendo i medesimi sullo stesso piano degli atti e dei provvedimenti. Altrettanto vero è, parimenti, che dopo la 204/2004 avrebbe potuto porsi, con forza ancora maggiore, il problema se il riferimento in sentenza - questa volta evidentemente non "inclusente" ma "escludente" - alla nozione di "comportamenti" avesse o non una ridotta latitudine interpretativa, comprendendo (solo) i "comportamenti" meri, oppure invece comprendesse ogni genere di comportamento sia pur afferente il momento "autoritativo". In tal senso, è chiaro, come risulta dalla parte motiva del provvedimento giurisdizionale, che l'esplicitazione del principio-guida seguito dalla Corte costituzionale, non possa che condurre, ragionevolmente, alla espunzione dei soli comportamenti puramente materiali in quanto tali (*id est*, svincolati del tutto da ogni profilo di autorità). A ben vedere, in particolare nelle controversie risarcitorie, il riferimento "inclusente" al *genus* "comportamenti", in ambito di giurisdizione esclusiva del G.A., prima della 204/2004, consentiva di operare la distinzione di scuola tra le ipotesi in cui il diritto al risarcimento del danno fosse diritto consequenziale all'annullamento di un atto e/o provvedimento amministrativo da quelle in cui il diritto al risarcimento del danno derivasse da un comportamento illecito della p.a. (ogni e qualsiasi violazione di fatto e/o di diritto) che non si risolvesse esclusivamente nella illegittimità provvedimentoale. Sul piano esegetico è ormai chiaro pertanto che, con la 204, l'espunzione del lemma "comportamenti" dal testo dell'art. 34, 1 co., in relazione alla differente "lettura" della dimensione di rilevanza attribuibile all'intervento "escludente" del Giudice delle leggi, potesse - in ipotesi - dar luogo anche a concezioni o visioni ordinamentali antitetiche. Ciò perché, altrimenti detto, in materia "urbanistica ed edilizia", ma non solo, data la capacità espansiva dell'interpretazione sistematico-evolutiva fornita dalla Consulta, il *genus* "comportamenti", designando anche l'area dei "fatti illeciti", dopo l'intervento ablatorio operato dal Giudice delle leggi, poteva radicare, anche nelle controversie risarcitorie, alternativamente la competenza del giudice amministrativo o di quello ordinario, in funzione della latitudine ed estensibilità applicativa ad esso attribuita. Infatti, è evidente in tal senso come, attribuendo alla nozione "comportamenti" della p.a. rilievo polisemico, intendendo cioè per "comportamenti" (esclusi) anche quelli "amministrativi" - *id est* collegabili al profilo autoritativo della p.a. - l'ambito di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo venisse, anche con riferimento al potere in capo al G.A. di disposizione del risarcimento del danno ingiusto, eroso fino quasi al punto di scomparire del tutto. Per queste ragioni, quel che da ciò emerge è la già accennata possibile "interferenza" tra la norma di cui all'art. 35, 1 co., indenne dall'intervento della Corte costituzionale e quella di cui all'art. 34, 1 co., così come emendata, se pur operanti su piani diversi. La prima in quanto riferentesi al risarcimento del danno come tecnica di tutela "verticale" (trasversale alle giurisdizioni), la seconda in quanto riduce significativamente l'area dei "comportamenti" in ambito di competenza "orizzontale" del giudice amministrativo. In effetti, mentre la norma di cui all'art. 35, 1 co. attribuisce integralmente al G.A. il potere di disposizione del danno ingiusto (occupandosi *incidenter* di essa la 204 viene a confermarne la validità e a consolidarne il regime applicativo) quella di cui all'art. 34, 1 co., all'esito dell'intervento della Consulta, con l'espunzione del *genus* "comportamenti" dalla giurisdizione esclusiva del G.A., taglia fuori gran parte dell'attività della p.a., segnatamente quel segmento di essa

includente gli stessi fatti illeciti quando ontologicamente non afferenti il momento dell'autorità. Solo una lettura "conservativa" dell'azione "demolitoria" del Giudice delle leggi può evitare l'effettivo "sgretolamento" del sistema così come concepito dal legislatore. Pertanto l'intervento della Corte costituzionale impone di scriminare, in ambito pubblicistico, tra "comportamenti" della p.a. completamente svincolati da ogni e qualsiasi profilo autoritativo poiché assolutamente "sine titulo" e, simmetricamente in senso opposto, "comportamenti amministrativi" capaci di evidenziare ogni e qualsiasi vincolo funzionale con l'autorità in quanto esplicativi del cattivo o mancato esercizio del potere anche sul piano procedimentale (sicché la ridefinizione del disposto normativo di cui all'art. 34 ha determinato, al fine di distinguere tra "comportamenti" amministrativi e "comportamenti" meramente materiali, la riconduzione in capo al G.A. di tutte quelle controversie, in materia di occupazioni appropriate ed usurpative, che fossero conseguenza dell'esecuzione di illegittimi provvedimenti di esproprio o dichiarativi della p.u.; procede nella stessa direzione la nuova legge n. 15/2005 che, novellando la 241/1990, ha cassato la nozione di carenza in concreto di potere attraverso l'art. 21-*septies* ed in tal modo ha determinato la *vis* attrattiva della giurisdizione del G.A. nei confronti di quei "comportamenti" della p.a. che fossero valutabili, in quanto non più sintomatici della c.d. carenza in concreto di potere, espressione del cattivo uso del potere, come ad esempio l'esproprio senza dichiarazione di p.u., cfr. in tal senso *F. Caringella – R. Garofoli, Giurisprudenza amministrativa 2005*, pg. 23 ss., ottobre 2005, ed ivi giurisprudenza di merito e legittimità). Su tale versante molto interessante è l'esame "sistematico" delle due sentenze. Ebbene, il potere di disporre del risarcimento del danno ex art. 35, pur riconosciuto in via generale in capo al G.A., viene circoscritto da ambedue le sentenze, fermo il differente piano di operatività delle stesse, secondo tendenze sistematico-evolutive potenzialmente combinantesi, siccome in grado di indicare in proiezione - a Costituzione invariata - il percorso tracciato dal Giudice delle leggi al legislatore. Da una parte, per quanto affermato sopra, con la 204 ne viene ridotta - in ambito orizzontale - l'area di estensione in pratica ai soli "comportamenti amministrativi" (oltre, naturalmente, il diritto al risarcimento del danno derivante dalle illegittimità provvedimentali in quanto afferente i "diritti patrimoniali consequenziali") - poiché essa consente, *a contrariis*, l'enucleazione del genus "comportamenti amministrativi" - dall'altra con la 281, che è da collegarsi specificatamente alla 292/2000 sull'eccesso di delega, viene operata al riguardo un'ulteriore delimitazione, in quanto essa, pur asseverando implicitamente in capo al G.A. il potere di disporre del risarcimento del danno, così come affermato dalla 204, lo circoscrive - *limitatamente al potere di riconoscere i diritti patrimoniali consequenziali - alle sole ipotesi in cui il giudice amministrativo era già munito di giurisdizione, tanto di legittimità quanto esclusiva* (par. 3.3.). In altre parole, se la 204 afferma 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*, la 281 dimostra di ritenere comunque non scorporabile questa tutela da quella demolitorio-conformativa attribuita allo stesso giudice amministrativo in via generale.

