



UNIVERSITÀ
DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE A CICLO
UNICO IN GIURISPRUDENZA

Il potere amministrativo quale criterio di delimitazione della giurisdizione esclusiva: interpretazione delle clausole attributive dopo la sentenza n.204/2004 della Corte Costituzionale

Relatore: Chiar.mo Prof. Bruno Tonoletti

Correlatore: Prof. Vittorio Pampanin

Tesi di laurea di
Maria Teresa Artioli Bonati
Matr.504057

Anno accademico 2025/2026

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO I LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA AMMINISTRATIVA: FONDAMENTO, LIMITI E PROFILI APPLICATIVI	4
<i>1.1 La giurisdizione amministrativa e il problema del riparto di giurisdizione</i>	4
<i>1.2 L'atto di imperio nel riparto di giurisdizione</i>	6
<i>1.3 Gli schemi concettuali di emersione del potere come criteri di riparto</i>	10
<i>1.4 La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: evoluzione normativa e sistematica</i>	15
<i>1.5 La ridefinizione della giurisdizione esclusiva alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004</i>	18
<i>1.6 Il coro critico della dottrina sul criterio del potere e l'irrigidimento del binomio interesse-autorità</i>	25
<i>1.7 I connotati del collegamento con il potere</i>	33
<i>1.8 L'elasticità del collegamento con il potere e i suoi riflessi sulla giurisdizione esclusiva</i>	37
CAPITOLO II LA DEFINIZIONE DEL COLLEGAMENTO IMMEDIATO AD OPERA DELLA GIURISPRUDENZA	44
<i>2.1 Il collegamento immediato con il potere amministrativo tra esercizio autoritativo e moduli consensuali</i>	44
<i>2.2 Provvedimenti amministrativi e atti ricognitivi nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati: la discrezionalità amministrativa come criterio di riparto oltre la distinzione temporale</i>	49
<i>2.3 Il criterio temporale della distinzione tra fase pubblicistica e fase privatistica</i>	50
<i>2.4 I limiti del criterio temporale per quanto all'esercizio del potere oltre le fasi del rapporto</i>	61
<i>2.5 (Segue) L'esercizio del potere autoritativo nei rapporti concessori</i>	66
<i>2.6 Il criterio temporale nelle controversie in materia di edilizia residenziale pubblica</i>	73
<i>2.7 I limiti del criterio temporale nelle controversie in materia di sostegno scolastico</i>	75
<i>2.8 Accordi amministrativi e giurisdizione: dalla forma alla sostanza</i>	83

<i>2.9 Alcune riflessioni relativamente all'impossibilità di individuare il collegamento immediato con il potere attraverso un criterio unico volto all'individuazione dei confini della giurisdizione esclusiva</i>	90
--	----

CAPITOLO III LA DEFINIZIONE DEL COLLEGAMENTO MEDIATO AD OPERA DELLA GIURISPRUDENZA	96
---	-----------

<i>3.1 Il collegamento mediato con il potere amministrativo e la necessaria interpretazione restrittiva dei comportamenti riconducibili al potere</i>	96
---	----

<i>3.2 Il criterio del collegamento funzionale e storico con l'esercizio del potere in materia espropriativa</i>	102
--	-----

<i>3.3 Comportamenti riconducibili al "se" e al "come" dell'azione amministrativa e comportamenti meramente materiali</i>	114
---	-----

<i>3.4 Il collegamento con il potere nel pubblico impiego non privatizzato tra esercizio di poteri datoriali e condotte materiali</i>	122
---	-----

<i>3.5 L'inerzia della pubblica amministrazione tra fatto illecito e mancato esercizio del potere</i>	126
---	-----

<i>3.6 Alcune osservazioni relativamente alle diverse concezioni del collegamento mediato con il potere nella giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato</i>	132
--	-----

CAPITOLO IV IL CONTENUTO DI PROTEZIONE DEI DIRITTI SOGGETTIVI NELL'INTERPRETAZIONE DELLE CLAUSOLE DI GIURISDIZIONE ESCLUSIVA	135
---	------------

<i>4.1 Potere amministrativo e diritti soggettivi: il problema della priorità logica tra diritto e potere ("dilemma dell'uovo e della gallina")</i>	135
---	-----

<i>4.2 La teoria dei diritti incompressibili</i>	142
--	-----

<i>4.3 Attività vincolata della pubblica amministrazione e diritti solidali</i>	154
---	-----

<i>4.4 La permanenza del diritto soggettivo nell'esercizio del potere amministrativo</i>	165
--	-----

<i>4.5 (Segue) I limiti esterni alla discrezionalità e la tutela dell'affidamento</i>	167
---	-----

<i>4.6 L'effettività della tutela dei diritti soggettivi dinanzi al giudice amministrativo</i>	186
--	-----

CONCLUSIONI	195
--------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	199
---------------------	------------

APPENDICE GIURISPRUDENZIALE	213
------------------------------------	------------

INTRODUZIONE

Il sistema italiano di giustizia amministrativa si fonda su un modello dualista, caratterizzato dalla coesistenza del giudice ordinario e del giudice amministrativo, ai quali sono rispettivamente affidate la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi ai sensi degli artt. 24, 103 e 113 Cost. Il riparto di giurisdizione, perciò, rappresenta “il punto nodale” del sistema italiano di giustizia amministrativa, essendosi progressivamente consolidato, attraverso una lunga evoluzione storica e giurisprudenziale, attorno al rapporto tra situazione soggettiva e potere amministrativo, che continua a costituire il criterio centrale per l'individuazione del giudice munito di giurisdizione.

In questo particolare e unico sistema la sentenza n.204 del 2004 della Corte Costituzionale ha rappresentato uno dei momenti più significativi del dibattito contemporaneo in materia di giurisdizione esclusiva.

Essa, intervenendo sui limiti costituzionali alla potestà legislativa di attribuire controversie concernenti diritti soggettivi alla cognizione del giudice amministrativo ha inciso sugli assetti tradizionali del sistema contribuendo a ridefinire i confini della giurisdizione amministrativa.

La Corte Costituzionale ha individuato nel "collegamento con il potere" il criterio fondamentale per delimitare l'ambito della giurisdizione esclusiva, affermando che la devoluzione di controversie concernenti diritti soggettivi al giudice amministrativo può ritenersi costituzionalmente legittima soltanto qualora la controversia sia caratterizzata dalla presenza dell'esercizio, o del mancato esercizio, del potere amministrativo. Tale principio ha orientato in modo decisivo la successiva interpretazione delle clausole attributive della giurisdizione esclusiva, affidando alla giurisprudenza il compito di precisare il significato e i confini di un criterio inevitabilmente elastico e incerto.

La rilevanza della sentenza n. 204 del 2004, tuttavia, non si esaurisce nella ridefinizione dei rapporti tra giurisdizione generale di legittimità e giurisdizione

esclusiva. La valorizzazione del collegamento con il potere ha infatti stimolato una riflessione più ampia sul rapporto tra potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive.

L'individuazione del potere quale elemento imprescindibile della giurisdizione esclusiva, e più in generale della giurisdizione amministrativa, ha contribuito a evidenziare i limiti delle ricostruzioni che postulano una assoluta incompatibilità tra diritto soggettivo e potere amministrativo. Se la presenza del potere costituisce il presupposto della giurisdizione esclusiva, l'esistenza, all'interno di tale ambito, di posizioni soggettive qualificate come diritti soggettivi induce infatti a interrogarsi sulla reale portata del tradizionale binomio autorità-interesse legittimo e sulla possibilità che il diritto soggettivo possa continuare a sussistere anche in presenza dell'esercizio del potere.

Muovendo da tali premesse, il presente lavoro si propone di analizzare la nozione di collegamento con il potere così come elaborato dalla giurisprudenza costituzionale, amministrativa e di legittimità, al fine di verificare quale ruolo esso svolge attualmente nell'interpretazione delle clausole di giurisdizione esclusiva e, più in generale, nel sistema del riparto di giurisdizione.

L'indagine prende avvio, nel primo capitolo, dalla ricostruzione storica e sistematica dell'evoluzione del rapporto tra potere amministrativo, situazioni giuridiche soggettive e criteri di riparto della giurisdizione. In particolare, verranno esaminate le origini del criterio dell'atto d'imperio e il successivo consolidamento del potere amministrativo quale elemento di distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

Il secondo e il terzo capitolo sono dedicati all'analisi della giurisprudenza che ha contribuito a definire concretamente il contenuto del collegamento con il potere. L'interpretazione giurisprudenziale delle principali clausole attributive della giurisdizione esclusiva consentirà di evidenziare come la nozione elaborata dalla Corte Costituzionale si sia articolata nelle figure del collegamento immediato e del collegamento mediato con il potere amministrativo. Da un lato, verranno ana-

lizzate le controversie nelle quali il collegamento si manifesta attraverso atti, provvedimenti e moduli consensuali; dall'altro, saranno esaminate le ipotesi in cui il rapporto con il potere emerge in modo indiretto, attraverso comportamenti o inerzie.

L'analisi della giurisprudenza mostrerà come il collegamento con il potere sia caratterizzato da una notevole elasticità applicativa, la cui concreta individuazione dipende spesso dall'interpretazione delle singole fattispecie e dal bilanciamento di diverse istanze.

Su tali basi si sviluppa il quarto e conclusivo capitolo che affronta una questione ulteriore rispetto a quella tradizionalmente posta dal riparto di giurisdizione, ovvero il ruolo che il contenuto di protezione delle situazioni giuridiche soggettive può assumere nell'interpretazione delle clausole di giurisdizione esclusiva.

L'attenzione si sposta così dal solo versante del potere amministrativo a quello della posizione soggettiva del privato. L'indagine prende in considerazione le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali che hanno progressivamente evidenziato la possibilità di riconoscere diritti soggettivi anche in presenza del potere amministrativo, mettendo in discussione l'idea secondo cui l'esercizio del potere comporterebbe necessariamente la degradazione del diritto soggettivo in interesse legittimo.

In questa prospettiva, la sentenza n. 204 del 2004 costituisce non soltanto la consacrazione dei limiti costituzionali dell'istituto della giurisdizione esclusiva, ma anche punto di partenza per una riflessione più generale sul rapporto tra diritto e potere nell'ordinamento amministrativo contemporaneo. La valorizzazione del collegamento con il potere, infatti, non sembra necessariamente implicare l'assorbimento della posizione del privato nella categoria dell'interesse legittimo, ma può anzi offrire lo spunto per una rilettura delle situazioni soggettive alla luce dei principi costituzionali di effettività della tutela giurisdizionale.

CAPITOLO I

LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA AMMINISTRATIVA: FONDA- MENTO, LIMITI E PROFILI APPLICATIVI

1.1 La giurisdizione amministrativa e il problema del riparto di giurisdizione

La tutela del privato a fronte della pubblica amministrazione, in Italia, ha vissuto forti evoluzioni. Le origini di tale sistema sono riconducibili all'influenza francese sugli Stati preunitari, che avevano adottato un modello di contenzioso amministrativo.

Successivamente, con la legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, nota come legge abolitrice del contenzioso amministrativo, il legislatore postunitario attribuì al giudice ordinario la tutela del "diritto civile o politico" nei confronti dell'amministrazione.

Il sistema di giurisdizione unica venne poi sostituito con la legge 31 marzo 1889, n. 5992 che fonda ancora oggi il modello dualista di giurisdizione basato sul criterio di riparto delle situazioni soggettive. Infatti, la suddetta legge attribuisce al Consiglio di Stato, nella quarta sezione, la tutela di quegli interessi configurabili quando l'amministrazione emana atti d'imperio con ciò sopperendo all'interpretazione restrittiva offerta, con riferimento all'art. 2 della legge del 1865, dapprima dal Consiglio di Stato e poi, con la legge 31 marzo 1877, n. 3761, dalla Corte di Cassazione quale giudice del conflitto.¹

¹ Travi, A. (2024). *Lezioni di giustizia amministrativa*. G. Giappichelli, p.26ss. L'interpretazione della legge del 1865 aveva consolidato la concezione di "incompatibilità fra il diritto soggettivo e il provvedimento amministrativo", limitando la competenza del giudice civile esclusivamente "in presenza di atti dell'amministrazione emanati non a tutela di un interesse pubblico generale, ma a tutela di un interesse 'personale' o 'patrimoniale dell'amministrazione". In tali casi, il diritto soggettivo veniva riconosciuto "solo quando essa agiva *iure privatorum*, poiché a fronte di un provvedimento amministrativo vi erano unicamente interessi".

Il riparto di giurisdizione da allora, fino ad oggi, si fonda sulla distinzione fra posizioni soggettive; le due clausole di giurisdizione, infatti, sono rappresentate rispettivamente dall'art. 2 della legge 1865 e dall'art. 3 della legge 1889.

Il primo afferma che “sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa”.

Il secondo ovvero l'art. 3 della legge 1889 prevede che: “spetta al Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria”.

Tale assetto ha dato origine al peculiare modello italiano di giustizia amministrativa, caratterizzato dalla coesistenza di due distinti ordini di giudici chiamati a conoscere delle controversie tra privati e pubblica amministrazione, di pari grado e dignità. La necessità di individuare, di volta in volta, quale giudice sia competente a conoscere della controversia sulla base della situazione giuridica fatta valere in giudizio ha contribuito alla edificazione del diritto amministrativo sostanziale, ovvero la costruzione di regole sui rapporti tra singoli e pubblica amministrazione.

La concreta applicazione di questo criterio non è priva di difficoltà. I rapporti tra pubblica amministrazione e privati, infatti, danno spesso luogo a situazioni giuridiche complesse nelle quali non sempre è agevole stabilire se la posizione fatta valere in giudizio debba essere qualificata come diritto soggettivo oppure come interesse legittimo. Ne deriva che il riparto di giurisdizione costituisce uno dei nodi più problematici dell'intero sistema: la definizione dei confini tra le

due giurisdizioni è stata affidata in larga misura all'elaborazione della giurisprudenza, la quale, attraverso l'interpretazione delle norme e la costruzione di criteri generali, ha progressivamente contribuito a delineare i presupposti della giurisdizione ordinaria e di quella amministrativa nei confronti della pubblica amministrazione.²

1.2 L'atto di imperio nel riparto di giurisdizione

L'origine logica e storica di questo nodo risiede proprio nell'applicazione dell'art. 2 della legge del 1865.³ Tale norma affidava al giudice ordinario la tutela dei "diritti civili o politici" e l'art. 5 stabiliva l'applicazione dei soli atti conformi alle leggi; senza definirne i termini di questa conformità, il legislatore si limitava a regolare la proiezione processuale del principio di legalità senza definirne la dimensione sostanziale, lasciando l'amministrazione libera di muoversi entro leggi materiali ancora largamente carenti, elastiche e fondate su clausole generali.⁴

Di fronte a questo vuoto normativo, l'interpretazione giurisprudenziale si trovò davanti a un bivio: assumere un ruolo promozionale della legalità o limitare il proprio sindacato.⁵ Prevalse un atteggiamento di estrema prudenza, che portò la magistratura ordinaria e il Consiglio di Stato ad adottare la distinzione di derivazione francese tra "atti d'imperio" e "atti di gestione" per delimitare l'ambito esterno della giurisdizione civile.⁶

² Per un inquadramento delle situazioni soggettive nel diritto amministrativo, v. Tonoletti, B. (2010). *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo, Quaderni del Seminario di Studi e Ricerche Parlamentari Silvano Tosi*, pp.122-128. L'autore sottolinea che "il luogo di emersione delle situazioni soggettive nel diritto amministrativo è il caso giurisprudenziale". Tale ricostruzione è strettamente connessa alla struttura dualistica del sistema, poiché "la qualificazione di una situazione soggettiva nei confronti della pubblica amministrazione è stata ed è ancora in gran parte subordinata all'esigenza di riparto della giurisdizione".

³ Cfr. Tonoletti B. (2021), *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione del giudice ordinario. Commento agli artt. 2, 4 e 5 All. E l. 20 marzo 1865, n. 2248*, In G. Falcon – F. Cortese – B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Cedam Wolters Kluver, p.64.

⁴ Cfr. Tonoletti, B. E. (2001). *L'accertamento amministrativo*, Cedam, p.270.

⁵ Sul progressivo orientamento della giurisprudenza verso un sindacato limitato alla legalità formale ed estrinseca degli atti amministrativi, con esclusione delle valutazioni discrezionali e tecnico-discrezionali dell'amministrazione, v. F. Gotti, *La legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, in *Le riforme crispine*, 1990, p. 50.

⁶ Cfr. F. Gotti, *La legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, cit., p.45.

Questa separazione poggiava sulla teorizzazione, promossa dal Consiglio di Stato, della “specialità dei rapporti amministrativi”, intesi come un corpo normativo autonomo rispetto al diritto privato e governati da un ordine peculiare. Secondo questa visione, laddove lo Stato agiva come potere e sovranità (atti d'imperio) per la cura dell'interesse generale, l'azione pubblica risultava strutturalmente incompatibile con i principi del diritto comune.

La giurisprudenza dell'epoca esclude così che le scelte della pubblica amministrazione potessero essere imbrigliate dalle regole civilistiche. Questo binomio divenne il primo, rudimentale criterio di riparto. Da un lato, quando l'amministrazione operava come "persona civile" nell'interesse patrimoniale (atti di gestione: appalti, locazioni, vendite), essa agiva secondo il diritto civile comune, lasciando intatta la giurisdizione del giudice ordinario.⁷ Dall'altro lato, quando lo Stato agiva come potere e sovranità (atti d'imperio: comandi, divieti, autorizzazioni), la cura dell'interesse pubblico veniva ritenuta incompatibile con i metodi ermeneutici del diritto comune.⁸

Si consolidò così l'idea che le leggi amministrative fossero un corpo normativo speciale e separato, inidoneo a fondare vincoli giuridici rigidi o a costituire fonte di diritti soggettivi per i privati.⁹ L'atto d'imperio divenne così il nucleo sostanziale del sistema di riparto. La giurisprudenza riteneva infatti che il provvedimento amministrativo autoritativo fosse idoneo a conformare unilateralmente la sfera giuridica del destinatario, degradando il diritto soggettivo del privato in una

⁷ Cfr. F. Gotti, *La legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, cit., p.46.

⁸ Sul riconoscimento della specialità dell'azione amministrativa e sull'idea secondo cui gli atti d'imperio non potessero essere valutati mediante i criteri ermeneutici del diritto civile, v. A. Corpaci, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., p. 84; cfr. inoltre M. Gigante, *I conflitti d'attribuzione nella giurisprudenza del consiglio di stato*, cit. p.195 ss., ove si richiamano le pronunce del Consiglio di Stato che escludevano la competenza dell'autorità giudiziaria nelle controversie implicanti valutazioni discrezionali dell'amministrazione.

⁹ Come è stato osservato in dottrina, la qualificazione dei diritti tutelati dall'art. 2 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo come “diritti civili” contribuì a rafforzare la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, inducendo gli interpreti a ritenere che solo le leggi civili potessero costituire fonte di diritti soggettivi, mentre le leggi amministrative, rivolte al perseguimento dell'interesse pubblico, configurassero un ordine normativo autonomo e speciale cfr. Tonoletti, B. E. (2001), *L'accertamento amministrativo*, p.275.

posizione diversa e recessiva rispetto all'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione.¹⁰ Di conseguenza, l'azione del giudice ordinario contro gli atti d'imperio veniva drasticamente esclusa, o tutt'al più limitata alla verifica della sola legalità estrinseca o formale, arrestandosi tassativamente davanti alla discrezionalità e al merito amministrativo.¹¹

Questo presupposto di radicale incompatibilità tra l'atto d'imperio e la conservazione del diritto soggettivo ha guidato l'evoluzione successiva del criterio di riparto, segnando il passaggio dall'analisi dell'atto alla qualificazione della situazione soggettiva.

L'evoluzione successiva del sistema, accelerata dall'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato nel 1889, segnò il progressivo passaggio dall'analisi dell'atto alla qualificazione della situazione soggettiva dedotta in giudizio.

In un primo momento la giurisprudenza valorizzò il criterio del *petitum* formale: la giurisdizione veniva radicata in base al tipo di provvedimento richiesto al giudice. Se il privato domandava l'annullamento dell'atto, la competenza spettava al giudice amministrativo, con il rischio che la pubblica amministrazione potesse sottrarre quote di giurisdizione al giudice ordinario semplicemente emanando un provvedimento lesivo di un diritto. La riflessione dottrinale e giurisprudenziale (avviata dallo storico *caso Laurens* del 1891) tentò inizialmente di risolvere il problema intravedendo una sorta di "relazione di continenza" tra posizioni soggettive,

¹⁰ Cfr. Tonoletti B. (2001), *L'accertamento amministrativo*, cit., p.274.

¹¹ La giurisprudenza successiva alla legge abolitrice del contenzioso amministrativo riconosceva infatti la sindacabilità degli atti d'imperio soltanto nei limiti della legalità estrinseca — incompetenza, violazione delle forme o mancanza assoluta di attribuzione —, escludendo invece ogni controllo sul contenuto discrezionale dell'azione amministrativa, ritenuto espressione di una sfera libera dell'amministrazione fondata su criteri di opportunità e interesse pubblico. Emblematica, in tal senso, la relazione di Giuseppe Auriti al Senato nel 1888, secondo cui l'autorità giudiziaria non poteva sindacare l'esercizio del potere sovrano dello Stato se non in presenza di violazioni concernenti competenza, attribuzione o forme sostanziali poste a tutela di un diritto soggettivo del privato. Cfr. Franco Gotti, *La legge 20 marzo 1865, n.2248, allegato E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, cit., pp. 49-53. In questa prospettiva, l'atto amministrativo diretto alla cura dell'interesse pubblico finiva per divenire intangibile da parte del giudice ordinario non solo sotto il profilo dei poteri decisori, ma anche sotto quello dei poteri di cognizione. Cfr. Tonoletti B., *L'accertamento amministrativo*, cit., p. 279.

teorizzando che i diritti potessero essere fatti valere come "interessi" per accedere alla tutela demolitoria del Consiglio di Stato.¹²

Ben presto, però, l'esigenza di ancorare il riparto a criteri oggettivi e di evitare i rischi della "doppia tutela" — intesa originariamente come facoltà del privato di scegliere liberamente e alternativamente il giudice a seconda della conformazione della domanda — portò al rigetto del *petitum* formale. Parimenti fu respinta la teoria della prospettazione (emersa con il *caso Trezza* del 1897), la quale faceva dipendere la giurisdizione dalla mera qualificazione unilaterale che l'attore dava alla propria situazione giuridica negli atti introduttivi. La giurisprudenza è così approdata al concetto di *petitum* sostanziale (*ius receptum* dagli anni '30 del Novecento): ai fini del riparto non rileva la veste formale del provvedimento richiesto, né l'allegazione formale della parte, ma occorre indagare la *causa petendi*, ossia l'intrinseca e oggettiva natura della posizione dedotta in giudizio.¹³

Tuttavia, lo spostamento formale del criterio sulle situazioni soggettive non ha spezzato il legame con il passato: l'elemento dirimente e selettivo del riparto è rimasto sempre l'atto d'imperio ovvero il concreto esercizio del potere. *Causa petendi*, *petitum* sostanziale e atto d'imperio rappresentano diverse articolazioni della medesima questione: la verifica della presenza del potere pubblico. Questo spostamento sulle situazioni soggettive ha trovato la sua definitiva sanzione nella storica sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 1657/1949, la quale ha chiarito che la consistenza della posizione del cittadino non è statica, ma dipende dalla sua relazione dinamica con il potere amministrativo: di fronte a un'autorità investita di una legittima potestà pubblica, il diritto soggettivo del singolo si attenua e si trasforma in interesse legittimo.¹⁴

¹² Cfr. Travi, A. (2024), *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p.121.

¹³ Cfr. Travi, A. (2024), *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p.122.

¹⁴ In particolare, Cass., Sez. Un., 4 luglio 1949, n. 1657, in *foro.it*, 1949, p. 926, valorizza una pluralità di indici da valutare complessivamente ai fini del riparto di giurisdizione, chiarendo che non è sufficiente la mera titolarità astratta del potere in capo all'amministrazione per configurare una posizione di interesse legittimo. Occorre, invece, verificare la natura del vizio dedotto. Nel caso di cattivo esercizio del potere — riconducibile ai tradizionali vizi di incompetenza relativa, violazione di legge ed eccesso di potere — il provvedimento, pur illegittimo, conserva efficacia sino al suo annullamento e il privato è titolare di un interesse legittimo. Diversamente, nelle ipotesi di carenza di potere — quali difetto assoluto di attribuzione,

1.3 Gli schemi concettuali di emersione del potere come criteri di riparto

Resta tuttavia aperto il problema centrale: stabilire quando l'amministrazione eserciti realmente una potestà autoritativa idonea a incidere unilateralmente sulla sfera del privato. Proprio dall'esigenza di individuare in concreto tale manifestazione del potere pubblico la giurisprudenza e la dottrina hanno elaborato una serie di schemi concettuali destinati a orientare il riparto di giurisdizione.

Come si vedrà anche nel prosieguo dell'elaborato, tali schemi interpretativi assumono rilievo non soltanto nell'orientare la soluzione al interno del riparto ordinario tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, ma anche con specifico riferimento alla giurisdizione esclusiva. In tale ambito, infatti, soprattutto a seguito della sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, il problema dell'individuazione, all'interno della singola controversia, dell'esercizio del potere amministrativo – o quantomeno della sussistenza di un collegamento qualificato con esso – continua a rappresentare il criterio per delimitare l'ambito della cognizione del giudice amministrativo. La Corte di Cassazione ha perciò progressivamente elaborato una serie di criteri interpretativi destinati a individuare quando la controversia coinvolga l'esercizio di una funzione pubblica autoritativa. Tra i principali assumono rilievo la distinzione tra norme di relazione e norme di azione, quella tra carenza di potere e cattivo esercizio del potere, nonché la dicotomia tra attività vincolata e attività discrezionale.¹⁵

Questi strumenti interpretativi sono necessari per mettere a fuoco il concetto di potere¹⁶, come struttura soggiacente al criterio di riparto e perciò inevitabilmente al diritto amministrativo sostanziale e processuale.

straripamento di potere o mancanza dei presupposti essenziali fissati dalla legge — l'atto è inidoneo a produrre effetti giuridici, poiché l'amministrazione non esercita neppure apparentemente il potere attribuito dall'ordinamento; la posizione del privato resta pertanto configurabile come diritto soggettivo. La giurisprudenza successiva utilizzerà tale distinzione quale criterio fondamentale per delimitare l'area del collegamento con il potere rilevante ai fini del riparto di giurisdizione. Cfr. Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p.63.

¹⁵ Clarich, M., 2022, *Manuale di diritto amministrativo* (p. 469), Il mulino.

¹⁶ Come osserva Aldo Travi, l'individuazione del potere amministrativo non può più fondarsi sull'antico dogma della "supremazia istituzionale" dello Stato, ma deve essere ricostruita attraverso indici formali ed elementi oggettivi desumibili dalla disciplina normativa che attribuisce e conforma la potestà pubblica. Cfr. Travi, A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p.55.

Il primo e fondamentale schema logico si rinviene nella distinzione tra norme di relazione e norme di azione, secondo la nota costruzione di Guicciardi.¹⁷ Le prime attribuiscono direttamente un bene della vita al singolo anche nei confronti del potere amministrativo, configurando così una posizione di diritto soggettivo e determinano l'illiceità dell'atto lesivo. Tali norme hanno l'obiettivo di risolvere i conflitti di interesse tra i cittadini e lo Stato, delimitando i rispettivi confini.

Le seconde, invece, attribuiscono un potere all'amministrazione e ne disciplinano presupposti e modalità di esercizio, sicché la loro violazione dà luogo a un vizio di illegittimità e alla correlativa posizione di interesse legittimo.¹⁸

Su tale distinzione si innesta la tradizionale dicotomia tra carenza di potere e cattivo esercizio del potere, elaborata dalla giurisprudenza per stabilire quando l'azione amministrativa sia totalmente priva di copertura normativa e, dunque, incapace di produrre l'effetto degradatorio del diritto soggettivo.¹⁹ La carenza di potere in astratto si colloca interamente sul piano delle norme di relazione e ricorre quando l'amministrazione eserciti un potere che nessuna norma dell'ordinamento le attribuisce, oppure che la legge attribuisce a un'autorità diversa. In tali ipotesi l'amministrazione agisce al di fuori della funzione pubblica ad essa conferita, con la conseguenza che il provvedimento viene considerato, secondo la ricostruzione prevalente, nullo o radicalmente inefficace, mentre il privato conserva una posizione di diritto soggettivo tutelabile davanti al giudice ordinario.

Ben più complessa è la configurazione della carenza di potere in concreto. In questo caso, il potere in astratto esiste ed è attribuito all'amministrazione,

¹⁷Cfr. Tonoletti, B., *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., p.135. Ove l'autore ne sottolinea la rilevanza per "cogliere la specificità del diritto soggettivo rispetto all'interesse legittimo".

¹⁸ Tale distinzione, spesso valorizzata, consente di cogliere il criterio di riparto della giurisdizione nei casi di domanda di risarcimento del danno derivante dall'ubicazione dell'opera pubblica (cfr. *infra* capitolo III, § 3.3) e di tutela dell'affidamento (cfr. *infra* capitolo IV, § 4.5), a seconda che la pretesa trovi fondamento nella violazione di norme di azione dell'amministrazione — con conseguente devoluzione alla giurisdizione del giudice amministrativo — ovvero nella violazione dei doveri di buona fede e correttezza, devoluta invece alla giurisdizione del giudice ordinario.

¹⁹ Cfr. Tonoletti, B., *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione del giudice ordinario*, in Commento agli artt. 2, 4 e 5 All. E l. 20 marzo 1865, n. 2248, cit., p.71. l'autore sottolinea che la distinzione presenta tuttavia rilevanti margini di incertezza applicativa, poiché l'individuazione dei requisiti essenziali del potere implica inevitabilmente valutazioni sostanziali circa la struttura e la funzione della potestà amministrativa.

ma l'atto viene adottato in totale assenza di un presupposto specifico o di una condizione di fatto tassativamente prescritti dalla legge per la sua attivazione nel caso concreto. La giurisprudenza prevalente riconduce tale ipotesi al cattivo esercizio del potere, qualificandola come mera illegittimità dell'atto e ritenendo, quindi, configurabile una posizione di interesse legittimo. Tuttavia, parte della dottrina ha evidenziato come, nelle ipotesi più gravi di radicale difetto del presupposto legale, venga meno la stessa giustificazione sostanziale dell'esercizio del potere pubblico, riemergendo così la consistenza originaria del diritto soggettivo.²⁰

Un ulteriore criterio elaborato dalla giurisprudenza riguarda la distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata. Nell'attività discrezionale, l'amministrazione è chiamata a effettuare una ponderazione comparativa tra l'interesse pubblico primario e gli interessi secondari. In questo scenario, la legge decide programmaticamente di non costituire un diritto in capo al singolo, la cui posizione è costitutivamente di interesse legittimo poiché l'ottenimento del bene della vita dipende dalla mediazione del potere. Diverso è il caso dell'attività vincolata, in cui la legge predetermina rigidamente tutti i presupposti al cui verificarsi l'atto deve essere emanato. In tale contesto, l'insorgenza di un diritto soggettivo non discende automaticamente dalla mera vincolatezza in sé, bensì dall'intenzione del legislatore e dal senso della fattispecie: se la norma intende garantire in via diretta e strumentale un vantaggio specifico al beneficiario (come in alcune ipotesi di sovvenzioni

²⁰ Come evidenziato da Aldo Travi, l'introduzione dell'art. 21-septies della legge n. 241/1990 ha profondamente inciso sul tradizionale schema della carenza di potere, positivizzando la nullità del provvedimento nei soli casi di "difetto assoluto di attribuzione". Sulla base di tale dato normativo, la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha progressivamente ridimensionato la figura della carenza di potere in concreto, ricondotta al paradigma del cattivo esercizio del potere, e dunque, all'annullabilità dell'atto ai sensi dell'art. 21-octies l. n. 241/1990. Cfr. Travi, A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p.64. Resta tuttavia controverso se la totale assenza di un presupposto, rigidamente imposto dalla legge possa ancora incidere sull'esistenza stessa della potestà amministrativa: parte della dottrina osserva infatti che, quando il legislatore condiziona in modo vincolato l'esercizio del potere al ricorrere di determinati presupposti fattuali, tali elementi cessano di appartenere al mero *quomodo* dell'azione amministrativa e divengono limiti esterni della potestà pubblica, la cui mancanza impedirebbe il verificarsi dell'effetto degradatorio del diritto soggettivo. Cfr. Tonolletti, B., *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione del giudice ordinario. Commento agli artt. 2, 4 e 5 All. E l. 20 marzo 1865, n. 2248*, cit., p.71.

standardizzate²¹), si configura un diritto soggettivo; se il vincolo è posto nell'esclusivo interesse pubblico o della pubblica amministrazione, la situazione del privato rimane di interesse legittimo.²²

Per risolvere le incertezze insite nell'attività vincolata²³, la giurisprudenza ha valorizzato la distinzione tra atti meramente ricognitivi e atti dispositivi. Gli atti ricognitivi (o di accertamento): sono sprovvisti di una reale portata imperativa e dinamicamente intesa. Con essi l'amministrazione si limita a dichiarare o registrare l'esistenza di fatti, requisiti o status preesistenti interamente definiti dalla legge, senza introdurre alcuna modificazione unilaterale nella sfera giuridica del cittadino. Non essendovi l'esercizio di un potere dispositivo in grado di conformare la posizione del privato, non può operare alcun meccanismo di degradazione, confermando la presenza di un diritto soggettivo e la conseguente giurisdizione ordinaria (come riscontrato nell'accertamento dei presupposti per la protezione degli stranieri o del diritto alle cure).

Secondo l'impostazione tradizionalmente accolta dalla giurisprudenza, gli atti dispositivi, invece, si caratterizzano per la produzione di effetti innovativi sull'assetto degli interessi e per l'incidenza unilaterale sulla sfera giuridica del destinatario. In tale prospettiva, anche gli atti fortemente vincolati continuerebbero a mantenere natura provvedimento e a costituire esercizio di potestà amministrativa, con conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione amministrativa. Cosicché l'atto vincolato-dispositivo esprime una potestà pubblica

²¹ Un esempio classico è offerto dalle sovvenzioni pubbliche: quando la legge attribuisce direttamente il beneficio, si configura un diritto soggettivo; quando invece l'amministrazione deve valutare discrezionalmente il riconoscimento, l'interesse del privato assume la natura di interesse legittimo. Cfr. Scoca, F. G., Cacciavillani, C., altri. (2021). *Diritto amministrativo* (a cura di F. G. Scoca, C. Cacciavillani ... [et al.]). Torino, Giappichelli, p.269 il quale sottolinea che in dottrina si discute sulla qualificazione di questi atti: "Forti perplessità sono state affacciate da più parti (Guarino, Ledda, Orsi Battaglini); ed in effetti è arduo, almeno a prima vista, qualificare come autoritativi atti di semplice attuazione di disposizioni che si impongono all'amministrazione, senza lasciarle spazio per alcuna modificazione".

²² Cfr. Travi, A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p.61.

²³ Si è osservato che la verifica circa il carattere vincolato o discrezionale dell'attribuzione del contributo dipende da un'operazione interpretativa volta ad accertare se la legge individui in modo puntuale i relativi presupposti, escludendo margini di valutazione in capo all'amministrazione. Come meglio verrà approfondito nel proseguo (cfr. *infra*, capitolo IV, § 4.3) ove si dedicherà specifica attenzione all'attività vincolata e la posizione giuridica del privato, assumono rilievo sia l'ampiezza riconosciuta alla discrezionalità amministrativa, sia il grado di tutela e la consistenza dell'interesse individuale considerato dalla norma (Tonoletti, B. *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione...* cit. p.77).

attuale e, pertanto, attrae la controversia nell'orbita del giudice amministrativo, imponendo la rimozione dell'effetto lesivo tramite l'azione di annullamento.

Un'analogia zona d'ombra investe la figura della discrezionalità tecnica, che si configura quando la legge impone alla pubblica amministrazione di applicare non già criteri di opportunità politica, ma parametri complessi e opinabili ricavati da scienze, arti o discipline specialistiche. Storicamente, la giurisprudenza ha assimilato la discrezionalità tecnica alla discrezionalità pura, ritenendo che la presenza di margini di opinabilità tecnica escludesse la configurabilità di un diritto soggettivo e radicesse la giurisdizione amministrativa. Anche su questo punto, la dottrina ha evidenziato la fallacia dell'assimilazione: la discrezionalità tecnica non comporta alcuna scelta o ponderazione di interessi - il vero nucleo del "potere amministrativo"- ma rappresenta un mero accertamento della realtà, seppur complesso. Considerarla come espressione di autorità significa confondere la difficoltà del giudizio con l'esercizio della sovranità.²⁴

Nel loro complesso, questi schemi interpretativi mostrano come il problema del riparto di giurisdizione continui a dipendere dall'individuazione del potere amministrativo quale elemento centrale e selettivo. Anche quando il criterio viene formalmente ricondotto alla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, la verifica decisiva rimane quella relativa all'esistenza di una potestà pubblica autoritativa capace di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica del privato.

Tali profili verranno approfonditi con specifica attenzione alla giurisdizione esclusiva, la quale, lungi dal determinare un definitivo superamento delle tradizionali questioni di riparto, ha contribuito a riproporle in termini nuovi, riportando al centro dell'indagine le problematiche inerenti all'individuazione dell'esercizio del potere amministrativo. Proprio in questo ambito, infatti, i criteri interpretativi elaborati per delimitare il confine tra giurisdizione ordinaria e ammi-

²⁴ Cfr. Travi, A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p.61.

nistrativa tornano ad assumere rilievo ai fini della definizione dell'ambito di cognizione del giudice amministrativo. Di fatto, gli schemi concettuali elaborati in sede di riparto ordinario e incentrati sulla nozione di potere influenzano in modo decisivo i ragionamenti dei giudici sul fondamento stesso della giurisdizione esclusiva, in quanto quest'ultima resta basata sulla necessaria connessione con il potere pubblico, determinando così il riemergere di questioni interpretative che si ritenevano in parte assestate nel sistema ordinario di riparto.²⁵

1.4 La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: evoluzione normativa e sistematica

Le difficoltà emerse nell'applicazione dei tradizionali criteri di riparto, fondati sulla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e sull'individuazione del potere amministrativo, hanno progressivamente mostrato l'insufficienza del modello dualistico. In particolare, l'espansione dell'azione amministrativa in settori caratterizzati da una forte compenetrazione tra attività autoritativa e rapporti di diritto comune ha reso sempre più problematico individuare il giudice munito di giurisdizione attraverso il solo riferimento alla situazione giuridica soggettiva azionata. È proprio in questo contesto che si colloca la nascita della giurisdizione esclusiva, istituito attraverso il quale il legislatore devolve al giudice amministrativo intere materie, comprensive anche di controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi.

La stessa Costituzione repubblicana lascia sostanzialmente invariato l'assetto delineato dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865 e successivamente completato con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889, confermando, nonostante le persistenti difficoltà interpretative, il criterio di riparto fondato sull'individuazione delle situazioni giuridiche sogget-

²⁵ L'emersione di tali criticità appare particolarmente evidente in alcuni settori successivamente attratti nell'ambito della giurisdizione esclusiva, nei quali l'obiettivo di concentrazione della tutela non ha eliminato il problema della delimitazione del riparto, ma ne ha modificato le modalità di emersione. Cfr. *infra* capitolo II, §2.9.

tive. I diritti soggettivi e gli interessi legittimi trovano infatti una collocazione parallela e paritaria negli artt. 24, comma 1, e 103, comma 1, Cost.; mentre l'art. 113, comma 1, individua il giudice amministrativo quale giudice naturale degli interessi legittimi, salvo la possibilità di conoscere, in particolari materie indicate dalla legge, anche di diritti soggettivi.

In attuazione dell'art. 103 Cost., l'art. 7, comma 3, c.p.a. definisce l'ambito della giurisdizione amministrativa articolandola in giurisdizione generale di legittimità, giurisdizione esclusiva e giurisdizione estesa al merito.

Come noto, la giurisdizione generale di legittimità concerne la tutela degli interessi legittimi, mentre la giurisdizione esclusiva e quella di merito assumono carattere speciale, aggiuntivo e parallelo rispetto al modello ordinario di riparto.

Per giurisdizione esclusiva amministrativa si intende quel determinato ambito della competenza giurisdizionale ove il giudice amministrativo conosce, nelle particolari materie prescritte dal legislatore, anche di controversie riguardanti diritti soggettivi, in deroga al criterio tradizionale basato sulla situazione soggettiva.

La ratio della giurisdizione esclusiva, quantomeno nella sua configurazione originaria, — sebbene in parte rimessa in discussione dalla sentenza che sarà esaminata nel prossimo paragrafo (C.Cost. 204/2004) — risiede nell'esigenza di sostituire al criterio di riparto fondato sulla situazione soggettiva quello basato sulla materia.

Il criterio tradizionale, fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, si è infatti rivelato spesso insoddisfacente e di difficile applicazione soprattutto in relazione a quelle materie nelle quali si configura il c.d. *nodo gordiano*, ossia un intreccio particolarmente indistricabile tra diritti soggettivi e interessi legittimi tale da rendere complessa, se non impossibile, una netta distinzione tra le due situazioni giuridiche.²⁶

²⁶ Vipiana, P. M. (1991, aggiornamento 2011). *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, UTET Giuridica, p.382. Si può parlare di *rationes* della giurisdizione esclusiva: “nell'esigenza che sia un giudice maggiormente specializzato a conoscere determinate materie” e “nell'affidare a un giudice più vicino alle autorità amministrative la tutela dell'interesse pubblico nell'ambito di alcuni rapporti tra pubblica amministrazione e privati pur titolari di diritti soggettivi”.

La giurisdizione esclusiva viene introdotta per la prima volta dalla legge 30 dicembre 1923, n. 2840, estendendo al giudice amministrativo la possibilità di conoscere in via principale anche dei diritti soggettivi in particolari materie. Nel tempo, si osserva un progressivo allentamento del principio di tassatività: la legge istitutiva dei T.A.R. (6 dicembre 1971, n. 1034) apre la strada all'uso di formule generiche — come ‘concessioni di beni e servizi pubblici’ — lasciando alla giurisprudenza il compito di delimitarne le materie.²⁷

Negli anni '90 si registrano interventi sporadici, che consolidano l'uso di clausole generali, quali quelle che attribuiscono la giurisdizione esclusiva ai provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (l. n. 287/1990) ed ai provvedimenti dell'Autorità indipendenti in materia di comunicazioni ed energia (l. n. 249/1997 e l. n. 481/1995).

Il passaggio più significativo nella storia della giurisdizione esclusiva si registra con gli articoli 33, 34 e 35 del d.lg. 31 marzo 1998, n. 80, e successivamente con la legge n. 20/2000, quando il legislatore attribuisce al giudice amministrativo la cognizione di interi ‘blocchi di materie’. Questa scelta segna un ampliamento notevole della giurisdizione esclusiva poiché le materie vengono individuate in termini estremamente generali e ampi, comprendendo settori strategici come i servizi pubblici, l'urbanistica e l'edilizia.

Con l'avvento del codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010) la giurisdizione esclusiva trova un ampio elenco di controversie nell'art. 133 c.p.a. Tuttavia, le materie indicate dalle lettere dell'articolo risultano disomogenee e prive di qualsivoglia filo conduttore.²⁸

Il termine “materia” si riferisce ora a interi settori, ora a specifiche controversie, ora a istituti particolari, evidenziando la difficoltà di uniformare l'istituto della giurisdizione esclusiva.

²⁷ Vipiana, P. M. (1991, aggiornamento 2011). *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, cit. p.384.