Sicché, a ben vedere, la tutela complessivamente attribuita in capo al G.A. non può - "diareticamente" - essere scissa nelle proprie componenti fondamentali, ma costituisce un "*unicum*", ragion per cui sarebbe preclusa in capo al G.A. l'esclusiva attribuzione del potere di disposizione del risarcimento del danno, separatamente dalla cognizione dell'episodio di vita cui la controversia risarcitoria afferisce. E' chiaro, comunque, come, con la 204, l'opzione ermeneutica della Consulta - in quanto indirizzata, ancora una volta, sul piano logico-sistematico all'inquadramento, secondo le categorie esegetiche tradizionali, del rapporto pubblico/privato - dia seguito all'intenzione, già evidenziata in nuce nella 292/2000, di interrompere incisivamente il percorso di fuga, intrapreso dal legislatore, dalla strada maestra della Costituzione. Tuttavia, se da un lato la previsione del modulo autoritativo-consensuale risulta essere, allo stato, una mera presa d'atto dell'importanza dogmatica, prima ancora che legislativa, del rilievo di quest'ultimo nell'economia generale dell'azione amministrativa complessivamente considerata, dall'altro la configurazione di esso quale

“modulazione” dell'autorità o, altrimenti detto, esplicazione del potere sul versante dell'attività *lato sensu* paritetica, riporta nell'alveo della concezione “pubblicistica” la scepri del Giudice delle leggi (ammesso che abbia ancora senso la *distinctio* tra opzione pubblicistica o privatistica attesa la riconosciuta risarcibilità dell'interesse legittimo e la permeabilità dei moduli dell' *agere* pubblico nell'attuale nuova disciplina dell'azione amministrativa).

### **3. Brevi cenni sull'esercizio consensuale della potestà amministrativa tra giurisprudenza costituzionale e nuova disciplina dell'azione amministrativa**

Invero, la vera “partita” (sull'articolazione) del “potere” nella complessa dinamica di inter-relazione con il privato, è destinata a giocarsi sicuramente nei prossimi anni, con il cambiamento - progressivamente più repentino - delle regole del gioco. In tal senso, indiscutibilmente, la procedimentalizzazione dell'azione amministrativa ha segnato sin dal suo inizio, sotto la spinta differenziata di tendenze volta a volta centripete e/o centrifughe un momento fondamentale, se pur solo “incoativo”, di questo processo. Certamente, è ormai chiaro che il “settore” di massima espansione e sviluppo - data, negli ultimi anni, la sempre più intensa implementazione che esso ha ricevuto (si pensi agli accordi definiti dall'art. 2, l. n. 662/1996, riconducibili alle diverse forme della c.d. “programmazione negoziata”: a) intesa istituzionale di programma; b) accordo di programma quadro; c) patto territoriale; d) contratto di programma; e) contratto di area) - ma al contempo più impegnativo, è offerto da quella che suole definirsi “attività consensuale della pubblica amministrazione”. Ebbene, l'istituzionalizzazione del c.d. modulo convenzionale nell'attività amministrativa si origina da quello che viene definito più generalmente “esercizio consensuale della potestà amministrativa”(18). Come è noto l'emersione di questa categoria dogmatica ha trovato paradigmaticamente espressione ordinamentale nell'art. 11 della legge 241/1990, ma si è venuto enucleando ancor prima della sua consacrazione normativa ad opera di quest'ultima (si pensi alla utilizzazione del principio consensuale in precedenti normative di settore: convenzioni ospedaliere, convenzioni urbanistiche, accordi collettivi in materia di pubblico impiego, nonché gli accordi alternativi al provvedimento ablatorio di cui all'art. 26, l. 26. 6. 1865, n. 2359 e, forse, all'art. 12, l. 22. 10 1971 n. 865). Con l'art. 11, l. 241/1990 si prevedono generalmente due tipologie di accordi: quello “integrativo” o “procedimentale” e quello “sostitutivo”. Mentre il primo è concluso dall'Amministrazione procedente con gli interessati al fine della determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento, diversamente il secondo è teleologicamente orientato alla sostituzione dello stesso. In altre parole, nel primo caso la fattispecie consensuale assume una caratterizzazione specificatamente “endoprocedimentale”; nel secondo caso, invece, l'accordo si sostituisce per intero al provvedimento finale. E' evidente come, con l'accresciuta dimensione di rilevanza che il fenomeno consensuale ha acquisito a far data dalla sua tipizzazione normativa, si assista ormai ineludibilmente alla contesa tra due moduli dell' *agere* pubblico afferenti “ideologie” della pubblica amministrazione virtualmente concorrenziali: da una parte la vecchia concezione del potere unilaterale, autoreferenziale, autolegittimantesi; dall'altra l'idea moderna, frutto di una mutata visione dell'autorità, del potere dialogico e consensuale. Con la recente riforma del procedimento amministrativo (leggi n. 15 e n. 80 del 2005) il legislatore è intervenuto anche sulla disciplina degli accordi tra l'amministrazione ed i privati, contenuta nell'art. 11 della 241/1990. In particolare, l'art. 7, 1 co. , alla lett. a) della legge 11/2/2005, n. 15, espungendo dal testo dell'art. 11, 1 co., l. proc. amm. l'inciso “ *nei casi previsti dalla legge* ”, ha conseguito l'effetto di rimuovere l'unico limite oggettivo all'effettiva espansione, nel sistema, degli accordi sostitutivi, determinandone così il passaggio dal regime di tipicità al regime di atipicità, in linea con la disciplina degli accordi procedimentali. In tal senso, l'aver conferito portata generale agli accordi sostitutivi ha fatto confluire gli stessi entro un medesimo bacino applicativo. A questo segnale di apertura del legislatore, al fine di una unitaria considerazione del *genus* degli accordi, fa da contrappasso la seconda modifica apportata dalla l. n. 15 del 2005, consistente nella introduzione del comma 4 bis, ove si prevede che: “ *A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1,*

la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento". Immutato, invece, anche dopo le leggi 15 ed 80 del 2005 è rimasto il comma quinto dell'art. 11, l. 241/1990, che riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi in esame. Ebbene, per quel che interessa in questa sede, l'intervento del legislatore procede lungo la medesima direttrice fondamentale percorsa incisivamente dalla Corte costituzionale nella 204/2004, ma, al tempo stesso, ne ripropone i medesimi interrogativi di fondo. In altre parole, con il problema afferente l'effettiva natura degli accordi in esame, quello dei criteri per scriminare apprezzabilmente l'impervio crinale del distinguo pubblico/privato. Ciò che emerge, *medio tempore*, è la volontà del legislatore e, ancor prima, del *Judex legum*, di plasmare un *continuum* nell'attività della p.a. sicchè essa, pur quando si avvalga di strumenti "intrinsecamente privatistici", non perda l'ancoraggio al profilo dell'autorità, a quello che autorevole dottrina ha chiamato il << *farsi del potere amministrativo* >> (v. F. Fracchia, *La parabola del potere* cit.).

## Note

(1) Sul riparto di giurisdizione cfr. A. Travi, *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, quinta edizione, Torino, 2002; M. Nigro, *Giustizia Amministrativa*, sesta edizione, Bologna, 2002; S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, seconda edizione, Milano, 2003; F. Caringella, *Corso di diritto processuale amministrativo*, seconda edizione, Milano, 2005; F. Caringella, Rosanna De Nictolis, Roberto Garofoli, *Il riparto di giurisdizione*, Milano, 2005.

Il riferimento "interno" al sistema normativo - *rectius*, ordinamento - comprende anche il "diritto vivente" che, pur mantenendosi all'interno di un sistema per così dire "nomostatico" o ad approccio "contenutistico", cioè essenzialmente a dimensione "orizzontale" come quello di Kelsen (v. in tal senso A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, terza edizione, Bari, 2000, 43 ss., che, anche non esitando a definire in termini di "riduzionismo normativo" l'approccio di Kelsen, in sostanza ammette trattarsi di un'opzione interpretativa comunque non "riducibile" a stretto rigore entro il *genus* "contenutistico") è "variabile endogena" e/o "strutturale" all'ordinamento "positivo": << .....Perciò la sentenza è di per se stessa una norma giuridica individuale, l'individualizzazione o concretizzazione della norma giuridica generale o astratta, la continuazione del processo di produzione del diritto dal generale all'individuale. Soltanto il pregiudizio per cui tutto il diritto si esaurirebbe nella norma generale, soltanto l'erronea identificazione del diritto con la legge ha potuto offuscare questa concezione.>> (così H. Kelsen in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952-2000, 109; "Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik", 1934, Franz Deuticke Verlag, Wien). In senso "nomodinamico", superando la rigidità della tradizionale concezione "duale" data dalla sentenza giudiziaria e dalla legge (v. ancora A. Catania cit.), Herbert L. A. Hart in, "The concept of law", 1961, Oxford University Press "Il concetto del diritto", Torino, 1965-2002, pg. 166, afferma: <<..... La sentenza può venire, naturalmente, privata di effetti giuridici con un atto legislativo, ma proprio il fatto che è necessario ricorrere a questo espediente mostra il carattere vuoto, in relazione al diritto, dell'affermazione che la sentenza del tribunale era errata>>. Nei sistemi a formazione "continentale" o di "Civil Law", diversamente che dai sistemi di matrice anglossassone o di "Common Law", il "decisum" e/o "precedente giudiziario" non è vincolante sicchè, premesso che le statuizioni giudiziali valgono solo per la fattispecie concreta e non hanno efficacia *erga omnes*, può essere - anche nel caso della suprema corte di cassazione, nonostante il peso e l'autorevolezza delle sue decisioni - che orientamenti giurisprudenziali anche consolidati possano essere disattesi. In tal senso, anche l'opinione della corte costituzionale secondo cui si debba guardare al diritto vivente, cioè all'interpretazione giudiziale, per sapere se una norma sia o non sia abrogata (corte cost. 1/1984) registra ma non risolve il problema (così R. Guastini, *Abrogazione*, in *Trattato di diritto privato*, Milano, 1994, a cura di G. Iudica e P. Zatti, *Glossario*, pg. 6). Risulta, pertanto, che solo (forse) le sentenze di accoglimento della corte costituzionale possano

essere annoverate tra le fonti dell'ordinamento positivo vigente (cfr. *R. Guastini, Le Fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato cit.*, pg. 12).