²⁸ Cariola, A. (2021). *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2, p 9.

L'evoluzione storica mostra un legislatore non prudente e non preoccupato dalle questioni di giurisdizione e dal loro abuso, ma piuttosto, intento ad attribuire al giudice amministrativo la cognizione esclusiva di intere materie, prescindendo dalla tradizionale distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. In questo modo, la giurisdizione esclusiva si è progressivamente ampliata fino a configurare, di fatto, un modello di giudice amministrativo "unico" per numerose controversie con la pubblica amministrazione.²⁹

Il contrasto alla disorganica definizione ad opera del legislatore delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva, si deve alla già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, che ne individua nell'art. 103 Cost. un limite specifico.

1.5 La ridefinizione della giurisdizione esclusiva alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004

La Corte Costituzionale con sua sentenza n. 204/2004, avente eminente carattere manipolativo³⁰ dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 33 comma 1 e 2 e dell'art.34, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998 così come riformulati dal legislatore mediante l'art. 7 della l. n. 205 del 2000, ha proceduto a una loro sostanziale riscrittura.³¹

²⁹ F. Satta, *Giurisdizione esclusiva*, in Enciclopedia del diritto, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970; Id., *Giurisdizione esclusiva*, in Enciclopedia del diritto, Aggiornamento, vol. V, Milano, Giuffrè, 2001.p.579.

³⁰ Cfr. L. Torchia, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale*, in Foro Amm., 2004, p. 119 ss. L'autrice sottolinea che la Corte Costituzionale "più che "rettificato", ha direttamente riscritto una norma di legge".

³¹ Può essere utile riportare l'articolo 33 così come modificato dal dispositivo della sentenza, evidenziando in corsivo le parti aggiunte: " Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché* afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n.481". Quanto all'articolo 34, il dispositivo lo dichiara illegittimo "nella parte in cui" ricomprende le controversie aventi ad oggetto "atti, provvedimenti e comportamenti", anziché i soli "atti e provvedimenti" in materia urbanistica ed edilizia.

Le censure sollevate dal Tribunale di Roma e sottoposte al vaglio della Corte Costituzionale si appuntavano sulla presunta violazione degli artt. 3, 24, 102, 103, 111 e 114 Cost., con specifico riguardo ai limiti a cui è sottoposto il legislatore ordinario nell'individuazione delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva.

In particolare, i giudici capitolini prospettavano la questione di incostituzionalità con riferimento alla possibile alterazione del rapporto tra giurisdizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo, nonché alla possibile alterazione del rapporto “all'interno della giurisdizione del giudice amministrativo, tra giurisdizione (generale) di legittimità e giurisdizione (speciale, se non eccezionale) esclusiva”³².

Sempre il Tribunale di Roma prospettava alla Corte la possibile sostituzione del criterio costituzionale incentrato sulla dicotomia “diritti soggettivi–interessi legittimi” con il criterio dei “blocchi di materie”.

La Corte Costituzionale dopo aver ripercorso l'evoluzione storica³³ della giustizia amministrativa italiana, evidenziando come la Costituzione si ponga in

³² Corte Cost., sent. n. 204/2004, punto 2.1 del Considerato in diritto. In altri termini, l'ampliamento della giurisdizione esclusiva non inciderebbe soltanto sul riparto tra giudice ordinario e amministrativo, ma anche sull'equilibrio interno alla stessa giurisdizione amministrativa. Questa, infatti, è strutturata attorno alla giurisdizione generale di legittimità, che costituisce il modello di riferimento; la giurisdizione esclusiva, pur consentendo la cognizione anche dei diritti soggettivi, deve restare una figura particolare (*species*) rispetto a quel modello (*genus*). Quando, invece, essa viene fondata su un criterio meramente oggettivo — come l'appartenenza a determinate “materie”, ad esempio i pubblici servizi, caratterizzate solo dalla presenza di un generico interesse pubblico — verrebbe meno tale rapporto di *species* a *genus* richiesto dall'art. 103 Cost. Da ciò la giurisdizione esclusiva perderebbe il suo carattere speciale ed eccezionale e tenderebbe a trasformarsi in una giurisdizione generale su interi settori, anche in controversie nelle quali può essere del tutto assente l'esercizio di poteri autoritativi.

³³ L'exkursus storico costituisce la motivazione prioritaria della sentenza e offre indubbiamente una “riflessione sul fondamento costituzionale del dualismo delle giurisdizioni” (Tonoletti, B., *Commento all'art. 7 c.p.a.*, cit., p. 80). In questa prospettiva, Cintioli F., (2004), *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Diritto & Formazione*, p. 1352.) apprezza “lo sforzo, equilibrato, di delimitare il fondamento costituzionale della giustizia amministrativa” e interpreta la pronuncia come un “ritorno al potere” più che come un “ritorno al passato”, richiamando la matrice originaria della giurisdizione, fondata sull'esercizio dell'autorità per la tutela degli interessi della collettività. Tuttavia, Gallo (C. E., 2004, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Foro amm. CDS*, 7, p. 1919.) osserva come la motivazione pratica presenti “una disarmonia tra la prima parte, ampia ma motivata quasi solo storicamente [...] e la seconda parte, meno consapevole dell'articolazione della disciplina positiva vigente” e conclude che il dispositivo, pur “tanto tagliente”, risulti “poco coordinato” e rivolto più al legislatore che alle parti e al giudice.

linea di continuità con i principi affermati dalla legge del 1865³⁴, ne sancisce una interpretazione di tipo dinamico tesa alla riconsacrazione e alla riconquista di una tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.³⁵

Soltanto attraverso la prospettata interpretazione si realizza, infatti, secondo le argomentazioni della Corte, il consolidamento della giurisdizione amministrativa e il riconoscimento al giudice amministrativo di una piena dignità quale giudice deputato alla tutela delle situazioni soggettive non riconducibili, secondo l'interpretazione storica, all'art. 2 della legge del 1865.

In questa prospettiva, l'art. 113 della Costituzione - secondo quanto affermato dalla Corte - recepisce e rafforza il principio fondamentale in forza del quale, allorquando un "diritto civile o politico venga lesa da un atto della pubblica amministrazione", esso deve essere fatto "...valere di fronte all'autorità giudiziaria ordinaria"³⁶. La valorizzazione dell'art. 113 Cost. assume rilievo decisivo nella

Su un piano parzialmente distinto, Police (A., *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non più esclusiva*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 9/2004, p. 976.) osserva che, alternativamente, la Corte avrebbe potuto fondare il giudizio su un criterio qualitativo, leggendo nella "particolarità" delle materie "il riferimento ad un particolare tipo o ad un particolare genere di controversie" che, "appunto per la loro particolarità", giustificano la deroga al criterio tradizionale di riparto fondato sulle situazioni giuridiche soggettive. È tuttavia "Corte ha preferito" il ricorso a un criterio di interpretazione storica, "fondato su di una lettura attenta dei lavori parlamentari dell'Assemblea Costituente" dimostrando "una conoscenza non altrettanto approfondita della reale genesi degli istituti di giustizia amministrativa". Così, la dottrina evidenzia sia il valore storico e costituzionale della sentenza, sia le criticità interpretative e pratiche che ne derivano.

³⁴ Corte Cost., sent. n. 204/2004, punto 2.1 del Considerato in diritto. Come già visto *supra* capitolo I, §1.1: la ricostruzione storica evidenzia come la legge n. 2248 del 1865, All. E, nel sancire la tutela davanti al giudice ordinario per tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, abbia al tempo stesso sottratto a qualsiasi controllo giurisdizionale la sfera dell'amministrazione pura, creando così, anche per effetto dell'ampiezza con cui tale zona franca fu interpretata dalla giurisprudenza, le premesse di un vuoto di tutela che la legislazione successiva sarebbe stata chiamata a colmare.

In questa prospettiva si inserisce l'istituzione delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, la cui funzione giurisdizionale, pur formalmente riconosciuta solo con la legge del 1907, era già insita nella logica della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, come chiarito dalla relazione Crispi, che denunciava l'abbandono alla potestà amministrativa di una "immensa somma di interessi".

³⁵ La Corte sottolinea, al punto 2.2 del Considerato in diritto, come il richiamo alla legge del 1865 possa essere inteso in senso "statico", secondo l'impostazione di Calamandrei: un richiamo, cioè, volto a ricondurre al giudice ordinario la tutela dei diritti, colmando il vuoto lasciato nel 1865 e successivamente "abusivamente" riempito dal Consiglio di Stato, ormai "esaurito storicamente" nel suo compito (Calamandrei, II Sottocommissione, seduta pomeridiana del 9 gennaio 1947). Tuttavia, la Corte aderisce a una diversa lettura, di tipo dinamico, valorizzando l'evoluzione del sistema e il consolidamento della giurisdizione amministrativa.

³⁶ Corte Cost., sent. n. 204/2004, punto 2.2 del Considerato in diritto.

ricostruzione operata dalla Corte, poiché da essa discende la riaffermazione del giudice ordinario quale giudice naturale dei diritti soggettivi anche nei confronti della pubblica amministrazione. Proprio muovendo da tale premessa, la Corte individua il fondamento costituzionale della giurisdizione amministrativa non già nella mera partecipazione della pubblica amministrazione al rapporto controverso, bensì nella circostanza che la lesione derivi dall'esercizio di un potere autoritativo. Il c.d. criterio del potere è elemento idoneo a giustificare, sul piano costituzionale, la deroga alla naturale devoluzione dei diritti soggettivi al giudice ordinario e, conseguentemente, a delimitare l'ambito della giurisdizione esclusiva.

Da questa ricostruzione, infatti, la Corte fa discendere il rilevante corollario in forza del quale “in nessun caso il legislatore ordinario può far sì che la pubblica amministrazione sia, in quanto tale, assoggettata ad una particolare giurisdizione, ovvero sottratta alla giurisdizione alla quale soggiace «qualsiasi litigante privato»”.

La specialità di un giudice - sempre secondo quanto argomentato dalla Corte - può fondarsi esclusivamente “sul fatto che questo sia chiamato ad assicurare la giustizia «nell'amministrazione», e mai sul mero fatto che parte in causa sia la pubblica amministrazione”.³⁷

Del pari ribadito, con espresso richiamo delle riunioni della Assemblea Costituente (Ruini, Assemblea, seduta pomeridiana del 21 novembre 1947) il principio di accessorietà della giurisdizione esclusiva rispetto alla giurisdizione di legittimità in ragione “della inscindibilità delle questioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo”, inscindibilità che impone di “aggiungere la competenza del Consiglio di Stato per i diritti soggettivi nelle materie particolari specificamente indicate dalla legge”.³⁸

Alla luce dei sopra richiamati principi la Corte ha proceduto a vagliare le disposizioni degli artt. 33 comma 1 e 2, art.34, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998,

³⁷ Corte Cost., sent. n. 204/2004, punto 3 del Considerato in diritto.

³⁸ Corte cost, sent. n.204/2004, punto 2.3 del Considerato in diritto

così come riformulati dal legislatore mediante l'art. 7 della l. n. 205 del 2000 con riferimento all'art.103 Cost.³⁹

Tale disposizione, secondo la Corte, nel riconoscere al giudice amministrativo la tutela “anche” dei diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione nelle “particolari materie”⁴⁰, pone un limite alla discrezionalità del legislatore nell'attribuzione della giurisdizione esclusiva, escludendone il carattere “assoluto ed incondizionato”.

Suddetto limite, come precisato dalla Corte, si estrinseca, in primo luogo, nel limite negativo di non potersi risolvere in una devoluzione generalizzata e indifferenziata, fondata esclusivamente sul dato oggettivo della materia e, in secondo luogo, nel limite positivo di dover tener conto della “natura delle situazioni soggettive coinvolte”, le quali devono risultare strutturalmente connesse all'esercizio dell'attività amministrativa.

Secondo la Corte, le materie affinché possano dirsi “particolari” devono essere individuate nella loro specificità, in quanto accomunate da una medesima natura, caratterizzata dall'esercizio del potere autoritativo da parte della pubblica

³⁹ Da ciò discende l'incompatibilità delle norme censurate, fondate sull'ancoraggio della giurisdizione alla semplice presenza di un interesse pubblico rilevante in un determinato ambito. Come espressamente sottolineata dalla Corte Costituzionale (punto 3.2 del Considerato in diritto); essa sarebbe tuttavia venuta meno in presenza della modifica del testo costituzionale prevista dal progetto di riforma dell'art. 103 Cost. (Atto Camera n. 7465, XIII legislatura), secondo il quale “la giurisdizione amministrativa ha ad oggetto le controversie con la pubblica amministrazione nelle materie indicate dalla legge”. In senso analogo si esprime anche la dottrina: v. Cerulli Irelli, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in www.giustamm.it, p.2. il quale sottolinea che alla profonda modifica della normazione positiva derivante dalle riforme del 1998-2000 non è seguita una revisione del testo costituzionale, “come forse sarebbe stato necessario”.

⁴⁰ Sull'interpretazione della “particolarità” delle materie v. F. Saitta, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni – d'agosto – sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in www.lexitalia.it, 2004 §2. la Corte avrebbe inteso evidenziare “la particolare connotazione delle materie [...] al cui interno convivono, in perfetta simbiosi e sovente confondendosi reciprocamente, diritti soggettivi ed interessi legittimi” L. Mazarrolli, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, p.221., secondo cui la particolarità delle materie si interpreta come la presenza di elementi di singolarità tali da giustificare lo spostamento della tutela dei diritti dalla loro sede naturale. In senso opposto, G. Stancanelli, *La giurisdizione esclusiva nella sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 – Riflessioni “a caldo”*, in www.giustamm.it, 2004, §2 interpreta “particolare” come “specifica”, riferita cioè a “materie e non l'intera tutela giurisdizionale del singolo nei confronti della P.A.”: anche un “blocco di materie” può essere “particolare”, poiché il termine è contrapposto a “generale” e non a “plurale”, purché la deroga non assuma carattere generale.

amministrazione. Sicché, in assenza di una specifica previsione di giurisdizione esclusiva, resterebbe comunque operante la giurisdizione generale di legittimità, in ragione della funzione autoritativa esercitata dalla pubblica amministrazione.⁴¹

La Corte ridisegna la giurisdizione esclusiva, individuando nell'esercizio del potere — ambito riservato alla giurisdizione amministrativa — il criterio fondamentale per valutare la compatibilità costituzionale delle scelte legislative: solo quando la pubblica amministrazione agisce come autorità, il giudice amministrativo può legittimamente assumere la cognizione delle controversie.

La portata applicativa di questa storica pronuncia⁴² sarà esaminata più in dettaglio nel paragrafo che segue; tuttavia, è utile sottolineare la notevole confusione che ne seguì, che ha generato due distinti orientamenti interpretativi immediatamente successivi alla sentenza.⁴³

In particolare, in dottrina sono state avanzate due diverse letture circa la rilevanza del criterio in questione. Secondo il primo orientamento, il collegamento necessario con l'esercizio del potere amministrativo rappresenterebbe soltanto un vincolo alla discrezionalità del legislatore nella definizione delle materie di giurisdizione esclusiva, implicando che la sua violazione potrebbe comportare unicamente la dichiarazione di incostituzionalità della norma adottata.⁴⁴

⁴¹ L'impostazione fornita dalla sentenza è stata ampiamente recepita dal Codice del processo amministrativo, in particolare dall'art. 7; tuttavia, non mancano ipotesi contraddittorie in cui il Codice attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo materie relative esclusivamente a diritti soggettivi, talvolta limitati a quelli costituzionalmente tutelati, come avviene, ad esempio, nel contenzioso elettorale (M. M. Ramajoli, *Commento all'art. 7 c.p.a.*, in G. Falcon – F. Cortese – B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, CEDAM, 2021, p.51).

⁴² ...che ha dato avvio ad altre pronunce della Corte Costituzionale, relative alla delimitazione della giurisdizione esclusiva alle "particolari materie", tra cui le sentenze n. 191/2006, n. 35/2010 e n. 179/2016. Vedi L. A. Mazzaroli, *Commento all'art. 133 c.p.a.*, in G. Falcon – F. Cortese – B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Padova, 2021, p.1081.

⁴³ Tonoletti, B., *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione del giudice ordinario*, cit., p.80.

⁴⁴ Mazzaroli L., *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, cit., p.226. ritiene che la sentenza n. 204 del 2004 abbia principalmente la funzione di ricondurre la giurisdizione esclusiva entro i limiti costituzionali dell'art. 103 Cost., contrastando l'eccessiva dilatazione delle "materie" devolute al giudice amministrativo verificatasi con il d.lgs. n. 80 del 1998 e con la l. n. 205 del 2000. Secondo l'autore, il richiamo operato dalla Corte alla necessaria presenza del potere amministrativo non introduce un criterio immediatamente operativo per il giudice nel caso concreto, ma individua piuttosto un parametro destinato a vincolare il legislatore nella conformazione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva. L'attenzione dell'autore è quindi rivolta soprattutto al rapporto tra Corte Costituzionale

La seconda interpretazione, invece, ritiene che il criterio indicato dalla Corte abbia rilevanza anche nell'attività interpretativa, con l'obiettivo di determinare se ciascuna controversia rientri o meno nell'ambito della giurisdizione esclusiva.⁴⁵

Inizialmente incerta la giurisprudenza ha poi adottato la seconda impostazione. Di conseguenza la questione circa l'appartenenza di una controversia alla giurisdizione esclusiva si pone ogni qualvolta una domanda giudiziale attenga a una materia devoluta a tale ambito.

Se da un lato l'intervento della Corte ha posto un freno alla prassi dei "blocchi di materie", dall'altro ha avuto una significativa incidenza sull'applicazione giurisprudenziale dell'istituto, riaccendendo la questione del riparto di giurisdizione.

Ciò ha determinato un paradosso: l'elemento volto originariamente a semplificare il riparto di giurisdizione si è trasformato, di fatto, in un nuovo fattore di incertezza nel già problematico "balletto di giurisdizione"⁴⁶ tra giudice ordinario e giudice amministrativo.⁴⁷

e legislatore: ciò che conta è evitare che il legislatore attribuisca al giudice amministrativo interi settori di controversie soltanto perché inerenti a materie pubblicistiche, in assenza di una reale connessione con l'esercizio della funzione amministrativa. In tale prospettiva, una volta che la norma attributiva della giurisdizione abbia superato il vaglio di costituzionalità, il problema interpretativo della singola controversia continuerebbe ad essere risolto secondo i criteri ordinari di riparto.

⁴⁵ Greco, G. (2006). *Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia a quella per connessione?*, in *Diritto processuale amministrativo*, n.4/2006, p.896-897. Ove l'autore sviluppa invece una lettura più sostanziale della pronuncia costituzionale, sostenendo che il riferimento al potere amministrativo non possa esaurirsi nella sola dimensione del controllo sulla legge. L'autore osserva che, se la Corte individua nell'esercizio del potere il fondamento costituzionale della specialità del giudice amministrativo, tale elemento deve necessariamente riflettersi anche sull'attività ermeneutica del giudice. Da ciò deriva che la giurisdizione esclusiva non può essere applicata in modo automatico sulla sola base della "materia", ma richiede una verifica concreta della presenza di una relazione funzionale con l'esercizio dell'autorità amministrativa. Greco collega questa impostazione alla crisi della tradizionale concezione "materiale" della giurisdizione esclusiva: quest'ultima non sarebbe più giustificata dal semplice riferimento ad un settore dell'azione amministrativa, ma soltanto dalla effettiva connessione della controversia con il potere pubblico e con il sindacato sulle modalità del suo esercizio.

⁴⁶ Greco, *Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva...*, cit., p. 910.

⁴⁷ v. Greco G., *Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva...*, cit., p.896. "l'istituto della giurisdizione esclusiva, creato appositamente per evitare problemi applicativi in tema di riparto di giurisdizione, risulta in definitiva che li abbia amplificati"

1.6 Il coro critico della dottrina sul criterio del potere e l'irrigidimento del binomio interesse-autorità

La sentenza n. 204 del 2004 riapre una serie di interrogativi che investono non soltanto l'istituto della giurisdizione esclusiva, ma più in generale l'equilibrio sistematico dell'intera giustizia amministrativa. La Corte costituzionale, infatti, nel ridimensionare l'ampiezza della giurisdizione esclusiva e nel censurare la tecnica legislativa dei c.d. "blocchi di materie", si confronta inevitabilmente con il fondamento stesso della giurisdizione amministrativa. È in questo contesto che la Consulta individua nella presenza del potere amministrativo il criterio costituzionalmente necessario per giustificare la specialità del giudice amministrativo, ricavandolo da una rilettura sistematica dell'art. 113 Cost..

La portata della pronuncia appare dirimpante, poiché incide direttamente sulla prospettiva delle situazioni giuridiche soggettive all'interno della giurisdizione esclusiva. Quest'ultima, infatti, era stata storicamente concepita proprio come funzionale alla concentrazione della tutela, volta a rendere irrilevante, ai fini del riparto, la qualificazione della posizione soggettiva dedotta in giudizio.

In tale prospettiva, nella giurisdizione esclusiva la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo avrebbe dovuto perdere gran parte del proprio significato, essendo sufficiente, ai fini della devoluzione della controversia al giudice amministrativo, il dato della materia. Se la controversia appartiene al giudice amministrativo per il solo fatto di collocarsi in un determinato settore materiale, nessuna indagine preliminare sulla consistenza della situazione soggettiva, sull'esistenza del potere o sulla natura dell'attività amministrativa contestata dovrebbe poter sottrarre la questione alla cognizione del giudice speciale.⁴⁸

La necessità, riaffermata dalla Corte, di individuare comunque la presenza di un potere amministrativo anche nelle materie di giurisdizione esclusiva ha dun-

⁴⁸ Cfr. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1988, p. 42.

que suscitato un'immediata e ampia reazione critica in dottrina. Una parte consistente degli interpreti ha ravvisato nella pronuncia i tratti di un anacronistico e rigido "ritorno al passato".⁴⁹

La Consulta, infatti, nel ricondurre la legittimità costituzionale della giurisdizione esclusiva alla necessaria presenza dell'esercizio del potere autoritativo, sembrerebbe recuperare l'impostazione tradizionale secondo cui, di fronte all'amministrazione che agisce come autorità, il privato potrebbe vantare esclusivamente interessi legittimi e non diritti soggettivi.

Una simile ricostruzione ha generato profonde perplessità sia sotto il profilo dell'aderenza alle trasformazioni del diritto amministrativo contemporaneo, sia con riferimento alla stessa sopravvivenza della giurisdizione esclusiva quale autonomo istituto.

Un primo e nodale ordine di critiche attiene all'artificialità dei criteri interpretativi impiegati dalla Corte, criticati per una parziale o difettosa ricostruzione storica e metodologica del dettato costituzionale.

È l'analisi di A. Police a evidenziare come la Consulta abbia consapevolmente disatteso moduli ermeneutici più evoluti e aderenti alla lettera dell'articolo 103 della Costituzione: "La Corte avrebbe potuto, alternativamente, fondare il giudizio su un criterio qualitativo, leggendo nella "particolarità" delle materie "il riferimento ad un particolare tipo o ad un particolare genere di controversie" che, "appunto per la loro particolarità", giustificano la deroga al criterio tradizionale di riparto fondato sulle situazioni giuridiche soggettive". Al contrario, osserva l'autore, la Corte ha preferito rifugiarsi in un criterio di stretta interpretazione storica,

⁴⁹ L'espressione "ritorno al passato" è utilizzata in senso critico da F. Cintioli, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Diritto & Formazione*, 2004, p. 1352 ss. Diversa è invece la lettura proposta da M. Clarich, il quale interpreta la sentenza come il momento in cui la Corte Costituzionale ha consapevolmente arrestato il processo di progressiva "tribunalizzazione" del giudice amministrativo maturato negli anni Novanta. La Consulta avrebbe così riaffermato la specialità della giurisdizione amministrativa, ancorandola nuovamente alla figura della "pubblica amministrazione-autorità" e interrompendo il percorso di progressiva convergenza verso un modello unitario di tutela. Cfr. M. Clarich, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/2004, p. 981 ss.

“fondato su di una lettura attenta dei lavori parlamentari dell’Assemblea Costituente”, tradendo tuttavia “una conoscenza non altrettanto approfondita della reale genesi degli istituti di giustizia amministrativa”⁵⁰.

Su un piano analogo si colloca la riflessione di L. Torchia, secondo cui la sentenza finisce per descrivere una pubblica amministrazione rigidamente dicotomica: o integralmente autoritaria — e quindi assoggettata al giudice amministrativo — oppure integralmente paritaria — e quindi devoluta al giudice ordinario. Una simile rappresentazione, tuttavia, non troverebbe più riscontro nella realtà dell’amministrazione contemporanea, caratterizzata invece dalla continua commistione tra moduli pubblicistici e privatistici, tra autorità e consenso, tra unilateralità e negoziazione. Secondo l’autrice, la decisione della Corte rischia così di determinare una surrettizia “riespansione” del paradigma autoritativo, attraverso la riconduzione all’area pubblicistica di ogni frammento di disciplina speciale.⁵¹

Nella medesima direzione si colloca la critica di B. Sassani, il quale individua il principale limite della sentenza nel ritorno ad una concezione rigida delle situazioni soggettive. L’autore censura infatti l’idea secondo cui, “a fronte dell’Amministrazione che si veste di autorità, il cittadino non possa vantare altro che interessi legittimi”, ritenendo tale impostazione incapace di cogliere la fluidità delle posizioni giuridiche contemporanee e destinata a irrigidire artificialmente il sistema delle tutele. Questa equazione si risolve in una generalizzazione eccessiva, inidonea a decifrare la fluidità dei rapporti giuridici contemporanei e colpevole di sacrificare le multiformi sfumature delle posizioni sostanziali sull’altare di una distinzione categoriale troppo netta. L’effetto collaterale di una simile operazione di *actio finium regundorum* consiste nell’irrigidimento complessivo dell’ordinamento

⁵⁰ Cfr. A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non più esclusiva*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/2004, p. 976.

⁵¹ Cfr. L. Torchia, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale*, cit., p.122. L’autrice critica l’impostazione adottata dalla Corte Costituzionale, osservando come la questione della complessità sostanziale dell’azione amministrativa sia rimasta sostanzialmente estranea al percorso argomentativo della Consulta, la quale avrebbe applicato alla materia dei servizi pubblici “un armamentario tolto pari pari dai manuali di diritto amministrativo di mezzo secolo fa”.

protettivo, che finisce per disconoscere la reale consistenza delle pretese del privato di fronte all'apparato pubblico.⁵²

Da questa concezione del rapporto tra potere amministrativo e posizione giuridica soggettiva, derivano poi le critiche concernenti le conseguenze sistematiche della pronuncia sul piano del riparto di giurisdizione. Parte della dottrina ha infatti osservato che il ragionamento della Corte conduce, sul piano logico, ad una sostanziale dissoluzione della giurisdizione esclusiva. Se il giudice amministrativo è il giudice del potere e se il potere fronteggia solo gli interessi legittimi, allora nelle materie di giurisdizione esclusiva non residuerebbe alcuno spazio per i diritti soggettivi.

È questa la critica sviluppata con particolare nettezza da F.G. Scoca, secondo cui l'impostazione della Corte finisce per ridurre le materie di giurisdizione esclusiva "a quelle in cui sono presenti i soli interessi legittimi". In tal modo, la giurisdizione esclusiva verrebbe a coincidere sostanzialmente con la giurisdizione generale di legittimità, con la conseguenza che "la stessa nozione di giurisdizione esclusiva si dissolve".⁵³ Secondo Scoca, l'esito finale di tale cortocircuito è disrompente: "Con il che finisce di avere spazio la giurisdizione esclusiva... anzi è la stessa nozione di giurisdizione esclusiva che si dissolve... la stessa nozione di materia, particolare o meno, viene a dimostrarsi superflua".⁵⁴

Allo stesso modo, A. Police osserva che, a fronte dell'azione autoritativa vi siano unicamente interessi legittimi, cosicché "della giurisdizione esclusiva non vi sarebbe più necessità (o utilità) alcuna"⁵⁵ riducendosi quest'ultima a una variante marginale e coincidente con la giurisdizione generale di legittimità.

A conclusioni simili giunge anche M.A. Sandulli, evidenziando la tensione interna alla stessa motivazione della sentenza. Da un lato, infatti, la Corte ricono-

⁵² Cfr. B. Sassani, *Costituzione e giurisdizione esclusiva: impressioni a caldo su una sentenza storica*, in www.giustamm.it

⁵³ Cfr. F.G. Scoca, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 4/2004, p. 2210.

⁵⁴ Cfr. F.G. Scoca, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, cit., p. 2210.

⁵⁵ Cfr. A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non più esclusiva*, cit., p. 977.

sce piena dignità alla tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo; dall'altro, però, collega la legittimità costituzionale della giurisdizione esclusiva alla circostanza che l'amministrazione "agisca come autorità". Ne deriverebbe un esito paradossale: la giurisdizione esclusiva sarebbe costituzionalmente ammissibile solo a condizione di non estendersi realmente ai diritti soggettivi, nonostante il riferimento espresso dell'art. 103 Cost. proprio alla tutela dei "diritti".⁵⁶

Anche C.E. Gallo sottolinea il carattere problematico del criterio del potere, osservando come esso finisca per svuotare la funzione storica della giurisdizione esclusiva quale tecnica di concentrazione della tutela. Se infatti il giudice è comunque costretto a verificare caso per caso la presenza del potere e la natura delle situazioni soggettive coinvolte, viene meno quella funzione semplificatrice che aveva originariamente giustificato l'istituto.⁵⁷ In termini analoghi si esprime G. Stancanelli, secondo cui la negazione della configurabilità di diritti soggettivi di fronte al potere elimina proprio quell'intreccio tra diritti e interessi che costituisce la ragion d'essere della giurisdizione esclusiva.⁵⁸

Per questo primo e maggioritario orientamento dottrinale, la sentenza n. 204 del 2004 avrebbe dunque finito per relegare il diritto soggettivo ad una dimensione strutturalmente incompatibile con l'esercizio del potere amministrativo, lasciando irrisolto il problema della tutela piena delle pretese del privato. Tale impostazione, tuttavia, è stata oggetto di ulteriori rilievi critici da parte di quella dottrina che ha contestato la stessa identificazione del potere come elemento fondante della posizione giuridica soggettiva.

Le situazioni soggettive, infatti, non derivano dall'atto amministrativo, né vengono create o degradate dall'esercizio concreto del potere, ma trovano il proprio fondamento nella norma giuridica, che disciplina preventivamente il rapporto

⁵⁶ Cfr. M.A. Sandulli, *Il riparto di giurisdizione alla luce della sentenza n. 204 del 2004*, in *Il Foro Amministrativo - C.d.S.*, 2004.

⁵⁷ Cfr. C.E. Gallo, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Urbanistica e appalti*, n. 11/2004, p. 1919.

⁵⁸ Cfr. G. Stancanelli, *La sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale: un commento a prima lettura*, in *www.giustamm.it*, 2004.

tra interesse pubblico e interesse privato e definisce il contenuto della tutela riconosciuta al privato. Non è dunque l'atto dell'amministrazione a qualificare la posizione giuridica soggettiva, bensì la disciplina normativa che regola il rapporto sostanziale.⁵⁹

In questa prospettiva, il potere amministrativo non dovrebbe essere assunto come criterio esclusivo⁶⁰ di classificazione delle situazioni soggettive, ma piuttosto come elemento caratterizzante la specialità della giurisdizione amministrativa.

È in tale direzione che si colloca la riflessione di F. Cintioli, il quale rifiuta l'idea del "ritorno al passato" e parla piuttosto di un "ritorno al potere". Secondo l'autore, la sentenza della Corte costituzionale rappresenta una coerente riaffermazione della matrice originaria della giurisdizione amministrativa: il sindacato sul potere pubblico. La specialità della giurisdizione amministrativa troverebbe così il proprio fondamento costituzionale non nella natura della situazione soggettiva azionata, bensì nella presenza dell'esercizio del potere amministrativo. Il diritto soggettivo non perderebbe la propria natura, ma verrebbe attratto davanti al giudice amministrativo proprio perché intrecciato con l'esercizio del potere pubblico.

Nella ricostruzione dell'autore, il *proprium* della giurisdizione speciale consiste essenzialmente "nello scrutinio del potere pubblico"⁶¹. Secondo l'Autore, la Corte costituzionale ha eretto un argine necessario contro la tendenza del legislatore ordinario ad ampliare la giurisdizione esclusiva sulla base di criteri puramente oggettivi, materiali o macro-settoriali. La compatibilità costituzionale dell'istituto esige un duplice e simultaneo requisito: da un lato, l'intimo intreccio tra

⁵⁹ In tal senso Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, cit., p. 46, profili che verranno approfonditi nel capitolo IV.

⁶⁰ Cfr. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, cit., p.50. l'autore osserva che ciò "non esclude che il potere abbia una sua qualificazione nell'ordine delle situazioni soggettive o delle figure oggettive", ma evidenzia altresì come "l'attenuazione del peso dell'imperatività consenta di escludere che la sua esistenza possa produrre un deserto di diritti di fronte a sé", soprattutto quando tali diritti siano "fatti vivere dalla norma proprio nella medesima vicenda in cui deve esprimersi il potere amministrativo".

⁶¹ Cfr. F. Cintioli, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, cit., p. 1345 ss. L'Autore evidenzia come la matrice del servizio pubblico resti sullo sfondo rispetto allo scrutinio del potere, inteso come vero nucleo legittimante la specialità del giudice.

diritti soggettivi e interessi legittimi; dall'altro, la presenza di un potere amministrativo in posizione di supremazia. Ne deriva una concezione strettamente "funzionale" della giurisdizione esclusiva, che ridefinisce il rapporto tra autorità e diritto soggettivo: "Il diritto soggettivo non perde la sua natura, ma viene attratto davanti al giudice amministrativo proprio perché intrecciato con l'esercizio del potere. [...] Il giudice amministrativo conosce anche dei diritti soggettivi non perché sia il giudice naturale del diritto, ma perché il rapporto giuridico resta dominato dalla presenza dell'autorità amministrativa".⁶²

L'esigenza di superare gli esiti distruttivi della tesi del "ritorno al passato" trova nell'analisi di G. Saitta un ulteriore spunto. L'Autore prende le mosse proprio dalle conclusioni radicali di chi, muovendo da una lettura strettamente letterale della sentenza, aveva ipotizzato la virtuale scomparsa della giurisdizione esclusiva sul presupposto che il potere escluda ontologicamente il diritto. Saitta esclude che la Consulta abbia inteso avallare un simile cortocircuito logico e chiarisce che la pronuncia non postula affatto un'identificazione necessaria tra esercizio dell'autorità e assenza di diritti soggettivi. La Corte ha inteso unicamente precisare che la giurisdizione esclusiva esige la *compresenza* – e non la mera presenza – dell'interesse legittimo, escludendo l'applicabilità dell'istituto in quelle ipotesi in cui l'amministrazione operi secondo moduli interamente privatistici, spogliata di ogni prerogativa pubblicistica.⁶³ All'interno di questo perimetro, la giurisdizione esclusiva recupera la sua nobile funzione originaria di tecnica di concentrazione delle tutele: "Diritti soggettivi e interessi legittimi convivono e si intrecciano in perfetta simbiosi e sovente confondendosi reciprocamente [...]. Proprio tale commistione giustifica la permanenza della giurisdizione esclusiva come tecnica di concentrazione

⁶² Cfr. F. Cintioli, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, cit., p. 1348.

⁶³ Saitta, F. (2004). *Tanto tuonò che piovve: riflessioni – d'agosto – sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in www.lexitalia.it.

della tutela nei settori in cui la distinzione tra le due situazioni soggettive risulta difficilmente separabile”.⁶⁴

Il dibattito aperto dalla sentenza n. 204 del 2004 si collega infine all’evoluzione successiva del Codice del processo amministrativo. Parte della dottrina, infatti, ha osservato come il modello di “piena giurisdizione” recepito dal Codice dimostri che il giudice amministrativo, pur essendo giudice del potere, può conoscere anche di diritti soggettivi. In particolare, il combinato disposto degli artt. 30 e 31 c.p.a. consente oggi al giudice amministrativo di assicurare una tutela piena ed effettiva anche a posizioni sostanziali qualificabili come veri e propri diritti soggettivi. L’essenza della tutela amministrativa contemporanea non risiede più nella rigida classificazione astratta delle situazioni soggettive, bensì nella verifica concreta dell’incidenza del potere pubblico sull’assetto degli interessi coinvolti. In questa prospettiva, l’art. 103 Cost. deve essere interpretato evolutivamente e in armonia con il principio di effettività della tutela sancito dall’art. 24 Cost.: diritti soggettivi e interessi legittimi non costituiscono più categorie rigidamente separate, ma posizioni suscettibili di configurarsi lungo l’intera gamma dei rapporti con il potere amministrativo. La giurisdizione esclusiva, pertanto, lungi dal rappresentare una mera anomalia del sistema, continua a costituire lo strumento attraverso cui assicurare una tutela piena ed effettiva del cittadino nei confronti dell’amministrazione.⁶⁵

⁶⁴ Cfr. F. Cintioli, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, cit., p. 1345 L’autore evidenzia come, nei settori caratterizzati dalla compenetrazione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, la presenza di un atto sostanzialmente provvedimentale ed espressivo di potestà pubblica consenta di superare le incertezze relative all’esatta qualificazione della posizione soggettiva, essendo il collegamento con la materia e con il potere amministrativo sufficiente a fondare la giurisdizione del giudice speciale.

⁶⁵ Cfr. Romano Tassone, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010, p. 2 ss., con ampi riferimenti a F. Ledda, *Il problema della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo* (1972). L’Autore evidenzia il rischio di una perdita di consistenza sistematica dell’istituto di fronte alla paratattica elencazione dell’art. 133 c.p.a. L’Autore conclude invocando una rilettura evolutiva dell’art. 103 Cost. in conformità all’art. 24 Cost., tesa a riconoscere la potenziale emersione di diritti e interessi lungo l’intera gamma dei poteri della Pubblica Amministrazione.

1.7 I connotati del collegamento con il potere

Come visto, la sentenza n. 204 del 2004 individua nel collegamento con l'esercizio del potere amministrativo il criterio costituzionalmente necessario per giustificare la devoluzione delle controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo. Il problema di individuare suddetto collegamento assume particolare rilievo proprio alla luce delle critiche dottrinali esaminate nel paragrafo precedente. Se infatti si accogliesse l'idea tradizionale secondo cui il potere amministrativo sarebbe ontologicamente incompatibile con il diritto soggettivo, la stessa sopravvivenza della giurisdizione esclusiva risulterebbe difficilmente spiegabile.

È invece proprio il progressivo superamento dell'equazione tra potere autoritativo e degradazione del diritto a consentire di comprendere come la presenza del potere possa giustificare la devoluzione della controversia al giudice amministrativo anche quando vengano in rilievo diritti soggettivi.

In questa prospettiva, parte della dottrina ha evidenziato come l'errore storico del sistema sia consistito nell'aver identificato il potere amministrativo con la sua dimensione imperativa e degradatoria, facendo derivare dalla sola presenza dell'autorità pubblica l'automatica trasformazione del diritto soggettivo in interesse legittimo.

In particolare, V. Domenichelli osserva come la "presunta incompatibilità fra potere e diritto" abbia profondamente condizionato la costruzione del sistema delle garanzie giurisdizionali, sino a far coincidere la presenza del potere con l'assenza del diritto soggettivo.⁶⁶

⁶⁶ L'autore sottolinea la doverosità di tali precisazioni, poiché dai presunti caratteri "ineludibili" del provvedimento amministrativo — "imperatività, idoneità a degradare diritti, autoritatività" — "si sono derivate veramente troppe conseguenze che hanno condizionato in modo decisivo anche la costruzione delle garanzie giurisdizionali". In particolare, l'autore osserva come la "presunta incompatibilità fra potere e diritto" abbia consentito di "trasportare le controversie sui diritti in capo al giudice amministrativo", con un effetto che ha "distorto profondamente il significato delle situazioni soggettive e alla fine dello stesso sistema giurisdizionale, obliterando come questo fosse fondato su di un giudice dei diritti, capace di prescindere dai provvedimenti" Cfr. V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Cedam, 1988, p. 52.

Muovendo da tale critica, l'autore propone di distinguere il potere amministrativo dall'idea stessa di imperatività. L'incompatibilità con il diritto soggettivo riguarderebbe infatti soltanto il potere inteso in senso degradatorio, ossia come capacità dell'amministrazione di comprimere unilateralmente la posizione del privato; non invece il potere concepito come funzione amministrativa esercitata per il perseguimento di un interesse pubblico. In questa prospettiva, il tratto realmente caratterizzante del potere non sarebbe l'imperatività, bensì l'unilateralità dell'azione amministrativa, intesa come speciale modalità di esercizio della funzione pubblica.⁶⁷

Assumendo di poter sganciare il potere dalla necessaria dimensione imperativa⁶⁸, diventa allora possibile ammettere la coesistenza tra esercizio della funzione amministrativa e diritti soggettivi.

La posizione del privato, infatti, non trae origine dagli attributi del provvedimento amministrativo, ma dalla disciplina normativa che conforma il rapporto sostanziale. Ne consegue che la presenza del potere non determina automaticamente il degradare del diritto, ma rileva piuttosto quale elemento che giustifica la devoluzione della controversia al giudice amministrativo, in ragione della specialità della funzione pubblica esercitata.

⁶⁷ L'autore ravvisa "nell'unilateralità il vero suo attributo costante, anche quando la norma richieda l'adesione o la domanda dell'interessato, perché comunque gli effetti esterni si imputano all'atto di amministrazione". In tale prospettiva, il provvedimento amministrativo viene ricostruito come espressione "di un potere amministrativo non necessariamente imperativo sebbene unilaterale", collocandosi così "fuori dalle usuali ricostruzioni del provvedimento amministrativo", in quanto autoritativo "non in quanto autoritario, ma in quanto espressione dell'autorità amministrativa abilitata dalla legge a tradurre unilateralmente nella fattispecie reale la fattispecie astratta". Ne deriva un modello caratterizzato "soltanto da un regime giuridico speciale nel quale il consenso dei soggetti interessati all'azione può far parte della fattispecie, ma non assurge a regola della produzione degli effetti dell'atto". Cfr. V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Cedam, 1988, p. 51.

⁶⁸ Sul problematico rapporto tra potere amministrativo e imperatività dell'atto, tra i contributi classici, Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Giuffrè, 1975, Milano, p.220., che critica tale impostazione osservando come, dinanzi al potere amministrativo, non sussistano diritti soggettivi in senso proprio; nonché E. Cannada Bartoli, *La tutela giurisdizionale del cittadino verso la pubblica amministrazione*, 1964 Giuffrè, Milano, p. 93, che collega il rafforzamento dell'efficacia dell'atto amministrativo all'impossibilità per il giudice ordinario di sindacare principaliter la legittimità. Sul punto, v. anche la ricostruzione offerta da B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, cit. p.292, il quale evidenzia come il riparto di giurisdizione non possa essere ricondotto alla sola dimensione imperativa dell'atto, ma richieda piuttosto di verificare la permanenza di un effettivo potere conformativo e discrezionale in capo all'amministrazione.

È proprio questo il significato ultimo dell'argomentazione della Corte Costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004: il giudice amministrativo non è il giudice naturale dell'amministrazione in quanto parte pubblica, ma il giudice chiamato a sindacare controversie nelle quali venga in rilievo l'esercizio di un potere pubblico.

La presenza di diritti soggettivi, pertanto, non esclude la giurisdizione amministrativa, nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva; ciò che rileva è che tali diritti risultino coinvolti in una vicenda caratterizzata dal collegamento con l'esercizio del potere pubblico. In assenza di tale collegamento, invece, resta ferma la competenza del giudice ordinario quale giudice naturale dei diritti soggettivi.

La progressiva emancipazione della nozione di potere dall'elemento dell'imperatività ha inoltre consentito di superare la tradizionale identificazione del potere con il solo provvedimento amministrativo autoritativo. La dottrina più recente ha infatti evidenziato come il potere possa manifestarsi anche attraverso strumenti consensuali, moduli privatistici o comportamenti materiali, purché riconducibili all'esercizio di una funzione pubblica.

Cosicché ciò che assume rilievo, ai fini del riparto, non è tanto la forma concretamente utilizzata dall'amministrazione, quanto "la titolarità e l'attribuzione astratta, a livello normativo, di un potere amministrativo per il conseguimento di un fine pubblico". Ne consegue che il collegamento con il potere può sussistere anche quando l'amministrazione agisca mediante strumenti negoziali o attività materiali, purché tali condotte risultino riconducibili all'esercizio della funzione amministrativa.⁶⁹

Il potere può rilevare nella controversia, come chiarito dalla Corte costituzionale n. 191/2006, non soltanto in via diretta, ma anche in forma mediata, risultando, in tal caso, indirettamente riconducibile all'esercizio della funzione amministrativa. Da tale impostazione discende la distinzione tra collegamento immediato e collegamento mediato con il potere.

⁶⁹ Cfr. A.Sandulli, *Potere e procedimento amministrativo*. In *Enciclopedia del Diritto-I Tematici* 5/2023, (pp. 543-564), p.spec.558, Giuffrè Francis Lefebvre.

Nel primo caso il collegamento è diretto: il potere si estrinseca in un provvedimento o in un atto amministrativo. Nel secondo caso, invece, la lesione lamentata trae origine da un comportamento dell'amministrazione che, pur non costituendo espressione diretta del potere, si pone in rapporto con esso, risultando solo indirettamente riconducibile al suo esercizio.

L'indeterminatezza di tale nozione di collegamento con il potere costituisce oggi uno dei principali fattori di incertezza del riparto di giurisdizione. Sul punto si cercherà di far emergere le differenti impostazioni tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato. La prima tende generalmente a richiedere un collegamento di tipo giuridico, fondato tanto sull'analisi del potere sottostante al provvedimento quanto sulla riconducibilità del comportamento alla norma attributiva del potere o alle modalità esecutive previste dall'atto amministrativo; il secondo valorizza invece un collegamento di tipo storico-funzionale o eziologico, ritenendo sufficiente che la lesione si collochi all'interno di una vicenda amministrativa originata dall'esercizio del potere pubblico.

È proprio questa elasticità del collegamento con il potere — suscettibile di espandersi o restringersi a seconda della concezione adottata — ad aver trasformato la giurisdizione esclusiva da strumento di semplificazione del riparto a nuovo fattore di complessità sistematica.

La verifica del collegamento con il potere, infatti, non si esaurisce più nell'accertamento dell'esistenza di un potere amministrativo, ma richiede una più ampia indagine sulla funzione concretamente esercitata dalla pubblica amministrazione e sul rapporto tra la lesione dedotta e la vicenda autoritativa sottostante.

1.8 L'elasticità del collegamento con il potere e i suoi riflessi sulla giurisdizione esclusiva

Come visto⁷⁰ la portata applicativa della sentenza comporta che in ogni singola controversia, infatti, il giudice deve verificare la sussistenza di questo collegamento al potere⁷¹, essendo insufficiente affidarsi al solo criterio oggettivo della pertinenza della materia.⁷²

Tale insufficienza ha reso necessario intraprendere il percorso interpretativo, già battuto nell'ambito dell'ordinario riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo, basato sul *petitum* sostanziale.

La giurisdizione viene individuata dal giudice sulla base della domanda, rilevando non già “la prospettazione compiuta dalle parti, bensì il *petitum* sostanziale, il quale deve essere identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, quanto bensì in funzione della *causa petendi*, ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati”.⁷³

⁷⁰ Come già anticipato (cfr. *supra* capitolo I, § 1.5), è stata progressivamente seguita la seconda delle due impostazioni emerse all'indomani della sentenza n. 204 del 2004, secondo cui il collegamento con il potere non opera soltanto quale limite costituzionale imposto al legislatore nella conformazione delle materie di giurisdizione esclusiva, ma costituisce altresì un criterio interpretativo destinato a orientare, caso per caso, l'individuazione del giudice munito di giurisdizione. È proprio tale lettura ad aver determinato la centralità assunta dal collegamento con il potere nell'attuale sistema del riparto.

⁷¹ Si rileva fin da subito come i criteri per identificare o escludere il potere non siano definibili in modo univoco, in quanto non siano suscettibili di una definizione univoca, in ragione della pluralità di parametri elaborati nella prassi giurisprudenziale, tra loro non sempre coordinati. “Occorre piuttosto riconoscere che i vari criteri emergenti nella prassi giurisprudenziale posseggono ciascuno una propria ragion d'essere e che la loro sovrapposizione, apparentemente episodica e casuale, esprime in realtà una permanente tensione tra valori ordinamentali differenti, ma tutti ugualmente fondamentali, che richiedono una composizione impossibile da fissare una volta per tutte” (B. Tonoletti, *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione del giudice ordinario*, 2021, cit., p.73).

⁷² La logica di tale accertamento non è una novità: già negli anni Quaranta del secolo scorso le Sezioni Unite della Cassazione avevano individuato, per il riparto della giurisdizione, il criterio della carenza o del cattivo esercizio del potere. Ramajoli, M. M. (2025). *Potere autoritativo, prospettiva rimediale e adeguatezza dei poteri del giudice amministrativo a vent'anni dalla sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2025(2), p.343.

⁷³ Il criterio del *petitum* sostanziale viene ripreso nella quasi totalità delle sentenze che si pronunciano in materia di giurisdizione, tra le tante: Cass., sez. un., nn. Cass. civ., Sez. Un., 12 settembre 2019, n. 22768, Cass. civ., Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 3732; Cass. civ., Sez. Un., 7 aprile 2015, n. 6916; Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2013, n. 16883; con nota G. Milizia, *Il TAR ha giurisdizione esclusiva sul risarcimento danni causati dalla realizzazione della TAV*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 00, 8 luglio 2013, p. 1002ss, Cass. civ., Sez. Un., 11 ottobre 2011, n. 20902, Cass. civ., Sez. Un., 25 giugno 2010, n. 15323.

In quest'ottica, nell'ambito delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo conosce delle controversie solo quando esse abbiano ad oggetto, in concreto, la valutazione della legittimità dell'esercizio del potere; in mancanza di una correlazione, anche mediata, con tale esercizio, la giurisdizione spetta invece al giudice ordinario.

Da un lato, infatti, sulla base del percorso interpretativo suddetto, la giurisprudenza ha circoscritto — non senza le consuete oscillazioni — le ipotesi che sfuggono alla giurisdizione esclusiva ricadendo nella giurisdizione del giudice ordinario: si tratta dei casi in cui la lesione del diritto deriva da una totale carenza di potere o da un esercizio di un potere interamente vincolato, nonché delle controversie relative a un diritto soggettivo non coinvolgente atti autoritativi, caratterizzati da potere discrezionale della pubblica amministrazione.⁷⁴ Dall'altro lato si sono aperti numerosi dubbi riguardo alla natura di istituti mai definitivamente sistematizzati e qualificati.⁷⁵

L'incertezza applicativa del riparto di giurisdizione deriva non solo dalla complessità nell'individuazione delle condizioni di esistenza del potere⁷⁶, ma altresì dalle tensioni tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione, ciascuno dei quali tende a rivendicare la giurisdizione su diverse materie, dando luogo a discrepanze concettuali e interpretative, le quali rendono incerto il confine tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria.⁷⁷

⁷⁴ Sciarretta, *Giurisdizione amministrativa "esclusiva" nella tutela dei diritti soggettivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *Federalismi*, 3/2018, p.26.

⁷⁵ G., *Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva...*, cit. 884-911, p. 905: sottolinea l'inconveniente derivante dalla necessità di qualificare la posizione giuridica soggettiva che la giurisdizione esonerava dal compiere, e come tornano di moda (e così è stato) i dubbi circa "il riscatto, la decadenza in materia di concessione di pubblico servizio, il recesso in materia di accordi ex art. 11, i contributi in tema di finanziamento dei mezzi di trasporto, la revisione dei prezzi, ecc..".

⁷⁶ Si tratta di una "operazione interpretativa che presenta elevati margini di opinabilità" e che perciò "può generare incertezze giurisdizionali anche all'insegna della imprevedibilità" (Ramajoli, M. M., *Potere autoritativo, prospettiva rimediabile e adeguatezza dei poteri del giudice amministrativo a vent'anni dalla sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, cit. p. 343.

⁷⁷ La "forte tensione" tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato che periodicamente si ripropone è ricordata da Tropea G., *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo "interno" ed "esterno" tra corti*, in *Diritto*

Le incertezze e le problematiche tuttora irrisolte lasciate dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 risultano plurime e rilevanti e saranno affrontate nell'intero ambito dell'elaborato.

In primis ed in linea generale paiono evidenti le problematiche interpretative inerenti ai seguenti profili: la portata applicativa della pronuncia (204/2004); la nozione di potere amministrativo e la sua estensione; l'elasticità del collegamento tra potere e fattispecie dedotta in giudizio.

La portata dei principi enunciati dalla Corte Costituzionale per risolvere le questioni di giurisdizione non è sempre intesa come criterio ermeneutico per la devoluzione della controversia alla giurisdizione esclusiva. Emblematica, in questo senso, la lettura fornita dalla sentenza n. 489 del 2025 del Consiglio di Stato.

La controversia concerneva la ostica materia delle clausole di revisione dei prezzi che veniva risolta affermando, in contrasto con l'indirizzo delle Sezioni Unite della Cassazione⁷⁸, la giurisdizione del giudice amministrativo.

In questa occasione il Consiglio di Stato valorizza una diversa lettura del parametro della sentenza n. 204/2004, secondo cui esso "attiene esclusivamente ai confini (costituzionali) entro i quali il legislatore ordinario [...] deve contenere i suoi interventi volti a redistribuire le funzioni giurisdizionali", con la conseguenza che tali principi sono rivolti primariamente al legislatore e solo "in via indiretta" al giudice, "non (tanto) a fini interpretativi [...] quanto a fini di delibazione della [...] incompatibilità con la Costituzione"⁷⁹.

Processuale Amministrativo, 2018, p. 1255. Tensione che spesso "può dare la sensazione di essere condizionato dai "successi" che l'uno o l'altro giudice consegue avanti l'una o l'altra giurisdizione" Gallo, C. E. (2020). *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni ridisegnata dalla Corte di Cassazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, p.518.

⁷⁸ Sul punto, Cass. civ., Sez. Un., 12 ottobre 2020, n. 21990; Cass. civ., Sez. Un., 22 novembre 2021, n. 35952, Cass. civ., Sez. Un., 8 febbraio 2022, n. 3935. Come meglio si vedrà *infra*, capitolo II, § 2.5, l'orientamento delle sezioni unite ha progressivamente adottato un'interpretazione restrittiva dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2), d.lgs. n. 104/2010, distinguendo tra clausole di revisione dei prezzi che implicano l'esercizio di discrezionalità amministrativa – con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo – e clausole che configurano un obbligo contrattuale puntuale in capo alla P.A., tutelabile dinanzi al giudice ordinario.

⁷⁹ Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2025, n. 489, punto 4.3.1, "Fatto e diritto".

Il Consiglio di Stato ha ritenuto compatibile con la Costituzione l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2), d.lgs. n. 104/2010, in quanto “la materia risulta presentare un “necessario collegamento” con la natura delle situazioni soggettive come precisato nella sentenza n. 204/2004”. Ciò basta — secondo l'impostazione del Consiglio di Stato — a determinare la giurisdizione: il giudice può, infatti, affidarsi, “senza andare ad indagare, volta a volta se siano stati o meno esercitati poteri autoritativi”, esclusivamente al “dato oggettivo della materia per individuare il plesso giurisdizionale di appartenenza”.

Passando al secondo profilo, la nozione di potere amministrativo ha subito, seppur non in maniera lineare, una progressiva dilatazione, soprattutto nell'ambito dei comportamenti con riferimento ai servizi pubblici e, in particolare, ai fini della tutela risarcitoria.⁸⁰

L'estensione vede il passaggio da una concezione ristretta di potere autoritativo — esercitato attraverso l'adozione o l'omissione di provvedimenti amministrativi — a una nozione più ampia, comprensiva anche di attività riconducibili a funzioni organizzative, gestionali e di controllo, finendo per limitare l'area dei comportamenti riconducibili al *neminem laedere* e quindi alla giurisdizione del giudice ordinario.

Questo mutamento, oltre che nella giurisprudenza di merito e nella Corte di Cassazione, si registra anche per quanto alla Corte Costituzionale la quale, con sua sentenza n. 178/2022, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 133, comma 1, lett. p)⁸¹.

⁸⁰ Come meglio si vedrà nel proseguito (cfr. *infra* capitolo III, § 3.3) nel contesto della tutela risarcitoria per un diritto leso, ciò che risulta dirimente al fine del riparto di giurisdizione è la qualificazione del comportamento lesivo: se frutto del “se” e del “come” dell'amministrazione oppure comportamento materiale, non collegato nemmeno mediamente all'esercizio di pubblici poteri.

⁸¹ Il rimettente sottolineava come si sia “formato un orientamento del giudice di legittimità in contrasto con le pronunce di questa Corte, che – in linea con le sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 – hanno delimitato l'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle ipotesi in cui “l'amministrazione agisca [...] come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi [...] sia mediante atti unilaterali e autoritativi sia mediante moduli consensuali [...] sia infine mediante comportamenti posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistenti in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio” cfr. Corte Cost., sent. 9 giugno 2022, n. 178.

Il caso verteva sulla lesione del diritto alla salute, dovuta alla fuoriuscita di un getto di olio bollente da un barile abbandonato fra i rifiuti.

Per la Corte Costituzionale la lesione era causata da un comportamento comunque riconducibile all'esercizio del potere, inteso come "potere di sorveglianza, anche solo sotto il profilo della custodia", ritenendo che la condotta dell'amministrazione, pur non configurandosi come un atto autoritativo tradizionale, rientrasse comunque nell'esercizio del potere, poiché collegata alla gestione del ciclo dei rifiuti.

In tal modo, l'autorità della pubblica amministrazione si configura oggi non solo come potere autoritativo in senso stretto, ma anche come forma di azione orientata alla cura dell'interesse pubblico o all'adempimento della missione istituzionale.

Ancora il Consiglio di Stato, in materia di cure all'esterno⁸², con la sentenza n. 6371/2020, ha ribadito la perdurante sussistenza del potere amministrativo, anche in assenza di spazi di discrezionalità, in quanto l'amministrazione conserva, comunque, una funzione di controllo e vigilanza.

In tale prospettiva, "il potere, dunque, rimane espressione di 'supremazia' o, in termini più moderni, di 'funzione', anche se l'*an* e il *quomodo* del suo esercizio risultano integralmente predeterminati dalla legge"⁸³.

Il terzo elemento di incertezza riguarda l'elasticità del collegamento con il potere, che, come una fisarmonica, può ampliarsi o restringersi, in base alle esigenze ordinamentali.

Talvolta, il criterio viene interpretato in maniera estensiva, ritenendo sussistente il collegamento anche in assenza dei presupposti formali del potere o di specifici provvedimenti, poiché ciò che conta, secondo questa impostazione, è il

⁸² Sul tema delle cure all'esterno si tratterà nel capitolo IV: in particolare, al § 4.2, con riferimento alla teoria dei diritti incompressibili, e al § 4.3 sotto il profilo dell'attività vincolata.

⁸³ Cons. Stato, Sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371, punto 11.4 "Fatto e diritto"

collegamento storico-funzionale, ossia la riconducibilità della lesione al procedimento avviato dall'atto autoritativo originario.

È il caso della c.d. espropriazione illegittima⁸⁴, in cui la dichiarazione di pubblica utilità costituisce l'atto autoritativo originario che fa emergere il potere pubblicistico sul bene e avvia un procedimento finalizzato a un'opera di interesse collettivo. Le attività successive di occupazione e trasformazione del fondo, anche se non accompagnate da un decreto di esproprio, restano, secondo questo orientamento, storicamente e funzionalmente riconducibili a quell'esercizio originario del potere.⁸⁵

La mancata adozione del decreto, sempre secondo tale interpretazione, non spezza il nesso eziologico tra attività amministrativa e fine pubblico, ma incide solo sulla legittimità, non sulla permanenza del potere.

Il criterio decisivo diventa così il collegamento storico-funzionale: rileva la riconducibilità causale della lesione all'esercizio di una funzione pubblica e non l'esistenza attuale del potere. Pertanto, solo in assenza della dichiarazione di pubblica utilità, la controversia passa al giudice ordinario, configurandosi a quel punto come occupazione "per via di fatto" priva di collegamento autoritativo. Diversamente, il predetto orientamento considera il comportamento della pubblica amministrazione seppur illegittimo parte di un procedimento caratterizzato da atti tipici collegato al potere e non un mero fatto materiale.

⁸⁴ Sulla differenza tra espropriazione "usurcapiva" e espropriazione illegittima ci si soffermerà nel capitolo III, cfr. *infra* § 3.2, dove si darà conto dell'estensione di questa impostazione, con particolare rilievo anche ad altri atti, come evidenziato nelle sentenze nn. Cass. civ., Sez. Un., 29 marzo 2013, n. 7938 e Cass. civ., Sez. Un., 16 luglio 2008, n. 19501, riguardanti la PEEP.

⁸⁵ Tale indirizzo è stato inaugurato dal Consiglio di Stato con Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2007, n. 9, con nota di N. Paolantonio, *Sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità ed accessione invertita: problemi di giurisdizione*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 9, p. 2416 e successivamente avvalorato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con pronunce tra cui le sentenze nn. Cass. civ., Sez. Un., 29 marzo 2013, n. 7938 e Cass. civ., Sez. Un., 2023, n. 34693.

Qualche volta il collegamento con il potere richiesto è più stringente e il provvedimento viene degradato a mero fatto storico, come ad esempio, nel caso della lesione dell'affidamento incolpevole del privato.⁸⁶

In questi casi, il danno subito dal privato non deriva direttamente dall'illegittimità dell'atto, ma dal comportamento materiale della P.A., questo in quanto non si ritiene sussistente un collegamento eziologico immediato, fra l'atto e il danno, ex art. 1223 c.c..

Il provvedimento, pur se esistente, non determina automaticamente la giurisdizione amministrativa, ma costituisce un semplice fatto storico idoneo a fondare la responsabilità civilistica, ex art. 2043 c.c.⁸⁷.

Questi due esempi mostrano l'elasticità del collegamento con il potere: da un lato, nel caso dell'espropriazione illegittima, il collegamento storico-funzionale permette di estendere la giurisdizione anche agli atti, o comportamenti, successivi; dall'altro, nel caso dell'affidamento incolpevole, il provvedimento amministrativo non è sufficiente a creare un collegamento eziologico diretto e persiste solo come mero fatto storico, inidoneo a determinare la giurisdizione del giudice amministrativo.

⁸⁶ La trattazione della tutela dell'affidamento, nonché del suo, a mio avviso triste epilogo, sarà svolta nel capitolo IV, § 4.5

⁸⁷ per l'orientamento in questione si veda in Cass. civ., Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6594, Cass. civ., Sez. Un., 21 novembre 2011, n. 24438, Cass. civ., Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236; Cass. civ., Sez. Un., 4 settembre 2015, n. 17586, con nota di M. Sinisi, *Annullamento della concessione per la realizzazione e gestione di un porto turistico*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 5, p. 1059, e nota di C. E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, giugno 2016, p. 564; risulta superato dalla recente Cass. civ., Sez. Un., 30 settembre 2025, n. 26080, in *Diritto processuale amministrativo*, 2026, 1, p. 111 ss., che finisce per avvalorare la tesi del Consiglio di Stato v. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 29 novembre 2021, n. 20.

CAPITOLO II

LA DEFINIZIONE DEL COLLEGAMENTO IMMEDIATO AD OPERA DELLA GIURISPRUDENZA

2.1 Il collegamento immediato con il potere amministrativo tra esercizio autoritativo e moduli consensuali

Muovendo da tali premesse l'analisi prende avvio dalle ipotesi di collegamento immediato con il potere amministrativo.

Il provvedimento amministrativo è tradizionalmente considerato l'espressione più tipica e immediata della funzione autoritativa della pubblica amministrazione.⁸⁸ Esso costituisce, infatti, lo strumento attraverso il quale l'amministrazione, quale titolare di una funzione autoritativa, incide unilateralmente nella sfera giuridica altrui, senza il concorso della volontà del destinatario, realizzando in concreto l'esercizio del potere attribuitole dall'ordinamento.⁸⁹

Al provvedimento amministrativo, individuato come strumento attraverso cui l'amministrazione persegue l'interesse pubblico mediante un esercizio unilaterale e vincolante del potere, si contrappone una categoria eterogenea di atti, i cosiddetti meri atti. Si tratta di atti dell'amministrazione pubblica caratterizzati dall'unilateralità, in quanto posti in essere dall'autorità amministrativa, ma privi di effetti giuridici vincolanti immediati sui destinatari.⁹⁰

Nella prospettiva dell'interpretazione delle clausole di giurisdizione esclusiva tali atti sono considerati, unitamente ai provvedimenti, idonei a rivelare il collegamento con l'esercizio della podestà pubblica, in quanto espressione del potere amministrativo. Ne consegue che, ai fini del riparto di giurisdizione, perde rilievo

⁸⁸ Per un approfondimento sulla nozione di provvedimento e sulle riflessioni dottrinali più recenti, cfr. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.

⁸⁹ Giannini, M. S. (1959). *Atto amministrativo*. In Enciclopedia del diritto (Vol. 4, pp. 157 ss.). Milano, Giuffrè, p.158.

⁹⁰ R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p.43.

la distinzione tra provvedimenti e atti privi di immediata efficacia lesiva, assumendo invece centralità la loro riconducibilità all'esercizio di un potere autoritativo.⁹¹

La giurisdizione amministrativa si configura ogni qual volta la controversia riguardi il sindacato sulla legittimità di un atto o provvedimento autoritativo, ovvero quando la lesione della posizione giuridica lamentata dal ricorrente derivi direttamente da quest'ultimo. Permangono, comunque, profili di incertezza nella delimitazione dell'ambito di tale giurisdizione, in particolare con riferimento alla qualificazione dell'atto – come espressione di potere autoritativo o come atto paritetico⁹² o atto ricognitivo – e alla distinzione tra attività vincolata e discrezionale cui l'atto si riferisce.

L'accertamento della sussistenza del collegamento del potere alla fattispecie oggetto di giudizio, perciò, si sviluppa ponendo attenzione a due direttrici: la

⁹¹ Gli atti strumentali o preparatori – come proposte, pareri, deliberazioni preliminari, nulla osta, certificazioni, registrazioni o verbalizzazioni – accompagnano il procedimento amministrativo di cui il provvedimento costituisce l'esito finale. Pur non incidendo direttamente sulle situazioni giuridiche dei terzi, essi sono funzionalmente collegati all'atto autoritativo e, in alcuni casi, possono essere impugnati davanti al giudice amministrativo (ad esempio, in caso di esclusione da gare o diniego di nulla osta). Tale collegamento rende discutibile l'idea di considerare gli atti strumentali come una categoria autonoma, anche perché alcune regole del regime giuridico del provvedimento – quali l'obbligo di motivazione o la possibilità di annullamento d'ufficio – si applicano talvolta anche a questi atti. v. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p.44.

⁹² La nozione di atti paritetici ha origine nella giurisprudenza del Consiglio di Stato dei primi decenni del Novecento, elaborata soprattutto in materia di pubblico impiego, per distinguere le ipotesi in cui l'amministrazione non agisce in posizione autoritativa. Tale categoria ha tuttavia suscitato critiche in dottrina, che ne hanno evidenziato l'imprecisione e l'eterogeneità, includendovi situazioni difficilmente riconducibili a un modello unitario (cfr. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 46). In questa prospettiva, M. S. Giannini osserva come la distinzione elaborata dal Consiglio di Stato non implichi una netta coincidenza tra provvedimento amministrativo e atto autoritativo, rilevando che tra gli atti paritetici vengono inclusi anche atti che costituiscono veri e propri provvedimenti amministrativi, talora discrezionali, quali, ad esempio, la rivalutazione del conto individuale ai fini del trattamento di fine rapporto o la concessione di un premio al dipendente pubblico autore di un'invenzione (*Atto amministrativo*, cit., p. 168). Ne deriva che il Consiglio di Stato avrebbe "riunito in una nozione empirica entità eterogenee", comprendendo sia atti provvedimentali sia atti riconducibili all'adempimento di obbligazioni pubbliche.

verifica della natura autoritaria dell'atto, quale manifestazione di potere pubblico, e la verifica del carattere discrezionale del potere esercitato.⁹³

La complessità aumenta ulteriormente nell'ambito dei rapporti tra pubblica amministrazione e privato, in cui non assume rilievo decisivo né la natura pubblicistica o privatistica del rapporto, né la sua fonte, che può derivare, ad esempio, da concessioni, contratti o accordi.⁹⁴ All'interno di tali rapporti, infatti, ciò che rileva è la possibilità per l'amministrazione di agire in posizione autoritativa.

⁹³ Il criterio fondato sulla tipologia di attività amministrativa è rilevante per individuare la posizione giuridica fatta valere. In particolare, si suole configurare un diritto soggettivo quando la legge determina in modo puntuale i presupposti di fatto e impone all'amministrazione una condotta specifica, dando luogo a un rapporto giuridico caratterizzato da diritti e obblighi. Quando l'amministrazione è integralmente vincolata, l'atto finale non costituisce esercizio di potere discrezionale, poiché non implica alcuna ponderazione di interessi: il provvedimento, infatti, non determina la posizione giuridica del privato, che trova nella legge la propria fonte e tutela. In tal senso, il criterio distintivo risiede nel tipo di attività svolta dall'amministrazione: se vincolata, non vi è esercizio di potere discrezionale e la posizione del privato si configura come diritto soggettivo, già pienamente determinato. Un esempio classico è offerto dalle sovvenzioni pubbliche: quando la legge attribuisce direttamente il beneficio, si configura un diritto soggettivo; quando invece l'amministrazione deve valutare discrezionalmente il riconoscimento, l'interesse del privato assume la natura di interesse legittimo. Cfr. Scoca, F. G., Cacciavillani, C., altri. (2021). *Diritto amministrativo* (a cura di F. G. Scoca, C. Cacciavillani ... [et al.]). Torino, Giappichelli, p.269 il quale sottolinea che in dottrina si discute sulla qualificazione di questi atti: "Forti perplessità sono state affacciate da più parti (Guarino, Ledda, Orsi Battaglini); ed in effetti è arduo, almeno a prima vista, qualificare come autoritativi atti di semplice attuazione di disposizioni che si impongono all'amministrazione, senza lasciarle spazio per alcuna modificazione".

Si è osservato che la verifica circa il carattere vincolato o discrezionale dell'attribuzione del contributo dipende da un'operazione interpretativa volta ad accertare se la legge individui in modo puntuale i relativi presupposti, escludendo margini di valutazione in capo all'amministrazione. Come meglio verrà approfondito nel capitolo IV, § 4.3 dedicato alla attività vincolata e la posizione giuridica del privato, assumono rilievo sia l'ampiezza riconosciuta alla discrezionalità amministrativa, sia il grado di tutela e la consistenza dell'interesse individuale considerato dalla norma (Tonoletti, B. (2021). *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione...* cit. p.77).

⁹⁴ In questo senso, è stato efficacemente osservato in dottrina cfr. A. Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Il Foro italiano*, 10/2004, I, p. 2601, con riferimento ai pubblici servizi, che: "non è l'istituto cui sia riconducibile la vertenza, né la natura pubblicistica o privatistica del rapporto controverso (di conseguenza non è sufficiente, per radicare la giurisdizione esclusiva, la circostanza che la vertenza riguardi una obbligazione pubblica [...]), ma è la relazione diretta con il potere, di cui si deduca l'illegittimo esercizio, o l'omissione, se l'esercizio sia mancato o diverso".

Il discrimine non è individuabile nello strumento concreto utilizzato – negoziale o unilaterale – ma nell'esistenza, anche solo in potenza, della possibilità per l'amministrazione di esercitare unilateralmente il potere amministrativo.⁹⁵

Alla difficoltà di individuare, caso per caso, la presenza del potere all'interno dei rapporti — siano essi pubblicistici o privatistici⁹⁶ — va di pari passo l'evoluzione verso un modello di amministrazione consensuale che complica ulteriormente l'analisi.⁹⁷ Infatti, sebbene gli atti strumentali e il provvedimento amministrativo costituiscano manifestazioni centrali dell'azione amministrativa, essi non esauriscono le forme di esercizio del potere.

Il potere amministrativo, in virtù del principio dell'indifferenza dello schema giuridico formale, con il quale viene concretamente esercitato, può esplicarsi tanto mediante atti unilaterali quanto attraverso moduli consensuali.⁹⁸

⁹⁵ Cfr. A. Sandulli, *Potere e procedimento amministrativo*. In *Enciclopedia del Diritto-I Tematici* 5/2023 (pp. 543-564). Giuffrè Francis Lefebvre. p.558. L'autore sottolinea che è stata proprio la Corte Costituzionale, nella già citata sentenza n. 204 del 2004, ha porre a fondamento del riparto proprio tale criterio. E sottolinea che una volta “effettuato tale accertamento, il fatto che l'amministrazione abbia scientemente optato per l'attività negoziale diviene un elemento secondario, perché ciò che rileva è la titolarità e l'attribuzione astratta, a livello normativo, di un potere amministrativo per il conseguimento di un fine pubblico, non tanto il modo in cui materialmente l'amministrazione procede a perseguire detto scopo”.

⁹⁶ La presenza di un rapporto di diritto privato non esclude in assoluto l'esistenza di potere amministrativo. Resta sempre questione di interpretazione – talvolta suscettibile di incertezze – stabilire se un atto dell'amministrazione che incide su un rapporto privatistico abbia o meno natura autoritativa e, di conseguenza, anche efficacia degradatoria. Cfr. Tonoletti, B. (2021). *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione...* cit. p.75.

⁹⁷ Cfr. Luisa Torchia, *La scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2000, pp. 1105-1132. secondo cui la crescente complessità dell'azione amministrativa e delle regole che la disciplinano ha progressivamente messo in crisi la tradizionale contrapposizione autorità/libertà, determinando il venir meno dei caratteri di separatezza, supremazia e specialità propri del diritto amministrativo classico.

⁹⁸ v. Ramajoli, M. M. (2021). *Commento all'art. 7 c.p.a.* cit, p. 54. v. Sandulli, A. (2023). *Potere e procedimento amministrativo*, cit., p.558. ove l'autore sottolinea come l'amministrazione agisca “con crescente frequenza, con strumenti negoziali e consensuali”. In queste circostanze “l'amministrazione esercita una scelta a monte circa l'uso del mezzo consensuale o unilaterale, per cui la stessa opera un'opzione, rinunciando al provvedimento autoritativo che, volendo, avrebbe potuto adottare.”

La stessa sentenza n. 204/2004 (punto 3.4.2 del considerato in diritto) precisa che la pubblica amministrazione può avvalersi di strumenti negoziali in sostituzione dell'esercizio unilaterale del potere; ciò, tuttavia, non esclude la natura autoritativa del potere esercitato, ma anzi ne presuppone l'esistenza.

Con l'avvento della legge n. 241/1990, infatti, è stata generalizzata la possibilità di ricorrere a strumenti consensuali, introducendo il cosiddetto principio del "doppio binario".⁹⁹

In base a tale principio, l'amministrazione può scegliere tra il modello autoritativo tradizionale e quello convenzionale, posti su un piano di pari dignità all'interno dell'ordinamento. Gli accordi ex art. 11 della legge 241/1990 costituiscono una modalità alternativa di esercizio del potere amministrativo che può assumere la forma di integrazione parziale del procedimento amministrativo (accordo integrativo) o di sostituzione/chiusura dello stesso (accordo sostitutivo).¹⁰⁰ Per questo motivo essi rappresentano un'ipotesi di collegamento immediato con il potere amministrativo e quindi coerentemente le controversie relative alla formazione, alla conclusione e all'esecuzione di tali accordi rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a).

Come si vedrà nel prosieguo dell'elaborato, l'applicazione e l'estensione della suddetta clausola di giurisdizione restano incerte, poiché spetta ai giudici stabilire, caso per caso, la sussistenza o meno di un accordo tra le parti. Ciò genera

⁹⁹ v. Scoca, F. G., Cacciavillani, C., & altri. (2021). *Diritto amministrativo* p.349. Il ricorso a moduli convenzionali risultava già previsto in specifiche normative di settore. In particolare, in materia espropriativa è contemplata la cessione volontaria del bene quale strumento consensuale sostitutivo del provvedimento ablatorio (art. 45, d.P.R. 8 gennaio 2001, n. 327). Analogamente, in ambito urbanistico, sono previste convenzioni – quali le convenzioni di lottizzazione – funzionali alla programmazione dell'urbanizzazione, in alternativa all'adozione di strumenti autoritativi unilaterali.

¹⁰⁰ Per un approfondimento sugli accordi e qualificazione giudica v. Scoca, F. G. (2002). *Autorità e consenso*, in *Diritto amministrativo*, n. 3, p. 441, ove l'autore sottolinea che la distinzione tra accordi amministrativi e attività privatistica dell'amministrazione si fonda sul diverso rapporto con il potere autoritativo. Nell'agire *iure privatorum*, l'amministrazione "si pone necessariamente su un piano paritetico con la parte privata", non potendo produrre effetti giuridici unilateralmente, sicché "solo il contratto" costituisce fonte degli effetti nella sfera del privato. Diversamente, gli accordi ex art. 11 l. n. 241/1990 si collocano nell'ambito dell'esercizio del potere amministrativo, come dimostra anche l'obbligo di motivazione. In tali ipotesi, infatti, "il potere autoritativo [...] viene esercitato mediante atti bilaterali", nei quali la volontà del privato è "utile ma non necessaria" ai fini della produzione degli effetti giuridici. Ne deriva che gli accordi rappresentano una peculiare "fusione di potere autoritativo e autonomia privata", collocandosi come modalità alternativa all'esercizio unilaterale del potere e giustificando, al contempo, le incertezze circa la loro qualificazione giuridica e il relativo regime.

un margine di incertezza applicativa, derivante dalla difficoltà di tracciare un confine netto tra strumenti consensuali di natura pubblicistica e privatistica.¹⁰¹

L'evoluzione del modo d'esercizio della funzione pubblica¹⁰² verso strumenti consensuali modifica e complica l'assetto tradizionale: il potere amministrativo si esercita anche attraverso strumenti di matrice privatistica che diventano mezzi per attuare la funzione pubblica. Allo stesso tempo all'interno dei rapporti pubblici, il privato non è sempre titolare di un interesse legittimo, ma talvolta di un diritto soggettivo, rendendo più difficile individuare quando l'amministrazione agisca come autorità nell'esercizio della propria funzione pubblica e quando, invece, operi in modalità comparabile a quella di un soggetto privato.

2.2 Provvedimenti amministrativi e atti ricognitivi nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati: la discrezionalità amministrativa come criterio di riparto oltre la distinzione temporale

La difficoltà di attribuire una controversia alla giurisdizione amministrativa esclusiva nel contesto dei rapporti tra pubblica amministrazione e privato deriva tanto dai sopra richiamati profili quanto dall'elaborazione, ad opera della giurisprudenza, di una pluralità di criteri di riparto, i quali frequentemente si intrecciano e si limitano reciprocamente.

¹⁰¹ v. Ramajoli, M. M. (2021). *Commento all'art. 7 c.p.a.* cit, p. 58. L'autrice sottolinea che dal momento in cui il legislatore ha introdotto un criterio differenziato per l'attribuzione della giurisdizione nei contratti pubblici — riservando al giudice amministrativo le controversie relative alla fase di evidenza pubblica e all'autorità ordinaria quelle riguardanti l'esecuzione del contratto (art. 133, co. 1, lett. e) — la qualificazione di un rapporto convenzionale come accordo amministrativo o come contratto di diritto privato assume rilievo determinante. Essa, infatti, condiziona direttamente quale giudice sia competente a conoscere eventuali contestazioni sulla corretta esecuzione del rapporto scaturito dal medesimo atto convenzionale.

¹⁰² Non a caso una delle critiche mosse in dottrina alla sentenza costituzionale del 2004 è “nella sua pars construens — quella, cioè, intesa ad individuare l'elemento caratterizzante dell'attuale giurisdizione esclusiva: in particolare, il tentativo di ricostruire il sistema basandosi sul concetto di potere, di autorità, ci era apparso alquanto azzardato e poco affidabile perché, a ben guardare, il potere fa un po' capolino da tutte le parti e la pubblica amministrazione oscilla costantemente tra consensualità ed autoritarità (paradigmatico è il caso degli accordi, non a caso richiamato nella sentenza annotata)”. Saitta, F. (2011). *La "204" al macero: il giudice amministrativo si riappropria (quasi del tutto) dei comportamenti; ma i "confini del potere" restano incerti*, in *Giurisprudenza Italiana*, p.1932.

Per questo motivo l'analisi si concentrerà non sulla singola clausola di attribuzione della giurisdizione quanto piuttosto sui criteri utilizzati per risolvere la questione giurisdizionale: uno stesso criterio, infatti, può essere applicato a molteplici ipotesi e, al contempo, adattarsi alle specificità del caso concreto.

2.3 Il criterio temporale della distinzione tra fase pubblicistica e fase privatistica

Nei contratti pubblici, la clausola di giurisdizione è individuata nell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.¹⁰³ che devolve al giudice amministrativo tutte le controversie concernenti la fase preparatoria e prodromica del contratto. Tali controversie attengono alla formazione della volontà dell'ente e alla selezione del contraente privato in base alle regole dell'evidenza pubblica.

Appartengono, invece, alla giurisdizione ordinaria le controversie che sorgono in relazione alla fase successiva, ossia dalla stipulazione del contratto fino all'esecuzione dello stesso.

L'aggiudicazione e la stipula del contratto rappresentano, pertanto, il c.d. "spartiacque" fra l'antecedente fase pubblicista e quella successiva privatistica, vale a dire il criterio generalmente applicato dalla giurisprudenza nell'ambito dell'attività negoziale della pubblica amministrazione.¹⁰⁴

Ne discende che la giurisprudenza suole attribuire al giudice ordinario le controversie relative all'esecuzione dei contratti concernenti l'inadempimento ed

¹⁰³ Cfr. art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, del Codice del processo amministrativo: "le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, 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".

¹⁰⁴ Tonoletti, B., *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione*cit.,p. 85.

il risarcimento danni, l'interpretazione o l'estensione del contratto¹⁰⁵, la responsabilità per vizi o difetti dell'opera¹⁰⁶; mentre sono devolute al giudice amministrativo le controversie relative alla fase pubblicistica precedente alla stipula.

Suddetto criterio non viene applicato esclusivamente agli appalti ma anche a numerose altre ipotesi. Prima fra tutte, le controversie concernenti le concessioni in materia di servizi pubblici di cui art. 133 comma 1 lett. c).¹⁰⁷

Inizialmente le controversie in materia di concessioni di servizi venivano attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo, ivi comprese quelle attinenti alla fase esecutiva del rapporto ed anche in assenza di impugnativa di un atto o provvedimento dell'autorità pubblica. Questa impostazione trovava giustificazione nella necessità che il giudice amministrativo conoscesse il contenuto del rapporto concessorio sia nella sua dimensione genetica che in quella funzionale, inclusa, quindi, la valutazione di eventuali violazioni degli obblighi derivanti dal rapporto stesso (ad esempio, in materia di adempimento o risoluzione).

¹⁰⁵ v. Cass. civ., Sez. Un., 4 gennaio 2023, n. 116. La pronuncia riguardava la richiesta di annullamento di note della pubblica amministrazione con cui erano stati modificati l'oggetto e la modalità d'esecuzione del contratto. La Corte chiarisce che, una volta stipulato il contratto, le controversie relative alla sua esecuzione – ivi comprese quelle concernenti la modifica dell'oggetto o delle modalità di adempimento, anche se derivanti da determinazioni unilaterali della pubblica amministrazione adottate in ragione di sopravvenienze normative (quali l'emergenza pandemica) – restano devolute alla giurisdizione del giudice ordinario in quanto attinenti a posizioni di diritto soggettivo e inserite in un rapporto ormai paritetico. Ne consegue che “tali atti non sono idonei a spostare l'asse della giurisdizione verso il giudice amministrativo, non riguardando la fase pubblicistica di scelta del contraente, bensì esclusivamente la fase esecutiva del rapporto contrattuale”.

¹⁰⁶ v. Tribunale di Torre Annunziata, sez. II, 11 settembre 2024, n. 2481. La controversia concerneva il risarcimento del danno per inadempimento.

¹⁰⁷ Cfr. art. 133, comma 1, lett. c), del Codice del processo amministrativo: “le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, 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”.

Di contro, le controversie aventi contenuto meramente patrimoniale e prive di ripercussioni sul contenuto della concessione erano attribuite alla giurisdizione ordinaria. Ne derivava una concezione restrittiva della giurisdizione ordinaria limitata alle questioni relative all'indennità, ai canoni e ad altri corrispettivi.¹⁰⁸

Questo orientamento è stato poi superato¹⁰⁹ dalla individuazione ad opera della Corte di Cassazione¹¹⁰ del criterio discretivo incentrato sul provvedimento di

¹⁰⁸ fra tante v. Cass. civ., Sez. Un., 9 agosto 2018, n. 20682, in *Il Foro italiano*, 2018, 11, I, p. 3539ss,e Cass. civ., Sez. Un., 26 settembre 2017, n. 22357. Tale indirizzo, come sottolinea Gallo, C. E. (2020), *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni ridisegnata dalla Corte di Cassazione*, cit., p. 508, è tuttora costante nella giurisprudenza del giudice amministrativo (in questo senso, per tutti, T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 10 giugno 2019, n. 844; Cons. Stato, Sez. V, 4 settembre 2017, n. 4183).

¹⁰⁹ Le ragioni di questo orientamento risultano efficacemente schematizzate nella sentenza Cass. civ., Sez. Un., 8 luglio 2019, n. 18267, in *Diritto processuale amministrativo*, 2020, fasc. 2, p. 505 ss., nota di Gallo, C.E., *Concessione di costruzione e gestione di opera pubblica e di concessione di servizi pubblici: riparto di giurisdizione tra G.O. e G.A.* l'autore evidenzia: la stipulazione del contratto costituisce lo spartiacque delle giurisdizioni, poiché con la conclusione del contratto l'amministrazione si pone in posizione di parità con la controparte. Pur non essendo mai stato applicato alle concessioni tale orientamento giurisprudenziale esercita una "carica propulsiva", collegata all'art. 103 Cost., come interpretato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004, e all'art. 133, comma 1, lett. c) c.p.a., che attribuisce alla giurisdizione amministrativa soltanto le controversie concernenti l'esercizio di poteri autoritativi anteriori o successivi alla stipulazione del contratto. In secondo luogo, l'evoluzione normativa e il diritto dell'Unione Europea hanno progressivamente ridotto la distanza tra appalto e concessione, configurando entrambe come contratti a titolo oneroso, con la stipulazione come punto terminale della contrattualizzazione delle concessioni e con gli artt. 106 e 108 del codice dei contratti pubblici a disciplinare le cause di modifica e risoluzione, pur limitando la giurisdizione esclusiva alla fase in cui sia esercitato un potere pubblico.