Per quanto riguarda, invece, il riferimento "esterno" al sistema normativo è evidente che l'opzione teoretica che abbiamo prescelta, una volta collocata la *sedes materiae* del diritto vivente entro l'ordinamento giuridico-positivo, finirebbe con l'escludere da esso (solo) quella serie di "fatti" che concorrono a formare la temperie storico-culturale di quel particolare ordinamento (interpretazione dottrinale e/o scientifica, istanze etiche e politiche, idea di giustizia, valori ed "assiologia" in genere); altrimenti quegli stessi "fatti" nell'opzione teoretica "giusrealista" integrandosi con il diritto vivente, costituirebbero un *corpus* unico inscindibile per l'intero complesso ordinamentale e cadrebbero al di qua invece che al di là di esso (cfr. per tutti, sul fronte del "realismo giuridico", *A. Ross, Diritto e giustizia*, Torino, 1965-2001; " *On law and Justice*", 1958, Stevens and Sons Ltd, London").

**(2)** Questa la ricostruzione storica tralaticciamente accolta anche dalla più recente dottrina (cfr. *B. Sassani, La giurisdizione esclusiva*, in, a cura di *S. Cassese, Trattato di diritto amministrativo, seconda edizione*, Milano, 2003, 4661 ss.; *R. Tiscini, La giurisdizione esclusiva*, in, a cura di *B. Sassani, R. Villata, Il processo davanti al giudice amministrativo, commento sistematico alla legge n. 205/2000, seconda edizione*, Torino, 2003, 429 ss). Diversamente, non accettando di "coonestare" siffatta interpretazione dei dati normativi, *A. Police*, in, a cura di *M. A. Sandulli e G. Trotta, Il Foro amministrativo* (supplemento al n. 12/04), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Milano, 2004, 35 ss., afferma che (nota n. 29, pag. 43) " *la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non costituisce una innovazione del 1923 rispetto all'assetto del sistema delle tutele disegnato dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo (1865) e dalla legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (1889). La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nasce ben prima, proprio all'atto dell'abolizione del contenzioso amministrativo quando l'art. 10 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All D, attribuiva alla giurisdizione "propria" del Consiglio di Stato alcune controversie che erano state fatte salve dall'abolizione del contenzioso amministrativo disposto dall'art. 1, All. E, della medesima legge. Ed era stata chiamata giurisdizione "propria" in quanto si contrapponeva alla giurisdizione ritenuta dal Sovrano, cui il Consiglio di Stato partecipava solo in via consultiva, delibando sui ricorsi straordinari*" (in tal senso v. anche *A. Romano, La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. proc. amm., fasc. 2/2004*, 437 ss.).

Appare chiaro, già da ora, che la strada battuta dalla corte costituzionale con la 204/2004 sia stata segnata *ab imis*, implicitamente, dalla "scelta di campo" operata di fatto dal legislatore nella "formazione" e "cristallizzazione" del sistema di giurisdizione, così come delineato dalla Costituzione (spec. art. 103, 1 co.). In altre parole, è lecito affermare che la "via di fuga" imboccata e sempre più a fondo percorsa dal legislatore sin dagli anni '90', e contrastata infine dal Giudice delle leggi sia stata, forse, lo "sviluppo" quasi idenfetibile di una "tendenza" al riparto per "materia" ambiguamente (o al contrario lucidamente) già presente in nuce nell'ordinamento.

**(3)** Il limite delle "*particolari materie*", di cui alla norma dell'art. 103, 1 co. Cost., segnando i confini entro cui il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione "*anche*" dei diritti soggettivi, circoscrive - secondo aree di pertinenza legislativamente (pre)determinate - specificatamente siffatta tutela nei confronti della pubblica amministrazione, altrimenti incardinata in via generale sugli interessi legittimi (cfr. *F. G. Scoca*, in, a cura di *M. A. Sandulli e G. Trotta, Il Foro amministrativo*, supplemento al n. 12/04, *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Milano, 2004, 49 ss.). Almeno due le conseguenze immediate scaturenti da questa norma: **a**) la "costituzionalizzazione" del criterio della *causa petendi* basato sulla posizione giuridica effettivamente dedotta in giudizio (diritto soggettivo / interesse legittimo), e/o del *petitum sostanziale* ad esso conseguente (la richiesta del provvedimento giurisdizionale - di *annullamento* ovvero

d *disapplicazione* ed in prosieguo *risarcimento del danno* - è simmetricamente collegata alla situazione soggettiva che afferisce siffatta richiesta). Cfr. in tal senso, paradigmaticamente, Cass. SS. UU., 24 giugno 1891 in *Foro it.*, 1891, I, 961, di poi seguita da Cass. SS. UU., 31 luglio 1894, in *Foro it.*, 1894, I, 141. Secondo P. De Lise, *I procedimenti speciali*, Relazione al convegno tenutosi il 24 novembre 1999 in Roma, sul tema <<*Problemi della giustizia amministrativa*>> cit. 42, il criterio della *causa petendi* è cristallizzato negli artt. 103 e 113 Cost., e quindi non è modificabile se non attraverso una riforma della Carta Fondamentale. Conformemente già V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 50 e, recentemente, R. Garofoli, *Affidamento di appalti pubblici: difficoltà nell'applicazione dei nuovi criteri di riparto*, in sito internet *www.giust.it*. ( S. Tarullo in *Il giusto processo amministrativo, studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, pg. 473); **b** ) il problema ermeneutico della effettiva latitudine della "clausola limitativa" in essa contenuta quale elenco (virtualmente) "aperto" ovvero quale ipotesi meramente derogatoria (eccezionale) rispetto al criterio generale fondato sul binomio diritto soggettivo/interesse legittimo. Ebbene, sul punto si può leggere il disposto dell'art. 103, 1 co. Cost. quale ipostatizzazione delle (sole) ipotesi di giurisdizione esclusiva esistenti al tempo (v. A. Travi, *Unità e riparto della giurisdizione nella prospettiva costituzionale*, in Atti del Convegno "Unità e riparto della giurisdizione", Roma, 2002) ovvero ritenere più convincente la tesi della effettiva estensibilità dell'elenco di materie ivi previsto ad opera del legislatore (v. F. Caringella, *Corso di diritto processuale amministrativo*, seconda edizione, Milano, 2005, 113 ss. spec. par. 5.2).