In terzo luogo, per radicare la giurisdizione esclusiva non è sufficiente la mera attinenza della controversia alla materia, ma occorre che il giudice amministrativo valuti concretamente la legittimità di provvedimenti espressione di poteri autoritativi; nei casi di posizione paritetica la giurisdizione rimane quindi del giudice ordinario, che può conoscere degli atti amministrativi in via incidentale come presupposti del rapporto contrattuale, ampliando così la cognizione ordinaria rispetto all'interpretazione precedente.

Infine, con un argomento di contorno, la Corte sottolinea che l'art. 133, comma 1, lett. b) e c) c.p.a. assegna al giudice ordinario la giurisdizione in materia di controversie indennitarie, distinguendola dalla giurisdizione amministrativa sui accordi amministrativi, che rimane integralmente attribuita al giudice amministrativo anche nella fase esecutiva, compresi i profili indennitari.

¹¹⁰ L'orientamento ha preso avvio con Cass. civ., Sez. Un., 18 dicembre 2018, n. 32728, secondo cui, nelle concessioni di costruzione e gestione di opere pubbliche, le controversie relative alla fase esecutiva del rapporto – quali l'adempimento contrattuale, il pagamento dei corrispettivi e la revisione dell'equilibrio economico-finanziario – spettano al giudice ordinario, salvo il coinvolgimento di poteri autoritativi della P.A.; Cass. civ., Sez. Un., 18 dicembre 2019, n. 33691, ha affermato che, nella fattispecie della gestione post mortem di una discarica, le controversie relative al pagamento dei compensi e alla risoluzione per eccessiva onerosità rientrano nella giurisdizione ordinaria e sono compromettibili in arbitrato. In termini ancora più espliciti, la giurisprudenza successiva ha ribadito come la stipulazione del contratto costituisca il momento di demarcazione tra la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di affidamento e quella del giudice ordinario nella fase esecutiva del rapporto. In tale prospettiva si collocano Cass. civ., Sez. Un., 29 agosto 2023, n. 25427, che ha esteso tale criterio anche alle concessioni di pubblici servizi, limitando la giurisdizione amministrativa ai soli casi di esercizio di poteri autoritativi; Cass. civ., Sez. Un., 29 marzo 2023, n. 8947, secondo cui le controversie relative all'adempimento, all'inadempimento e alle conseguenze risarcitorie nella fase esecutiva del rapporto concessorio rientrano nella giurisdizione ordinaria

aggiudicazione: fino a tale momento la giurisdizione spetta al giudice amministrativo, mentre per la fase successiva — ossia a partire dalla stipulazione del contratto — la giurisdizione appartiene al giudice ordinario.

Secondo questo orientamento al giudice ordinario spetta conoscere delle controversie relative agli adempimenti ed ai relativi effetti attraverso un'indagine diretta alla determinazione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario, nonché di valutare, in via incidentale, la legittimità degli atti amministrativi. Risulta perciò applicato, come in un'interpretazione analogica¹¹¹, il criterio utilizzato in materia di appalti nell'ambito delle concessioni di servizi.

Così, ad esempio, la giurisprudenza ha ricondotto alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative al risarcimento del danno derivante dal

in quanto espressione di un rapporto paritetico; Cass. civ., Sez. Un., 17 dicembre 2021, n. 40545, che ha riconosciuto la giurisdizione ordinaria sulle controversie concernenti indennità, canoni e corrispettivi derivanti dall'esecuzione della concessione; nonché Cass. civ., Sez. Un., 27 agosto 2024, n. 23155, la quale ha chiarito che, nei contratti di affidamento di servizi da parte della pubblica amministrazione, le controversie inerenti alla fase esecutiva spettano al giudice ordinario indipendentemente dalla qualificazione del rapporto in termini di appalto o concessione di servizi. Cfr. Francario, F., *Concessioni di beni e servizi e profili di giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2026, n. 1, p.29.

¹¹¹ non mancano critiche in dottrina: Gallo, C. E. (2020), *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni ridisegnata dalla Corte di Cassazione*, cit., p. 511. Ove l'autore sottolinea che "per i contratti ad evidenza pubblica non si è mai dubitato del fatto che la vicenda amministrativa si conclude con l'aggiudicazione e che con la stipulazione del contratto insorge invece un rapporto di natura paritetica, proprio perché il contratto della pubblica amministrazione è un contratto di diritto privato che è semplicemente preceduto da una fase amministrativa ad evidenza pubblica (cosicché i poteri che l'amministrazione può esercitare con riferimento al rapporto contrattuale in essere, in fase di esecuzione sono dei poteri per dir così eccezionali che fuoriescono dal sinallagma contrattuale)". Viceversa, le concessioni amministrative "non sono mai state considerate un contratto, ma sono sempre state considerate un vero e proprio provvedimento al quale può accedere un momento convenzionale". L'autore conclude che, per queste ragioni, "il riferimento alla vicenda dei contratti della pubblica amministrazione non è risolutivo", evidenziando come la distinzione tra contratti ad evidenza pubblica e concessioni "giustifichi un diverso trattamento giurisdizionale."

v. anche M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. econ.*, 2022, p. 22 l'autore sottolinea come pur potendo condividere in larga misura la disciplina relativa sia alla fase di scelta del contraente sia a quella dell'esecuzione, le due figure continuino a distinguersi quanto alla natura del rapporto e, conseguentemente, anche sotto il profilo della giurisdizione. In particolare, si sottolinea come la diversa qualificazione, pubblicistica nel caso della concessione e privatistica nel caso del contratto, comporti differenti modalità di sindacato giurisdizionale: diverso è infatti il controllo sul titolo concessorio rispetto a quello sul titolo contrattuale, così come differente risulta il sindacato sull'esercizio dello ius poenitendi nella concessione rispetto al recesso privatistico dal contratto. Cfr. Francario, F., *Concessioni di beni e servizi e profili di giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2026, n. 1, p.29.

Per approfondire circa la natura giuridica della concessione v. Ceruti, M. (2019). *La natura contrattuale delle concessioni e la fine della giurisdizione esclusiva sulle concessioni*, in *Giurisprudenza Italiana*, (3), 651-662. Il quale sottolinea che "con l'espressione "concessione" si è ancora oggi soliti riferirsi – per metonimia e sineddoche – al provvedimento ed al procedimento attraverso cui si addiende alla stipulazione della concessione di lavori, di servizi, di beni" e come l'istituto abbia subito una metamorfosi ed un'evoluzione per merito del diritto europeo, concludendo per una qualificazione contrattuale delle concessioni.

mutamento delle condizioni della concessione¹¹², nonché quelle concernenti il riconoscimento del c.d. “ristoro COVID” connesso agli effetti economici della pandemia¹¹³, oltre ai casi di diniego o mancata tempestiva approvazione di perizie,¹¹⁴ progetti¹¹⁵ od atti addizionali nell’ambito del rapporto concessorio.¹¹⁶

¹¹² Cass. civ., Sez. Un., 26 ottobre 2020, n. 23418. La controversia per la Corte atteneva “ non già l’esercizio di poteri autoritativi [...] ma l’accertamento dell’inadempimento, da parte della P.A. concedente, alle obbligazioni sostanzianti il rapporto giuridico convenzionale”. In tali ipotesi, il giudice ordinario è chiamato a svolgere un’indagine diretta alla determinazione dei diritti e degli obblighi delle parti, potendo anche valutare in via incidentale la legittimità di eventuali atti amministrativi incidenti sul rapporto.

¹¹³ T.A.R. Lazio, Roma, sez. IV, 6 giugno 2025, n. 11103. Il giudice amministrativo richiama il principio secondo cui il potere amministrativo non è ravvisabile quando, esaurita la fase pubblicistica siano in contestazione gli adempimenti delle obbligazioni contrattuali, nonché il principio per cui le controversie che attengono alla fase esecutiva spettano al giudice ordinario. In particolare, la quantificazione del ristoro risulta vincolata alle previsioni convenzionali, sicché l’attività dell’amministrazione non implica esercizio di poteri autoritativi, ma si risolve nella verifica del corretto adempimento del rapporto. Ne consegue che la controversia ha ad oggetto “il rispetto o meno della disciplina negoziale pattuita tra le parti”, rientrando così nell’ambito di un rapporto paritetico. In tale prospettiva, viene ribadito che la giurisdizione amministrativa viene meno quando la lite si concentri su profili e pretese di natura patrimoniale senza che venga in gioco l’esercizio di poteri pubblicistici”.

¹¹⁴ v. Cons. Stato, Sez. V, 24 luglio 2025, n. 6583, riguardante l’impugnazione del diniego del Ministero di approvare alcune perizie di variante presentate dalla società concessionaria autostradale. Il Consiglio di Stato ribadisce l’orientamento per il quale una volta esaurita la fase pubblicistica di affidamento ed instaurato il rapporto convenzionale, le controversie relative alla determinazione del contenuto del rapporto, all’adempimento delle obbligazioni, ed ai relativi effetti economici, spettano al giudice ordinario, in quanto attinenti a un rapporto paritetico tra le parti. Il diniego di approvazione delle perizie non costituisce esercizio di potere autoritativo, poiché esso si fonda su una mera interpretazione delle clausole convenzionali e della normativa applicabile, senza implicare valutazioni discrezionali di tipo pubblicistico.

¹¹⁵ v. Cass. civ., Sez. Un., 26 dicembre 2025, n. 34152, la Corte ha ritenuto che le controversie aventi ad oggetto la mancata approvazione o la parziale approvazione di progetti esecutivi da parte dell’amministrazione concedente, così come la contestazione di decurtazioni economiche o di rimodulazioni dei costi, non attengano all’esercizio di poteri autoritativi, bensì alla verifica dell’esatto adempimento delle obbligazioni derivanti dalla convenzione. Ne consegue che tali controversie si collocano nell’ambito della fase esecutiva del rapporto concessorio e riguardano diritti ed obblighi reciproci delle parti, in particolare “l’obbligo della tempestiva approvazione del progetto non comporta esercizio di poteri autoritativi e discende dall’obbligo di buona fede cui il Concedente è tenuto” con conseguente devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario.

¹¹⁶ Cass. civ., Sez. Un., 31 ottobre 2023, n. 30267, ha affrontato una controversia relativa alla responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione per non aver tempestivamente adottato atti integrativi ed addizionali necessari all’esecuzione di lavori previsti in una convenzione. Le Sezioni Unite hanno escluso che tali attività potessero essere qualificate come esercizio di potere discrezionale o autoritativo, ritenendo che esse si collocassero invece nella fase esecutiva del rapporto convenzionale. In particolare, la mancata stipulazione degli atti integrativi e la mancata approvazione dei progetti non sono state considerate espressione di una valutazione discrezionale fondata sulla ponderazione di interessi pubblici, tipica dell’azione amministrativa autoritativa, bensì come attività di verifica tecnico-giuridica della conformità delle opere e dei costi alle previsioni convenzionali. Ne consegue che tali condotte non integrano l’esercizio di un potere amministrativo discrezionale, ma possono al più configurare un inadempimento degli obblighi contrattuali, la cui valutazione attinge alla fase esecutiva del rapporto concessorio. Per tale ragione, la controversia è stata ricondotta alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto non veniva in rilievo alcun potere autoritativo idoneo a incidere unilateralmente sulla sfera giuridica del concessionario.

Tuttavia, nell'ambito dell'attuazione del rapporto concessorio, e quindi nella fase esecutiva, la riconduzione delle controversie alla giurisdizione ordinaria non è sempre pacifica. Si pensi, ad esempio, ai provvedimenti di revoca o decadenza della concessione, rispetto ai quali il collegamento con l'esercizio del potere autoritativo si ravvisa ogniqualvolta l'atto implichi valutazioni discrezionali da parte dell'amministrazione.¹¹⁷

Un ulteriore e importante esempio del ripensamento del riparto nelle concessioni di pubblico servizio segnato dal superamento della concezione "estensiva" della giurisdizione esclusiva amministrativa è in tema di controlli delle ASL sulle strutture accreditate. Ove per la giurisprudenza¹¹⁸ occorre distinguere tra le controversie che investono il meccanismo del controllo, implicando la verifica dell'esercizio di poteri autoritativi (giurisdizione amministrativa), e quelle che riguardano esclusivamente l'esito dei controlli e le conseguenti pretese economiche (giurisdizione ordinaria). Ne è un esempio lampante il tema di regressione tariffaria. Quest'ultima consiste nel meccanismo di riduzione del rimborso delle prestazioni erogate oltre il tetto massimo di spesa fissato a monte: una volta determinato tale tetto nell'esercizio del potere programmatico regionale, la sua applicazione avviene in via automatica, secondo criteri rigidamente predeterminati, senza margini di discrezionalità in capo all'ASL. Proprio tale natura vincolata ha indotto la giurisprudenza di legittimità a qualificare le controversie sulla regressione tariffaria – quando non sia in discussione il potere programmatico a monte – come controversie meramente patrimoniali.

¹¹⁷ Tanto che alcune pronunce giurisprudenziali li interpretano quali espressioni di autotutela esterna; v. *infra* note 133 e 136 al capitolo II, § 2.5.

¹¹⁸ v. Consiglio di Stato, sez. III, sent. 6 giugno 2025, n. 4911, in linea con Cass. civ., Sez. Un., 19 gennaio 2022, n. 1602, e Cass. civ., sez. III, 26 gennaio 2024, n. 2577, e Cons. Stato, sez. III, 14 giugno 2024, n. 5347, le quali confinanò la giurisdizione amministrativa ai soli casi in cui venga in rilievo il sindacato sui poteri discrezionali o autoritativi, devolvendo invece al giudice ordinario le controversie meramente patrimoniali. Evidente che lo schema è il medesimo degli appalti. Si fonda sulla ricostruzione bifasica del rapporto di accreditamento: alla fase pubblicistica di programmazione (determinazione dei tetti di spesa, capacità operativa, criteri allocativi), espressione di discrezionalità amministrativa, segue una fase esecutiva a carattere paritetico nella quale l'ASL si limita ad applicare criteri predeterminati nell'ambito dell'accordo contrattuale.

L'indirizzo trova riscontro, tra le tante, in Cass., Sez. un., n. 1771/2011, che ha qualificato la posizione della struttura come diritto soggettivo perfetto, evidenziando come, una volta fissato il tetto di spesa, l'amministrazione non disponga di poteri discrezionali nella fase di pagamento, limitandosi a mere operazioni di calcolo. Il medesimo orientamento è confermato dalla successiva giurisprudenza. Ad esempio, Cass., Sez. un., n. 26206/2019 ha ricondotto alla giurisdizione ordinaria una domanda di pagamento per prestazioni "fuori budget", rilevando che la controversia attenesse esclusivamente all'adempimento di obbligazioni contrattuali. Analogamente, Cass., Sez. un., n. 20867/2020 ha escluso la giurisdizione amministrativa anche in presenza di atti presupposti relativi ai tetti di spesa, precisando che il giudice ordinario può valutarne la legittimità *incidenter tantum*.

Ulteriore conferma si rinviene in materia di sindacato sulle modalità esecutive del controllo, con riferimento alle modalità e tempistiche di applicazione della regressione, nonché a profili quali difetto di motivazione, tardività e onere della prova. Anche in tali ipotesi è stata riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario trattandosi di atti aventi natura ricognitiva.¹¹⁹

Non manca, tuttavia, un diverso esito applicativo quando la contestazione non si limiti al piano meramente contabile, ma investa il sistema della regressione in quanto espressione della programmazione sanitaria. In tal senso, la giurisprudenza amministrativa – come evidenziato, ad esempio, da TAR Piemonte n. 960/2025 e da Cons. Stato Sez. III n. 7426/2019 – riconduce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie che incidono sulla determinazione dei tetti di spesa, sulla fissazione della capacità operativa massima o sui criteri di regressione, in quanto espressione del potere autoritativo di organizzazione e finanziamento del servizio sanitario. In tali ipotesi, la regressione non è considerata come mera operazione aritmetica, ma come parte integrante del sistema programmatico, rispetto al quale la posizione della struttura è di interesse legittimo.

¹¹⁹ Cass. civ., Sez. Un., 21 novembre 2023, n. 32259.

Sulla stessa linea la giurisprudenza della Cassazione ha chiarito che il discrimine tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione esclusiva dipende dal fatto che la pretesa economica sia autonoma rispetto all'esercizio del potere di programmazione sanitaria oppure, al contrario, ne costituisca diretta conseguenza. In particolare, la Corte di cassazione, Sez. I civile, con sentenza n. 19753 del 9 agosto 2017, ha esaminato il caso di una struttura sanitaria privata che contestava i criteri applicati dall'Azienda sanitaria nella determinazione della capacità operativa massima e nella conseguente riduzione dei rimborsi per prestazioni eccedenti i limiti programmati. La struttura sosteneva che tali limiti non potessero incidere retroattivamente sulla remunerazione delle prestazioni già rese. La Corte ha tuttavia evidenziato che la controversia non riguardava una mera contestazione contabile del credito, ma investiva direttamente l'esercizio del potere pubblico di programmazione e di regolazione del sistema sanitario, in particolare nella parte in cui l'Amministrazione stabilisce le condizioni di riconoscimento e finanziamento delle prestazioni, con conseguente devoluzione della controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo. In senso conforme, le Sezioni Unite, con sentenza n. 16391 del 27 luglio 2011, hanno affrontato una vicenda in cui una struttura accreditata contestava i criteri fissati dalla Regione e dalla ASL in tema di capacità operativa e "sanatoria" delle prestazioni eccedenti i tetti di spesa. La società lamentava la riduzione dei pagamenti per prestazioni sanitarie già erogate, sostenendo che la verifica dei requisiti potesse avvenire anche ex post. La Corte ha invece ritenuto che la controversia si inserisse nell'ambito dell'esercizio del potere di programmazione sanitaria e di organizzazione del servizio pubblico, in quanto incideva sui criteri stessi di finanziamento delle prestazioni e sulla definizione dei limiti di spesa, riconducendo quindi la giurisdizione al giudice amministrativo.

Ne emerge, dunque, uno spartiacque netto: se la regressione tariffaria è contestata in sé come sistema o nei suoi presupposti programmatori, la controversia appartiene alla giurisdizione amministrativa esclusiva; se, invece, essa è contestata solo nella sua applicazione concreta (errori di calcolo, debenza delle somme,

modalità applicative), la controversia rientra nella giurisdizione ordinaria, trattandosi di una lite sul dare-avere nell'ambito di un rapporto ormai paritario.

In tale seconda ipotesi, infatti, l'amministrazione non esercita un potere autoritativo in senso proprio, ma si limita all'accertamento dei presupposti fissati a monte dalla disciplina tariffaria e dagli atti programmatori, nonché alla mera quantificazione delle somme dovute secondo criteri già integralmente predeterminati. L'effetto giuridico discende, dunque, dall'assetto del rapporto già definito a monte e non da una autonoma valutazione conformativa dell'amministrazione. L'attività amministrativa assume così carattere essenzialmente ricognitivo, poiché non implica alcuna comparazione di interessi né scelte discrezionali, ma soltanto la verifica dell'*an* e del *quantum* del credito vantato dalla struttura accreditata. È proprio tale natura applicativa e vincolata dell'attività a spiegare perché la controversia si trasferisca dal piano dell'esercizio del potere a quello, paritetico e patrimoniale, del rapporto obbligatorio.¹²⁰

Va comunque ricordato che, in materia di concessioni, è dirimente l'oggetto della concessione stessa, poiché l'art. 133, comma 1, lett. b) c.p.a.¹²¹, che attribuisce la giurisdizione esclusiva alle concessioni di beni, è interpretato in maniera distinta rispetto alle altre tipologie di concessione.

La giurisdizione sulle concessioni di beni rimane pacificamente attribuita in ogni fase al giudice amministrativo, comprese le controversie relative alla fase esecutiva ed ad eventuali inadempimenti. Ciò trova giustificazione nel fatto che, nelle concessioni di beni pubblici, permane una significativa incidenza del potere

¹²⁰ Cfr. B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, cit., pp. 311-312 e 315-316, ove si evidenzia nel ambito del riparto di giurisdizione ordinaria come, nelle ipotesi in cui la disciplina sostanziale del rapporto sia già integralmente definita a monte, l'attività amministrativa assuma carattere meramente applicativo e ricognitivo, sicché l'effetto giuridico non deriva da un autonomo potere conformativo dell'amministrazione, ma dall'assetto sostanziale già predeterminato.

¹²¹ Cfr. art. 133, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo: "le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e di quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche".

autoritativo dell'amministrazione che non si esaurisce nella sola fase di affidamento, come accade invece nelle concessioni di servizi o di lavori, ma si estende all'intero svolgimento del rapporto concessorio.¹²²

La questione centrale, al fine d'individuare la giurisdizione, perciò, diventa la qualificazione del rapporto come concessione di beni pubblici piuttosto che come concessione di costruzione e gestione (o concessione di lavori pubblici).

Nel primo caso, la giurisprudenza è pacifica nell'attribuire al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva, escluse le controversie concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi.

Nel secondo caso, la giurisprudenza è orientata ad attribuire al giudice amministrativo la competenza sulle controversie insorte prima dell'aggiudicazione.¹²³

¹²² v. Cass., Sez. Un., 2 febbraio 2011, n. 2418, relativa ad una concessione per l'installazione in esclusiva di transenne pubblicitarie, dove le Sezioni Unite hanno confermato la giurisdizione amministrativa in quanto la controversia investiva il contenuto del rapporto concessorio, ossia i diritti e gli obblighi derivanti dalla concessione, e non un mero inadempimento patrimoniale; Cass., Sez. Un., 18 gennaio 2016, n. 692, concernente la decadenza di una concessione di un terreno demaniale nell'ambito di una convenzione PEEP, nella quale la Corte ha ritenuto necessario interpretare la convenzione per determinare l'inadempimento ed il contenuto del rapporto, confermando che tutte le questioni attinenti ai diritti ed agli obblighi nascenti dal rapporto concessorio rientrano nella giurisdizione amministrativa, anche in assenza di impugnazione di atti T.A.R. Lazio, Roma, sez. V, 20 dicembre 2024, n. 23186, dove la controversia sulla determinazione del canone in relazione a beni demaniali ha richiesto la qualificazione dei beni e la verifica dell'azione discrezionale e autoritativa dell'amministrazione, rendendo necessario il coinvolgimento del giudice amministrativo, poiché il canone derivava direttamente dalla corretta interpretazione del rapporto concessorio e dalla valutazione dei poteri amministrativi esercitati, e non da un semplice accertamento patrimoniale.

¹²³ Ceruti M., *La natura contrattuale delle concessioni e la fine della giurisdizione esclusiva sulle concessioni*. in *Giurisprudenza italiana*, 3/2019, p 652. il quale sottolinea "una certa bipolarità del sistema giudiziale italiano che si assomma alla dualità di base, provocando il differente trattamento delle controversie", evidenziando così un'asimmetria non di poco conto. In particolare, l'autore sottolinea, che "l'attuale formulazione dell'art. 133, primo comma, lett. b) e c), c.p.a., stabilisce un dualismo fra le concessioni di lavori (e/o servizi strumentali) – equiparate agli appalti – e quelle di beni/servizi pubblici". Cfr. Francario, F., *Concessioni di beni e servizi e profili di giurisdizione*, cit., p.19. il quale sottolinea che le due tipologie di concessioni "spesso convivono legate in un rapporto di reciproca strumentalità". Esempio in tal senso è uno dei casi di maggiore attualità, quello delle concessioni balneari, nel quale l'aggettivazione giuridicamente neutra di "balneari" tende a celare una certa ambiguità nella qualificazione dell'oggetto reale della concessione, anche se, a rigore, non dovrebbe sussistere alcun dubbio sul fatto che ciò che viene concesso è una porzione di bene appartenente al demanio marittimo (non specificamente destinato ad uso pubblico), il quale viene affidato in uso per consentire lo svolgimento di un'attività economica specificamente orientata alla realizzazione di un interesse turistico-balneare.

Le Sezione Unite¹²⁴ sottolineano una distinzione sistematica tra concessione di beni pubblici e concessione di costruzione e gestione di opera pubblica. In quest'ultima figura, disciplinata dal D.Lgs. n. 163 del 2006, la gestione economico-funzionale dell'opera rappresenta la controprestazione principale del concessionario.¹²⁵

Come visto, il criterio del c.d. “spartiacque” segue la logica dell'atto d'imperio, individuando — a seconda delle diverse fattispecie — nella stipulazione del contratto (negli appalti), nell'aggiudicazione o nella conclusione della fase di affidamento (nelle concessioni) ovvero nella determinazione del tetto di spesa (nella regressione tariffaria) il momento che separa una fase pubblicistica, nella quale la pubblica amministrazione esercita il proprio potere autoritativo, da una successiva fase esecutiva o paritaria, nella quale essa agisce *iure privatorum*.

Si tratta, dunque, di un criterio apparentemente temporale, che tuttavia — come si vedrà nei paragrafi successivi — non assume rilievo in sé, ma soltanto quale indice dell'esistenza o dell'esaurimento del potere amministrativo. La giurisdizione amministrativa esclusiva permane, infatti, finché l'amministrazione conserva la capacità di incidere unilateralmente sul rapporto mediante l'esercizio di

¹²⁴ v. tra tante Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2020, n. 5594 e Cass., Sez. Un., 8 luglio 2019, n. 18267, con nota di C. E. Gallo, *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni ridisegnata dalla Corte di Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, fasc. 2, p. 505ss.

¹²⁵ La giurisprudenza evidenzia che la qualificazione di un negozio giuridico richiede due distinte operazioni: la prima consiste nell'identificazione degli elementi costitutivi dell'attività negoziale e delle finalità pratiche perseguite dalle parti; la seconda consiste nell'attribuzione del *nomen iuris*, mediante sussunzione giuridica degli elementi di fatto accertati.

In tal senso si esprime Cass., Sez. I civile, 18 aprile 2023, n. 10315, relativa ad una domanda di risarcimento danni per inadempimento degli obblighi derivanti da una delibera provinciale e dalla successiva convenzione avente ad oggetto l'affidamento di un'area ferroviaria per la realizzazione e gestione di una piattaforma logistica destinata al trasporto su rotaia del materiale di scavo. Il giudice di primo grado aveva qualificato il rapporto come mera concessione di bene pubblico, ritenendo che l'oggetto principale fosse la messa a disposizione dell'area e dichiarando, conseguentemente, il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in favore di quello amministrativo. Diversamente, il giudice di appello — con soluzione poi confermata dalla Corte di Cassazione — ha ritenuto che la convenzione integrasse una concessione di costruzione e gestione (o di lavori pubblici), valorizzando la funzione complessiva del rapporto. In particolare, la Corte attribuisce rilievo decisivo non al dato formale della concessione dell'area, bensì alla funzione concreta del rapporto e al contenuto effettivo delle obbligazioni assunte dal concessionario: l'elemento centrale del sinallagma non è il mero godimento del bene, ma la trasformazione dell'area e la realizzazione dell'opera, mentre la gestione costituisce la controprestazione tipica volta a remunerare l'investimento.

potestà discrezionali; viceversa, una volta esaurita tale dimensione autoritativa, il rapporto viene ricondotto come paritario, l'ambito proprio della giurisdizione ordinaria. Emblematico è il caso della regressione tariffaria: la giurisprudenza della Cassazione riconduce tali controversie alla giurisdizione ordinaria in quanto, una volta determinato il tetto di spesa nell'esercizio del potere programmatico, l'amministrazione si limita ad applicare criteri rigidamente predeterminati, senza alcun margine di discrezionalità. Proprio l'assenza di un residuo potere autoritativo induce la giurisprudenza a qualificare tali controversie come questioni meramente patrimoniali ai sensi dell'art. 133 c.p.a comma 1, lett. c).

2.4 I limiti del criterio temporale per quanto all'esercizio del potere oltre le fasi del rapporto

Dopo aver esaminato l'applicazione e la logica del criterio volto ad individuare fasi distinte del rapporto amministrativo sia nelle concessioni che negli appalti, è necessario evidenziarne i limiti in alcune situazioni.

Nell'ambito dei contratti pubblici¹²⁶ esistono, infatti, ipotesi che sfuggono ad una rigida ripartizione temporale nelle quali la pubblica amministrazione mantiene una posizione di supremazia e continua ad esercitare il proprio potere anche all'interno delle fasi instaurate del rapporto. Tra queste rientrano, le emblematiche eccezioni della c.d. terza fase nei contratti pubblici e la c.d. autotutela esterna.

Per risolvere la questione di giurisdizione, infatti, in un primo momento si può fare riferimento alla "fase" in cui il rapporto si trova, che fornisce un importante spunto circa la qualificazione della situazione giuridica del privato¹²⁷, ma poi

¹²⁶ Tonoletti, B. (2021). *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione del giudice ordinario. Commento agli artt. 2, 4 e 5 All. E l. 20 marzo 1865, n. 2248*.cit, p.85: "Tuttavia, questa tesi (in riferimento al criterio temporale) è stata oggetto di ripensamento in tempi recenti, in nome dell'esigenza di interpretare restrittivamente le ipotesi di giurisdizione esclusiva, attraverso il criterio della connessione con l'esercizio del potere amministrativo indicato da Corte Cost. n. 204/2004", evidenziando il passaggio da una posizione estensiva della giurisdizione amministrativa ad un approccio più selettivo, basato sulla connessione con l'esercizio di poteri pubblicistici.

¹²⁷ Non bisogna, infatti, dimenticare che la giurisprudenza si muove nella risoluzione della questione di giurisdizione dal *petitum sostanziale* e dalla *causa petendi*, e dunque dall'accertamento della situazione

occorre, alla luce della sentenza 204/2004, sempre valutare il collegamento con il potere. Quest'ultimo, infatti, può manifestarsi o escludersi indipendentemente dalla fase in cui il rapporto si trova.

Un esempio di tale evenienza si rinviene nella determinazione dei canoni, materia generalmente devoluta alla giurisdizione ordinaria in quanto attinente a profili di natura patrimoniale. Tuttavia, qualora la loro quantificazione sia espressione di un'attività discrezionale o autoritativa della pubblica amministrazione, la giurisdizione resta amministrativa, anche se la controversia si colloca nella fase esecutiva del rapporto.¹²⁸ Così, ad esempio, rientra nella giurisdizione esclusiva il caso affrontato dalla sentenza Cass. Sez. un. n. 15644/2010, relativa alla rideterminazione del canone di una concessione di aree portuali. In tale fattispecie, la

giuridica fatta valere. Tipicamente nella fase di evidenza pubblica il privato è portatore di un interesse legittimo; viceversa, nella fase privatistica, è titolare di un diritto soggettivo.

¹²⁸ In tema di interpretazione del "ritaglio" a favore del giudice ordinario previsto dall'art. 133, comma 1, lett. b), c.p.a., la Corte di Cassazione con sua sentenza a Sezioni Unite, Cassazione civile, Sezioni Unite, 12 ottobre 2011, n. 20939, ha chiarito che l'esclusione dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie aventi ad oggetto indennità, canoni o altri corrispettivi non comporta l'automatica devoluzione delle stesse alla giurisdizione ordinaria. Tali controversie restano, infatti, soggette ai criteri generali di riparto: spettano al giudice ordinario quando abbiano ad oggetto diritti soggettivi derivanti dalla mera attuazione del rapporto concessorio, senza coinvolgimento di poteri autoritativi; mentre appartengono alla giurisdizione amministrativa quando venga in rilievo l'esercizio di poteri pubblicistici. In particolare, rientrano nella giurisdizione ordinaria le controversie meramente patrimoniali, attinenti alla quantificazione o al pagamento del canone quale effetto vincolato del rapporto. Diversamente, qualora la controversia investa l'esercizio di poteri discrezionali nella determinazione o modifica del canone — incidendo sull'economia complessiva del rapporto concessorio — essa è devoluta al giudice amministrativo. Nel caso deciso dalle Sezioni Unite, la domanda attrice, pur formalmente riferita all'illegittimità di un aumento del canone per occupazione di suolo pubblico, implicava in realtà la contestazione del potere regolamentare esercitato dalla pubblica amministrazione nella disciplina del rapporto, non limitandosi alla mera attuazione di diritti ed obblighi già sorti. Ne conseguiva, pertanto, la riconduzione della controversia alla giurisdizione amministrativa, in quanto attinente al binomio potere-interesse e non a una posizione di diritto soggettivo meramente patrimoniale.

Cassazione civile, Sezioni Unite, 4 dicembre 2025, n. 31629, relativa al servizio pubblico di distribuzione del gas affidato, nella quale la Corte di Cassazione ha confermato che la verifica dell'azione autoritativa della P.A. e la determinazione discrezionale del canone — effettuata sulla base della valutazione del servizio erogato e del valore della rete, e non come mera quantificazione automatica — rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La deroga alla giurisdizione ordinaria si applica solo in caso di semplice inadempimento contrattuale o calcolo aritmetico del corrispettivo, mentre non si estende quando si contesta l'esercizio di poteri discrezionali o l'atto autoritativo che determina il canone. Ulteriore conferma si ricava da Cassazione civile, Sezioni Unite, 4 marzo 2025, n. 5775, resa nel contenzioso tra la Provincia di Teramo e Autostrade per l'Italia S.p.A., secondo cui la giurisdizione esclusiva non può essere esclusa solo perché la controversia abbia natura patrimoniale. Anche in tale ipotesi, è necessario verificare se l'atto impugnato comporti un effettivo coinvolgimento del potere autoritativo della P.A., come nel caso di accertamento di occupazione abusiva di suolo pubblico, che pur generando effetti pecuniari (sanzione e canone), incide sull'assetto del rapporto tra concessionario e amministrazione.

determinazione del canone si è estrinsecata nell'esercizio di poteri autoritativi, consistenti nella diversa qualificazione dell'occupazione, in particolare, i containers presenti nelle aree concesse sono stati considerati come impianti, seppur facilmente amovibili, con conseguente applicazione di una diversa tariffa. Ne deriva che la controversia non riguarda meramente l'entità del canone, ma la qualificazione della tipologia di utilizzazione delle aree, da cui solo conseguentemente discende la diversa misura del canone. La rideterminazione operata dall'Autorità portuale presuppone, infatti, un provvedimento amministrativo fondato sull'esercizio di poteri pubblicistici propri dell'ente concedente.¹²⁹

Ancora, è stata affermata la giurisdizione del giudice amministrativo anche in materia di risarcimento del danno da ritardo nella determinazione delle tariffe aeroportuali, come chiarito dalla Corte di cassazione, Sezioni Unite, n. 7176/2014. In tale pronuncia, la Corte ha evidenziato come la controversia abbia ad oggetto il mancato tempestivo esercizio del potere autoritativo di determinazione dei corrispettivi tariffari da parte dell'amministrazione. Tale potere, connotato da discrezionalità e natura autoritativa, determina in capo ai gestori del servizio una posizione di interesse legittimo pretensivo, escludendo la configurabilità di un diritto soggettivo o di una mera aspettativa. In tale prospettiva, la controversia concernente la determinazione delle tariffe aeroportuali viene inoltre in rilievo nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, poiché non attiene ad un mero rapporto patrimoniale, ma implica la valutazione dell'esercizio di poteri discrezionali e autoritativi della pubblica amministrazione nel rapporto concessorio.

¹²⁹ al contrario la controversia nata dalla richiesta del concessionario delle somme dovute per apparecchi di intrattenimento, Cassazione civile, Sezioni Unite, 5 novembre 2024, n. 28352, è stata devoluta al giudice ordinario in quanto "l'entità della somma mensile richiesta per il mantenimento autorizzato di apparecchi in eccedenza [...] era stata fissata dalla stessa fonte normativa (art. 1, co. 81, lett. d)", con la conseguenza che la determinazione concreta dell'importo dovuto risulta riconducibile ad una fase meramente esecutiva, seppur implicante una verifica delle condizioni previste dalla norma, l'amministrazione si limita ad adottare "misure concrete dirette a perseguire la finalità perseguita". Ne deriva che "nessun potere autoritativo e discrezionale viene [...] coinvolto", con conseguente esclusione della giurisdizione amministrativa"

La Corte ha, inoltre, precisato che i provvedimenti tariffari, pur qualificabili come atti generali, assumono, nella specie, natura provvedimentoale, in quanto incidono direttamente sul rapporto tra amministrazione e concessionario e si inseriscono nell'esercizio di una funzione pubblicistica di regolazione economica.

In tale prospettiva, le controversie relative ad indennità, canoni o corrispettivi rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogniqualvolta venga in rilievo l'esercizio di poteri discrezionali della pubblica amministrazione e la controversia non si esaurisca in un mero rapporto di natura patrimoniale.

L'esercizio del potere all'interno del rapporto è criterio dirimente anche per risolvere le controversie inerenti alla c.d. "terza fase", ovvero la fase, individuata dalla giurisprudenza, intermedia rispetto alle due tradizionalmente delineate (cioè collocata tra i due confini "esterni" dell'aggiudicazione e della stipula del contratto) considerata come "la fase di consolidazione della scelta del contraente"¹³⁰.

Vi sono due orientamenti contrapposti nell'individuazione della giurisdizione nelle controversie che sorgono in questa fase: il primo propende per un'estensione della giurisdizione amministrativa¹³¹; il secondo, invece, ritiene applicabile il criterio ordinario di riparto della giurisdizione, fondato sulla distinzione

¹³⁰ Secondo la giurisprudenza, tale fase trova fondamento nella disciplina normativa di settore: sia il D.Lgs. n. 163 del 2006 sia il Codice dei contratti pubblici del 2016 stabiliscono che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta. Ne consegue che, tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, si colloca una fase procedimentale autonoma, finalizzata al c.d. "consolidamento della scelta del contraente", caratterizzata dalla verifica del possesso dei requisiti e dall'eventuale esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'amministrazione.

¹³¹ questo orientamento riconosce che l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a. deve essere interpretato nel senso di ricomprendere nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le fasi della procedura di gara ad evidenza pubblica, ivi inclusa quella successiva all'aggiudicazione e antecedente alla stipulazione del contratto. In tale prospettiva, rientrano nella cognizione del giudice amministrativo le controversie relative alle conseguenze risarcitorie derivanti dall'annullamento o dalla revoca dell'aggiudicazione in esercizio dei poteri di autotutela (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2018, n. 5, Consiglio di Stato, sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697), nonché, distintamente, quelle derivanti dal provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione (Consiglio di Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 844; Consiglio di Stato, sez. III, 31 agosto 2016, n. 3755; Consiglio di Stato, sez. V, 29 luglio 2019, n. 5354; Consiglio di Stato, sez. V, 2 agosto 2019, n. 5498).

tra interesse legittimo e diritto soggettivo, riproponendo la difficoltà di stabilire se, in tale fase, la pubblica amministrazione si comporti come un privato oppure come autorità.

La difficoltà di determinare la giurisdizione nella fase intermedia tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto si ravvisa in quanto vi è un'ampia varietà di situazioni riconducibili a una fase propriamente prenegoziale nella quale, tuttavia, non viene più in rilievo l'esercizio di poteri discrezionali di natura pubblicistica.¹³²

In tema di controversie legate a contratti di appalto annullati e a richieste di risarcimento per i maggiori costi da parte dell'amministrazione, la Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 2023, n. 111, ha riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario. Nel caso di specie, l'amministrazione agiva per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla mancata stipula del contratto di appalto relativo al servizio di collegamento navetta presso l'aeroporto di Pisa a seguito dello scorrimento della graduatoria in favore della seconda classificata, a condizioni peggiorative. Le Sezioni Unite hanno osservato che la decadenza dall'aggiudicazione era stata disposta nell'esercizio di poteri pubblicistici già scrutinati dal giudice amministrativo; tuttavia, tale profilo è stato qualificato come un mero presupposto fattuale della domanda. La controversia aveva infatti ad oggetto esclusivamente la responsabilità

¹³² Secondo l'orientamento, che interpreta restrittivamente l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a., restano esclusi dal suo ambito di applicazione i comportamenti e gli atti che si collocano nella c.d. fase intermedia tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto. In tale prospettiva, si ritiene che il riparto di giurisdizione debba essere effettuato secondo la regola generale di cui all'art. 7, commi 1 e 4, c.p.a., con conseguente attribuzione al giudice amministrativo delle sole controversie aventi ad oggetto interessi legittimi. Coerentemente, la giurisprudenza ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario in diverse ipotesi di responsabilità precontrattuale: sia nelle controversie risarcitorie promosse dalla pubblica amministrazione nei confronti dell'affidatario per condotte fraudolente idonee a determinare un grave ritardo nell'affidamento e nell'esecuzione dei lavori, sia in quelle promosse dal privato per la lesione dell'affidamento riposto nella legittimità degli atti di gara successivamente annullati o revocati (Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28979); nonché nelle ipotesi di danni subiti dall'aggiudicatario a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva (Cass., sez. un., 22 giugno 2017, n. 15640). Parimenti, è stata riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario in relazione alla domanda risarcitoria della stazione appaltante conseguente alla violazione dell'obbligo di rinnovo della polizza fideiussoria scaduta prima dell'aggiudicazione definitiva e della stipulazione del contratto, in una fase qualificata come prodromica a quella amministrativa o lato sensu precontrattuale (Cass., sez. un., 17 giugno 2021, n. 17329, con nota di V. Amendolagine, *In tema di giurisdizione sulla domanda da risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *IUS Processo Civile*, 5 agosto 2021).

precontrattuale dell'aggiudicatario originario per la mancata stipula del contratto, senza implicare alcuna valutazione sull'esercizio di poteri autoritativi.

Diversamente, il Consiglio di Stato, Sez. II, n. 8546/2020, in caso analogo ha affermato la giurisdizione amministrativa. L'amministrazione aveva annullato l'aggiudicazione iniziale del servizio di ristorazione a causa della condanna penale del procuratore speciale della società aggiudicataria; successivamente, aveva stipulato il contratto con la seconda classificata a condizioni più onerose e aveva richiesto il risarcimento dei maggiori costi alla prima società. Il Consiglio di Stato ha ricondotto la controversia nell'ambito della responsabilità precontrattuale ma ne ha evidenziato la stretta connessione con atti di accertamento dei requisiti morali e con l'esercizio di poteri pubblicistici. Pertanto, trattandosi di una vicenda ancora inserita nella "fase pubblica" è stata affermata la giurisdizione esclusiva.

2.5 (Segue) L'esercizio del potere autoritativo nei rapporti concessori

Come già visto nel caso della determinazione dei canoni, il collegamento con il potere non si esaurisce con l'avvento della fase esecutiva del rapporto ma permane anche dopo la stipula della concessione o del contratto. L'amministrazione, infatti, può continuare a esercitare poteri riconducibili alla fase di aggiudicazione o previsti dalla legge purché intervenga con atti autoritativi che incidano direttamente — seppur successivamente all'aggiudicazione — sulla procedura di affidamento, mediante l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio o, nella fase esecutiva, attraverso altri poteri tipizzati dalla legge.

Diventa, perciò, necessario stabilire in via interpretativa quando l'amministrazione agisca in c.d. autotutela interna, attinente all'esecuzione del contratto e

ai rapporti paritari tra le parti, piuttosto che in c.d. autotutela esterna, quale espressione di un potere autoritativo incidente sulla fase pubblicistica di individuazione del contraente.¹³³

La giurisprudenza, ad esempio, riconosce la revoca del bando e la dichiarazione di cessazione del contratto per ritardi come esercizio di potere autoritativo sulla fase pubblicistica. Analogamente rientrano nella giurisdizione amministrativa le controversie inerenti la decadenza della concessione di un bene pubblico a causa dell'inadempimento nel pagamento del canone e della cauzione.¹³⁴ Inoltre, il provvedimento di ritiro dell'atto concessorio adottato dalla pubblica amministrazione costituisce un'espressione di potere autoritativo incidente sull'intero rapporto concessorio.¹³⁵

¹³³ Come efficacemente esposto dalle Cass., sez. un., 5 maggio 2017, n. 10935, la distinzione verte sull'esercizio di autotutela incidente sugli atti del procedimento di evidenza pubblica e su quello incidente sul rapporto contrattuale: "può distinguersi tra atti di ritiro incidenti direttamente sul contratto (recesso, risoluzione), qualificabili come atti di autotutela 'interna', che hanno natura privatistica con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, e atti di ritiro dell'aggiudicazione (annullamento, decadenza, revoca), i quali, in quanto incidenti sul provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica — e solo di riflesso sul contratto — danno luogo a una forma di autotutela 'esterna' al contratto di appalto, hanno natura pubblicistica e rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo".

La sentenza riguarda il risarcimento o l'indennizzo a seguito della revoca di un bando e della cessazione del contratto d'appalto da parte della pubblica amministrazione. Viene riconosciuta la giurisdizione amministrativa in quanto "l'annullamento in autotutela di un atto amministrativo prodromico alla stipulazione del contratto ha natura autoritativa e discrezionale, sicché il relativo vaglio di legittimità spetta al giudice amministrativo, la cui giurisdizione esclusiva si estende — con necessità di trattazione unitaria — alla conseguente domanda per la dichiarazione di inefficacia o nullità del contratto". "Sussiste invece la giurisdizione del giudice ordinario (...) quando la P.A., dietro lo schermo dell'annullamento in autotutela, interviene direttamente sul contratto per vizi suoi propri, anziché sulle determinazioni prodromiche in sé considerate".

¹³⁴ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 2 novembre 2022, n. 14222, secondo cui la decadenza dalla concessione, in quanto adottata mediante un provvedimento discrezionale e non automaticamente, costituisce espressione di potere amministrativo, essendo preceduta dall'accertamento della persistente morosità del concessionario e della violazione degli obblighi assunti; diversamente, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 13 luglio 2022, n. 9616, ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario nell'ipotesi di decadenza fondata unicamente sulla non ammissibilità della domanda di condono balneare ai sensi del d.l. n. 104/2020, trattandosi di un effetto sostanzialmente vincolato, privo di margini di discrezionalità amministrativa.

¹³⁵ Il Consiglio di Stato, con sua sent., Cons. St., sez. IV, 3 agosto 2023, n. 7503, con nota di E. Pellegrino, *Decadenza "doverosa" e responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. giur. edil.*, fasc. 5, p. 940, ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo in una controversia relativa a una concessione del diritto di superficie finalizzata alla realizzazione di edilizia residenziale pubblica, nell'ambito della quale era stata proposta domanda risarcitoria a seguito dell'impossibilità, derivante dal fallimento della società concessionaria e dalle conseguenti vicende del rapporto concessorio, di conseguire la proprietà dell'alloggio promesso in vendita.

Analogamente, con riferimento alla sospensione della concessione, è stata affermata la giurisdizione amministrativa in quanto la controversia risulta strettamente connessa alla verifica della legittimità dell'esercizio del potere amministrativo di sospensione del procedimento, espressione di pubblici poteri esercitati nell'ambito di un procedimento disciplinato dalla l. n. 241/1990 e dal d.lgs. n. 152/2006.¹³⁶

Particolarmente problematica è la figura della decadenza della concessione di servizi. In tale ambito, il criterio discretivo ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice esclusiva va individuato nella natura del potere esercitato dall'amministrazione concedente. Il discrimine, ancora una volta, non è rappresentato dalla mera collocazione della vicenda nella fase esecutiva del rapporto, bensì dalla presenza o meno di un potere discrezionale e autoritativo esercitato dall'amministrazione. Sul punto, il Consiglio di Stato ha chiarito che rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “tutte le controversie che in qualche modo attengano al rapporto concessorio, incidendo sulla durata o sull'esistenza stessa del rapporto”, evidenziando come il rapporto concessorio, anche nella fase esecutiva, rimanga strumentale al perseguimento di finalità pubbliche e non possa essere assimilato integralmente ai rapporti di diritto comune. In tale prospettiva, la decadenza non costituisce una mera presa d'atto di un inadempimento contrattuale, ma espressione di una potestà pubblicistica funzionale alla salvaguardia dell'interesse collettivo sotteso al servizio pubblico.¹³⁷ Diversa è

¹³⁶ T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 3 ottobre 2022, n. 6100.

¹³⁷ Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421. La medesima impostazione emerge nella vicenda relativa alla concessione del servizio idrico integrato del Comune di Sezze. In tale occasione, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che il criterio discretivo deve essere individuato nella “spendita di poteri autoritativi da parte della P.A.” e che rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie concernenti la violazione degli obblighi nascenti dal rapporto concessorio, ad eccezione delle sole questioni aventi contenuto meramente patrimoniale relative a “indennità, canoni ed altri corrispettivi” (*Cass. civ., Sez. Un., 26 febbraio 2016, n. 3798*). La Suprema Corte ha infatti precisato che la giurisdizione ordinaria permane solo quando la controversia non coinvolga alcun esercizio di discrezionalità amministrativa o valutazioni inerenti alla tutela dell'interesse pubblico. Nel caso concreto, la controversia trae origine dalla delibera con cui il Comune aveva dichiarato la decadenza e la risoluzione della concessione del servizio idrico integrato per plurimi e gravi inadempimenti del concessionario. Le Sezioni Unite hanno ritenuto sussistente la giurisdizione amministrativa valorizzando il fatto che gli ina-

invece l'ipotesi in cui l'amministrazione, pur utilizzando formule quali "revoca" o "decadenza", agisca sostanzialmente quale parte del rapporto negoziale, limitandosi a far valere clausole convenzionali o inadempimenti contrattuali senza esercitare poteri discrezionali funzionali alla cura dell'interesse pubblico. In tali casi la controversia appartiene al giudice ordinario, poiché viene in rilievo un rapporto di paritario disciplinato dalle regole civilistiche. In questa prospettiva, la giurisprudenza ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie relative alla risoluzione della convenzione nell'ambito del rapporto concessorio, precisando che, una volta conclusa la fase pubblicistica di affidamento ed instaurato il rapporto convenzionale, le controversie inerenti all'adempimento delle obbligazioni assunte dalle parti, ai relativi effetti risarcitori ed alla risoluzione della convenzione appartengono alla giurisdizione ordinaria.¹³⁸

Analogamente, è stata affermata la giurisdizione del giudice ordinario anche con riguardo agli atti formalmente qualificati dall'amministrazione come "revoca" della concessione, allorché essi si risolvano, nella sostanza, nell'esercizio di facoltà privatistiche di scioglimento del rapporto contrattuale e non costituiscano espressione di poteri autoritativi. In particolare, il Consiglio di Stato ha chiarito che, nelle controversie relative alla fase esecutiva di una concessione di lavori pubblici, viene in rilievo "non l'esercizio di un potere autoritativo", bensì "la mera verifica, a carattere vincolato e su basi di parità", dell'esistenza dei presupposti

dempimenti contestati incidono direttamente sulla tutela della salute e della sicurezza pubblica, determinando "grave rischio per la salute pubblica e l'incolumità pubblica". La decisione evidenzia dunque come la P.A., nel dichiarare la decadenza, non agisse quale semplice parte contrattuale, bensì esercitasse un potere autoritativo volto alla salvaguardia di interessi pubblici primari. Nello stesso senso si era già pronunciato il TAR Latina, il quale aveva osservato che la decadenza della concessione costituisce "esercizio di un potere unilaterale e autoritativo di risoluzione del rapporto", riconosciuto alla pubblica amministrazione sin dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865 il giudice amministrativo è chiamato a verificare la legittimità dell'esercizio del potere discrezionale della P.A., valutando se la decadenza sia stata adottata nel rispetto dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e tutela dell'interesse pubblico. Ne consegue che la rilevanza civilistica dell'inadempimento assume rilievo solo nella misura in cui si traduca in un vizio dell'esercizio della funzione amministrativa (T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 23 novembre 2012, n. 880, *in Foro Amm. - T.A.R., 2012*).

¹³⁸ Cass. civ., Sez. Un., 27 dicembre 2011, n. 28804.

convenzionalmente previsti per lo scioglimento del rapporto, con conseguente devoluzione della controversia al giudice ordinario revoca.¹³⁹

Così, le controversie inerenti alla fase di attuazione del rapporto risultano oggi ancorate, a discapito della stessa formulazione dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., non già alla natura patrimoniale della pretesa fatta valere, bensì alla sussistenza o meno di un potere autoritativo incidente sul rapporto. Ne consegue che il giudice ordinario conosce di qualsiasi diritto soggettivo, indipendentemente dal fatto che la pretesa si traduca in indennità, canoni, corrispettivi o altre utilità economiche, purché la controversia non implichi l'esercizio di poteri pubblicistici da parte dell'amministrazione.¹⁴⁰

Vengono, inoltre, in rilievo i casi in cui, all'interno del rapporto paritetico, la pubblica amministrazione mantiene una discrezionalità tale da determinare la giurisdizione del giudice amministrativo. È il caso, ad esempio, delle clausole di revisione dei prezzi. Nel contesto dei contratti pubblici, tali clausole costituiscono meccanismi che consentono l'adeguamento periodico del corrispettivo contrattuale in relazione a variazioni dei costi di esecuzione, come quelli relativi a materie

¹³⁹ Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2020, n. 268. La pronuncia riguardava il provvedimento con cui un Comune aveva disposto la revoca di una concessione avente ad oggetto la progettazione, costruzione e gestione di un piano per insediamenti produttivi, motivandola con l'esistenza di inadempimenti contrattuali e con la sopravvenuta carenza dei requisiti soggettivi del concessionario. Il Consiglio di Stato ha tuttavia escluso la sussistenza di poteri pubblicistici, osservando che l'amministrazione aveva semplicemente attivato la procedura convenzionalmente prevista per la risoluzione del rapporto, senza esercitare prerogative autoritative incidenti sull'affidamento o sull'organizzazione del servizio pubblico. *La ratio decidendi* della sentenza risiede dunque nell'affermazione secondo cui, esaurita la fase pubblicistica di scelta del contraente, la fase esecutiva del rapporto concessorio è retta da un rapporto paritetico disciplinato dalle regole contrattuali, sicché le controversie concernenti l'accertamento degli inadempimenti e lo scioglimento del vincolo negoziale appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario.

¹⁴⁰ In senso critic cfr. Francario, F., *Concessioni di beni e servizi e profili di giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2026, n. 1, p.31, ove l'autore osserva che la clausola relativa alle controversie concernenti "indennità, canoni e altri corrispettivi" può essere interpretata secondo due diverse prospettive. Secondo una prima lettura, essa costituirebbe una mera eccezione alla concentrazione delle controversie sui diritti soggettivi nell'ambito della giurisdizione esclusiva amministrativa, con la conseguenza che le ulteriori controversie relative alla fase esecutiva del rapporto concessorio – quali inadempimenti, modifiche, risoluzione del rapporto e risarcimento del danno – resterebbero attratte alla giurisdizione amministrativa. Secondo una diversa impostazione, invece, la disposizione configurerebbe una vera e propria riserva di giurisdizione al giudice ordinario sulle controversie patrimoniali, anche in presenza di atti amministrativi suscettibili di disapplicazione. L'autore evidenzia tuttavia come entrambe le ricostruzioni finiscano, nella prassi, per riproporre il criterio della presenza o meno di poteri autoritativi, con conseguente incoerenza teorica rispetto alla logica stessa della giurisdizione esclusiva, che dovrebbe fondarsi sulla materia nel suo complesso e non sulla singola controversia.

prime, energia o manodopera.¹⁴¹ La giurisdizione in materia viene individuata sulla base della interpretazione della clausola contrattuale e dal grado di discrezionalità attribuito alla pubblica amministrazione.¹⁴²

Quando la clausola attribuisce discrezionalità alla pubblica amministrazione, l'adeguamento dei prezzi non costituisce un diritto automatico dell'appaltatore, ma richiede una valutazione istruttoria o tecnico-discrezionale dell'ammini-

¹⁴¹ Attualmente la giurisdizione è demandata alla giurisdizione amministrativa esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a., secondo cui rientrano nella competenza del giudice amministrativo le controversie "relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nonché alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, ai sensi dell'art. 115 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nonché ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'art. 133, commi 3 e 4, del medesimo decreto".

In passato, prima dell'estensione della giurisdizione esclusiva, la giurisprudenza delle Sezioni Unite distingueva tra interesse legittimo e diritto soggettivo, facendo dipendere il riparto dall'esistenza o meno di un previo riconoscimento del diritto alla revisione da parte dell'amministrazione. In particolare, in assenza di riconoscimento espresso o implicito, la posizione dell'appaltatore era qualificata come interesse legittimo e la controversia rientrava nella giurisdizione del giudice amministrativo; viceversa, ove l'amministrazione avesse esercitato il potere riconoscendo la spettanza della revisione, si configurava un diritto soggettivo perfetto, con conseguente devoluzione della controversia al giudice ordinario. Cass., sez. un., 26 marzo 2014, n. 7176, ha affermato che la giurisdizione ordinaria scatta dall'esistenza e dall'efficacia dell'atto di riconoscimento della revisione dei prezzi, sottolineando che non rileva la validità sostanziale dell'atto, come l'eventuale mancanza di copertura finanziaria, bensì l'avvenuto esercizio del potere autoritativo che consuma la discrezionalità amministrativa e trasforma la posizione dell'appaltatore in diritto soggettivo. Nel caso esaminato, la controversia riguardava la domanda di pagamento della revisione dei prezzi di un appalto pubblico: il Comune aveva già adottato un atto di riconoscimento del diritto alla revisione, successivamente revocato in autotutela ma con revoca annullata dal TAR, confermando che le questioni relative alla validità dell'atto o alla copertura finanziaria rimangono al giudice ordinario. Con l'evoluzione normativa, a partire dall'art. 6, comma 19, L. n. 537/1993, dall'art. 26, comma 4-bis, L. n. 109/1994, dall'art. 244, comma 3, D.Lgs. n. 163/2006 e infine dall'art. 133 c.p.a., il legislatore ha progressivamente ampliato l'area della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, includendovi anche le controversie relative al quantum della revisione e dell'adeguamento dei prezzi, superando la distinzione tradizionale tra *an debeatur* e *quantum debeatur*. Tale modello di concentrazione per materia consente di attrarre al giudice amministrativo le controversie che implicano valutazioni tecniche o esercizio di poteri pubblicistici, evitando duplicazioni di tutela e garantendo la coerenza con la normativa sugli appalti pubblici. Tuttavia, per contratti e atti stipulati anteriormente all'entrata in vigore delle disposizioni legislative sopra citate, la giurisdizione ordinaria resta applicabile quando il diritto soggettivo dell'appaltatore risulti già formalmente acquisito.

¹⁴² Diverso è il caso della compensazione per aumento dei prezzi dei materiali; l'istituto presenta una rilevante differenza rispetto alle clausole di revisione predeterminate. Anche se la legge fissa criteri oggettivi (ad esempio l'aumento superiore al 10%), il riconoscimento del pagamento richiede un provvedimento finale dell'amministrazione che comporti una valutazione tecnico-discrezionale, comprensiva di accertamento dell'aumento, compatibilità finanziaria e correttezza dei calcoli. Fino all'adozione di tale provvedimento, l'appaltatore detiene solo un interesse legittimo mentre il diritto soggettivo pieno nasce solo con il riconoscimento formale, come chiarito da Cass., sez. un., 5 febbraio 2025, n. 2934, e Cass., sez. un., 26 settembre 2011, n. 19567. Di conseguenza, la giurisdizione è del giudice amministrativo.

strazione (ad esempio: accertamento dei costi effettivamente sostenuti, applicazione parziale di indici ISTAT, verifica dei prezzi di mercato).¹⁴³ In tali casi, l'esercizio della discrezionalità stabilisce un legame con il potere pubblico sufficiente a fondare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo poiché si concretizza in un atto amministrativo di natura autoritativa volto alla tutela degli interessi legittimi connessi all'equilibrio economico del contratto.

Viceversa, quando la clausola è completamente predeterminata nel contenuto, fissando *an* e *quantum* senza margini di valutazione, l'appaltatore vanta un diritto soggettivo pieno al pagamento. In tali ipotesi, la controversia riguarda la mera applicazione della clausola e rientra nella giurisdizione ordinaria, poiché la pubblica amministrazione non esercita alcun potere discrezionale.¹⁴⁴

¹⁴³ Cass., sez. un., 15 giugno 2009, n. 13892: la controversia riguardava l'affidamento del servizio di igiene urbana, con richiesta di pagamento a titolo di revisione dei prezzi. Le Sezioni Unite hanno affermato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie relative alla clausola di revisione dei prezzi e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica (art. 115 D.Lgs. 163/2006, art. 244, comma 3, D.Lgs. 163/2006), includendo anche la fase di quantificazione. La decisione si fonda sulla natura pubblicistica del meccanismo di revisione, che richiede istruttoria tecnica e valutazioni discrezionali della P.A., e sulla necessità di concentrare presso il giudice amministrativo le controversie che implicano l'esercizio di poteri pubblicistici e l'interazione tra interessi legittimi e diritti soggettivi.

Cons. St., sez. III, 5 novembre 2024, n. 8834– Il Consiglio di Stato ha riconosciuto la propria giurisdizione esclusiva in una controversia relativa alla revisione dei prezzi di un contratto di appalto, evidenziando la presenza di discrezionalità dell'amministrazione sia nella determinazione dell'"an" sia del "quantum" della revisione. La clausola contrattuale stabiliva che l'adeguamento dei prezzi fosse subordinato a un'istruttoria condotta dall'amministrazione (nel caso dai DEC), con l'indice ISTAT FOI applicabile solo fino al 50% e comunque dopo accertamento istruttorio. Nonostante i criteri oggettivi a cui la revisione è ancorata il Consiglio di Stato ha precisato che la revisione non è un diritto automatico dell'appaltatore, ma dipende da una valutazione discrezionale dell'amministrazione sui dati forniti.

¹⁴⁴ Cass., sez. un., 13 luglio 2015, n. 14559, con nota di E. Bruno, *Decide il giudice ordinario sulle controversie attinenti contratti di appalto, ove sia chiesta o contesa l'applicazione di una clausola contrattuale*, in *Dir. & Giust.*, 2015, fasc. 28, p. 38. Il Comune contestava la domanda di revisione dei prezzi per mancata documentazione dei maggiori oneri. La Corte ha chiarito che, trattandosi di applicazione di una clausola contrattuale specifica che riconosce i maggiori oneri solo se documentati, la controversia non riguarda l'esercizio discrezionale di poteri amministrativi ma il semplice pagamento di somme dovute. Di conseguenza la giurisdizione è del giudice ordinario in quanto la pretesa rientra nella logica della mera esecuzione contrattuale.

T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 2 aprile 2025, n. 1117– La controversia riguardava la revisione dei prezzi di un appalto regolata da una clausola contrattuale completamente determinata, senza margine discrezionale dell'amministrazione. Il Tribunale ha precisato che, in assenza di discrezionalità, la controversia riguarda un semplice adempimento contrattuale, cioè l'applicazione corretta della clausola, e pertanto rientra nella giurisdizione ordinaria.

Cass., sez. un., 22 novembre 2021, n. 35952.- La Corte ha ritenuto la clausola contrattuale di revisione dei prezzi non conferiva alcuna discrezionalità alla pubblica amministrazione, trattandosi di un meccanismo

Non può escludersi, in astratto, il rischio di una surrettizia derogabilità della giurisdizione, in tensione con il principio di cui all'art. 102 Cost., qualora si attribuisca rilievo determinante alla clausola contrattuale nel radicare la giurisdizione amministrativa. In tal modo, infatti, la tecnica redazionale delle parti potrebbe incidere indirettamente sul riparto di giurisdizione. Nondimeno, tale rischio risulta ridimensionato ove si valorizzi un criterio sostanziale, per cui la giurisdizione si determina in base alla natura della posizione giuridica soggettiva e al tipo di potere concretamente esercitato dalla pubblica amministrazione. In questa prospettiva, può ritenersi che il potere amministrativo si sia già esaurito nella fase di determinazione della clausola, non residuando, nella successiva fase applicativa, alcun margine di discrezionalità.

2.6 Il criterio temporale nelle controversie in materia di edilizia residenziale pubblica

Tornando all'applicazione giurisprudenziale del criterio primario, che distingue tra una fase caratterizzata da interessi legittimi e una fase caratterizzata da diritti soggettivi, le controversie relative alla residenza popolare offrono un ulteriore esempio dell'utilizzo di questo criterio, basato sull'individuazione di un momento di spartiacque tra le due fasi.

Per quanto riguarda le controversie relative all'edilizia popolare, esse rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo quando concernono eventuali vizi della fase di assegnazione; viceversa, competono al giudice ordinario le questioni relative alla fase successiva al provvedimento di assegnazione in cui la pubblica amministrazione non esercita poteri autoritativi ma agisce come parte di un rapporto locatizio di natura privatistica.¹⁴⁵

predeterminato che indicava i corrispettivi e il criterio di determinazione riferito all'epoca della redazione del progetto originario; conseguentemente, il rapporto si configurava come paritario tra le parti, con il diritto dell'appaltatore definito in maniera oggettiva, e pertanto la giurisdizione spettava al giudice ordinario.

¹⁴⁵ Per un'esposizione articolata delle molteplici fattispecie controverse emerse nella materia – segnata-mente in tema di revoca o decadenza dell'assegnazione, subentro nel godimento dell'alloggio, ordini di

In tale prospettiva, secondo l'indirizzo consolidato della giurisprudenza di legittimità, il criterio generale di riparto della giurisdizione deve essere individuato avuto riguardo alla natura della posizione giuridica soggettiva fatta valere, da accertarsi alla luce del *petitum* sostanziale; nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo assume, inoltre, rilievo il collegamento della controversia con l'esercizio di un potere amministrativo, prescindendo dalla qualificazione formale della domanda o dagli atti impugnati.¹⁴⁶

In questo senso si è pronunciata la Suprema Corte a Sezioni Unite, Cass., Sez. Un., n. 32956/2025, che ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario in

rilascio, regolarizzazione dell'occupazione e procedure di dismissione – nonché dei relativi sviluppi giurisprudenziali, si rinvia a Tonoletti, B. (2021). *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione del giudice ordinario. Commento agli artt. 2, 4 e 5 All. E l. 20 marzo 1865, n. 2248*, cit., pp.88-89. ove la casistica è esaminata in modo sistematico.

¹⁴⁶ Più in particolare, con riferimento alla fase anteriore all'assegnazione, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo quando la controversia investe il segmento procedimentale caratterizzato dall'esercizio di poteri pubblicistici discrezionali, quali l'adozione del bando, la formazione della graduatoria e il provvedimento di assegnazione. In tale fase, infatti, l'aspirante assegnatario è titolare di un interesse legittimo pretensivo, in quanto l'Amministrazione è chiamata a svolgere valutazioni comparative e discrezionali per l'individuazione del beneficiario.

Diversamente, nella fase successiva all'assegnazione, una volta instaurato il rapporto locatizio, la disciplina applicabile è quella di diritto privato e le controversie concernenti le vicende evolutive del rapporto – quali subentro, decadenza, risoluzione o rilascio dell'alloggio – rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario. In questo stadio, infatti, non viene in rilievo l'esercizio di un potere discrezionale, bensì la verifica della sussistenza di presupposti legali predeterminati; la posizione dell'assegnatario o dell'occupante assume quindi consistenza di diritto soggettivo.

La giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato la giurisdizione del giudice ordinario in una pluralità di ipotesi, tra cui: la decadenza dall'assegnazione dell'alloggio di edilizia residenziale pubblica per accertata carenza del requisito dell'impossidenza richiesto dalla normativa regionale (Cass., sez. un., 28 dicembre 2011, n. 29095.); le controversie aventi ad oggetto il rilascio dell'immobile, nelle quali l'interessato deduca il possesso dei requisiti per l'assegnazione e il diritto al subentro nel godimento dell'alloggio (Cass., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 621); i casi di revoca dell'assegnazione disposta per superamento dei limiti reddituali del nucleo familiare (Cass., sez. un., 18 febbraio 2021, n. 4366); le ipotesi di dedotta ineseguibilità dell'ordine di rilascio per la sussistenza delle condizioni legali di permanenza nel rapporto (Cass., sez. un., 28 maggio 2021, n. 15013.); nonché le fattispecie di decadenza per abbandono dell'alloggio o cessione a terzi (Cass., sez. un., 12 maggio 2022, n. 15122). Nello stesso solco si colloca altresì la giurisprudenza che ha riconosciuto la giurisdizione ordinaria anche in presenza di censure relative a vizi procedurali del provvedimento di sgombero, qualora venga in rilievo la sussistenza dei presupposti per la prosecuzione del rapporto locativo (Cass., sez. un., 26 dicembre 2024, n. 34502)

Da ultimo, la giurisprudenza ribadisce l'irrelevanza di una valutazione meramente formale o "atomistica" degli atti impugnati: anche quando vengano censurati atti amministrativi presupposti, quali delibere o verbali endoprocedimentali, la giurisdizione non si radica in capo al giudice amministrativo se il nucleo sostanziale della controversia concerne la permanenza del diritto al godimento dell'alloggio. Né è sufficiente, a tal fine, la deduzione di un rapporto di presupposizione tra atti amministrativi e ordine di rilascio, ove non si verta nella fase genetica del rapporto. Ne consegue che la giurisdizione deve essere individuata avuto riguardo all'effettiva natura della situazione giuridica fatta valere, quale emerge dai fatti allegati e dal rapporto dedotto in giudizio, secondo il criterio del *petitum* sostanziale. cfr nel testo Cass., sez. un., 17 dicembre 2025, n. 32956.

un caso concernente l'ordine di sgombero intimato alla figlia dell'originario assegnatario, a seguito del decesso di quest'ultimo e del venir meno dei presupposti per la permanenza nell'alloggio. Nel caso di specie la ricorrente aveva adito il giudice amministrativo impugnando, in via derivata, la delibera della Giunta comunale e gli atti della commissione preposta alla valutazione delle domande di regolarizzazione; la Corte ha escluso la rilevanza di tali atti ai fini del riparto di giurisdizione, poiché la situazione giuridica azionata ha natura di diritto soggettivo, in quanto "l'ordine di sgombero discende da determinate condizioni che trovano la loro fonte in previsioni legislative e il relativo accertamento non implica una valutazione discrezionale da parte della pubblica amministrazione"¹⁴⁷; il Comune non è intervenuto esercitando poteri pubblicistici sul provvedimento di assegnazione, ma ha inciso sul rapporto sorto dall'assegnazione per il sopravvenuto venir meno, in capo all'occupante, dei requisiti previsti dalla disciplina di settore, sicché si è in presenza di una possibile evoluzione del rapporto già instaurato e non dell'instaurazione di un rapporto nuovo e diverso.

2.7 I limiti del criterio temporale nelle controversie in materia di sostegno scolastico

L'ultima materia considerata nella presente trattazione riguarda i servizi di sostegno scolastico per gli studenti con disabilità, con particolare riferimento all'attuazione e alla previsione del Piano Educativo Individualizzato (PEI).¹⁴⁸

¹⁴⁷ Cass., Sez. Un., n. 32956/2025 punto 2.1 ragioni della decisione.

¹⁴⁸ Il fondamento del diritto all'istruzione degli alunni con disabilità si rinviene direttamente nei principi costituzionali: in particolare, negli artt. 2 e 3 Cost., che garantiscono i diritti inviolabili della persona, l'eguaglianza sostanziale e l'obbligo per la Repubblica di rimuovere gli ostacoli che limitano il pieno sviluppo individuale, nonché nell'art. 34 Cost., che sancisce l'accesso universale alla scuola e l'obbligatorietà e gratuità dell'istruzione di base, e nell'art. 38 Cost., che riconosce il diritto all'educazione e alla formazione professionale delle persone con disabilità. In tale quadro, la giurisprudenza costituzionale ha chiarito, già a partire dagli anni Ottanta, che l'inclusione scolastica rappresenta uno strumento essenziale per realizzare il pieno sviluppo della persona, segnando il superamento di un approccio meramente assistenziale in favore di una logica orientata alla rimozione delle barriere. Sul piano legislativo, tali principi trovano attuazione nella previsione del piano educativo individualizzato (PEI), finalizzato anche alla determinazione delle ore

Le controversie in materia di sostegno scolastico hanno conosciuto un significativo percorso evolutivo.¹⁴⁹ Inizialmente, i conflitti tra le famiglie degli alunni con disabilità e l'amministrazione scolastica erano interamente ricondotti alla giurisdizione esclusiva prevista dall'art. 133, primo comma, lett. c) c.p.a., poiché la definizione delle ore di sostegno spettava a un procedimento di natura pubblicistica, ove la pubblica amministrazione si pone in una posizione di supremazia, nell'ambito di un servizio pubblico. In tale contesto, l'amministrazione era investita di un vero e proprio potere-dovere volto a concretizzare le aspettative degli alunni attraverso l'utilizzo delle risorse che fosse al contempo equo e ragionevole e da distribuire tra i soggetti aventi diritto sulla base di provvedimenti adottati anche in considerazione di scelte discrezionali.

Successivamente, grazie all'opera delle pronunce della giurisprudenza costituzionale¹⁵⁰, si è progressivamente consolidato un orientamento volto a rafforzare la tutela del diritto all'istruzione delle persone con disabilità. In particolare, la

di sostegno e all'assegnazione di docenti specializzati, secondo quanto previsto, tra l'altro, dalla legge n. 104/1992 e dalla normativa successiva. La disciplina concreta dell'attribuzione delle ore di sostegno risulta tuttavia frammentata, essendo contenuta in fonti eterogenee, di livello sia legislativo sia regolamentare, integrate da numerosi atti amministrativi generali, quali circolari ministeriali e provvedimenti delle autorità scolastiche. (Ramajoli, M. (2020). *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 38(2), p.277.)

¹⁴⁹ Ramajoli, M. (2020), *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, cit, p.277, osserva come si possano distinguere due piani di evoluzione. Il primo riguarda il diritto sostanziale, "di cui è responsabile essenzialmente, anche se non esclusivamente, la Corte Costituzionale" la quale rafforza "la consistenza della situazione giuridica soggettiva dei disabili, che sono riconosciuti titolari di diritti fondamentali." Il secondo piano riguarda il diritto processuale, elaborato "essenzialmente, anche se non esclusivamente, [d]alle sezioni unite della Corte di Cassazione: essa frantuma la tutela giurisdizionale della persona con disabilità, spezzandola tra i due diversi plessi giudiziari."

¹⁵⁰ Corte Cost., 26 febbraio 2010, n. 80, in *Foro it.*, 2010, 4, I, p. 1066; in *Giust. civ.*, 2010, 5, I, p. 1044; in *Giur. cost.*, 2010, p. 879, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di disposizioni normative che, nell'ambito di politiche di contenimento della spesa pubblica, introducevano limiti rigidi alla dotazione degli insegnanti di sostegno, incidendo sulla possibilità di garantire un supporto adeguato agli alunni con disabilità. La Corte ha chiarito che tali limiti, se non modulati sulle esigenze concrete degli studenti, determinano una compressione del diritto fondamentale all'istruzione, il cui nucleo essenziale deve essere in ogni caso salvaguardato. In particolare, è stato ribadito che il sostegno didattico costituisce uno strumento imprescindibile per rendere effettivo il principio di eguaglianza sostanziale, non potendo essere sacrificato per esigenze di carattere finanziario.

Corte Cost., 16 dicembre 2016, n. 275, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, p. 2339, con nota di L. Carlassare, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalicabili" alla discrezionalità del legislatore*,

Corte Costituzionale ha qualificato tale diritto come fondamentale e non comprimibile. Ne consegue che le esigenze degli alunni con disabilità devono essere in ogni caso garantite anche laddove entrino in tensione con vincoli di natura finanziaria gravanti sulle amministrazioni pubbliche.¹⁵¹

Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo dell'elaborato¹⁵², la teoria dei diritti incompressibili dispiega rilevanti effetti anche sul piano del riparto di giurisdizione. Si tratta, infatti, di situazioni giuridiche soggettive che, nel loro c.d. nucleo essenziale o "rigido", si impongono non solo al legislatore, ma altresì all'amministrazione nell'esercizio della funzione amministrativa vincolandone l'azione. Ne deriva che il potere amministrativo non può legittimamente esplicarsi in funzione limitativa o conformativa di tali diritti, i quali, per loro natura, si pongono in posizione di prevalenza rispetto al suo esercizio.

L'effetto sul piano della giurisdizione è evidente: ove venga in rilievo la lesione di un diritto incompressibile, la posizione azionata assume consistenza di diritto soggettivo secondo il criterio generale di riparto. Difetta, inoltre, in radice uno spazio per l'esercizio del potere amministrativo e, conseguentemente, lo stesso collegamento della controversia con il potere pubblico che costituisce il presupposto della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; ne deriva che la tutela spetta al giudice ordinario.¹⁵³

p.2342. La decisione ha dichiarato costituzionalmente illegittima una norma della legge finanziaria della Regione Abruzzo nella parte in cui subordinava il finanziamento del servizio di trasporto scolastico per studenti con disabilità alla disponibilità di risorse stabilite annualmente in bilancio, disposizione sulla cui base era stata negata l'erogazione del contributo. In quanto il carattere fondamentale del diritto all'istruzione delle persone con disabilità impone limiti stringenti alla discrezionalità legislativa, la quale non può comprimere quel nucleo essenziale di garanzie necessario ad assicurarne l'effettività. Ne consegue che è "la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione" (C. cost., n. 275/2016, punto 11 del Considerato in diritto.)

¹⁵¹ Ramajoli, M. (2020), *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, cit, p.280.

¹⁵² in particolare, cfr. *infra* capitolo III, § 3.5 e capitolo IV § 4.2.

¹⁵³ In dottrina non mancano letture differenti v. Riccardo Giani, *Giudice amministrativo e giurisdizione esclusiva sui diritti fondamentali: il caso del sostegno scolastico ai disabili e i dubbi sul criterio di riparto di giurisdizione seguito dalla Cassazione*, in *Questione Giustizia* 1/2021, pp. 211. L'autore sottolinea che il nucleo indifferibile attiene "alla dinamica del potere e al merito del bilanciamento, ponendo un limite all'esercizio della discrezionalità, senza elidere il potere amministrativo, che c'è ed entra in relazione con

Proprio su tali rilevanti pronunce a partire dal 2014, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno profondamente rivisto il proprio precedente orientamento interpretativo, riconoscendo in capo allo studente con disabilità un vero e proprio diritto soggettivo a ricevere un adeguato supporto didattico. In particolare, la sentenza n. 25011 del 2014 ha affermato che il diritto all'istruzione costituisce parte integrante del sistema di tutela dei diritti delle persone con disabilità, in quanto strumento essenziale per garantire pari dignità sociale, pieno sviluppo della persona e inclusione. Muovendo da tale impostazione, le Sezioni Unite hanno inoltre ridefinito il riparto di giurisdizione nelle controversie in materia.

In particolare, restano attribuite al giudice amministrativo le controversie relative alla fase antecedente alla definizione del Piano Educativo Individualizzato (PEI), mentre rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie successive alla sua adozione, concernenti la concreta attuazione delle misure ivi previste. La scelta di attribuire tali controversie al giudice ordinario si fonda sull'assunto che, una volta definito il PEI, l'amministrazione non disponga più di margini di discrezionalità, essendo tenuta a dare esecuzione a quanto in esso previsto. Ne consegue che il diritto dello studente al sostegno didattico, così come delineato nel piano, assume i caratteri di un diritto pienamente configurato ed immediatamente esigibile.

Risulta evidente il richiamo al criterio finora trattato, fondato sulla distinzione tra fase procedimentale e fase privatistica. Alla prima, caratterizzata dall'esercizio del potere amministrativo, si ricollega la giurisdizione del giudice amministrativo; alla seconda, successiva all'adozione del piano educativo, quella del giudice ordinario.

le situazioni giuridiche che incontra, così che dall'esistenza del richiamato nucleo indefettibile di garanzie non possono ricavarci conseguenze in termini di riparto di giurisdizione”.

V. anche Mazzamuro, M. (2020). *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali.cit, p.4* “L'affermazione del carattere “indegradabile” del diritto è anzitutto un assunto di carattere sostanziale e non processuale: si vuole cioè intendere che quel diritto (o il suo core) si impone su ogni altro interesse concorrente. Tutt'altra e separata questione è se tale posizione sostanziale si imponga nell'ambito di rapporti di diritto pubblico o nell'ambito di rapporti di diritto privato e, conseguentemente, vada tutelata di fronte al giudice amministrativo o al giudice ordinario”.

In questa prospettiva, è stata riconosciuta la competenza del giudice civile a conoscere della domanda proposta dai genitori di una minore con disabilità, volta a denunciare l'insufficiente attribuzione delle ore di sostegno rispetto a quanto stabilito nel PEI come necessario per garantire un adeguato percorso di integrazione scolastica.¹⁵⁴

Mentre viene riconosciuto al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., il compito di conoscere delle controversie concernenti la determinazione del contenuto dell'insegnamento di sostegno nella fase precedente alla redazione del Piano Educativo Individualizzato, rientra in tale ambito, ad esempio, l'ipotesi in cui si chieda l'aumento del numero delle ore di supporto concesse al minore, contestando la correttezza del potere amministrativo esercitato nell'organizzazione del servizio.

La giurisprudenza amministrativa si pone in contrasto con sopraddetto orientamento della Corte di Cassazione, in particolare l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2016¹⁵⁵ nella quale il Consiglio di Stato sottolinea l'irrilevanza, ai fini del riparto di giurisdizione, della consistenza della posizione giuridica soggettiva azionata, chiarendo la tutela dei diritti fondamentali non è estranea alla giurisdizione amministrativa “nella misura in cui il loro concreto esercizio (dei diritti fondamentali) implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine”.

¹⁵⁴ ad esempio, Cass., sez. un., 28 gennaio 2020, n. 1870 relativa a una domanda di risarcimento del danno non patrimoniale proposta dal genitore di un minore con disabilità nei confronti dell'amministrazione scolastica, per aver il minore fruito, durante l'orario scolastico, di un numero di ore di sostegno inferiore a quello necessario in relazione alle proprie condizioni. La Corte, nel risolvere la questione di giurisdizione, ha ribadito il proprio consolidato orientamento secondo cui, una volta adottato il Piano Educativo Individualizzato (PEI), l'amministrazione è vincolata alla sua integrale attuazione, senza margini di discrezionalità. Ne consegue che la mancata o tardiva erogazione del sostegno previsto integra una lesione di un diritto soggettivo pienamente conformato, la cui tutela – anche in termini risarcitori – spetta al giudice ordinario, configurandosi altresì una forma di discriminazione indiretta ai danni dell'alunno con disabilità.

¹⁵⁵ Cfr. Cons. St., Ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7, la controversia verteva sulla declaratoria della consistenza dell'insegnamento di sostegno ed era afferente alla fase precedente alla formalizzazione del PEI e, pertanto, rientrava pacificamente — anche secondo l'orientamento della Cassazione — nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Sulla base di tale impostazione, si è sviluppato un orientamento che si discosta da quello della Corte di cassazione, radicando la giurisdizione del giudice amministrativo indipendentemente dal momento in cui interviene la determinazione lesiva, e dunque sia prima sia dopo la conformazione del diritto del disabile attraverso il Piano Educativo Individualizzato.¹⁵⁶

Possono formularsi due ordini di obiezioni, opposte fra loro, nei confronti del criterio che individua nella redazione del Piano Educativo Individualizzato l'esaurimento del potere amministrativo. La prima, valorizzata dalla giurisprudenza amministrativa, attiene alla perdurante sussistenza del potere in capo alla pubblica amministrazione, il quale non può dirsi esaurito neppure a seguito dell'adozione del piano. Ciò sia perché tale ricostruzione considera l'attività vincolata pur sempre espressione di potere amministrativo, sia perché gli atti successivi continuano a inserirsi nell'esercizio di tale potere.

La seconda obiezione muove dall'esigenza di dare piena attuazione ai principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale sopra richiamata, che impongono la tutela al nucleo rigido del diritto all'istruzione dell'alunno disabile.

Per quanto al primo profilo, come evidenzia la giurisprudenza amministrativa, il procedimento di assegnazione del sostegno si articola in una pluralità di fasi nelle quali il potere amministrativo non si esaurisce con la redazione del piano ma

¹⁵⁶ v. Cons. St., sez. VII, 24 marzo 2025, n. 2434, concerneva il numero di ore ritenuto insufficiente dai ricorrenti perché “nettamente inferiore rispetto al tendenziale rapporto 1:1 ritenuto necessario al fine di garantire gli alunni con grave disabilità, comunque inadeguato, si afferma, alla luce della patologia sofferta dalla minore” che argomentando brevemente sulla base della sentenza n. 6/2016 attribuisce la giurisdizione amministrativa.

Cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 agosto 2024, n. 7089, secondo cui le controversie concernenti la riduzione delle misure di assistenza scolastica riconosciute all'alunno con disabilità nell'ambito del P.E.I. rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, non assumendo rilievo decisivo il momento in cui interviene la determinazione lesiva rispetto alla previa conformazione del diritto attraverso il piano educativo individualizzato, dovendosi piuttosto avere riguardo all'esercizio del potere amministrativo incidente sul diritto all'inclusione scolastica.

continua a manifestarsi attraverso successivi atti e determinazioni, anche suscettibili di incidere concretamente sulla posizione dell'alunno.¹⁵⁷ Ne deriva che la lesione del diritto può derivare da molteplici situazioni: dalla mancata corrispondenza tra le determinazioni del GLOH e il provvedimento finale del dirigente, dalla "mancata fruizione delle ore di sostegno" per effetto di una redistribuzione interna delle risorse fino all'esercizio di un margine di discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione. Ancora, il PEI non costituisce un atto definitivo e immodificabile in quanto il bisogno dell'alunno è per sua natura suscettibile di revisione alla luce di eventuali mutamenti delle condizioni; d'altro canto, l'accertamento giudiziale può essere richiesto anche con riferimento a situazioni future, sicché viene in rilievo la valutazione in astratto del bisogno educativo, quale presupposto sia del provvedimento già adottato sia di quello eventualmente ancora da emanare.¹⁵⁸

Il secondo profilo attiene al valore delle pronunce costituzionali sopra richiamate. Ove si ammetta l'incomprimibilità del diritto alla salute – nella sua declinazione relativa all'individuazione del bisogno educativo dello studente disabile

¹⁵⁷ ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3 settembre 2020, n. 9312, in cui i ricorrenti lamentavano l'assegnazione di un numero di ore di sostegno inferiore rispetto a quelle indicate nel Piano Educativo Individualizzato (PEI). Il Tribunale sottolinea come l'individuazione del momento in cui si esaurisce il potere amministrativo non possa essere fatta coincidere con la sola elaborazione del PEI, in quanto il procedimento non può ritenersi concluso in tale fase, permanendo ulteriori margini di intervento da parte dell'amministrazione. In particolare, il Collegio evidenzia che, successivamente alla predisposizione del PEI, interviene la determinazione del dirigente scolastico, la quale si configura come espressione di un potere amministrativo, non meramente esecutivo ma, in certa misura, discrezionale. Il dirigente, infatti, provvede alla richiesta delle risorse sulla base del PEI di ciascun alunno, raccolte le osservazioni e i pareri del GLI, sentito il GIT e tenendo conto delle risorse didattiche, strumentali e strutturali presenti nella scuola, nonché della presenza di altre misure di sostegno. In tale prospettiva, la determinazione finale del dirigente mantiene natura amministrativa e implica l'esercizio di un potere che può incidere concretamente sulla quantificazione delle ore di sostegno. Pertanto, la fattispecie risulta ancora riconducibile all'esercizio di un potere autoritativo della pubblica amministrazione e la relativa controversia deve ritenersi devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La giurisprudenza amministrativa non può qualificare l'agire del dirigente scolastico come integralmente vincolato alla stregua di un atto dovuto in un rapporto paritetico poiché residua in capo allo stesso un margine di apprezzamento di "ragioni obiettive che possono consistere nella manifesta irragionevolezza, errore, contraddittorietà della suddetta documentazione [dei competenti organi sanitari o scolastici], o nella possibilità che a fronte di due o più alunni disabili nella stessa classe, sia concretamente sufficiente un unico insegnante di sostegno per tutti" Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 27 marzo 2019, n. 262, in *Foro amministrativo*, 2019, 3, p. 507.