**(4)** Per l'elencazione completa di quelle che risultano essere le materie riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo v. B. Sassani, *La giurisdizione esclusiva*, cit

**(5)** Restano attribuite alla tradizionale giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, perché non ricadenti nella giurisdizione del giudice ordinario, le controversie di lavoro di talune categorie di pubblici dipendenti - c.d. categorie "non contrattualizzate" - per le quali può continuare a parlarsi di "pubblico impiego", restando per esse integralmente in vigore la disciplina tradizionale del relativo processo in esercizio di giurisdizione esclusiva da parte del giudice amministrativo (così B. Sassani, *La giurisdizione esclusiva* cit. spec. par. 6, 4674, ed ivi elencazione completa).

**(6)** Appare evidente, constatata l'ampiezza della nuova competenza giurisdizionale attribuita al giudice amministrativo, che la *ratio essendi* della traslazione effettuata su quest'ultimo delle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva non possa essere esclusivamente quella di un riequilibrio o di una redistribuzione dei carichi di lavoro tra A. G. A. ed A. G. O., volta a compensare la precedente devoluzione al giudice ordinario di parte cospicua del lavoro pubblico, ma che anzi sia l'esplicazione di un disegno ben più generale, complessivamente preordinato, piuttosto che ad una mera trasposizione quantitativa, ad una <<ridefinizione qualitativa>> da parte del legislatore dei complessi giurisdizionali (cfr. in tal senso A. Pajno, *Il riparto della giurisdizione*, 4193 ss., spec. par. 3.14, 4265, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003; in senso opposto R. Tiscini, *La giurisdizione esclusiva* cit., 434, spec. nota 11).

**(7)** La disposizione citata è stata abrogata dall'art. 35, comma 5, del d.lgs. 80/1998. Cass. sez. un. n. 500/99, sulla scia di sent. 2667/93, 3732/94, 10800/94, riconosce *incidenter* che non era possibile attribuire, ad una norma, dettata con riferimento ad uno specifico settore, "forza espansiva ultrasettoriale".

**(8)** Cfr. A. Pajno, *Il riparto della giurisdizione* cit.

**(9)** Sulla "pregiudizialità necessaria" da ultimo, cfr. F. Agnino, *Risarcimento del danno e processo amministrativo*, Milano, 2005, in *Il nuovo processo amministrativo* (collana diretta da F. Caringella e R. Giovagnoli).

**(10)** L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione del 26 marzo 2003, n. 4 (per cui v. *Foro it.*, 2003, III, 433 ss., con nota di A. Travi), si è espressa a favore della pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella risarcitoria sulla base di "un consolidato indirizzo di questo Consiglio, che va ora ribadito, riconoscendone la fondatezza per la sua piena aderenza alla ratio della riforma, culminata

con la legge n. 205 del 2000 che ha portato il legislatore ad attribuire al giudice amministrativo in via generale la cognizione anche sul risarcimento del danno, senza alcuna distinzione tra giurisdizione generale di legittimità e giurisdizione esclusiva". Diverse sono le ragioni che inducono l'Adunanza Plenaria a dare l'avallo a sez. VI, n. 3338/2002 e a sez. IV, n.952/2002. Campeggiano - oltre a quella "centrale" della mancanza in capo al g.a. di un potere di disapplicazione degli atti di natura non regolamentare - il principio della certezza dell'azione amministrativa che subirebbe, in caso di consolidazione del provvedimento amministrativo e sua consequenziale inoppugnabilità, il "vulnus" derivante dalla perdurante "ammissibilità" di un'azione risarcitoria nel termine ordinario di cinque anni; l'elusione del termine decadenziale, la presunzione di legittimità e liceità degli atti amministrativi.