¹⁵⁸ Ramajoli, M. (2020), *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, cit, p.288.

– non appare coerente ipotizzare, al contempo, la sussistenza di un potere discrezionale dell'amministrazione idoneo a incidere su tale nucleo essenziale.

Diversamente, l'orientamento della Corte di Cassazione finisce per riconoscere, proprio nella fase di determinazione del piano, un ambito di esercizio del potere amministrativo con conseguente possibile compressione di un diritto che, per sua natura, dovrebbe sottrarsi a simili valutazioni discrezionali.¹⁵⁹

In tema di sostegno scolastico all'alunno disabile il quadro che emerge appare tutt'altro che lineare e coerente. La frammentazione della tutela giurisdizionale, derivante dalla coesistenza di criteri di riparto non univoci tra giudice ordinario e giudice amministrativo finisce per compromettere in modo significativo l'effettività della tutela stessa. In particolare, l'esigenza di semplificazione e concentrazione della tutela – strettamente connessa ai principi sanciti dagli artt. 1 e 7 del c.p.a. – risulta disattesa, lasciando spazio a un sistema complesso e difficilmente accessibile. A ciò si aggiunge l'incertezza interpretativa lasciata dalla legge 1° marzo 2006, n. 67, recante “Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni”, la quale consente il ricorso al tribunale civile, in composizione monocratica, contro gli atti e i comportamenti di soggetti pubblici e privati che integrino, vuoi discriminazioni dirette o molestie, vuoi discriminazioni indirette.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Come si vedrà più diffusamente (cfr. *infra*, capitolo IV, § 4.2), la natura fondamentale dei diritti incompressibili non elimina, ma anzi rafforza il rapporto con il potere amministrativo, il quale, nella materia in esame, è chiamato a confrontarsi con il limite di carattere assoluto rappresentato dal bisogno della persona con disabilità V. B. Tonoletti *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit. p.132 ss.

¹⁶⁰ v. Ramajoli, M. (2020), *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, cit. p.282. l'autrice sottolinea che la Cassazione, muovendo dall'assenza di discrezionalità in capo all'amministrazione nell'apprestamento dell'attività doverosa, qualifica le omissioni o insufficienze organizzative come ipotesi di discriminazione indiretta ai sensi dell'art. 2, comma 3, della l. n. 67/2006 e, poiché tale normativa attribuisce al giudice ordinario la tutela avverso atti e comportamenti discriminatori, riconosce la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie aventi ad oggetto il comportamento omissivo dell'amministrazione scolastica che determini una posizione di svantaggio per l'alunno con disabilità rispetto agli altri studenti. Su tale base, la giurisdizione del giudice ordinario viene affermata “a prescindere dalla sussistenza o meno di una effettiva discrezionalità amministrativa”, in quanto fondata su una espressa previsione legislativa in materia antidiscriminatoria. La Cassazione, affermando che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie in cui il ricorrente deduca una discriminazione indiretta, sembra dunque fare applicazione del c.d. criterio della prospettazione,

Questo scenario risulta particolarmente critico quando sono coinvolti soggetti in condizioni di vulnerabilità, come le persone con disabilità, i cui diritti necessiterebbero invece di strumenti di tutela chiari, rapidi ed efficaci.¹⁶¹ In particolare, il rischio concreto è quello di una denegata giustizia di fatto, che si verifica non tanto per l'assenza di strumenti di tutela, quanto per la difficoltà di individuare gli stessi con riferimento al giudice con giurisdizione con conseguente allungamento dei tempi processuali e possibile compromissione del diritto sostanziale.¹⁶²

2.8 Accordi amministrativi e giurisdizione: dalla forma alla sostanza

Gli accordi amministrativi rappresentano una modalità d'esercizio del potere amministrativo che consente all'amministrazione di perseguire l'interesse pubblico senza dover necessariamente ricorrere a provvedimenti autoritativi. Essi si configurano, infatti, come strumenti idonei a integrare o sostituire l'esercizio del potere.

secondo cui la giurisdizione va determinata in base alla qualificazione della situazione giuridica operata dalla parte e non alla sua effettiva natura. Ne consegue che la deduzione di una condotta discriminatoria radica la giurisdizione ordinaria, mentre l'impugnazione di atti o la contestazione dell'esercizio del potere amministrativo conduce alla giurisdizione amministrativa. Una simile impostazione presenta, tuttavia, evidenti profili di criticità, poiché finisce per rimettere alla parte la scelta del giudice competente, in possibile tensione con il principio di separazione delle giurisdizioni che informa il sistema pluralistico.

V. Riccardo Giani, *Giudice amministrativo e giurisdizione esclusiva sui diritti fondamentali: il caso del sostegno scolastico ai disabili e i dubbi sul criterio di riparto di giurisdizione seguito dalla Cassazione* cit, p. 216. "Il superamento della giurisdizione amministrativa esclusiva viene ad essere solo parziale, giacché riferito solo alla discriminazione che si realizzi dopo la predisposizione del Pei, dal che discende che, ove condotte discriminatorie siano poste in essere nella fase anteriore, e quindi nella predisposizione del piano, la giurisdizione rimarrebbe comunque in capo al giudice amministrativo". L'autore si interroga: perché, se il giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, è chiamato a conoscere del diritto dei disabili in ambito scolastico, non può esaminare anche i profili discriminatori che emergono nella fase di esecuzione del PEI, così come – secondo la stessa tesi della Cassazione – può certamente fare quando tali profili emergano nella fase di predisposizione del piano.

¹⁶¹ Ramajoli, M. (2020), *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, cit, p.282, che sottolinea come l'orientamento giurisprudenziale, in particolare quello delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, contribuisce invece a una polverizzazione della tutela, distribuendola tra diversi plessi giurisdizionali e rendendone più complesso l'esercizio e auspica un intervento chiarificatore, sia sul piano normativo sia su quello interpretativo, che consenta di superare le attuali incertezze e di garantire un sistema di tutela realmente effettivo, coerente e accessibile, soprattutto in ambiti così delicati.

¹⁶² In questa prospettiva, non può escludersi che l'attuale assetto si ponga in tensione anche con i principi sovranazionali, in particolare con l'art. 6 CEDU e con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che impongono agli Stati membri di garantire un accesso effettivo e non eccessivamente oneroso alla giustizia.

In ragione di tale natura¹⁶³, l'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2 c.p.a. attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sulle controversie concernenti la formazione, la conclusione e l'esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo. In tale ambito rientrano sia gli accordi disciplinati dall'art. 11 della legge n. 241 del 1990, sia gli accordi tra pubbliche amministrazioni previsti dall'art. 15 della medesima legge.

La qualificazione di un rapporto come scaturente dall'accordo amministrativo o come contratto di diritto privato è questione di interpretazione demandata all'elaborazione giurisprudenziale e assume rilievo determinante per la determinazione della giurisdizione.

In tale interpretazione il criterio discretivo non può essere individuato né nella natura patrimoniale della pretesa azionata né nella fase del rapporto in cui insorge la lite, ma deve essere ricercato nella qualificazione sostanziale dell'accordo e nella sua funzione all'interno del procedimento amministrativo.¹⁶⁴

¹⁶³ La qualificazione degli accordi ex art. 11 L. 241/90 è oggetto di due distinte opinioni in dottrina: secondo la prima, gli accordi rientrerebbero nel novero dei provvedimenti unilaterali della pubblica amministrazione, pur avendo effetti bilaterali obbligatori, permanendo una posizione di supremazia della P.A., che può annullare l'efficacia del contratto per la valutazione discrezionale degli interessi e il perseguimento dell'interesse pubblico; secondo la tesi contraria, gli accordi appartengono ai contratti di diritto pubblico e, una volta stipulati, costituiscono veri e propri negozi disciplinati dal diritto comune.

v. Cass., sez. un., 17 luglio 2023 (ud. 23 maggio 2023), n. 20473: "La tesi prevalente è ancora oggi nel senso della connotazione quali atti di natura pubblicistica, espressione di un potere determinato dal fatto che (i) la volontà della pubblica amministrazione non è posta sullo stesso piano di quella del privato, (ii) i principi in materia di contratti e di obbligazioni si applicano in via residuale in quanto compatibili con la disciplina speciale di tali accordi, (iii) l'adozione è regolata dalle norme sul procedimento amministrativo, (iv) gli accordi sono sottoposti agli stessi controlli del procedimento amministrativo, (v) il potere di recesso è sempre assicurato alla pubblica amministrazione, sebbene con (ovvia) necessità di riconoscimento di un indennizzo all'altro contraente."

Secondo la giurisprudenza di legittimità (v. anche Cass., sez. un., 30 maggio 2018, n. 13701 e da ultimo Cass., sez. un., 4 maggio 2023, n. 11713) questa tesi è stata avvalorata dalla sentenza costituzionale n. 179/2016, che sottolinea la legittimazione costituzionale della giurisdizione esclusiva per tali controversie, in quanto riguardanti materie nelle quali vi è esercizio indiretto o mediato del potere pubblico: "a proposito delle convenzioni urbanistiche, dalla giurisprudenza di questa Corte regolatrice, atteso il collegamento funzionale delle convenzioni urbanistiche al procedimento di rilascio dei titoli abilitativi edilizi, dei quali esse condizionano l'adozione e integrano il contenuto". Da ciò discende che "in quanto inserite nell'ambito del procedimento amministrativo, le convenzioni e gli atti d'obbligo stipulati tra pubblica amministrazione e privati costituiscono pur sempre espressione di un potere discrezionale della stessa pubblica amministrazione", al punto da non avere quindi una "specifica autonomia" (così Corte Cost., 15 luglio 2016, n. 179, in *Foro it.*, 2016, 10, I, p. 3047; in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2016, 4, I, p. 398).

¹⁶⁴ In dottrina si evidenzia progressivo ampliamento della nozione di accordi pubblici, "nella quale sono stati fatti rientrare, oltre ai patti territoriali, svariate figure consensuali tipizzate e non, quali le convenzioni

Così, ad esempio, con sua sentenza la Corte Cassazione n. 20473/2023, ha affermato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in una controversia relativa al pagamento di rate derivanti da un contratto di vendita stipulato in attuazione di una convenzione PEEP, qualificando il rapporto come direttamente afferente a una convenzione urbanistica rientrante nel paradigma degli accordi ex art. 11 L. 241/1990. La Corte valorizza il collegamento funzionale della convenzione al potere di governo del territorio: essa non rappresenta un mero contratto sinallagmatico, ma uno strumento mediante cui l'amministrazione conforma l'assetto urbanistico, definendo obblighi, vincoli e condizioni in vista della realizzazione dell'interesse pubblico. Da ciò, secondo la Corte, deriva l'impossibilità di scindere la fase esecutiva dalla matrice pubblicistica del rapporto, poiché anche l'adempimento delle obbligazioni patrimoniali trova la propria causa nell'esercizio del potere discrezionale.¹⁶⁵

Nella medesima direzione, TAR Molise, Sez. I, Campobasso, n. 344/2023 ha affrontato una controversia relativa alla durata massima di una convenzione urbanistica, qualificandola come accordo sostitutivo, caratterizzato da un contenuto in parte vincolato e in parte espressione di autonomia negoziale. Il Tribunale ha ribadito che le convenzioni di lottizzazione, quali strumenti di attuazione del piano regolatore, costituiscono espressione di potere pianificatorio e che le controversie

di lottizzazione, le convenzioni urbanistiche o ancora la cessione volontaria del bene dichiarato di pubblica utilità" v. Condorelli, M. (2018). *L'accordo integrativo oltre l'art. 11 della L. n. 241/1990 in Urbanistica e appalti* (2), p.201.

V. Anche Cass., Sezz. un., 7 gennaio 2016, n. 64, in Foro it., 2016, I, 1296 e v. Bassi, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011. sottolineano una tendenza giurisprudenziale alla "deformalizzazione dell'istituto degli accordi amministrativi" ossia la tendenza a qualificare gli art. 11 e 15 l. 241/90, come "schemi generali all'interno dei quali inquadrare specifiche ipotesi di accordi".

¹⁶⁵ la Corte sottolinea come tale impostazione si distingue nettamente dal modello degli appalti pubblici, in cui la fase esecutiva è tradizionalmente ricondotta alla giurisdizione ordinaria sulla base della "privatizzazione" del contratto dopo la conclusione della gara. Nel caso delle convenzioni urbanistiche, invece, la Corte esclude che si verifichi una simile frattura tra momento autoritario e momento negoziale: l'accordo, pur assumendo forma contrattuale, resta strutturalmente inserito nel procedimento amministrativo e continua a esprimere la funzione pubblica che ne costituisce la causa. Il nesso funzionale con il potere pubblico, così come individuato dalla Corte, impedisce qualsiasi "neutralizzazione" privatistica del rapporto Cass., sez. un., 17 luglio 2023 (ud. 23 maggio 2023), n. 20473.

relative alla loro esecuzione rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Al contrario, la Cassazione civile con la sentenza n. 32688/2021 ha escluso l'applicazione dell'art. 11 L. 241/1990 in una controversia relativa alla risoluzione di un accordo transattivo stipulato nell'ambito di un procedimento espropriativo. La Corte ha rilevato l'assenza di un collegamento funzionale con l'esercizio dei poteri discrezionali della pubblica amministrazione e, in particolare, l'assenza di un effetto traslativo riconducibile al paradigma degli accordi integrativi o sostitutivi: l'accordo produceva, infatti, solo effetti obbligatori tra le parti.

In tema di qualificazione della convenzione concessoria come accordo ex art. 11 L. 241/1990, con la sentenza n. 18267/2019 la Corte di Cassazione supera il precedente orientamento che tendeva a ricondurre le convenzioni di concessione alla categoria degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo, con conseguente estensione dell'intera fase esecutiva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a) c.p.a.

Le Sezioni Unite osservano che tale ricostruzione determinerebbe un'irragionevole sovrapposizione tra il regime degli accordi amministrativi e quello, distinto, delle concessioni di beni e servizi pubblici, per le quali lo stesso art. 133, comma 1, lett. b) e c), c.p.a. mantiene ferma la riserva al giudice ordinario delle controversie concernenti "indennità, canoni e altri corrispettivi". Se si qualificasse la convenzione concessoria come accordo ex art. 11, si finirebbe, infatti, per svuotare di contenuto tale riserva, producendo una sorta di abrogazione tacita della disciplina speciale in materia di concessioni, in contrasto con il dato normativo. Inoltre, la Corte sottolinea la differenza strutturale tra le due figure: negli accordi ex art. 11 i principi civilistici si applicano "in quanto compatibili" con la funzione pubblica dell'atto, mentre, nelle concessioni disciplinate dal codice dei contratti pubblici, alla stipula e alla fase di esecuzione si applicano direttamente le norme del codice civile, salvo quanto espressamente previsto dalla disciplina speciale.

Ciò conferma, sempre secondo l'impostazione della Cassazione, che la concessione nella fase esecutiva si colloca nell'alveo della autonomia negoziale e non può essere attratta in blocco nel paradigma dell'accordo amministrativo.

Oltre alla sopraddetta questione interpretativa relativa alla definizione di accordo amministrativo, anche l'applicazione della clausola di cui all'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a. presenta profili di incertezza. Talvolta la giurisprudenza tende ad attribuire la totalità delle controversie alla giurisdizione esclusiva sulla base della tipologia formale dell'accordo, senza valutare concretamente il collegamento con l'esercizio di un potere autoritativo della pubblica amministrazione. Ad esempio il Consiglio di Stato con sua sentenza n. 214/2010, ha affermato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella controversia relativa a una convenzione di lottizzazione, qualificata come accordo ex art. 11 L. 241/1990, pur riguardando una domanda di risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento degli obblighi assunti dal Comune (mancata realizzazione di un'arteria stradale prevista dal piano).¹⁶⁶

La giurisdizione amministrativa, secondo questo orientamento, pertanto, non si determina in base alla materia della controversia, ma in ragione della tipologia di atto, indipendentemente dall'oggetto del contendere.¹⁶⁷

Non si approfondisce l'effettiva esistenza del collegamento con il potere la cui rilevanza si desume dalla semplice inerenza dell'accordo alla controversia. Questo approccio conduce a privilegiare un criterio di tipo formale in forza del quale l'accordo viene sostanzialmente assimilato al provvedimento amministrativo

¹⁶⁶ Cons. St., sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 214, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2010, 2, I, p. 441.

¹⁶⁷ tanto che alcuni autori, muovendo dalla premessa della lettura privatistica delle obbligazioni nascenti dal accordo, hanno espresso delle perplessità sulla legittimità costituzionale della norma contenuta nell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2. v. M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2010, p.27. Il quale sottolinea che "le controversie attinenti all'esecuzione degli accordi, a differenza di quelle relative in particolare alla loro formazione, non dovrebbero riguardare neppure indirettamente l'esercizio di poteri amministrativi."

senza un adeguato scrutinio della sua effettiva natura e della reale incidenza del potere pubblico nel rapporto.¹⁶⁸

In questa prospettiva si collocano le Sezioni Unite nn. 27768/2020 e 584/2014 che qualificano le convenzioni PEEP e P.I.P. come accordi ex art. 11 L. 241/1990, valorizzandone il collegamento funzionale con il potere discrezionale e attrarre alla giurisdizione amministrativa anche la fase esecutiva e le pretese patrimoniali. Analogamente, Cass. Sez. un. n. 18192/2013 riconduce l'accordo di programma agli accordi tra pubbliche amministrazioni ex art. 15 L. 241/1990, sottolineandone la funzione sostitutiva di atti autoritativi e affermando la giurisdizione amministrativa in quanto espressione dell'attuazione di un interesse pubblico.

La giurisprudenza più recente, come evidenziato dalla Cassazione, Sez. I, n.34954/2023, propone un approccio più restrittivo alla lettura dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a., dando maggior rilievo al *petitum sostanziale* della controversia piuttosto che alla semplice forma o tipologia dell'atto. Secondo questo orientamento non rileva né la natura pubblicistica dell'interesse perseguito tramite lo strumento negoziale, né la qualificazione della convenzione come accordo integrativo o sostitutivo di provvedimento amministrativo: ciò che importa è se l'oggetto immediato della domanda implichi concretamente la contestazione delle modalità di esercizio di un potere autoritativo.

In particolare questo orientamento della giurisprudenza di legittimità ha sottolineato che la giurisdizione del giudice amministrativo si configura solo quando l'amministrazione agisca come autorità, utilizzando poteri discrezionali

¹⁶⁸ Cass., sez. un., 25 maggio 2007, n. 12186. Nel caso di specie, la controversia non riguardava l'esercizio di poteri autoritativi del Comune, bensì il mero inadempimento degli obblighi derivanti da una convenzione di lottizzazione, ossia da un accordo urbanistico attuativo del piano regolatore generale. Tali convenzioni, essendo ricondotte agli accordi sostitutivi di provvedimento di cui all'art. 11 della l. n. 241/1990, per la loro natura si qualificano come accordi di diritto pubblico, espressione di poteri discrezionali dell'amministrazione nella definizione dell'assetto urbanistico. La Corte ribadisce altresì che la giurisdizione del giudice amministrativo non si limita alle domande di adempimento o di risoluzione, ma si estende anche alle domande risarcitorie, in quanto strettamente connesse alla fase esecutiva del rapporto e rientranti nella giurisdizione esclusiva.

previsti dalla legge, e non quando la controversia riguardi rapporti ormai paritari “a valle”, come le pretese meramente patrimoniali o il semplice accertamento di adempimenti e inadempimenti. In tal senso, la giurisprudenza delle Sezioni Unite¹⁶⁹ evidenzia la necessità di ricondurre la giurisdizione esclusiva al collegamento funzionale effettivo con il potere pubblico, evitando un’estensione automatica basata sulla mera presenza di un accordo ex art. 11 L. 241/1990.

Ancora la sentenza Cass. Sez. Unite n. 21652/2021, in tema di patti territoriali, ha escluso la giurisdizione amministrativa rilevando che la controversia non riguardava l’attuazione dell’accordo né l’adempimento degli obblighi da esso derivanti, ma attività successive e autonome rispetto al patto. Più precisamente la lite aveva ad oggetto la revoca della sovvenzione da parte dell’amministrazione determinata dal venir meno dei requisiti previsti dalla legge per effetto della violazione di disposizioni normative estranee all’accordo. In tale contesto, la Corte ha escluso il collegamento funzionale con l’esercizio del potere discrezionale: da un lato, l’erogazione del beneficio avveniva in assenza di margini di discrezionalità configurando in capo al privato una posizione di diritto soggettivo; dall’altro, la controversia si fondava su circostanze di inadempimento non riconducibili al contenuto dell’accordo, ma a fattori esterni ad esso.

¹⁶⁹ Cass., sez. un., 24 giugno 2022, n. 20464, le Sezioni Unite escludono un’interpretazione della norma che prevede la devoluzione totale all’art. 133 lett. a n. 2: “la giurisprudenza di queste Sezioni Unite si è progressivamente assestata nel reputare che la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie di cui all’art. 133, comma 1, lett. a), n. 2,[...] debba essere scrutinata, attraverso l’impiego del consueto criterio del *petitum* sostanziale, a seconda che venga o meno in contestazione l’adozione di strumenti negoziali che siano sostitutivi dell’esercizio, appunto, di un potere autoritativo, e dunque la giurisdizione del giudice amministrativo non sussista laddove la controversia si radichi nel quadro di un rapporto ormai paritario collocato “a valle” dello strumento negoziale adottato in sostituzione del potere autoritativo. Ciò, in breve, si ripete, perché la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si radica ove “l’amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi” (Corte Cost. n. 179 del 2016, cit.)”.

2.9 Alcune riflessioni relativamente all'impossibilità di individuare il collegamento immediato con il potere attraverso un criterio unico volto all'individuazione dei confini della giurisdizione esclusiva

Quanto emerso nelle fattispecie esaminate conferma come il collegamento con il potere amministrativo non possa essere individuato attraverso elementi meramente formali, quali la natura pubblicistica o privatistica del rapporto, la fase nella quale si colloca la controversia ovvero la tipologia dello strumento utilizzato dall'amministrazione. Come già osservato, ciò che assume rilievo è piuttosto la possibilità per l'amministrazione di agire in posizione autoritativa, mediante l'esercizio di un potere discrezionale idoneo a incidere unilateralmente sulla sfera giuridica del privato.

Le controversie esaminate confermano altresì che l'accertamento del collegamento con il potere continua a svilupparsi lungo le due direttrici già individuate: da un lato, la verifica della natura autoritativa dell'atto o dell'attività contestata; dall'altro, la verifica della presenza di un potere discrezionale concretamente esercitabile dall'amministrazione

In tale prospettiva, le fattispecie considerate mostrano come né la natura dell'atto né la collocazione della controversia all'interno di una determinata fase del rapporto siano elementi sufficienti a individuare il giudice competente. In primo luogo, l'individuazione dell'atto che si pretende di assumere quale spartiacque, secondo un criterio volto a individuare l'esaurimento del potere della pubblica amministrazione nello stesso atto, presenta non poche difficoltà. Gli atti esaminati nelle diverse fattispecie considerate— contratto d'appalto, l'aggiudicazione, il piano educativo individualizzato, l'assegnazione dell'alloggio di edilizia residenziale pubblica o la determinazione delle tariffe — costituiscono certamente momenti significativi del rapporto tra amministrazione e privato, poiché definiscono l'assetto degli interessi e perciò significativamente anche il rapporto futuro. Tuttavia, tali atti non possono essere assunti automaticamente quale criterio esaustivo

di riparto, né elevati a parametro univoco della trasformazione dell'interesse legittimo in diritto soggettivo perfetto, risultando necessario verificare, in concreto, la permanenza o meno dell'esercizio del potere autoritativo per tutta la durata del rapporto.

Da questo punto di vista, emerge come il criterio temporale rappresenti un indice ricostruttivo utile, ma non decisivo. Le vicende esaminate dimostrano infatti che l'esercizio del potere può permanere anche in fasi tradizionalmente qualificate come esecutive o paritetiche del rapporto, così come può risultare assente in presenza di atti formalmente amministrativi. Ciò che assume rilievo non è, dunque, il momento in cui interviene l'atto né la qualificazione formale del rapporto, ma la concreta esistenza di uno spazio di valutazione autoritativa riservato all'amministrazione; quindi, verifica della presenza o meno di discrezionalità amministrativa.

Laddove l'amministrazione sia chiamata a compiere scelte autoritative — come nella determinazione dei tetti di spesa o nella conformazione del contenuto del rapporto — la controversia ricade nella giurisdizione amministrativa esclusiva.

Viceversa, quando l'attività si esaurisce in operazioni vincolate o meramente esecutive, la posizione del privato assume consistenza di diritto soggettivo, con conseguente radicamento della giurisdizione ordinaria. In assenza del collegamento con il potere.

Le vicende relative ai canoni, alle tariffe, alle decadenze, alle revoche, alla revisione dei prezzi e, più in generale, alla fase esecutiva dei rapporti concessori e contrattuali dimostrano come il criterio effettivamente utilizzato dalla giurisprudenza non coincida con la semplice individuazione di una fase pubblicistica o privatistica del rapporto. Anche in tali ambiti il problema continua a essere quello dell'individuazione di un eventuale potere discrezionale ancora operante. Rilevando, in ultima analisi, il possibile esercizio di un potere discrezionale idoneo a incidere unilateralmente sulla sfera giuridica del privato; e ciò, indipendentemente dalla qualificazione o fase del rapporto instaurato fra pubblica amministrazione e privato.

La medesima conclusione vale con riferimento allo strumento consensuale dell'accordo. Non è sufficiente, infatti, la mera presenza di un accordo ex art. 11 L. 241/1990 per radicare automaticamente la giurisdizione amministrativa: è necessario che l'amministrazione agisca comunque quale autorità, esercitando un potere discrezionale che si rifletta sul contenuto dell'accordo o sulla sua esecuzione.

Al pari del provvedimento e dell'atto, come accade nei casi delle tariffe o delle dichiarazioni di decadenza, il collegamento rilevante ai fini del riparto sussiste solo ove tali atti siano espressione dell'esercizio di un potere autoritativo; allo stesso modo, anche l'accordo ex art. 11 l. n. 241/1990 deve costituire, in concreto e nella specifica controversia, manifestazione di potere discrezionale, non essendo sufficiente la sua mera presenza formale per radicare la giurisdizione amministrativa.

Questo orientamento valorizza una lettura costituzionalmente orientata del sistema, secondo cui il giudice amministrativo conosce delle controversie solo quando esse attengono all'esercizio del potere pubblico in senso sostanziale. Viceversa, le controversie di natura meramente patrimoniale e relative a diritti soggettivi restano devolute al giudice ordinario. La mera qualificazione formale dell'atto non è quindi sufficiente: ciò che rileva è l'effettivo collegamento con il potere autoritativo.

La ragione di tale impostazione è di carattere ordinamentale ed è coerente con la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale. In assenza di quella particolare relazione con il potere che giustifica la specialità della giurisdizione amministrativa, l'amministrazione, quando non agisca come autorità, non può essere sottratta al giudice naturale dei diritti.

Di più, emerge anche il paradosso, più volte evidenziato, della giurisdizione esclusiva: istituto nato per semplificare e concentrare la tutela, essa ha spesso contribuito a renderlo più complesso, riaprendo questioni interpretative che il tradizionale criterio interesse legittimo/diritto soggettivo aveva in parte stabilizzato.

Particolarmente significativo è il settore della revisione dei prezzi e dell'edilizia residenziale pubblica, istituti che in origine erano rimasti fuori dalla

giurisdizione esclusiva e ricondotti al tradizionale criterio interesse legittimo/diritto soggettivo, con un assetto giurisprudenziale più stabile. Il successivo spostamento nell'orbita della giurisdizione esclusiva ha reso il sistema ulteriormente articolato.

In materia di revisione dei prezzi, la giurisdizione appartiene oggi al giudice amministrativo in via esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a., che ricomprende le controversie concernenti la clausola revisionale e i relativi provvedimenti applicativi. In precedenza, invece, la giurisprudenza delle Sezioni Unite distingueva tra interesse legittimo e diritto soggettivo in funzione dell'esistenza di un previo riconoscimento del diritto da parte dell'amministrazione. In assenza di tale riconoscimento, la posizione dell'appaltatore veniva qualificata come interesse legittimo; una volta intervenuto l'atto di riconoscimento, la discrezionalità si considerava consumata e la posizione si trasformava in diritto soggettivo perfetto, con conseguente devoluzione della controversia al giudice ordinario.¹⁷⁰

Ricomprendendovi nella giurisdizione esclusiva la materia della clausola di revisione dei prezzi anche le questioni relative al quantum della revisione e superando la tradizionale distinzione tra *an debeatur* e *quantum debeatur*. Ne è derivato un sistema più articolato, nel quale l'interprete è chiamato a verificare nuovamente la presenza o meno di profili discrezionali, là dove in precedenza l'atto di riconoscimento era sufficiente a consolidare una posizione di diritto soggettivo pieno.

Considerazioni analoghe possono essere svolte con riguardo all'edilizia residenziale pubblica. Anche in questo settore, l'introduzione della giurisdizione esclusiva e il successivo intervento della Corte costituzionale non hanno eliminato le incertezze interpretative, ma hanno contribuito a riproporre il dibattito in tema di revoca e decadenza dell'assegnazione. Ne è derivata la riaffermazione, da parte

¹⁷⁰ V.nota sopra 140.

delle Sezioni Unite, della devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative alla revoca e alla decadenza quando non sia ravvisabile un concreto esercizio di poteri autoritativi. Al contrario, la giurisprudenza amministrativa continua a valorizzare una lettura estensiva della giurisdizione esclusiva, riconducendo tali controversie all'ambito delle concessioni di beni pubblici e insistendo sulla natura autoritativa degli atti incidenti sull'assegnazione. Tale persistente divergenza conferma come la giurisdizione esclusiva, lungi dall'aver semplificato il sistema, abbia reso nuovamente centrale il problema dell'individuazione del momento in cui l'amministrazione agisce effettivamente come autorità.

Tali vicende mostrano, più in generale, come la giurisdizione esclusiva incida sugli equilibri propri del sistema ordinario di riparto. Quest'ultimo si fonda infatti sulla corrispondenza tra esercizio del potere amministrativo e giurisdizione del giudice amministrativo, da un lato, e tutela dei diritti soggettivi dinanzi al giudice ordinario, dall'altro. L'estensione della giurisdizione esclusiva altera parzialmente tale assetto, poiché richiede, dopo la 204/2004 un approfondimento maggiore sull'esistenza del potere, meglio, sul collegamento con il potere.

Non sorprende, pertanto, che proprio nei settori attratti alla giurisdizione esclusiva continuino a riemergere questioni relative alla natura delle posizioni soggettive coinvolte e alla effettiva sussistenza di un esercizio del potere amministrativo. In tali ipotesi, il criterio tradizionale tende, infatti, a riaffiorare quale parametro interpretativo necessario per delimitare l'ambito della giurisdizione amministrativa e preservare l'equilibrio costituzionale delineato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004. La persistente attenzione della giurisprudenza alla verifica del collegamento concreto con il potere dimostra come la giurisdizione esclusiva non abbia eliminato il problema del riparto, ma ne abbia piuttosto modificato le forme attraverso cui esso si manifesta.¹⁷¹

Nel quadro così delineato assume infine rilievo la stessa configurazione della situazione giuridica soggettiva fatta valere dal privato. Come emerge nel caso

¹⁷¹ Cfr. *supra*, capitolo I, §1.3.

del piano educativo individualizzato e nelle ipotesi in cui vengano in rilievo diritti caratterizzati da un nucleo incompressibile di tutela, il diritto può presentarsi come limite intrinseco all'operatività del potere amministrativo. In tali situazioni non viene in rilievo soltanto un limite all'esercizio del potere, ma risulta escluso lo stesso collegamento tra situazione giuridica soggettiva e funzione autoritativa.¹⁷² Laddove il potere non sia configurabile *ab origine*, la controversia non può che appartenere alla giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti.

¹⁷² Cfr. Tonoletti, B., *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., p. 140.

CAPITOLO III

LA DEFINIZIONE DEL COLLEGAMENTO MEDIATO AD OPERA DELLA GIURISPRUDENZA

3.1 Il collegamento mediato con il potere amministrativo e la necessaria interpretazione restrittiva dei comportamenti riconducibili al potere

Occorre ora passare alla disamina del già accennato collegamento mediato con il potere amministrativo. La pubblica amministrazione, infatti, nell'esercitare il potere attribuitole dall'ordinamento si avvale di provvedimenti, atti e accordi, ma anche di operazioni materiali. Queste ultime, pertanto, possono costituire manifestazione del potere se "riconducibili, seppur mediamente" allo stesso.

La nozione di comportamenti riconducibili mediamente all'esercizio del potere si deve alla già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 191/2006.¹⁷³

Con tale pronuncia, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 53, comma 1, del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 325, trasfuso nell'art. 53, comma 1, del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle espropriazioni), nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative "ai comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati", non escludeva i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere.¹⁷⁴ La pronuncia è di particolare

¹⁷³ Corte Costituzionale, sent. n. 191/2006, con nota di G. Ferrero – F. Riso, *Evoluzione giurisprudenziale in tema di occupazione illegittima o illecita. Questioni giurisdizionali*, in *Foro amm. CDS*, 2006, 5, p. 1375., e di S. Lariccia, *Alla ricerca dei provvedimenti amministrativi mediamente riconducibili all'esercizio del potere pubblico: un nuovo avverbio per il dibattito tra i giudici, gli avvocati e gli studiosi della giustizia amministrativa italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 3, giugno 2006, p. 1935 e G. Greco, (3) *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo?*, in *Giur. cost.*, 2006, 3, p. 1945.

¹⁷⁴ La Corte sottolinea che il riferimento alla nozione di comportamenti contenuto nell'art. 53, prescindendo da ogni qualificazione degli stessi, attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo un ambito di giurisdizione collegato al mero fatto che nella controversia sia parte la pubblica amministrazione. V. anche Conti R., *Comportamenti buoni e cattivi: dopo Corte Cost. n. 191/2006 ognuno per la sua strada (ma quale?)*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, p.807. "La sola partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio non può risultare idonea a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, il quale finirebbe con l'assumere le vesti di giudice «della» pubblica amministrazione, come già aveva affermato Corte Cost. n. 204/2004."

rilievo in quanto, in tal occasione, la Corte introduce la distinzione fra comportamenti non riconducibili all'esercizio di un pubblico potere c.d. “meri comportamenti” e comportamenti riconducibili “mediatamente” all'esercizio del potere. Ai primi – sottratti alla giurisdizione esclusiva – la Corte assimila i comportamenti posti in essere “in carenza di potere” o “in via di mero fatto”; ai secondi, invece, ascrive i comportamenti i cui effetti giuridici risultano comunque condizionati dall'esistenza di un provvedimento amministrativo¹⁷⁵, ancorché illegittimo.¹⁷⁶

L'espressione elaborata dalla suddetta sentenza, nonché ribadita in successive pronunce – in particolare nella sentenza n. 35/2010¹⁷⁷, resa in materia di servizio di gestione dei rifiuti – trova oggi un espresso riconoscimento nell'art. 7 del c.p.a., che attribuisce la giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie “ concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere”. Un analogo recepimento si rinviene altresì in specifiche ipotesi di giurisdizione esclusiva, quali quelle previste dall'art. 133,

¹⁷⁵ Travi, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazione senza titolo dell'amministrazione*, in Foro It., 2006, III, p.1627ss.

Cfr. anche Benini, *I comportamenti della pubblica amministrazione: le occupazioni illegittime della p.a.*, in *I comportamenti della pubblica amministrazione*, Atti del Convegno di Catania, 17-18 novembre 2006, a cura di Cariola, D'Allura e Florio, Giappichelli, pp. 37-38 il quale osserva che “mentre nella n. 204 il comportamento, alla luce della lapidarietà del dispositivo ma anche del tessuto motivazionale, era una figura sintomatica della carenza di potere, nella n. 191 il comportamento assurge alla dignità di espressione tipizzata dell'esercizio del potere, ancorché illegittimo, con l'unica marginale esclusione dei comportamenti posti in essere in 'carenza di potere' o 'in via di mero fatto'”.

¹⁷⁶ Come affermato dalla giurisprudenza, ai fini del radicamento della giurisdizione amministrativa è necessario il collegamento con l'esercizio del potere; la verifica circa l'esistenza di tale potere, nonché della sua legittimità o illegittimità, costituisce a sua volta questione devoluta al giudice amministrativo, in quanto inerente al merito della giurisdizione. v. Per tutte Cons. Stato, Ad. plen., 22 ottobre 2007, n. 12, con nota di A. Spezzati, *L'adunanza plenaria n. 12 del 2007: un ritorno al passato*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2008, 2, p. 570.

¹⁷⁷ Corte Cost., 5 febbraio 2010, n. 35. Per approfondimento v. Scoca F. G., *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 442, che ne sottolinea la portata e v. Saitta, F. (2011). *La "204" al macero: il giudice amministrativo si riappropria (quasi del tutto) dei comportamenti; ma i "confini del potere" restano incerti*, *Giurisprudenza Italiana*, p. 1931, che ne sottolinea la rilevanza per il “il percorso di graduale azzeramento della sentenza costituzionale n. 204/2004” che per l'autore “può, forse, ritenersi ormai completato”.

comma 1, lett. g) e lett. p), rispettivamente in materia espropriativa e di gestione dei rifiuti.¹⁷⁸

Ciò nondimeno, l'elaborazione della nozione di comportamenti riconducibili all'esercizio del potere amministrativo ha dato luogo a rilevanti difficoltà interpretative.¹⁷⁹ È demandata alla giurisprudenza l'interpretazione dell'avverbio "mediamente" che costituisce "il livello minimo essenziale di relazione col potere amministrativo che deve sussistere per giustificare, in base all'interpretazione della Corte Costituzionale, la giurisdizione esclusiva"¹⁸⁰.

Nel prosieguo dell'elaborato si esamineranno alcuni esempi che evidenziano la diversa ampiezza assunta da tale criterio in relazione soprattutto alla tutela risarcitoria.¹⁸¹

Il requisito del collegamento con il potere è stato oggetto di una giurisprudenza oscillante tra letture estensive e restrittive. Ad esempio, come meglio si vedrà nel prossimo paragrafo, nella materia espropriativa, oggetto della stessa sentenza n. 191/2006, la nozione di comportamento riconducibile all'esercizio del potere viene intesa in senso particolarmente ampio, fino a ricomprendere ipotesi nelle quali il nesso con l'attività autoritativa risulta essenzialmente ricostruito sul piano eziologico.¹⁸²

¹⁷⁸ Cfr. Ramajoli, M. M., *Commento all'art. 7 c.p.a. cit. p. 55.*

¹⁷⁹ Come efficacemente sottolineato da Travi, la definizione di comportamento riconducibile mediamente all'esercizio del potere è "irrimediabilmente contraddittoria". A. Travi, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazione senza titolo dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2006, III, 1627: "Se un comportamento non è esecuzione di un provvedimento, il principio di legalità dovrebbe escludere che i suoi effetti giuridici possano essere determinati dal provvedimento".

¹⁸⁰ v. Travi, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazione senza titolo dell'amministrazione*, in *Foro It.*, 2006, III, 1627.

¹⁸¹ In tema di azioni risarcitorie, il riparto di giurisdizione si fonda sulla distinzione tra danni riconducibili all'esercizio (o al mancato esercizio) del potere amministrativo, devoluti al giudice amministrativo, e danni derivanti da comportamenti meramente illeciti, spettanti al giudice ordinario V. Tonoletti B., *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione del giudice ordinario...*p.82. Nelle materie di giurisdizione esclusiva, ciò che risulta dirimente è la qualificazione del comportamento lesivo a seconda che esso sia espressione dell'esercizio del potere amministrativo o comunque ad esso funzionalmente collegato, oppure si configuri come comportamento meramente materiale, non riconducibile neppure mediamente all'esercizio di pubblici poteri.

¹⁸² Saitta, F. (2011). *La "204" al macero: il giudice amministrativo si riappropria (quasi del tutto) dei comportamenti; ma i "confini del potere" restano incerti*, in *Giurisprudenza Italiana*, p. 1933.

Un'interpretazione eccessivamente ampia, come è stato sottolineato dalla dottrina¹⁸³ e dalla giurisprudenza¹⁸⁴, finisce per alterare la nozione di potere, e per violare il principio di legalità.

Alla luce di queste criticità appare, dunque, necessario ricondurre la nozione di comportamenti espressivi del potere entro confini interpretativi più rigorosi e restrittivi. In questo senso, assume particolare rilievo la ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 2052/2016.¹⁸⁵

Le Sezioni Unite chiariscono che la "riconducibilità all'esercizio del potere" richiesta all'art 7 c.p.a. non può ridursi alla mera occasionalità o al semplice finalismo del comportamento rispetto al potere amministrativo asserito.¹⁸⁶ È necessario, invece, secondo la ricostruzione della Corte, un collegamento oggettivo e sostanziale tale per cui l'azione dannosa costituisca manifestazione del potere. Al fine di individuare suddetta manifestazione occorre, in ossequio del principio

¹⁸³ V. Villata, in *Questioni di giurisdizione sui comportamenti in materia espropriativa: osservazioni (purtroppo perplesse) a margine di un dibattito giurisprudenziale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2006, p. 872, osserva che, ove si prescindano da una effettiva incidenza causale del provvedimento sul fatto dannoso, la nozione di comportamento rischia di essere ricondotta alle sole "vie di fatto", se non addirittura ulteriormente svuotata, fino ad identificare il potere con qualsiasi forma di cura dell'interesse pubblico. Ne deriverebbe, da un lato, una sostanziale estensione della giurisdizione amministrativa a fattispecie prive di effettivo collegamento con l'esercizio del potere e, dall'altro, una tensione con il principio di legalità, che verrebbe così indebolito nella sua funzione di delimitazione dell'azione amministrativa e delle relative forme di tutela. V. Zampetti, E. (2007), *Espropriazione e giurisdizione*, in *Il corriere del merito*, (12), p. 1379. L'autore correla a seguito della sentenza 191/2006 l'emergere di una nozione "nuova" di comportamento. Essa si distinguerebbe dalla tradizionale figura del comportamento in carenza di potere, arrivando a ricondurre all'esercizio del potere anche un'azione che, pur ponendosi in contrasto con il principio di legalità, venga comunque espressione di una volontà amministrativa riferibile alla cura dell'interesse pubblico, ancorché difetti dei presupposti normativamente richiesti per l'esistenza del potere stesso.

¹⁸⁴ Corte di cassazione, Sezioni unite civili, 3 febbraio 2016, n. 2052.

¹⁸⁵ La vicenda nasce dalla realizzazione del completamento della linea ferroviaria ad alta velocità Roma-Napoli e dagli effetti prodotti nel tempo dall'apertura e dalla permanenza dei relativi cantieri. Tali effetti si sono tradotti in pregiudizi, sia patrimoniali sia non patrimoniali, per i quali viene domandato il risarcimento. La particolarità del caso risiede nel fatto che l'azione risarcitoria non è promossa dai soggetti espropriati o da coloro i cui beni siano stati occupati, bensì da proprietari di immobili situati in prossimità dei cantieri. Questi ultimi lamentano, in sostanza, le modalità di esecuzione dell'opera pubblica, con particolare riferimento alla durata dei disagi, alle immissioni subite e alla conseguente diminuzione del valore dei loro immobili.