La stessa Suprema Corte ha asseverato l'indirizzo seguito dalla Plenaria. La sentenza n. 4538/2003 si oppone in *parte qua* a Sez. Un. n. 500/99 poiché, pur operando anch'essa entro l'orizzonte normativo di cui al 2043 c.c., "ha trasferito sul piano dell'ingiustizia del danno il problema della pregiudizialità dell'azione di annullamento dell'atto amministrativo illegittimo rispetto all'azione di risarcimento del danno: la mancata rimozione dell'atto amministrativo, sebbene illegittimo impedisce di qualificare come ingiusto il danno patito dal privato" (così F. Agnino, *Risarcimento del danno e processo amministrativo* cit., pg. 75). Pertanto, in tema di pregiudizialità, essa "giunge alla conclusione che in assenza della rimozione dell'atto, il permanere della produzione degli effetti è conforme alla volontà della legge, e la necessaria coerenza dell'ordinamento impedisce di valutare in termini di danno ingiusto gli effetti medesimi" (così F. Agnino cit., pg. 77, riportando un passo della sentenza). Di recente, l'annosa querelle sulla pregiudizialità (necessaria) tra il giudizio di annullamento dinanzi al giudice amministrativo e quello di risarcimento dinanzi al giudice ordinario ha registrato ancora una volta una nuova inversione di tendenza. Il tentativo di riportare in auge Cass. Sez. Un. n. 500/1999 è stato intrapreso dalle Sezioni Unite Civili con l'ordinanza n. 10180/2004 (in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)): "Le Sezioni unite aderiscono alla tesi predominante in seno alla giurisprudenza dell'A.G.O., ed evidenziano che l'art. 7 della legge n. 205 del 2000 mostra con la sua ampia formulazione, di voler devolvere al giudice amministrativo, nell'ambito della sua giurisdizione, la cognizione dei danni che, come è stato evidenziato, scaturiscono da provvedimenti e condotte non conformi a diritto (ossia illecite nella prospettiva dell'art. 2043 c.c.), senza che all'uopo sia necessaria in via pregiudiziale una illegittimità provvedimentoale consacrata dalla pronuncia di annullamento" (così F. Agnino cit., pg. 103, riportando un passo della sentenza). Invero, il provvedimento giudiziale perviene a questo risultato dissociando il piano della illegittimità dell'atto da quello del comportamento ad esso afferente ed assumendo rilevante nel giudizio risarcitorio soltanto quest'ultimo (cfr. F. Agnino cit.; in tal senso già F. G. Scoca, *Relazione al Convegno "La responsabilità della pubblica amministrazione"*, tenutosi a Monte S. Angelo - FG, nei giorni 1, 2 settembre 2003). Tuttavia, in prosieguo di tempo, con il subingresso della fondamentale sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 (per cui v. *infra*), è opinione di parte della dottrina (v. per tutti P. Carpentieri, *La sentenza della Consulta 204/2004 e la pregiudizialità amministrativa*, in *Urbanistica e appalti*, in corso di pubblicazione; in senso opposto per tutti cfr. M. Clarich, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004, n. 204*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)) che la tesi orientata al superamento della regola della pregiudizialità amministrativa, abbia subito una incisiva battuta di arresto sul presupposto della (presunta) sussidiarietà e/o accessorietà - quale strumento "ulteriore" - della tutela risarcitoria (in forma specifica o per equivalente) rispetto alla tutela demolitoria e/o conformativa assicurata dall'azione di annullamento (cfr. *amplius* F. Agnino cit. pg. 119 ss.).

(11) Così, efficacemente, P. De Lise, *I nuovi confini della giurisdizione esclusiva (origine, contenuto e conseguenze)* in, a cura di M. A. Sandulli e G. Trotta, *Il Foro amministrativo - supplemento al n. 12/04 - , Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Milano, 2004, 95 ss.).

**(12)** Le Sezioni Unite, di recente, nell'ordinanza n. 10180/2004 (cfr. *supra*) rilevano che: “è opinione da tutti condivisa che il potere del Tribunale amministrativo di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno riguarda non solo le controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva ma anche quelle rientranti nel giudizio generale di legittimità, come si evince dal disposto secondo il quale il giudice amministrativo conosce delle questioni relative al risarcimento del danno “nell'ambito della sua giurisdizione” (espressione quest'ultima non seguita da alcuna specificazione). Come si è affermato in dottrina, il potere di assicurare il risarcimento da parte del giudice amministrativo riguarda tutto l'universo della giurisdizione di quest'ultimo e non solo le materie attratte alla giurisdizione esclusiva, come si sarebbe invece potuto opinare se fosse rimasto fermo il riferimento - operato dal precedente testo dell'art. 35, comma 4, del d.lgs. n. 80/1998 - alle “materie”, termine tradizionalmente evocativo dei blocchi di giurisdizione esclusiva. La disposta concentrazione presso il giudice amministrativo - anche nell'ambito della sua giurisdizione di legittimità - del potere di procedere al risarcimento del danno consente di risolvere in un unico giudizio non solo le questioni relative all'annullamento degli atti illegittimi ma anche quelle attinenti al ristoro del pregiudizio da questi determinato, eliminando in tal modo il pericolo di contrasto fra giudicati ed eliminando quegli inconvenienti propri della doppia giurisdizione, evidenziati dalla sentenza 22 luglio 1999 n. 500 di queste Sezioni Unite, che ha riconosciuto la risarcibilità dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi, ponendo fine alla sino allora praticata dislocazione presso due diversi giudici nelle materie non rientranti nella giurisdizione esclusiva” (così F. Agnino cit. in nota 87, pg.103, riportando un passo dell'ordinanza).

**(13)** La sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, in [www.cortecost.org](http://www.cortecost.org) con commenti di V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004*, F. Lorenzoni, *Commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004*, L. Coen, *Corte cost. 204/2004: una prima lettura in tema di servizi pubblici*. Come si vedrà *infra*, mentre la sentenza della Corte costituzionale del 6 luglio 2004, n. 204 ha espunto dal testo dell'art. 34, d.lgs. n. 80 del 1998 le controversie concernenti i “comportamenti” nelle materie dell'edilizia e dell'urbanistica, la pronuncia del 28 luglio 2004, n. 281 ha dichiarato incostituzionale l'art. 34, commi 1 e 2, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, nella parte in cui istituisce una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia edilizia ed urbanistica, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno (v. così M. Poto, *Le materie dell'edilizia e dell'urbanistica e le sentenze della corte costituzionale: in particolare sulla controversa interpretazione dei “comportamenti” della p.a.*, 87 ss. ed ivi ampia bibliografia, in, a cura di A. Angeletti, *La corte costituzionale e la giurisdizione esclusiva*, Milano, 2005).