¹⁸⁶ La Corte sottolinea che "Se il legislatore avesse voluto alludere semplicemente all'essere stato il comportamento occasionato dall'esercizio del potere avrebbe fatto riferimento al comportamento tenuto nell'esercizio del potere" e non già a quello riconducibile al potere, così richiedendo un nesso più qualificato con l'esercizio della funzione amministrativa.

di legalità¹⁸⁷, far riferimento alla norma attributiva del potere. Quest'ultima, come esplicita la Corte descrivendo "l'agire della amministrazione riguardo a un certo oggetto", identifica direttamente o indirettamente le manifestazioni del potere. Secondo questa ricostruzione le operazioni materiali della pubblica amministrazione si possono distinguere in "indispensabili" e "funzionali".

Le prime risultano 'oggettivamente necessarie per realizzare il risultato che l'esercizio del potere deve raggiungere' e sono tali 'secondo la stessa previsione della norma attributiva del potere'. In tali ipotesi, pur residuando in capo all'amministrazione un margine di scelta sulle modalità concrete di attuazione, resta fermo che tutti i comportamenti astrattamente riconducibili alla previsione normativa del potere, anche quelli non concretamente posti in essere sono, comunque, "oggettivamente, per le loro caratteristiche in relazione all'oggetto del potere, ad esso riconducibili".

Le seconde, invece, si rivelano soltanto strumentali al perseguimento del risultato e non risultano riconducibili al potere in base a un criterio oggettivo, ma soltanto per la finalità perseguita dall'amministrazione. Si tratta, infatti, di comportamenti che sono stati posti in essere non perché "corrispondenti e dunque riconducibili a quanto oggettivamente la norma di previsione del potere prevede", ma soltanto perché l'amministrazione li ha concretamente posti in essere al fine di raggiungere il risultato dell'asserito esercizio del potere. In questi casi per le Sezioni Unite non si è in presenza di comportamenti che "per le loro caratteristiche rivelino dunque l'esercizio del potere", bensì di condotte che vi si collegano solo "per il loro finalismo" e dunque non secondo quanto previsto dalla norma attributiva del potere. La Corte ribadisce che, ove si ritenesse sufficiente la mera occa-

¹⁸⁷ La Corte fa riferimento al principio di legalità – di matrice costituzionale, rinvenibile negli artt. 23 e 113, comma 1, Cost. – secondo cui la giustiziabilità dell'azione amministrativa, in un sistema in cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge, implica che anche il potere della pubblica amministrazione trovi il proprio fondamento nella legge (Cass. civ., Sez. Un., n. 2052/2016, cons. dir. 7).

sione o funzionalità del comportamento rispetto all'esercizio del potere, si determinerebbe una indebita "*vis attractiva*" generalizzata della giurisdizione esclusiva, tale da ricomprendere qualsiasi condotta dell'amministrazione solo perché posta in occasione o in funzione del potere.

Una simile estensione, tuttavia, si porrebbe in contrasto con la sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, in quanto svuoterebbe il criterio di riconducibilità del suo fondamento oggettivo — la norma attributiva del potere — riducendolo a una mera scelta finalistico-soggettiva dell'amministrazione. Ne deriva che solo i comportamenti che costituiscono effettiva manifestazione del potere secondo la sua configurazione normativa possono dirsi ad esso riconducibili, mentre restano esclusi quelli meramente occasionali o sorretti da un nesso puramente funzionale. Secondo tale orientamento la norma attributiva del potere rileva quale criterio per verificare se il fatto lesivo sia espressione dell'esercizio della funzione amministrativa¹⁸⁸, con conseguente devoluzione al giudice amministrativo delle controversie in cui il danno si collochi nel perimetro dell'azione autoritativa della pubblica amministrazione. Restano invece attribuite al giudice ordinario le ipotesi in cui il pregiudizio derivi da comportamenti meramente materiali o comunque non riconducibili all'esercizio del potere, nonché i casi in cui il provvedimento assuma rilievo solo occasionale rispetto all'evento dannoso.¹⁸⁹

¹⁸⁸ V. Pignatelli N. (2020), *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in *Federalismi. it.*, (12/2020), p. 187, ove l'autore sottolinea che "in questa logica l'individuazione del potere pubblico assume la funzione di architrave della giurisdizione, dovendo così essere rimessi alla giurisdizione ordinaria i comportamenti puri, ossia le attività materiali dell'Amministrazione, in assenza di potere, *rectius*, in assenza di una norma attributiva del potere; tali comportamenti sono in ogni caso da tenersi distinti, pur problematicamente, rispetto ai comportamenti riconducibili mediatamente al potere pubblico".

¹⁸⁹ V. Tonoletti, B., *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione del giudice ordinario...cit.*, p. 83 "spetta alla giurisdizione ordinaria la domanda risarcitoria per i danni subiti a seguito di comportamenti dell'amministrazione difformi dal verbale di concordamento sottoscritto nell'ambito di una procedura espropriativa, in quanto tali comportamenti sono legati da 'mera occasionalità' con l'esercizio del potere." Si veda anche Cass., sez. un., 1° giugno 2015, n. 11292, e Cass., sez. III, 30 agosto 2013, n. 19962, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1, p.316ss. In queste ipotesi può essere implicato anche un provvedimento amministrativo, ma esso rileva ai fini risarcitori solo come comportamento e non come atto. Restano invece attribuite al giudice ordinario le situazioni in cui il pregiudizio derivi da comportamenti meramente materiali o comunque non

3.2 Il criterio del collegamento funzionale e storico con l'esercizio del potere in materia espropriativa

In tema di comportamenti lesivi ad opera della pubblica amministrazione assumono particolare rilevanza le occupazioni *sine titulo*, ossia quelle ipotesi in cui l'amministrazione incide sul diritto di proprietà del privato in assenza di un valido titolo giuridico o in carenza di un legittimo esercizio del potere espropriativo. Tali fattispecie costituiscono un terreno privilegiato di emersione delle tensioni tra le diverse impostazioni del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione, nonché di un progressivo ripensamento della nozione di comportamenti riconducibili all'esercizio del potere.

Secondo l'impostazione tradizionale della Corte di Cassazione vi è una distinzione tra occupazione *usurpativa* e occupazione *illegittima*.

La prima devoluta al giudice ordinario, in quanto connotata da una carenza di potere in astratto; la seconda, invece, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, poiché si configura una carenza di potere in concreto, trattandosi di comportamenti comunque collegati, sia pure indirettamente, all'esercizio del potere.¹⁹⁰ In tale prospettiva il criterio della "riconducibilità, anche mediata, del comportamento all'esercizio del potere" viene interpretato in senso sostanziale, come riferito alla carenza di potere in concreto. Ne consegue che la giurisdizione ammi-

riconducibili all'esercizio del potere, nonché i casi in cui il provvedimento assuma rilievo solo occasionale rispetto all'evento dannoso.

¹⁹⁰ Circa la distinzione tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto. V. Tonoletti B., *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione del giudice ordinario...* cit. p. 71. Si ha carenza di potere *in astratto* quando manca del tutto la norma attributiva del potere, sicché l'amministrazione agisce al di fuori di qualsiasi base legale: l'atto è nullo e non è idoneo a degradare il diritto soggettivo, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario. Diversamente, si ha carenza di potere *in concreto* quando il potere esiste in astratto, ma difettano i presupposti o le condizioni per il suo legittimo esercizio nel caso specifico (ad es. violazione di termini, mancanza di requisiti o presupposti fattuali): in tali ipotesi l'atto è generalmente qualificato come illegittimo (e non nullo), con conseguente configurabilità di un interesse legittimo e devoluzione della controversia al giudice amministrativo. La distinzione, tuttavia, presenta rilevanti margini di incertezza applicativa, poiché implica una valutazione interpretativa circa il carattere essenziale o meno dei presupposti richiesti dalla legge per l'esercizio del potere. (v. anche nota succ.)

nistrativa è configurabile solo quando, a seguito della verifica sull'effettivo esercizio del potere, l'azione amministrativa — pur illegittima — risulti comunque riconducibile a un potere esistente nei suoi presupposti essenziali, così come definiti dalla legge a tutela della posizione giuridica del privato.¹⁹¹

¹⁹¹ V. Zampetti E. (2007) *Espropriazione e giurisdizione*. cit. p. 1385.

L'individuazione delle ipotesi di carenza di potere dipende da valutazioni di carattere sostanziale riguardo all'essenzialità di determinati requisiti in relazione al tipo di potere esercitato.

Un esempio emblematico, in materia espropriativa, è rappresentato dalla dichiarazione di pubblica utilità che sin dall'origine risulti priva dell'indicazione dei termini. Proprio tale fattispecie ha generato contrasti tra giurisprudenza amministrativa e ordinaria. In via tradizionale il giudice amministrativo ha sostenuto che una dichiarazione di pubblica utilità priva dei termini sia semplicemente annullabile, configurandosi come un caso di carenza di potere in concreto. Al contrario, la giurisprudenza civile ha qualificato la stessa situazione come nullità per carenza di potere in astratto, sul presupposto che non possa esistere un potere idoneo a comprimere il diritto di proprietà senza limiti temporali né indennizzo, in contrasto con l'art. 42 della Costituzione. In questa prospettiva si colloca, ad esempio, Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2007, n. 2688, in *Diritto processuale amministrativo*, 2007, 4, p. 1155 ss., la quale ha chiarito che l'esercizio del potere espropriativo presuppone non solo la sua astratta attribuzione normativa, ma anche la sua concreta attualità, da valutarsi alla luce dei limiti temporali e funzionali stabiliti dall'ordinamento, con la conseguenza che esso deve ritenersi insussistente anche quando la dichiarazione di pubblica utilità sia incompleta od inefficace. Recentemente, tuttavia, si sono registrate divergenze anche all'interno della stessa giurisprudenza civile. Alcune decisioni continuano a ritenere nulla la dichiarazione priva dei termini, considerandola espressione di un potere inesistente; altre, invece, la qualificano come mero atto illegittimo, e quindi suscettibile di annullamento (v. Tonoletti B., *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione del giudice ordinario*...cit. p. 72.)

V. anche Martini F. (2009) *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, *Diritto processuale amministrativo*, 2 (2), p. 424-426. Il quale sottolinea che in prospettiva sovranazionale appare significativa la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, che muove dal riconoscimento della "pienezza" ed incompressibilità dei diritti fondamentali, privilegiando il diritto soggettivo con un approccio "quasi dominicale". Pur confrontandosi con l'esercizio del potere autoritativo della P.A., la Corte ha affermato anche in materia di proprietà un controllo penetrante di ragionevolezza e proporzionalità, esigendo che ogni forma di ablazione trovi fondamento in norme "sufficientemente accessibili, precise e prevedibili" (art. 1 Prot. add. CEDU). Ne deriva una tutela non assoluta, ma caratterizzata da un nucleo minimo inderogabile fondato sulla previa base legale dell'espropriazione. Tale impostazione — che valorizza i presupposti sostanziali della tutela — si pone in tensione con l'evoluzione interna, segnata anche dopo la Sent. n. 191 della Corte Costituzionale, da un dibattito incentrato prevalentemente sul riparto di giurisdizione e sulla qualificazione dei comportamenti ("storicamente ed eziologicamente" collegati al potere), piuttosto che sulla dimensione valoriale del diritto di proprietà.

Di diverso avviso è Conti, (*Comportamenti buoni e cattivi: dopo Corte Cost. n. 191/2006 ognuno per la sua strada (ma quale?)*), in *Urbanistica appalti*, 2006, p. 805-817). L'autore pone l'accento sul fatto che il comportamento dell'amministrazione, anche se viziato, non è del tutto estraneo alla funzione ablativa, ma si collega comunque al suo esercizio, quantomeno in via mediata. Ne consegue una lettura restrittiva della carenza di potere, circoscritta ai soli casi in cui manchi del tutto la dichiarazione di pubblica utilità, mentre le ipotesi in cui essa sia presente ma priva di requisiti essenziali — come i termini — vengono inquadrate nell'ambito del cattivo esercizio della funzione. In tale ottica assume rilievo per l'autore anche la disciplina introdotta dall'art. 21-septies della legge n. 241/1990, che limita la nullità ai casi di difetto assoluto di attribuzione, escludendo che violazioni attinenti ai presupposti o alle modalità di esercizio del potere — quali l'omessa previsione dei termini ex art. 13 — possano determinare l'inesistenza del potere stesso. Pertanto, la dichiarazione di pubblica utilità priva dei termini conserva natura autoritativa ed efficacia, sia pure provvisoria, fino al suo eventuale annullamento.

Una lettura rigorosa ad opera della Corte di Cassazione del criterio del collegamento con il potere aveva consentito di ricondurre alla carenza di potere alcune ipotesi di c.d. occupazione appropriativa, come ad esempio la mancata emanazione della dichiarazione di pubblica utilità nei termini previsti dal decreto d'urgenza¹⁹², ovvero l'adozione di un decreto di esproprio fondato su una dichiarazione di pubblica utilità ormai inefficace, in quanto il potere non è presente né attuale al momento della lesione del diritto. Solo a fronte di comportamenti inseriti nell'ambito del procedimento seguiti secondo le forme e in conformità alle norme che lo disciplinano, essi vengono considerati riconducibili al potere.¹⁹³

Diversamente il Consiglio di Stato, in contrasto con la teoria della carenza di potere in concreto, ha continuato ad attrarre nella giurisdizione amministrativa diverse fattispecie di occupazione illegittima che il giudice ordinario tendeva invece a ritenere di propria competenza sul presupposto che si trattasse comunque di

¹⁹² Le Sezioni Unite hanno ricondotto alla figura dell'occupazione usurpativa le ipotesi in cui l'occupazione d'urgenza, pur originariamente assistita da un titolo, si protragga oltre i limiti legali senza sfociare nell'adozione del decreto di esproprio. In particolare, con la sentenza Cass., sez. un., 25 maggio 2005, n. 10962, relativa alla realizzazione di una rete fognaria, la Corte ha affermato che la sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità priva l'attività materiale dell'amministrazione di qualsiasi collegamento con il potere ablatorio, determinando la configurazione di un illecito aquiliano ex art. 2043 c.c., devoluto alla giurisdizione del giudice ordinario. Il medesimo principio è stato ribadito dalla sentenza Cass., sez. un., 27 maggio 2009, n. 12245 in cui, a fronte di un'occupazione d'urgenza finalizzata alla costruzione di un edificio scolastico e protrattasi oltre i termini di legge, la Corte ha sottolineato la natura necessariamente temporanea e strumentale del potere di occupazione, destinato a esaurirsi con l'adozione del decreto di esproprio o con la restituzione del bene, una volta spirato il termine, la permanenza del possesso si traduce in una situazione di carenza di potere e, dunque, in un illecito lesivo del diritto di proprietà.

¹⁹³ “La tutela giurisdizionale contro l'agire illegittimo della P.A. spetta al g.o. quando il diritto del privato non possa essere compresso per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo o quando l'azione della P.A. non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere, che sia riconoscibile come tale, perché a sua volta deliberato nei modi ed in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o provvedimento e non come mera via di fatto. Il giudice amministrativo conosce delle pretese risarcitorie nei confronti della P.A., anche non proposte congiuntamente all'azione di annullamento, quando vi sia il collegamento con l'esercizio in concreto del potere, secondo le forme tipiche dell'ordinamento, e ciò sia nella giurisdizione esclusiva che di legittimità. La giurisdizione spetta invece al giudice ordinario quando l'amministrazione agisca in posizione di parità con i privati, il diritto del privato non sopporti compromissione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo o l'azione amministrativa si espliciti in via di mero fatto e non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere” (Cass., sez. un., 13 giugno 2006, n. 13659, in *Foro it.*, 2007, 11, I, 3181e Cass., sez. un., 13 giugno 2006, n. 13660, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 7-8, 1269 ss.

comportamenti espressione di un potere amministrativo, ancorché viziati da illegittimità, e non di meri comportamenti, con conseguente incidenza su posizioni di interesse legittimo.¹⁹⁴

Secondo l'impostazione del Consiglio di Stato, come delineata dall'Adunanza Plenaria n. 9/2007,¹⁹⁵ anche in assenza del decreto di esproprio e nonostante la sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità, l'attività dell'amministrazione mantiene un nesso funzionale con l'esercizio del potere pubblico. Ciò in quanto l'occupazione e la successiva trasformazione del bene si innestano su un procedimento legittimamente avviato mediante la dichiarazione di pubblica utilità, la quale imprime il vincolo espropriativo e orienta l'intera sequenza procedimentale.¹⁹⁶ La mancata conclusione del procedimento incide, pertanto, sulla legittimità dell'azione amministrativa¹⁹⁷, ma non elide il collegamento con il potere, poiché il comportamento resta comunque geneticamente riconducibile ad esso sotto il profilo storico-funzionale. Su tali basi, l'Adunanza Plenaria riconduce le

¹⁹⁴ Si delineava così un quadro giurisprudenziale contraddittorio: da un lato, il giudice ordinario tendeva a ricondurre tali fattispecie alla categoria dei comportamenti, ossia a condotte dell'amministrazione prive in concreto dei presupposti del potere; dall'altro, il giudice amministrativo mostrava resistenze a qualificarle come meri comportamenti, ritenendole invece espressione di un potere amministrativo, seppur illegittimamente esercitato, con permanenza della giurisdizione ordinaria limitatamente ai profili risarcitori. V. Zampetti E., *Espropriazione e giurisdizione*, cit. p. 1376.

¹⁹⁵ relativa a un'ipotesi di danno da espropriazione *sine titulo*, determinata dalla mancata adozione del decreto di esproprio entro il termine quinquennale successivo alla dichiarazione di pubblica utilità.

¹⁹⁶ Come anche affermato dall' Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2007, n. 9, il collegamento con l'esercizio del potere viene ravvisato quando si riscontri "un oggettivo, e non meramente intenzionale, svolgersi di un'attività amministrativa costituente esercizio di un potere astrattamente riconosciuto alla pubblica amministrazione o ai soggetti ad essa equiparati". Ciò che rileva, infatti, è che emerga "un agire causalmente riferibile a una funzione che per legge appartenga all'amministrazione agente e che, per legge, questa sia autorizzata a svolgere e che, in concreto, risulti svolta".

¹⁹⁷ Cfr Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2007, n. 9, cit., ancora l'Adunanza Plenaria n. 12/2007, cit., afferma "l'illegittimità di questo o quel momento procedimentale può sì condurre a ritenere illegittimo e, nei casi più gravi, illecito il comportamento, con effetti anche analoghi o coincidenti con quelli propri dell'accertata carenza di potere". Ciò, tuttavia, "non incide sul riparto di giurisdizione, poiché la valutazione dell'illiceità del comportamento spetta al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica, in applicazione dei principi di effettività e concentrazione della tutela, nonché delle disposizioni di cui agli artt. 7 e 8 della l. n. 205/2000."

relative controversie alla giurisdizione amministrativa esclusiva, includendovi anche ipotesi che non mantengono un collegamento attuale e perdurante con il potere.¹⁹⁸

In questo modo, il criterio della “ricongiungibilità, anche indiretta, del comportamento all’esercizio del potere” risulta eccessivamente ampio e indeterminato: da un lato il processo di individuazione di controversie in qualche modo connesse con un precedente provvedimento si profila come un’operazione senza fine¹⁹⁹, dall’altro lato, come è stato sottolineato, ne risulta compromesso il principio di legalità.²⁰⁰

L’affermazione, nella giurisprudenza amministrativa, di un criterio di tipo storico-funzionale, unitamente alla stessa sentenza n. 191/2006,²⁰¹ ha determinato

¹⁹⁸ In questa prospettiva, il collegamento tra provvedimento e attività può assumere una dimensione meramente genetica — dunque remota e indiretta — senza necessariamente tradursi in un rapporto funzionale, attuale e immediatamente operante (cfr. S. Giacchetti e C. Giacchetti, *Occupazione in carenza di potere, riparto di giurisdizione e concezione “a matrisca” del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2006, p. 1078).

¹⁹⁹ In tal senso, si osserva come nel procedimento espropriativo il potere dell’amministrazione non sorga solo nella fase finale dell’adozione del decreto di esproprio, ma già a partire dall’imposizione del vincolo preordinato all’esproprio, il quale individua l’area destinata alla realizzazione dell’opera pubblica e costituisce il presupposto dell’intera sequenza procedimentale, tanto che ad esso è collegato l’obbligo di comunicazione ai soggetti interessati. Ne deriva che, se il potere si radica in una fase così anticipata, il criterio della ricongiungibilità, anche indiretta, delle controversie al provvedimento originario rischia di estendersi in modo indefinito. V. Benini, *I comportamenti della pubblica amministrazione: le occupazioni illegittime della p.a.*, in *I comportamenti*, cit. p. 30.

²⁰⁰ Come efficacemente osservato da A. Travi, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 48 e ss., spec. p. 53: “Si è dimenticato, fra l’altro, che, in base al principio di legalità, il potere amministrativo o c’è, o non c’è, e, se non c’è, la fattispecie concreta non può essere ricostruita in termini condizionati dal potere”. Di conseguenza, per esempio, “se interviene un’occupazione di fatto da parte dell’amministrazione senza la previa emanazione di un decreto di occupazione o di esproprio, dal punto di vista del principio di legalità (che dovrebbe essere l’unico punto di vista significativo) è irrilevante stabilire se a monte vi sia, o meno, una dichiarazione di pubblica utilità.”

²⁰¹ Come è stato osservato, la stessa sentenza finisce per dare avvallo al suddetto orientamento “esportando l’enunciazione teorica sul piano applicativo, non può non inferirsene che, con riferimento alle occupazioni *sine titulo*, lo sbarramento alla giurisdizione esclusiva si ponga per le sole occupazioni usurpative, laddove le occupazioni appropriative restano definitivamente sottratte al giudice ordinario, titolare di una giurisdizione meramente residuale. Pare evidente, nel pensiero della Corte Costituzionale, che le fattispecie di occupazione appropriativa siano da attribuire alla giurisdizione del giudice amministrativo, perché il comportamento causativo di danno ingiusto (la realizzazione dell’opera) costituisce esecuzione di provvedimento amministrativo (la dichiarazione di pubblica utilità), ed è quindi ricongiungibile all’esercizio del potere” (Benini, *I comportamenti della pubblica amministrazione: le occupazioni illegittime della p.a.*, in *I comportamenti*, cit. p. 37.)

un progressivo ampliamento della nozione di comportamenti riconducibili all'esercizio del potere, anche ad opera della Corte di Cassazione. Quest'ultima, talvolta, si limita infatti a ritenere sufficiente, ai fini dell'individuazione della giurisdizione amministrativa, che il comportamento sia inserito nell'ambito di un procedimento amministrativo.

In materia di PEEP, ad esempio, le pronunce Cass. Sez. Un. n. 14988/2005 e Cass. Sez. Un. n. 13911/2006²⁰² evidenziano con chiarezza tale evoluzione, mettendo al contempo in luce le tensioni interne al sistema circa la definizione del criterio di collegamento con l'esercizio del potere.

Nel primo caso (2005), la Corte esclude la giurisdizione amministrativa, qualificando la condotta come mero comportamento materiale: l'occupazione del fondo nei confronti dell'affittuario avviene infatti in totale assenza di un provvedimento autoritativo riferibile al soggetto inciso, sicché difetta in radice qualsiasi collegamento con l'esercizio del potere.²⁰³ Ne consegue la giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di un'ipotesi di fatto illecito privo di copertura provvedimento. Un anno dopo, invece, le Sezioni Unite affermano la giurisdizione amministrativa in relazione a una vicenda nella quale il danno deriva da una sequenza provvedimento tipica (approvazione del PEEP, occupazione d'urgenza, ordinanza di sgombero e demolizione²⁰⁴), sebbene gli atti siano stati successivamente annullati. La Corte valorizza, in questo caso, il nesso storico-funzionale con l'esercizio del potere, ritenendo sufficiente, ai fini della giurisdizione, la riconducibilità

²⁰² Cass., sez. un., 15 giugno 2006, n. 13911, con nota di G. Ferrero – F. Riso, *Evoluzione giurisprudenziale in tema di occupazione illegittima o illecita*, in *Foro amm. CDS*, 2006, 5, p. 1375.

²⁰³ “Nel caso specifico, lo spoglio, ancorché avvenuto nell'ambito della realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria affidate dal Comune al Consorzio PEEP Resana con apposita convenzione, il tutto in attuazione del PEEP per il conseguimento di un fine pubblico, si è concretizzato in un comportamento meramente materiale, atteso che dopo l'approvazione del PEEP non è stato adottato alcun provvedimento amministrativo che autorizzasse l'occupazione, di per sé idoneo ad incidere e ad affievolire il diritto soggettivo del P., quale affittuario del fondo” (punto 6 delle considerazioni di diritto).

²⁰⁴ nel caso di specie gli atti erano stati annullati dal TAR in quanto parte dell'immobile non era stata contemplata nel procedimento di attuazione del PEEP.

anche mediata dell'illecito a un'attività amministrativa originariamente espressione di potere.

Un ulteriore profilo applicativo del medesimo criterio si rinviene nelle ipotesi di sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità per decorso dei termini. Con la sentenza n. 27190/2006 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno esaminato il caso dell'occupazione di un terreno da parte di un Comune per la realizzazione di un'opera pubblica, nell'ambito di una procedura espropriativa validamente avviata ma attuata oltre il termine di efficacia del provvedimento autorizzativo. La Corte ha escluso la carenza di potere ritenendo che la condotta, pur illegittima per violazione del termine, si inserisca comunque in una procedura fondata su una valida dichiarazione di pubblica utilità e costituisca quindi espressione, sia pure viziata, del potere amministrativo, con conseguente lesione di una posizione di interesse legittimo.²⁰⁵ Analogamente, nella sentenza Cass. Sez. Un. n. 6099/2023²⁰⁶, la Corte ha ribadito che rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo le domande risarcitorie relative all'occupazione e trasformazione del bene quando queste si collochino nell'ambito di una procedura espropriativa attivata mediante esercizio del potere, anche se non portata a compimento o affetta da vizi. Il criterio decisivo resta, infatti, il collegamento originario con il potere autoritativo della pubblica amministrazione, quale presupposto della vicenda e fonte della riconducibilità del danno all'esito patologico del procedimento.

Un'ulteriore area problematica riguarda le ipotesi di sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità per effetto dell'annullamento degli atti

²⁰⁵ V. anche Corte di Cassazione, con la sentenza Cass., sez. un., 27 maggio 2015, n. 10879, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 4, I, p. 699ss, ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione amministrativa esclusiva nelle controversie relative a ipotesi di sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità, affermando che rientra nella cognizione del giudice amministrativo la domanda risarcitoria derivante da un'occupazione iniziata in forza di un decreto di occupazione d'urgenza successivo alla dichiarazione di pubblica utilità e proseguita anche dopo la perdita di efficacia di quest'ultima, in quanto si tratta di una fattispecie comunque riconducibile, in parte direttamente e in parte mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, essendo ravvisabile un concreto esercizio del potere ablatorio desumibile dal procedimento e dalle forme adottate, pur in presenza di una successiva carenza di titolo.

²⁰⁶ Cass., sez. un., 1° marzo 2023, n. 6099.

espropriativi. Inizialmente queste ipotesi, secondo una lettura più restrittiva, venivano ricondotte, ad opera del giudice di legittimità, alla espropriazione usurcapiva.

Ad esempio, con la sentenza n. 13431/2006, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione affrontano il caso di un'occupazione illegittima derivante dall'annullamento giurisdizionale degli atti espropriativi. In particolare, dopo che il Consiglio di Stato aveva annullato l'intera procedura ablativa, l'amministrazione aveva comunque mantenuto il possesso del bene, già irreversibilmente trasformato, e il privato aveva agito anche in sede di ottemperanza per ottenere restituzione e risarcimento del danno. La Corte chiarisce che, venuto meno il titolo legittimante per effetto dell'annullamento, l'occupazione deve qualificarsi come illecita (usurpativa), non più riconducibile all'esercizio di un potere amministrativo. Ne consegue che la domanda risarcitoria non può essere proposta nel giudizio di ottemperanza come conseguenza della violazione del giudicato amministrativo, ma rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di responsabilità aquiliana per fatto illecito.²⁰⁷

In senso diverso, nel segno dell'evoluzione a un criterio funzionale, si colloca Cass. Sez. Un. n. 26033/2022 relativa ad un procedimento espropriativo nel quale il privato deduceva la nullità della dichiarazione di pubblica utilità e l'inesistenza del potere per vizi originari degli atti. La Corte esclude che la qualificazione dei vizi (anche in termini di nullità o difetto assoluto di attribuzione) sia decisiva ai fini del riparto di giurisdizione, valorizzando invece la riconducibilità della vicenda a una sequenza procedimentale espropriativa. Ne deriva che in presenza di un esercizio anche solo formale del potere pubblico la controversia resta attratta alla giurisdizione amministrativa, non rilevando l'eventuale caducazione degli atti.

Analogamente il TAR Sardegna n. 302/2024 ribadisce che anche irregolarità o carenze del procedimento non escludono la giurisdizione amministrativa

²⁰⁷ Cass., sez. un., 9 giugno 2006, n. 13431, in *Riv. giur. edil.*, 2006, 4-5, I, p. 912.

quando l'occupazione si inserisce in un'attività comunque riconducibile, anche solo mediamente, all'esercizio del potere in materia urbanistico-espropriativa.²⁰⁸

È proprio questo passaggio a sollevare le maggiori perplessità. Se, infatti, si ritiene che la semplice “traccia” di un potere, anche solo originariamente esercitato e poi venuto meno, sia sufficiente a qualificare la vicenda come espressione dell'azione amministrativa, si finisce per estendere in modo eccessivo l'area dell'interesse legittimo e, correlativamente, della giurisdizione amministrativa.

Una simile impostazione rischia di attenuare il principio di legalità nella misura in cui consente alla pubblica amministrazione di mantenere una posizione differenziata rispetto al privato anche quando agisce illegittimamente. Invero, nel momento in cui il potere sia esercitato in violazione delle regole che ne disciplinano l'esercizio — o addirittura venga meno per effetto dell'annullamento degli atti che lo fondavano — la condotta dell'amministrazione non dovrebbe più beneficiare di alcuna “copertura” autoritativa, ma dovrebbe essere valutata alla stregua di un illecito comune, secondo il paradigma dell'art. 2043 c.c..

Diversamente opinando si perviene al risultato paradossale per cui, a fronte di un comportamento illegittimo, la pubblica amministrazione continua a essere giudicata da un giudice diverso da quello competente per i rapporti tra privati, perpetuando un'asimmetria che trova giustificazione solo in presenza di un potere legittimamente esercitato.²⁰⁹

²⁰⁸ T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. II, 17 aprile 2024, n. 302.

²⁰⁹ LAMORGESE A. (2006), *Riparto di giurisdizione e pregiudizialità amministrativa: le Sezioni Unite non convincono. Urbanistica e appalti*, p. 1179.

Di diverso avviso S. Giacchetti e C. Giacchetti, i quali osservano che ‘la circostanza che, in senso strettamente giuridico, la dichiarazione di pubblica utilità sia stata eliminata con effetto retroattivo non può far dimenticare che l'attività giuridica e materiale svolta in sua esecuzione, nel periodo in cui essa era legittimamente efficace, ha dato luogo ad atti e comportamenti che, al momento della loro adozione, erano doverosi e riferibili all'esercizio di un potere autoritativo’. Ne consegue che ‘l'annullamento postumo dell'atto presupposto non può snaturare la natura degli atti consequenziali, degradandoli ad attività di diritto privato’, non già per l'assenza dell'elemento soggettivo, bensì perché ‘difettava in radice l'antigiuridicità al momento del loro compimento’. Gli Autori criticano pertanto l'impostazione secondo cui l'annullamento giurisdizionale della dichiarazione di pubblica utilità comporterebbe una riqualificazione ex post degli atti attuativi in

Nel complesso emerge un progressivo spostamento dall'idea di non sussistenza della giurisdizione amministrativa in caso di caducazione del titolo (impostazione più restrittiva, espressa in termini di "fatto illecito puro") verso una concezione più estensiva che valorizza il collegamento genetico e funzionale con il potere. In questa prospettiva la Cassazione tende ad allinearsi all'impostazione del Consiglio di Stato secondo cui è sufficiente anche un nesso originario con l'esercizio del potere per radicare la giurisdizione amministrativa, pur in presenza di vizi radicali o sopravvenuta inefficacia degli atti.

Occorre domandarsi se la mera esistenza "storica" di un esercizio del potere illegittimo è realmente sufficiente a radicare in via automatica la giurisdizione amministrativa, anche quando il provvedimento sia radicalmente caducato o quando la lesione derivi da comportamenti materiali ormai svincolate dall'atto.²¹⁰

L'assetto giurisdizionale attuale risponde positivamente a tale interrogativo interpretando in senso ampio la nozione di comportamento riconducibile all'esercizio del potere i cui confini risultano tuttavia non sempre netti.²¹¹ È, infatti, sufficiente che la condotta sia inserita, anche solo in senso storico, nell'ambito di un procedimento amministrativo o che vi sia stata la presenza di un atto ablatorio, seppur successivamente venuto meno, purché non vi sia una totale estraneità del

termini privatistici, evidenziando come tale conclusione presupponga una discutibile concezione «a matrioska» del provvedimento amministrativo: 'una visione secondo cui, eliminato lo strato pubblicistico, residuerebbe un nucleo privatistico dell'attività', quasi che 'l'intero sistema giuridico poggiasse su una piattaforma civilistica comune, destinata a riemergere ogniqualvolta l'atto amministrativo venga annullato'. Cfr. S. Giacchetti – C. Giacchetti, *Occupazione in carenza di potere, riparto di giurisdizione e concezione "a matrioska" del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, p. 1073 ss.

²¹⁰ Si ribadisce ancora che il rischio è quello di legittimare una presunzione generale di giurisdizione amministrativa ogniqualvolta il potere si sia anche solo inizialmente manifestato, con una progressiva dilatazione dell'area devoluta al giudice amministrativo ed un indebolimento del discrimine tra attività provvedimento e mero fatto illecito.

²¹¹ come sottolineato da Zampetti E. (2007), *Espropriazione e giurisdizione, Il correre del merito*, (12), p. 1377, "la Cassazione sembra dunque abbandonare la teorica della carenza di potere in concreto a favore di un criterio di riparto più ampio ed elastico, parametrato sull'astratta riconducibilità dell'azione ad una finalità di pubblico interesse legalmente dichiarata" e ne sottolinea la criticità: "Affermare che una data controversia ricade nella giurisdizione amministrativa in quanto "partecipe" di una manifestazione di potere pubblico, può voler dire tutto e nulla."

diritto di proprietà rispetto al potere amministrativo.²¹² Ne deriva che la giurisdizione ordinaria resta circoscritta alle sole ipotesi in cui l'amministrazione agisca in via di mero fatto, ossia nei casi in cui il diritto soggettivo non sia mai stato in alcun modo inciso o messo in relazione con l'esercizio del potere.²¹³

Oltre alle molteplici criticità già evidenziate, occorre ancora insistere sugli effetti di tale impostazione in ordine qualificazione delle situazioni soggettive del privato.

Il collegamento all'esercizio del potere, tradizionalmente inteso come criterio descrittivo utile ma non di per sé sufficiente a individuare la posizione di interesse legittimo, viene oggi elevato a elemento autonomamente idoneo a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, anche con riferimento alle pretese risarcitorie. L'accento viene infatti posto sul lato dell'amministrazione, anziché sulla natura della posizione del privato, con una conseguente marginalizzazione

²¹² è ritenuta sufficiente l'appartenenza del comportamento in un "ambito, humus, contatto procedimentale di stampo pubblicistico" v. Adolfo Di Majo – Maria Laura Maddalena, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in merito ai comportamenti amministrativi*, in *Il Corriere del Merito*, n. 1/2008, p. 125, in commento a Cons. St. Ad. Plen. 22 ottobre 2007, n.12.

²¹³ Alla carenza di potere è pacificamente ricondotta in giurisprudenza anche l'ipotesi di sconfinamento. In tal senso, Cass., sez. un., 16 dicembre 2013, n. 27994, ha affermato che la realizzazione di un'opera pubblica su porzioni di terreno ulteriori rispetto a quelle oggetto del procedimento espropriativo integra un'attività di mero fatto, in quanto la traslazione dell'opera al di fuori del perimetro del titolo ablativo esclude ogni collegamento con il potere, configurando un'occupazione usurpativa lesiva del diritto di proprietà. In termini analoghi, Cass., sez. un., 14 ottobre 2020, n. 22193, qualifica come sconfinamento — e dunque come illecito permanente in carenza assoluta di potere — l'occupazione di aree non incluse nella procedura espropriativa, neppure indirettamente riconducibili all'esercizio di potestà autoritative. Cass., sez. un., 22 settembre 2022, n. 27748, in *Riv. giur. edil.*, 2022, 6, I, p. 1439, ribadisce che, nei casi di sconfinamento, l'occupazione e trasformazione di superfici eccedenti i limiti dei provvedimenti amministrativi non sono riconducibili, neppure mediamente, all'esercizio del potere pubblico, trattandosi di comportamenti meramente materiali soggetti alla disciplina dell'illecito aquiliano e devoluti alla giurisdizione ordinaria. Da ultimo, Cass., sez. un., 12 gennaio 2026, n. 641, conferma che l'occupazione di terreni del tutto estranei alla dichiarazione di pubblica utilità integra un'ipotesi di occupazione usurpativa in senso proprio, per difetto originario di un titolo autoritativo idoneo a fondare l'esercizio del potere, con conseguente tutela del diritto soggettivo dinanzi al giudice ordinario.

In senso conforme, la Corte app. Napoli, sez. IV, 28 settembre 2023, n. 4112, ha ritenuto sussistente la giurisdizione ordinaria anche quando la domanda risarcitoria riguardi esclusivamente le modalità materiali di esecuzione dei lavori pubblici e i danni da esse derivanti, senza investire l'*an* o il *quomodo* dell'esercizio del potere amministrativo, configurandosi un illecito ex art. 2043 c.c. Ne deriva che il difetto totale di collegamento funzionale con il potere autoritativo — sia per originaria mancanza del titolo, sia per sconfinamento rispetto ad esso — radica la giurisdizione ordinaria, trattandosi di comportamenti di mero fatto lesivi del diritto di proprietà, estranei alla logica della concentrazione delle tutele propria della giurisdizione amministrativa.

del ruolo dell'interesse legittimo, quale categoria di riferimento per il riparto di giurisdizione. Il ricorso al criterio della riconducibilità, anche mediata, all'esercizio del potere finisce così per operare come strumento di espansione della giurisdizione amministrativa oltre i limiti propri di tale categoria.²¹⁴ Se è sufficiente la mera esistenza — anche solo storica — di un esercizio del potere per attrarre la controversia nella sfera del giudice amministrativo, allora il riparto della giurisdizione non risulta più ancorato alla natura delle posizioni soggettive coinvolte, come invece richiesto dall'impostazione costituzionale e dalla definizione della 204/2004.

Eppure, non può ritenersi che a fronte dell'esercizio del potere — specie quando esso sia illegittimo o privo di titolo — si configurino necessariamente e soltanto interessi legittimi.²¹⁵ Al contrario, proprio in tali ipotesi dovrebbe riespandersi la tutela del diritto soggettivo²¹⁶ e porsi il problema dei limiti entro cui la giurisdizione amministrativa esclusiva possa continuare a conoscere di posizioni di diritto soggettivo con conseguente applicazione delle regole comuni della responsabilità.²¹⁷ Diversamente opinando, si finisce per attribuire alla pubblica amministrazione una posizione di vantaggio anche al di fuori dei limiti della legalità,

²¹⁴ Lamorgese A. (2006). *Riparto di giurisdizione e pregiudizialità amministrativa: le Sezioni Unite non convincono. Urbanistica e appalti*, p. 1179.

²¹⁵ Come efficacemente sottolineato da A. Benini, *I comportamenti della pubblica amministrazione...*, cit., p. 42, il quale afferma che “Ove è astrattamente predicabile un potere amministrativo, sembra irrilevante che il soggetto che entri in collisione con l'esercizio di quel potere, sia titolare di un diritto. La riconducibilità dell'azione amministrativa ad un potere, anche mediato secondo il metro di estrema flessibilità postulato dalla Corte (e l'ipotesi dell'occupazione appropriativa, oggetto dei giudizi a quibus, ne è applicazione), per cui il potere non si commisura agli specifici presupposti dell'atto in considerazione, ma guarda all'incipit del procedimento, sembra idonea a svalutare la titolarità del diritto soggettivo, giacché è facile dire che alla sua pur flebile parvenza del potere, non si danno che interessi legittimi. La teoria della degradazione non aveva mai avuto esaltazione maggiore”.

²¹⁶ Nel caso in cui il proprietario di un fondo ottenga l'annullamento di un provvedimento espropriativo illegittimo, la sua posizione soggettiva, venuto meno il titolo autoritativo, torna a configurarsi come diritto soggettivo pieno. Ne consegue che la lesione subita incide direttamente su tale diritto e che, a prescindere dalla qualificazione della domanda risarcitoria, la relativa tutela dovrebbe spettare al giudice ordinario. Come sottolineato da Benini, *I comportamenti della pubblica amministrazione...*, cit., p. 47, ‘a fronte di comportamenti è sempre ravvisabile la lesione di un diritto soggettivo, che, a seconda della tipicità del procedimento in cui esso si inserisce, può corrispondere al diritto di proprietà come diritto alla correttezza e buona fede’.

²¹⁷ Se, infatti, il collegamento con il potere viene mantenuto anche in presenza di una sua radicale caducazione, il rischio è quello di attrarre nella giurisdizione amministrativa controversie che, pur formalmente inserite in una sequenza procedimentale, presentano ormai i tratti dell'illecito comune.

estendendo in modo eccessivo l'ambito della giurisdizione esclusiva e alterando il corretto equilibrio tra giurisdizione amministrativa e ordinaria.²¹⁸

3.3 Comportamenti riconducibili al “se” e al “come” dell'azione amministrativa e comportamenti meramente materiali

Al fine di circoscrivere i comportamenti riconducibili al potere, la giurisprudenza, in tema di tutela risarcitoria, ha differenziato le ipotesi di comportamenti afferenti al “se” e al “come” dell'azione amministrativa e comportamenti meramente materiali. I primi attengono alla (*an*) del potere e alla modalità del suo esercizio (*quomodo*), mentre i secondi si collocano al di fuori dello schema autoritativo.

È in proposito stato affermato che in tema di risarcimento danni a seguito di esecuzione di opere pubbliche se il danno deriva dalle scelte progettuali, la controversia rientra nella giurisdizione amministrativa, poiché riguarda un comportamento espressivo del potere autoritativo. Diversamente è stato affermato che se si contestano solo le modalità esecutive per la costruzione dell'opera pubblica deve riconoscersi operante la giurisdizione ordinaria. Ad esempio, nelle controversie risarcitorie per immissioni acustiche derivanti dalla costruzione di strade o autostrade, la giurisdizione amministrativa è riconosciuta quando il danno dipende dalle scelte di pianificazione e organizzazione della viabilità, ossia dal “se” e dal “come” il potere pubblico esercita le proprie funzioni.²¹⁹ Nel caso specifico, la

²¹⁸ V. A. Lamorgese, *Riparto di giurisdizione e pregiudizialità amministrativa: le Sezioni Unite non convincono*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, p. 1179, il quale sottolinea che “per evitare la creazione di un diritto speciale come l'interpretazione dell'art. 111, ult. comma, Cost. non possa rimanere immutata, ma debba essere riletta — anche a costo di forzature — al fine di evitare la formazione di un diritto speciale della responsabilità civile della P.A., in contrasto con il principio di uguaglianza dei cittadini (e della stessa amministrazione) di fronte alla legge”.