**(14)** E' stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, co. 2, del d.lgs. n. 80/1998, come sostituito dall'art. 7, lettera a, della legge 205/2000, nella parte in cui individua esemplificativamente controversie nelle quali può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla pubblica amministrazione-autorità (v. B. Mameli, *I servizi pubblici* pg. 21 ss., in, a cura di A. Angeletti, *La Corte costituzionale e la giurisdizione esclusiva*, Milano, 2005). Ebbene, la Corte costituzionale, eliminando l'elencazione esemplificativa contenuta nel secondo comma - e data invece, contestualmente, in senso simmetricamente opposto, l'elencazione tassativa posta nel primo comma dello stesso articolo così come emendato, che comunque non esime l'interprete dalla necessità di vagliare, concretamente, il nesso con l'esercizio autoritativo del potere da parte della p.a. - non solo ha ristretto significativamente l'area di giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di pubblici servizi - incidendo sulle regole di riparto stabilite dal legislatore con la l. 205/2000 - ma ha anche corrisposto, in certo qual modo, ad una mutata concezione nel rapporto pubblico - privato (cfr. in tal senso R. Villata, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 834, che parla di “dequotazione” del potere autoritativo della pubblica amministrazione; *Napolitano, Pubblico e privato nel diritto*

amministrativo, Milano, 2003, *passim*, e da ultimo B. Mameli, *I servizi pubblici* pg. 21 ss., in, a cura di A. Angeletti, *La Corte costituzionale e la giurisdizione esclusiva*, Milano, 2005). A tale proposito, non è fuor di luogo rammentare la tripartizione di A. Amorth, che accanto all'*attività di diritto pubblico* e all'*attività "privata"* della p.a. (*attività puramente accessoria rispetto alle finalità costitutive delle pubbliche amministrazioni*), introduce la celebre categoria della "*attività amministrativa di diritto privato*", attività quest'ultima sostanzialmente amministrativa, ma formalmente privatistica ("*attività esplicata dalle pubbliche amministrazioni per realizzare le loro determinazioni fondamentali*"); v. A. Amorth, *Osservazione sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, pg. 1ss. ed in tal senso G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, pg. 25-26.

**(15)** E' necessario, per quanto è possibile in questa sede, volgere il focus dell'attenzione in particolare sul disposto normativo dell'art. 34, d.lgs. 80/1998, come sostituito dall'art. 7, l. 205/2000. Detta norma ricomprende (cfr. *supra*), nell'ambito della competenza di giurisdizione esclusiva del G.A., quell'area ulteriore - dopo il *genus* "pubblici servizi", indicato nell'articolo precedente - di pertinenza giurisdizionale che il legislatore designa afferente generalmente al settore dell' <<urbanistica ed edilizia>>. All'esemplificazione analitica di cui alla norma precedente segue, nell'art. 34, un'ampia clausola generale: << Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia. Agli effetti del presente decreto, la materia urbanistica concerne tutti gli aspetti del territorio >>. A tal proposito, è possibile procedere alle seguenti osservazioni: a) la giurisprudenza sembra considerare - in un'interpretazione non strettamente letterale ma di ordine logico-sistematico - l'espressione "urbanistica ed edilizia" una sorta di endiadi, in modo da configurare l'art. 34, d.lgs. 80/1998 come una disposizione di portata tendenzialmente omnicomprensiva (tutti gli aspetti di uso del territorio, cfr. Cass. Sez. un., ordn. 15641/2001), tale cioè da superare ed inglobare tutte le nozioni legislativamente accolte in precedenza (v. ad es. la nozione di *urbanistica* di cui all'art. 80, d.p.r. 616/1977, già più estensiva di quella recepita dalla legge urbanistica del 1942, in tal senso B. Sassani, *La giurisdizione esclusiva* cit. 4689); ed infatti l'enucleazione del bacino applicativo della norma è fornita, *a contrariis*, dalla precisazione successiva, laddove è detto testualmente che << nulla è innovato in ordine.....alla giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativi o ablativa >>; b) quanto ai "soggetti equiparati alle pubbliche amministrazioni" la norma indica i soggetti privati investiti di funzioni pubbliche nell'uso del territorio, senza che rilevi in base a quali moduli - se pubblicistici o privatistici - tale attività sia svolta (v. Cass. Sez. un., n. 494/2000. In altre parole, in un sistema (che sembrava delinearci) per "*blocs de competence*", con conseguente tendenziale irrilevanza della natura pubblicistica del soggetto, la formula citata non pare avere un rilievo di segno assolutamente polisemico, tale cioè da poter indicare ogni e qualsiasi soggetto privato (si pensi alle controversie integralmente correnti *inter privatos* ancorché fondate su provvedimenti amministrativi, v. B. Sassani, *La giurisdizione esclusiva* cit., nota 110, pg. 4690). Emergeva, in altre parole, dal testo della norma, la inequivoca volontà del legislatore di porre i "*meri comportamenti*" (e quindi anche i fatti illeciti) della p.a. sullo stesso piano degli atti e dei provvedimenti (v. B. Sassani, *La giurisdizione* cit., 4692). In effetti, il nuovo testo dell'art. 34, d.lgs. 80/1998 (prima dell'intervento della corte costituzionale), avallava l'indirizzo interpretativo, già emerso in sede giurisprudenziale, circa l'estensione della giurisdizione esclusiva del G.A. anche a controversie su atti e comportamenti di soggetti non appartenenti alla p.a., quali soggetti privati (ma) comunque assoggettati a normative di carattere pubblicistico (cfr. Cass. Sez. un., n. 171/2000; Cons. St., sez. VI, n. 2681/2000; sez. VI. N. 1948/2000; sez. V, n. 295/1999).

**(16)** In tale materia, la sentenza n. 204/2004 è intervenuta con pronuncia di incostituzionalità (solo) sul *genus* "comportamenti", lasciando

impregiudicata la giurisdizione del g.a. per le controversie concernenti tutti gli aspetti dell'uso del territorio, afferenti atti e provvedimenti. Ebbene, è evidente, nel contesto di una interpretazione letterale nonché logico-sistematica della pronuncia complessivamente considerata, che la dimensione di rilevanza dell'intervento in questione venga circoscritta dal Giudice delle leggi entro l'area esclusiva dei comportamenti c.d. meri e/o "materiali" (riallineati fuori dall'orbita del potere perché non afferenti, in quanto tali, né il modulo autoritativo-provvedimentale né quello autoritativo-negoziale), ragion per cui resta attribuita alla giurisdizione esclusiva del g.a. tutta quell'attività che serbi (direttamente o indirettamente) un legame col potere e/o con l'autorità. Invero, ancor prima della sentenza 204/2004, la prevalente giurisprudenza (v. *supra*) attuava questo distinguo, ed in particolare "la pronuncia della Sezioni unite n. 10978 del 9 giugno 2004 indicava la strada che la Consulta ha deciso di seguire: <<nella necessaria definizione dei comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia ... va osservato che un comportamento della pubblica amministrazione o di un soggetto equiparato in tanto può assumere rilevanza giuridica, in quanto sia diretto ad un fine pubblico o di pubblico interesse legalmente dichiarato>> (così M. Poto, *Le materie dell'edilizia e dell'urbanistica* cit., pg 91). A tal proposito, le ipotesi che possono presentare un collegamento con l'esercizio di potere autoritativo (già attivato o attivabile) sono state, in dottrina, così classificate: 1) casi in cui il comportamento sia direttamente conseguente all'emanazione di un atto legittimo, e la lesione derivi da un'attuazione che non sia ad esso pienamente conforme; 2) o, viceversa, si tratti di comportamento posto in essere in esecuzione di un atto viziato ab origine (si pensi al caso dell'occupazione appropriativa, in cui la p.a. acquista la proprietà di un fondo a seguito dell'occupazione e dell'irreversibile trasformazione dello stesso, sulla base di un decreto di esproprio, venuto meno a seguito di annullamento); 3) casi in cui la pubblica amministrazione pone in essere veri e propri fatti illeciti, senza che vi sia, nemmeno potenzialmente, un collegamento con l'esercizio di una funzione amministrativa (ad esempio il caso dell'occupazione usurpativa); 4) ipotesi in cui il comportamento, in conseguenza del quale è derivata la lesione, è costituito dal ritardo nell'emanazione di un atto (ad esempio ritardo nel rilascio di concessione edilizia) o da un'inerzia derivante dalla mancata emanazione di un atto che avrebbe dovuto essere emanato (si pensi al danno da ritardata concessione edilizia in sanatoria); 5) infine, ipotesi nelle quali la funzione autoritativa non assume propriamente le vesti di un atto, ma viene tuttavia esercitata attraverso strumenti alternativi previsti dall'ordinamento (es. o accordi endoprocedimentali o sostitutivi e attività di conformazione di denunce inizio attività (così M. Poto, *Le materie* cit. pg. 93-94).

(17) Come recita la 204/2004, "la dichiarazione di incostituzionalità non investe in alcun modo l'art. 7 della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui (lettera c) sostituisce l'art. 35 del d.lgs., n. 80 del 1998: il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione" (cfr. *supra*, nota 10, pg. 6).

L'intervento della Consulta opera, in ambito di competenza verticale (risarcimento), espletata preliminarmente la "perimetrazione" della giurisdizione esclusiva (competenza orizzontale), costituendo un'isola di "immunità" che, espandendo significativamente il potere del g.a., rinforza l'impianto complessivo della tutela da questi assicurata. Come sottolineato da autorevole dottrina, "... L'importante accento riposto dalla motivazione sulla rilevanza del superamento della regola della doppia tutela, in ogni caso, mostra come la preoccupazione essenziale rimanga quella di avere un giudice che si occupi di tutte le controversie originate dal "farsi del potere" amministrativo, attribuendo al giudice amministrativo i necessari poteri decisori" (F. Fracchia, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla <<giurisdizione esclusiva>> alla giurisdizione del giudice amministrativo* in nota a sent. 204/2004, *Foro it.* parte I, col. 2605, 2004).

L'evidente difetto di coordinamento tra l'articolo 35 e l'art. 7 è legato al “*particolare processo formativo*” del decreto n. 80/1998 e della legge 205/2000. Apparentemente, data la diversa formulazione delle due norme, sembrerebbe potersi configurare l'esistenza di due distinti riti per le controversie risarcitorie: da una parte verrebbero in rilievo le domande risarcitorie afferenti la giurisdizione esclusiva; dall'altra si situerebbero le domande risarcitorie afferenti il giudizio ordinario di legittimità (v. *F. Agnino, Risarcimento del danno cit.*). Da questo punto di vista, la sentenza della Corte cost. 204/2004, riconoscendo in via generale al g.a. il potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto (se pur come strumento di tutela ulteriore, rispetto alla classica tutela demolitoria e/o conformativa) priva la questione di ogni decisivo rilievo.

**(18)** In tema di esercizio consensuale della potestà amministrativa, tra i tanti, *M. S. Giannini, Diritto amministrativo*, vol. secondo, terza edizione, pg. 343 ss, Milano, 1993; *G. Pericu, L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, terza edizione, pg. 1612 ss., Bologna, 2001; *R. Capunzo, Argomenti di diritto pubblico dell'economia*, prima edizione, pg. 100, Milano, 2005.

*G. Greco, Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, pg. 191 ss., Torino, 2003; *R. Caranta, I contratti pubblici*, pg. 77 ss., Torino, 2004; *F. Cangella, Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, pg. 279 ss., Milano, 2004; *L. De Lucia, Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*, pg.158 ss., Torino, 2005; *G. Carlotti, Il nuovo provvedimento amministrativo*, pg. 323 ss., Padova, 2005.

In *Giustizia amministrativa*, n. 6/2004, *E. Bonelli, Efficienza, partecipazione ed azione amministrativa: regioni ed enti locali a confronto con la riforma del procedimento*; *L. Monteferrante, La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, *Giustizia amministrativa*, n. 9/2005; *M. R. Spasiano, L'interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme alla luce della novella della l. 241/1990*, in *Giustizia amministrativa*, n. 5/2005; *V. Fera, Il principio del giusto procedimento alla luce della legge 15 del 2005*, *Giustizia amministrativa*, n. 3/2005.