Nello stesso senso cfr. A. Travi, *Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, in *Foro it.*, 2011, p. 166, il quale osserva che mentre “per gli altri paesi si va riscoprendo la necessità di una disciplina unitaria di responsabilità civile, perché il profilo soggettivo rappresentato dalla amministrazione e il profilo oggettivo rappresentato dal potere non vengano più ritenuto tali da poterla condizionare, nel nostro ordinamento la giurisprudenza sta costruendo una responsabilità civile separata, rispetto alla quale anche le norme primarie del codice civile appaio recessive”

²¹⁹ Cass., sez. un., 7 settembre 2016, n. 17674, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1, p. 259ss.

Corte ha chiarito che la domanda risarcitoria non riguardava una “mera condotta materiale”, bensì un “complesso e articolato iter urbanistico, espressione di potere autoritativo”. Ciò comprendeva scelte di pianificazione, organizzazione del territorio e regolazione del traffico, quali l’aumento del traffico veicolare dovuto alla conversione di tratti stradali a senso unico, la realizzazione di una bretella di collegamento e la deviazione dei flussi di traffico.

Ancora viene riconosciuta la giurisdizione amministrativa quando il danno deriva da una carenza progettuale o da vizi dell’attività amministrativa connessa all’uso del territorio.²²⁰ Nel caso concreto, la responsabilità extracontrattuale, per la Corte, derivava da comportamenti negligenti o imprudenti in quanto i pareri dell’ufficio del genio civile risultavano illegittimi o mancavano dei necessari approfondimenti tecnici. Tali carenze istruttorie e tecniche nei procedimenti amministrativi avevano aggravato il danno provocato da fenomeni franosi.²²¹

Lo stesso si può constatare per le immissioni derivanti dall’attività di raccolta e gestione dei rifiuti urbani.²²² La giurisprudenza amministrativa, sul punto, ha chiarito che la relativa lesione non si riconduce a un mero comportamento materiale della pubblica amministrazione ma costituisce espressione dell’esercizio del potere pubblico, in quanto dipende dalle scelte organizzative relative al “*se*”, al

²²⁰ Cass., sez. un., 23 luglio 2019, n. 19882.

²²¹ La lesione risulta “strettamente collegata non a una mera attività materiale, disancorata e non sorretta da un atto amministrativo formale, bensì a specifici provvedimenti amministrativi emessi nell’ambito e nell’esercizio di poteri autoritativi, ancorché viziati dalle indicate illegittimità”. La giurisdizione del giudice amministrativo, a parere della Corte, si fonda, dunque, su una pluralità di elementi: la natura pubblicistica del procedimento preordinato allo svolgimento delle attività; il carattere eminentemente pubblico degli interessi coinvolti (quale, ad esempio, l’equilibrio geomorfologico del territorio); le scelte discrezionali della pubblica amministrazione (come il rilascio di autorizzazioni e/o concessioni); l’utilizzo di strumenti autoritativi; la significativa incidenza sul territorio del progetto e della sua attuazione; il nesso esistente tra atti e provvedimenti amministrativi e l’uso del territorio.

²²² Ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. p), c.p.a., sono devolute alla giurisdizione esclusiva le controversie aventi ad oggetto le ordinanze ed 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, nonché gli atti, i provvedimenti e le ordinanze emanati ai sensi dell’articolo 5, commi 2 e 4, della medesima legge n. 225 del 1992 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.

“*modo*” del servizio pubblico. In particolare, è stato affermato che il danno lamentato dal privato non deriva da una condotta meramente esecutiva quando lo stesso risulta connesso alle determinazioni dell’amministrazione circa la localizzazione della postazione di raccolta, la collocazione del compattatore e la scansione oraria del servizio, modalità esecutive tutte riconducibili alla gestione del ciclo dei rifiuti e quindi a valutazioni discrezionali di organizzazione del servizio pubblico.²²³ Diversamente, le Sezioni Unite, con la sentenza n. 20824/2021, affermano che spetta alla giurisdizione del giudice ordinario il pregiudizio derivante dalle modalità materiali di svolgimento del servizio di raccolta dei rifiuti (quali la collocazione dei punti di raccolta, la gestione operativa degli ecopunti o le modalità di conferimento e trattamento dei rifiuti), non predeterminate da puntuali e vincolanti scelte amministrative. Tali ipotesi, infatti, vengono ricondotte dalla Corte a comportamenti materiali riconducibili all’ordinaria attività d’impresa, rispetto ai quali i provvedimenti amministrativi non dettano specifiche regole esecutive o applicative di carattere tecnico. Ne consegue che, sempre secondo la Suprema Corte, per radicare la giurisdizione amministrativa, è necessario che le modalità esecutive siano direttamente imposte da provvedimenti amministrativi adottati nell’ambito della gestione del ciclo dei rifiuti.²²⁴

Emerge, quindi, una diversa lettura della nozione di potere: da un lato la giurisprudenza amministrativa tende ad ampliare la nozione di attività autoritativa,

²²³ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 21 novembre 2019, n. 5465. Sul progressivo ampliamento della nozione di potere autoritativo — non più limitata all’adozione od omissione di provvedimenti amministrativi in senso stretto, ma estesa anche ad attività organizzative, gestionali e di controllo — si veda *supra*, capitolo I, §1.8, in tale prospettiva, la giurisprudenza, avallata anche dalla Corte Costituzionale (Sent. n. 178/2022, cit.), ha ricondotto all’esercizio del potere anche comportamenti materiali funzionalmente collegati alla cura dell’interesse pubblico (come nella gestione del ciclo dei rifiuti), con conseguente restrizione dell’area dei comportamenti riconducibili al principio del *neminem laedere* e, dunque, alla giurisdizione del giudice ordinario.

²²⁴ V. Travi A., *Giurisdizione esclusiva nelle controversie concernenti il ciclo dei rifiuti*, in *Il Foro italiano*, 1/2023, p. 73, il quale sottolinea: “rispetto alla custodia di cose l’obbligo di evitare pregiudizi ai terzi può essere rappresentato sia nei termini di esercizio di poteri strumentali (di organizzazione e di gestione), sia nei termini di regole di condotta di diritto comune (cfr. art. 2051 c.c.); ed, in presenza di obblighi di condotta di diritto comune, il riferimento ‘mediato’ ai poteri strumentali dell’amministrazione, in linea di principio, non dovrebbe risultare rilevante ai fini della responsabilità e, pertanto, neppure ai fini del riparto di giurisdizione”.

ricomprendendovi anche scelte organizzative del servizio; dall'altro la Cassazione distingue più rigidamente tra momento provvedimentale e fase meramente esecutiva. Nella prima prospettiva, anche le immissioni acustiche o olfattive non vengono qualificate come meri fatti materiali ma come effetto riflesso di scelte amministrative discrezionali. La localizzazione dei punti di raccolta, la scansione oraria della raccolta e le modalità operative vengono così ricondotte alla più ampia funzione di governo del ciclo dei rifiuti, con conseguente configurazione di una lesione che deriva dall'esercizio (anche mediato) del potere pubblico.

Mentre secondo l'impostazione della Suprema Corte la giurisdizione amministrativa può sussistere solo quando le modalità concrete dell'azione siano direttamente imposte o vincolate da un provvedimento amministrativo.

Emerge una frizione interpretativa non tanto sul piano dei principi dichiarati – entrambe le sentenze richiamano infatti la necessità del collegamento con l'esercizio del potere pubblico – quanto più sul piano del grado di intensità richiesto per tale collegamento e alla nozione di potere. Ne consegue, perciò, un sistema non perfettamente coerente ma strutturalmente oscillante tra due poli interpretativi: da un lato l'esigenza di concentrazione della tutela e di attrazione al giudice amministrativo delle controversie inerenti ai servizi pubblici, dall'altro, la necessità di preservare la giurisdizione ordinaria ogniqualvolta la lesione derivi da comportamenti materiali non immediatamente riconducibili all'esercizio di poteri autoritativi.

Vengono ricondotte, invece, alla giurisdizione ordinaria le controversie in tema di risarcimento dei danni quando l'esecuzione dell'opera pubblica non rispetta il principio del *neminem laedere* e delle regole di diligenza e prudenza.

Le Sezioni Unite hanno precisato che quando l'attività di cantiere genera immissioni eccedenti la normale tollerabilità ai sensi dell'art. 844 c.c. — come emissioni rumorose non mitigate mediante accorgimenti tecnici quali barriere fonoassorbenti, schermature o fasce verdi — la responsabilità dell'amministrazione

o dell'impresa esecutrice è aquiliana, con conseguente devoluzione della controversia al giudice ordinario.²²⁵ Allo stesso modo, la giurisdizione ordinaria si rinviene anche con riferimento ai danni derivanti dall'esecuzione concreta di lavori stradali e dal traffico veicolare ad essi connesso in prossimità di immobili privati, quando le immissioni eccedono la normale tollerabilità e arrecano pregiudizio alla proprietà o alla salute degli occupanti.²²⁶

Nell'ambito dell'approvazione e progettazione dell'opera pubblica quando si verifica una lesione dei diritti dei privati risulta particolarmente problematica l'ipotesi del danno derivante dalla ubicazione dell'opera stessa. In tale prospettiva, la recente sentenza della Corte di cassazione, sez. I, n. 22715/2025 ha rimesso la questione alle Sezioni Unite affinché si pronuncino sul riparto di giurisdizione. Il caso di specie riguardava una domanda di risarcimento avente ad oggetto il danneggiamento di beni immobili ed il mancato guadagno conseguenti al crollo della diga di una discarica, verificatosi a seguito di un diluvio. Il giudice di secondo grado aveva individuato nella ubicazione della discarica, ritenuta non idonea²²⁷,

²²⁵ Cass., sez. un., 14 maggio 2024, n. 13178.

²²⁶ Cfr. Cass., sez. un., 8 febbraio 2023, n. 3875, e nella medesima linea si colloca anche la pronuncia Cass., sez. un., 13 luglio 2017, n. 17324, nella quale i danni – qualificati come “temporanei da cantierizzazione ed indiretti” – sono stati ricondotti alle modalità esecutive dei lavori per la realizzazione della terza corsia autostradale e di una galleria, da cui erano derivati rilevanti effetti pregiudizievoli, quali immissioni rumorose, vibrazioni, alterazione delle condizioni ambientali, deprezzamento degli immobili e peggioramento della qualità della vita. Anche in questo caso la Corte ha escluso il coinvolgimento di scelte discrezionali o atti autoritativi, riconducendo la pretesa risarcitoria alla violazione dell'art. 2043 c.c. ed affermando la giurisdizione del giudice ordinario, competente anche a disporre, ove richiesto, misure ripristinatorie. Ulteriore conferma di tale impostazione si rinviene nella pronuncia Cass., sez. un., 10 luglio 2017, n. 16986, relativa ai danni subiti da proprietari di immobili in conseguenza dei lavori per la realizzazione della linea ferroviaria ad alta velocità. La Corte ha ricondotto i pregiudizi, consistenti nella perdita della vista panoramica, nelle immissioni rumorose e nel degrado paesaggistico, non a scelte pianificatorie o atti autoritativi, bensì alle modalità materiali di esecuzione del cantiere, caratterizzate da attività di movimentazione di mezzi e macchinari, produzione di vibrazioni, polveri e altre interferenze fisiche sull'ambiente circostante, con incidenza sulla vivibilità e sul valore economico degli immobili. In termini analoghi si è espressa la sentenza Cass. Sez. Un. n. 3732/2016, cit., concernente i danni subiti da un esercizio commerciale (farmacia) a causa della prolungata cantierizzazione dell'area interessata dai lavori per l'alta velocità. Il pregiudizio – consistito in immissioni di polveri, rumori e vibrazioni, nonché nella riduzione dell'accessibilità e del volume d'affari – è stato ritenuto conseguenza diretta delle modalità di svolgimento del cantiere, senza alcun coinvolgimento della legittimità degli atti amministrativi o delle scelte progettuali. Anche in questo caso, dunque, la responsabilità è stata qualificata in termini aquiliani, con devoluzione della controversia al giudice ordinario.

²²⁷ In particolare, l'intervento non era sostenuto dai necessari studi idrologici.

una concausa del danno patito. La questione di giurisdizione sollevata dalla Sezione I sottende al quesito se l'attività di approvazione e progettazione dell'opera — e, in particolare, la scelta della sua ubicazione — sia riconducibile o meno all'esercizio di un potere amministrativo autoritativo. È pertanto ovvio che qualora tale attività fosse qualificata come espressione di un provvedimento amministrativo a monte, la giurisdizione spetterebbe al giudice amministrativo; al contrario, se si ritenesse che il danno derivi da comportamenti non autoritativi o meramente materiali, la giurisdizione apparterrebbe al giudice ordinario.

Sul tema vi sono due tesi contrapposte, la prima favorevole alla giurisdizione del giudice amministrativo, la seconda di tenore opposto propende per la configurazione della giurisdizione ordinaria. A sostegno della prima tesi la Cass., Sez. Unite, n. 19882/2014²²⁸ ha affermato la giurisdizione amministrativa in materia urbanistica ed edilizia, rilevando che la domanda risarcitoria, pur formalmente configurata come azione aquiliana, era in realtà connessa a specifici provvedimenti amministrativi adottati nell'esercizio di poteri autoritativi, ancorché viziati. La Corte ha valorizzato, in particolare, la natura pubblicistica del procedimento, il rilievo degli interessi coinvolti (quali l'equilibrio geomorfologico del territorio), il carattere discrezionale delle scelte amministrative (come il rilascio di autorizzazioni e concessioni), nonché il nesso diretto tra atti amministrativi e uso del territorio, ritenendo che il comportamento della pubblica amministrazione non fosse riducibile a mera attività materiale.²²⁹

Il secondo orientamento invece afferma che la giurisdizione del giudice ordinario può sussistere anche quando il pregiudizio si inserisca nel contesto della

²²⁸ V. nota 156 *supra*.

²²⁹ Si sottolinea come anche le pronunce delle Sezioni Unite che affermano la giurisdizione del giudice ordinario valorizzino, in realtà, l'assenza di contestazioni relative all'ubicazione dell'opera pubblica. In particolare, Cass. Sez. Un. n. 16986/2017, cit., (v. *supra*) ha ricondotto la controversia alla giurisdizione ordinaria solo perché non risultava contestato "il progetto di ubicazione della linea ferroviaria né dedotta, neppure incidentalmente, l'illegittimità dei provvedimenti amministrativi di approvazione dei relativi lavori pubblici". Nello stesso senso, Cass. Sez. Un. n. 3732/2016 (v. *supra*) ha precisato che la giurisdizione sarebbe invece spettata al giudice amministrativo qualora fossero stati contestati profili attinenti alla legittimità del procedimento amministrativo a monte, e segnatamente il progetto di ubicazione dell'opera od i provvedimenti di approvazione dei lavori pubblici.

progettazione e realizzazione di un'opera pubblica. In tale prospettiva, si è affermato che ciò che rileva non è la mera esistenza di un procedimento amministrativo a monte ma la natura concreta della condotta lesiva posta in essere. Quando, infatti, non vengono in rilievo scelte discrezionali o atti autoritativi ma soltanto comportamenti materiali riconducibili alla fase esecutiva dell'opera, la posizione dell'amministrazione si pone su un piano paritetico rispetto al privato, con conseguente applicazione delle regole della responsabilità aquiliana. In questa direzione si collocano Cass. Sez. Un. n. 30267/2023,²³⁰ e Cass. Sez. Un. n. 7529/2020, secondo cui appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda risarcitoria proposta dal privato per danni derivanti da comportamenti colposi nella fase di progettazione e realizzazione di un'opera pubblica, allorché la pretesa si fondi sulla violazione di regole tecniche e canoni di diligenza e prudenza, senza coinvolgere scelte autoritative dell'amministrazione.²³¹ In tale occasione, la Corte ha precisato che l'eventuale inadeguatezza progettuale, anche sotto il profilo tecnico (come la mancata previsione di adeguati sistemi di drenaggio del terreno), attiene alle modalità esecutive dell'opera e non incide sull'esercizio di poteri pubblicistici, restando quindi estranea alla giurisdizione amministrativa.

Emerge, perciò, un criterio di confine di non sempre agevole individuazione, incentrato sulla violazione — ora delle regole che presidiano l'esercizio del potere amministrativo, ora di regole di buona fede e diligenza — che rappresenta il vero snodo sistematico per individuare il giudice con giurisdizione.²³²

²³⁰ La sentenza in materia di attività volte alla realizzazione della rete ferroviaria ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario con riferimento alle prestazioni inerenti alla progettazione e costruzione dell'opera, laddove non venga in rilievo l'esercizio di poteri autoritativi, ma esclusivamente la violazione di obblighi di buona fede e correttezza.

²³¹ Cass., sez. un., 25 marzo 2020, n. 7529.

²³² Questo criterio è ugualmente riscontrabile nella giurisprudenza in materia di tutela dell'affidamento dove vengono riconosciuti limiti "esterni" alla discrezionalità ed all'attività della pubblica amministrazione individuabili nel dovere di buona fede e correttezza. Così "il giudice ordinario, pur non potendo sindacare l'attività discrezionale della P.A., può accertare se la stessa abbia osservato i doveri di prudenza, di diligenza, d'imparzialità e di legalità, che si pongono come limiti esterni alla discrezionalità" (Cass. civ. Sez. III, n. 35/1988).

In tale prospettiva, anche le eventuali carenze progettuali possono assumere rilievo diverso a seconda della loro qualificazione, potendo integrare, a seconda dei casi, una violazione di regole pubblicistiche riconducibili all'attività amministrativa procedimentalizzata ovvero, in alternativa, ovvero a meri profili di imperizia tecnica rilevanti sul piano della responsabilità aquiliana.

Per quanto ai terzi estranei, ossia soggetti che non intrattengono alcun rapporto diretto con l'amministrazione o con il concessionario, che possono subire pregiudizi in ragione della sola vicinanza ai luoghi di realizzazione dell'opera la giurisprudenza esclude la riconducibilità del danno all'esercizio del potere pubblico. In questo caso valorizzando la natura meramente materiale delle condotte lesive e la posizione di diritto soggettivo dei danneggiati. In questo senso si colloca la Cass. Sez. Unite 2052/2016,²³³ la quale statuisce che: “un comportamento è tale per l'incidenza che lo rivela nella realtà effettuale, non solo come condotta di chi la tiene, ma anche per gli effetti che determina”²³⁴. La Corte aggiunge che proprio la diversità degli effetti prodotti sui beni contigui rispetto a quelli interessati direttamente dall'opera consente di qualificare le condotte lesive come estranee all'esercizio del potere pubblico. La Corte di legittimità afferma quindi che quando il pregiudizio incide su beni di soggetti terzi e deriva dalle sole modalità esecutive dell'opera (cantierizzazione, lavorazioni, traffico di mezzi, emissioni), si è al di fuori dell'area della giurisdizione amministrativa, trovando applicazione la responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. e la giurisdizione del giudice ordinario.²³⁵

²³³ Già citata *supra* capitolo III, § 3.1 relativa ai proprietari frontisti ed a soggetti terzi rispetto alla realizzazione dell'opera ferroviaria ad alta velocità Roma–Napoli, i quali agivano per il risarcimento dei danni derivanti dalla prolungata cantierizzazione dell'area e dalle attività esecutive del cantiere, consistenti in immissioni di polveri, rumori, vibrazioni e degrado delle condizioni di vivibilità e dei valori immobiliari.

²³⁴ cfr. A. Corsaro, *Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e comportamenti mediamente riconducibili all'esercizio di pubblici poteri*, cit. p. 154, il quale sottolinea che “il comportamento deve essere inteso come atto esteriore proveniente dal soggetto ed al quale va imputato al fine della produzione degli effetti ed il riferimento non dipende dalla natura ma dal nesso causale fra il comportamento e gli effetti.”

²³⁵ Ulteriore conferma si rinviene nelle ipotesi in cui l'attività materiale della pubblica amministrazione, pur connessa alla realizzazione o manutenzione di opere pubbliche, incida direttamente su beni privati,

3.4 Il collegamento con il potere nel pubblico impiego non privatizzato tra esercizio di poteri datoriali e condotte materiali

Le coordinate ermeneutiche sin qui ricostruite, fondate sulla distinzione tra comportamenti espressivi di potere autoritativo e mere condotte materiali lesive del principio del *neminem laedere*, trovano ulteriore riscontro anche nell'ambito delle controversie relative al rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni non privatizzato.²³⁶ Anche in tale settore, infatti, il discrimine tra giurisdizione ordinaria e amministrativa continua a ruotare attorno alla natura della condotta lesiva, assumendo rilievo la qualificazione del comportamento datoriale come esercizio di potere o, diversamente, come mera violazione di obblighi concernenti il già richiamato principio del *naeminem laedere*.

L'orientamento prevalente, infatti, tende a individuare la giurisdizione sulla base della natura della responsabilità. Se quest'ultima è contrattuale, i comportamenti lesivi vengono tendenzialmente ricondotti all'espressione di poteri o doveri datoriali derivanti dal rapporto di lavoro – quali quelli di protezione della salute e sicurezza ex art. 2087 c.c. – e contestualmente la controversia rientra nella giurisdizione amministrativa esclusiva.

Diversamente, laddove la condotta lesiva presenti caratteri tali da poter spiegare la propria idoneità lesiva anche nei confronti di soggetti estranei al rapporto di impiego, il rapporto di lavoro degrada a mera occasione dell'evento dannoso ed è stato ritenuto che la responsabilità assuma natura extracontrattuale, con conseguente attrazione della controversia alla giurisdizione del giudice ordinario.

Così, ad esempio, è stata riconosciuta la giurisdizione amministrativa in casi in cui l'infortunio sul lavoro dipenda dalla violazione di specifici obblighi di

come nel caso dell'alterazione del piano stradale con conseguente deflusso delle acque verso proprietà limitrofe: anche in tali casi il danno è stato ricondotto al comportamento illecito lesivo di diritti soggettivi, con conseguente devoluzione della controversia al giudice ordinario, il quale può disporre tanto il risarcimento quanto misure ripristinatorie, senza che venga in rilievo l'esercizio di poteri autoritativi (Cass., sez. un., 18 ottobre 2005, n. 20117).

²³⁶ cfr. Art. 133, comma 1, lett. i), c.p.a., che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie concernenti i rapporti di lavoro del personale in regime di diritto pubblico.

protezione gravanti sul datore di lavoro pubblico. È il caso di un professore universitario che subì un grave infortunio mentre utilizzava un ascensore (o montacarichi) all'interno dell'Ateneo per raggiungere il proprio ufficio. La Corte ha precisato che la responsabilità derivava da obblighi specifici del datore di lavoro pubblico e non da una condotta lesiva generica, confermando la giurisdizione amministrativa anche per il danno differenziale e complementare.²³⁷ Alle stesse conclusioni giungono le Sezioni Unite nel caso di un'infermiera, dipendente di una USL che aveva convenuto in giudizio l'amministrazione sanitaria per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali, biologici e morali derivanti dalle gravi lesioni subite a seguito dell'aggressione da parte di una paziente ricoverata presso l'ospedale psichiatrico in cui prestava servizio.²³⁸ La Corte ha ritenuto che la domanda fosse fondata sulla violazione di specifici obblighi contrattuali di protezione gravanti sul datore di lavoro, escludendo che la condotta lesiva fosse meramente occasionale o riconducibile a qualunque soggetto e ha pertanto affermato la giurisdizione del giudice amministrativo.²³⁹

Nella stessa direzione volge la giurisprudenza in materia di danno subito dai militari per esposizione a sostanze nocive durante missioni operative. La Corte distingue tra domande *iure hereditatis*, fondate su pregiudizi subiti direttamente dal dipendente pubblico, che rientrano nella giurisdizione amministrativa, e domande *iure proprio* dei congiunti, che spettano al giudice ordinario.²⁴⁰ In applicazione di tali principi, il T.A.R. Lazio ha riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo in favore degli eredi di un generale dell'Aeronautica deceduto per neoplasia polmonare insorta durante il servizio in missione all'estero. La domanda,

²³⁷ Cass., sez. un., 15 febbraio 2022, n. 4872.

²³⁸ Si tenga presente che la pronuncia si riferisce a fatti anteriori al completamento del processo di contrattualizzazione del pubblico impiego, avviato con il d.lgs. n. 29/1993 e confluito nel d.lgs. n. 165/2001; la controversia risultava pertanto ancora devoluta *ratione temporis* alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Attualmente, invece, il rapporto di impiego del personale sanitario rientra, in via generale, nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, con conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice ordinario.

²³⁹ Cass., sez. un., 7 febbraio 2006, n. 2507.

²⁴⁰ Cass., sez. un., 5 maggio 2014, n. 9573.

proposta *iure hereditatis*, fondava il risarcimento sulla violazione, da parte dell'Amministrazione, degli obblighi di tutela della salute del personale esposto a rischi. Il T.A.R. ha confermato che tali domande, strettamente connesse al rapporto di impiego, rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre i danni *iure proprio* dei congiunti restano sottoposti alla giurisdizione del giudice ordinario²⁴¹

Analogamente nel caso di azione risarcitoria a fronte di condotte ascrivibili al c.d. *mobbing*²⁴², il criterio discretivo ai fini del riparto di giurisdizione ruota attorno alla natura della condotta datoriale e alla sua riconducibilità all'esercizio del potere. Occorre verificare se la sequenza di comportamenti allegati dal dipendente integri o meno l'esercizio — scorretto o distorto — di poteri datoriali (valutazioni organizzative, provvedimenti interni, scelte gestionali del personale) oppure se si tratti di meri comportamenti materiali lesivi della dignità e dell'integrità psicofisica, svincolati da qualsiasi manifestazione tipica del potere amministrativo. Nel primo caso, la controversia rientra nella giurisdizione amministrativa in quanto la lesione deriva dall'uso illegittimo di poteri inerenti al rapporto di impiego pubblico. È il caso di un poliziotto che chiedeva risarcimento per il progressivo deterioramento dell'ambiente di lavoro derivante da condotte vessatorie protratte nel tempo e omissioni del datore di lavoro nella tutela dell'integrità psicofisica, rilevanti ai sensi dell'art. 2087 c.c..²⁴³

²⁴¹ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 16 settembre 2024, n. 16391.

²⁴² Per *mobbing* si intende, secondo la consolidata elaborazione giurisprudenziale, una condotta illecita caratterizzata dalla compresenza di un elemento oggettivo — consistente in una pluralità sistematica e protratta nel tempo di comportamenti ostili o vessatori nell'ambito del rapporto di lavoro — e di un elemento soggettivo, rappresentato dall'intento persecutorio nei confronti del lavoratore (Cass. civ., sez. lav., 26 febbraio 2024, n. 5061, in *Labor on line*, 15 aprile 2024. Cass. civ., 10 marzo 2022, n. 7641, Cass. civ., 22 maggio 2018, n. 12437, Cass. civ., 19 ottobre 2017, n. 26684, Cons. Stato, sez. II, 12 marzo 2024, n. 2354, Cons. Stato, sez. II, 17 luglio, n. 6988.)

²⁴³ T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 5 novembre 2024, n. 1250.

V. anche più recente Cons. Stato, sez. III, 27 febbraio 2019, n. 1371. Affrontava il caso del funzionario di polizia che agisce per il risarcimento dei danni da *mobbing* collegandoli a specifici atti dell'amministrazione — quali ordini di servizio, assegnazioni, revoche di incarichi, trasferimenti o demansionamenti — espressione del potere di supremazia gerarchica.

Mentre, nelle ipotesi in cui la responsabilità assume natura extracontrattuale, poiché fondata sulla violazione del generale dovere del *ne aminem laedere* la controversia è attribuita al giudice ordinario. È il caso di un poliziotto penitenziario che lamentava comportamenti vessatori e persecutori di superiori e colleghi, non riconducibili all'esercizio di poteri autoritativi, ma consistenti in atteggiamenti ostili e reiterati, idonei unicamente a generare un clima lavorativo lesivo. Il rapporto di lavoro costituiva, per il Consiglio di Stato, solo il quadro entro cui si verificano i fatti, mentre la lesione derivava dai comportamenti materiali autonomi.²⁴⁴

L'analisi condotta mostra come il criterio distintivo tra comportamenti espressivi di potere e mere condotte materiali, pur formalmente condiviso dalla giurisprudenza, si riveli in concreto instabile e fortemente elastico. La distinzione tra "se" e "come" dell'azione amministrativa e attività meramente esecutiva, lungi dal costituire un parametro chiaro, finisce spesso per essere applicata in modo casistico, con esiti non sempre prevedibili. In particolare, la contrapposizione tra l'approccio estensivo del giudice amministrativo e quello più restrittivo delle Sezioni Unite non si traduce soltanto in una divergenza teorica ma incide direttamente sull'effettività della tutela. La tendenza ad attrarre nella giurisdizione amministrativa anche scelte organizzative e gestionali amplia l'area del potere, ma rischia di diluire il confine tra attività autoritativa e attività materiale, trasformando il criterio del collegamento con il potere in una clausola eccessivamente indeterminata. Al contrario, l'impostazione più selettiva della Cassazione, pur offrendo maggiore certezza sul piano teorico, può condurre a una frammentazione della tutela, soprattutto nei casi in cui il danno sia il risultato di una combinazione inscindibile tra scelte a monte e modalità esecutive. Le difficoltà emergono con particolare evidenza nelle materie delle opere pubbliche e dei servizi dove la linea di confine tra progettazione, organizzazione ed esecuzione è fisiologicamente sfumata.

²⁴⁴ Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2015, n. 2125.

In tali ambiti, la qualificazione della condotta come espressione di potere o come attività materiale appare spesso dipendere più dalla ricostruzione del giudice che da un criterio oggettivo e verificabile, con il rischio di soluzioni divergenti in casi analoghi.

Medesima incertezza si riscontra nel pubblico impiego non privatizzato, dove il richiamo alla natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità non sempre riesce a fornire un discrimine convincente. Anche qui, la riconducibilità della condotta all'esercizio di poteri datoriali o a meri comportamenti materiali si presta a letture alternative, specie nelle ipotesi borderline come il mobbing.

Ne deriva che il criterio del "collegamento con il potere", pur costituendo il fulcro del sistema, non appare idoneo, da solo, a garantire un riparto di giurisdizione realmente prevedibile e coerente. Più che un principio ordinante, esso finisce per operare come una formula aperta, suscettibile di adattamenti interpretativi che riflettono esigenze contingenti più che una logica sistematica unitaria.

3.5 L'inerzia della pubblica amministrazione tra fatto illecito e mancato esercizio del potere

L'ultima riflessione in tema di comportamenti si concentra sulla inerzia della pubblica amministrazione ove la individuazione della giurisdizione si rivela particolarmente complessa proprio in ragione della natura ambivalente della stessa. Il problema centrale consiste nel distinguere tra l'ipotesi in cui si contesti un cattivo esercizio del potere pubblico e quella, apparentemente più radicale, in cui si denunci la sua totale mancata attivazione.²⁴⁵ Tale distinzione, tuttavia, si presta a facili sovrapposizioni poiché anche l'inerzia assoluta non è necessariamente estranea alla sfera del potere discrezionale dell'amministrazione. Al contrario, proprio la valutazione circa la sussistenza dei presupposti per l'intervento e la conseguente

²⁴⁵ cfr. Ramajoli M. M. (2021) *Commento all'art. 7 c.p.a. cit. p.56.*

In alcuni casi, le Sezioni Unite hanno negato la configurabilità di una "discrezionalità del non agire" quando sia in gioco il nucleo essenziale del diritto alla salute, attribuendo la giurisdizione al giudice ordinario. V. nota successiva.

scelta di non agire possono costituire esse stesse espressione di discrezionalità amministrativa. Come ha efficacemente osservato la Corte di Cassazione, è difficile negare un ambito di apprezzamento anche nei casi di mancata azione, poiché non è agevole individuare un ipotetico dovere di intervento senza, al contempo, definirne tempi, modalità e contenuti.²⁴⁶

Da ciò emerge come la linea di confine tra comportamento omissivo in senso materiale e inerzia riconducibile all'esercizio del potere non sia netta, ma richieda un'attenta ricostruzione caso per caso in cui il criterio decisivo resta il collegamento della condotta (l'inerzia) con la funzione pubblica e la natura della posizione giuridica del privato coinvolto.

In questo contesto, l'inerzia può manifestarsi in due modalità principali, a seconda che si traduca in un fatto materiale che produce danno diretto ai privati o in una scelta omissiva riconducibile all'esercizio del potere pubblico. Nel primo caso, l'inerzia assume rilevanza di comportamento lesivo ex art. 2043 c.c. così, ad esempio, la mancata manutenzione straordinaria di beni pubblici, come strade comunali²⁴⁷, l'omissione di misure idonee a ridurre rumori e immissioni²⁴⁸ nonché il

²⁴⁶ Cass., sez. un., 2 luglio 2015, n. 13568.

²⁴⁷ Cass., sez. VI, 23 settembre 2021, n. 25843. La Corte ha precisato che la mancata esecuzione di interventi, anche di manutenzione straordinaria, su una strada comunale non costituisce espressione di discrezionalità amministrativa, ma attiene alla corretta gestione del bene secondo regole tecniche e canoni di diligenza e prudenza. Ne consegue che la domanda risarcitoria proposta dal privato per i danni derivanti dalla non transitabilità della strada rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, anche quando si chieda un *facere*, poiché non sono in rilievo scelte autoritative dell'amministrazione, ma meri comportamenti omissivi nella gestione del patrimonio pubblico.

Si sottolinea che i doveri di diligenza del custode definiscono compiutamente anche la posizione e la responsabilità dell'amministrazione che abbia la custodia di una cosa, cfr. Avanzini, *Nuovi sviluppi nella responsabilità delle amministrazioni per danni derivanti da attività pericolose e da cose in custodia*, in *Diritto amministrativo*, 2010, p. 261 e ss.

²⁴⁸ Cass., sez. un., 12 ottobre 2020, n. 21993, relativa ad una controversia su immissioni acustiche da attività commerciali su aree pubbliche. I residenti agivano contro Comune ed Autorità portuale lamentando l'inerzia nell'adozione di misure idonee a contenere il superamento della normale tollerabilità delle emissioni sonore, richiedendo sia provvedimenti inibitori e di controllo, sia il risarcimento dei danni alla salute ed alla vita familiare. La Corte ha precisato che la giurisdizione del giudice ordinario opera quando la condotta della P.A. non rientra nell'esercizio di poteri autoritativi discrezionali, ma si concretizza nella violazione dei doveri di diligenza, prudenza e correttezza nella gestione di beni e servizi pubblici. L'inservanza delle regole tecniche o dei canoni del *neminem laedere* legittima l'azione davanti al giudice ordinario per il risarcimento ex art. 2043 c.c. e per ottenere la condanna della P.A. ad un *facere*, purché l'obbligo non tocchi scelte discrezionali tipiche dell'amministrazione.

mancato intervento delle autorità competenti per porre fine all'occupazione abusiva di un immobile privato.²⁴⁹ In tutti questi casi, la condotta è materiale e l'amministrazione non esercita discrezionalità: l'inerzia produce un danno diretto ai privati, senza incidere sul *se* e sul *come* dell'azione amministrativa, rientrando quindi nella giurisdizione ordinaria.

Diversamente, l'inerzia assume rilievo come comportamento riconducibile al potere amministrativo quando incide sulle scelte discrezionali o organizzative dell'ente. La Corte ha affermato che, in contesti complessi come la gestione del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani²⁵⁰ o il mancato completamento di opere pubbliche nell'ambito di interventi di urbanizzazione²⁵¹, le omissioni della

²⁴⁹ Cass., sez. un., 16 marzo 2023, n. 7737. Le Sezioni Unite hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario in una controversia promossa dal proprietario di un immobile occupato abusivamente, il quale lamentava l'inerzia protrattasi per anni delle autorità competenti nell'adozione delle misure necessarie allo sgombero. La Corte ha precisato che la predisposizione degli interventi diretti a tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica e a porre fine ad una situazione illecita lesiva della proprietà privata costituisce attività vincolata e non espressione di potere discrezionale. Pertanto, la domanda risarcitoria fondata sulla lesione del diritto di proprietà e dell'iniziativa economica privata per effetto dell'omesso intervento della pubblica amministrazione integra una controversia relativa a diritti soggettivi, devoluta alla cognizione del giudice ordinario ai sensi dell'art. 2043 c.c.

²⁵⁰ Cass., sez. un., 28 giugno 2013, n. 16304, con nota di F. Valerio, *Danno da ambiente insalubre per mancato smaltimento dei rifiuti urbani: il risarcimento va chiesto al giudice amministrativo*, in *Diritto & Giustizia*, 2013, p. 768, e Cass., sez. un., 14 aprile 2023, n. 10063, con nota di G. Biscotti, *Ai fini del riparto di giurisdizione la distinzione tra esercizio (anche indiretto) del potere e comportamento meramente materiale è rilevante anche in caso di lesione dei diritti fondamentali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 3, p. 868. Le Sezioni Unite hanno affrontato il riparto di giurisdizione in materia di responsabilità della P.A. nella gestione dei rifiuti urbani, evidenziando un contrasto. Nella sentenza n. 16304/2013, la Corte ha ritenuto che le omissioni nell'erogazione del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti incidono sull'esercizio di poteri autoritativi dei Comuni e, pertanto, le domande risarcitorie fondate su tali omissioni ricadono nella giurisdizione del giudice amministrativo. Il danno, anche se derivante dalla lesione di diritti fondamentali come la salute o l'ambiente, è connesso a scelte organizzative e modalità di esercizio del potere pubblico.

Al contrario, nella sentenza n. 10063/2023, le Sezioni Unite hanno escluso l'esistenza di un esercizio, anche mediato, del potere amministrativo quando la lesione deriva da una mera inerzia della P.A. nella tutela del territorio e della salute pubblica. Nel caso esaminato, il danno derivava da un comportamento omissivo puro — mancata attivazione dei poteri di vigilanza, controllo e rimozione di situazioni di degrado urbano — qualificato come semplice "incuria", privo di collegamento con l'esercizio di poteri autoritativi. Ne consegue che per la Corte non esiste discrezionalità del non agire quando siano in gioco diritti fondamentali e che il richiamo all'art. 133 c.p.a. non è sufficiente a trasferire la competenza al giudice amministrativo.

²⁵¹ Cass., sez. un., 12 febbraio 2024, n. 3755. Nel caso concreto, una società locataria di immobili commerciali conveniva il Comune di Bisceglie per il mancato completamento di una rotatoria e delle opere di collegamento viario, sostenendo un danno economico derivante dall'inerzia dell'amministrazione. Tribunale e Corte d'Appello avevano escluso la giurisdizione ordinaria, riconoscendo quella esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 c.p.a., in quanto la vicenda era strettamente collegata all'esercizio del

pubblica amministrazione non sono semplici comportamenti materiali, ma riflettono l'esercizio o il mancato esercizio di poteri autoritativi finalizzati alla tutela di interessi pubblici.

Lo stesso principio trova applicazione nell'ambito di responsabilità delle autorità di vigilanza, ove la giurisprudenza di legittimità ha gradualmente chiarito i confini tra giurisdizione ordinaria e amministrativa nei casi di inerzia nell'esercizio dei relativi poteri di controllo. In particolare, la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha evidenziato che l'attività delle autorità di vigilanza – ad esempio la Consob – deve rispettare non solo le norme di settore, ma anche principi generali dell'ordinamento, tra cui il *neminem laedere*. Ne consegue che l'omesso o non diligente esercizio dei poteri di vigilanza può integrare responsabilità aquiliana ai sensi dell'art. 2043 c.c., quando la condotta inerte o negligente violi obblighi concreti di protezione dei soggetti tutelati, come gli investitori. In questi casi, la domanda risarcitoria rientra nella giurisdizione ordinaria perché la contestazione riguarda la mancata osservanza di doveri di diligenza, prudenza e correttezza nell'uso dei poteri già attribuiti dalla legge, senza incidere sulle scelte discrezionali dell'autorità.²⁵²

Diversamente, quando il privato non agisce per ottenere il risarcimento del danno già subito, ma un ordine giudiziale che imponga all'autorità di vigilanza di

potere di governo del territorio e attuazione di strumenti urbanistici. Le Sezioni Unite hanno confermato che l'inerzia della P.A. non va automaticamente qualificata come comportamento materiale, ma deve essere valutata in relazione all'esercizio (o mancato esercizio) di poteri amministrativi discrezionali. Nel caso di specie, il mancato completamento delle opere rientrava in un contesto di pianificazione urbanistica complessa, pertanto, la pretesa della società riguardava il cattivo esercizio del potere amministrativo e non una mera condotta materiale. La Corte ha ribadito il principio secondo cui le controversie su urbanistica, edilizia ed attuazione di accordi pubblicistici rientrano nella giurisdizione amministrativa, anche se derivano da ritardo od inerzia, mentre la giurisdizione ordinaria è limitata ai casi in cui l'inerzia configura una violazione del principio del *neminem laedere* sganciata da poteri discrezionali.

²⁵² Cass., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6454, e 15916/2005, con nota di M. Poto, *L'orientamento della Cassazione in linea con la Consulta sulla individuazione del giudice competente in tema di responsabilità della Consob*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 6, p. 1339, e di W. Troise Mangoni, *Azione risarcitoria del risparmiatore nei confronti della Consob: considerazioni attinenti alla giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 2, 2007, p. 414.

esercitare i propri poteri in via preventiva, la giurisdizione compete al giudice amministrativo. Qui, infatti, la controversia non concerne un comportamento illecito già consumato ma l'attivazione di un potere pubblico rispetto al quale il privato non vanta un diritto soggettivo pieno, bensì un interesse legittimo alla corretta amministrazione del mercato.²⁵³

La nozione di inerzia non si esaurisce nei soli comportamenti materiali, ma comprende anche la mancata adozione di atti amministrativi che può assumere rilievo giuridico ai fini del risarcimento solo nella misura in cui si configuri come fatto illecito autonomo.²⁵⁴ Ad esempio, la Corte di Cassazione, Sezioni Unite, con la sentenza n. 25978/2016, ha stabilito che, pur essendo l'attivazione di provvedimenti repressivi in materia edilizia espressione di potere amministrativo, la richiesta di risarcimento per il danno derivante dalla mancata demolizione di un immobile abusivo compete alla giurisdizione ordinaria, essendo tale omissione un comportamento materiale attuativo di provvedimenti vincolati a seguito dell'accertamento dell'abuso. Analogamente la Corte, con la sentenza n. 4359/2018, ha ritenuto la giurisdizione del giudice ordinario per quanto alla domanda di risarcimento relativamente alla demolizione di un edificio danneggiato da un sisma, imputata alla mancata erogazione del contributo per il ripristino dell'immobile.

L'inerzia può configurarsi come comportamento meramente materiale anche quando vengono in rilievo diritti fondamentali e incompressibili della persona. In tali ipotesi, infatti, la mancata attivazione dell'amministrazione non si traduce nell'esercizio, neppure in forma negativa, di un potere autoritativo, ma in una mera condotta omissiva lesiva. Ciò in quanto, a fronte del nucleo incompressibile del diritto tutelato, il potere amministrativo trova un limite invalicabile nel diritto

²⁵³ Come precisato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 10095/2015, non è possibile assimilare tale pretesa alla domanda risarcitoria, poiché essa incide direttamente sull'*an* e sul *quomodo* dell'esercizio della discrezionalità amministrativa, che resta riservata all'autorità competente. Ne deriva che la distinzione tra inerzia "patologica" già produttiva di danno (rilevante ex art. 2043 c.c. e devoluta al giudice ordinario) ed inerzia intesa come mancato esercizio del potere pubblico (rilevante come interesse legittimo e devoluta al giudice amministrativo) costituisce il criterio decisivo per il riparto di giurisdizione.

²⁵⁴ Tonoletti B., *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione del giudice ordinario...* cit. p. 83

stesso: l'amministrazione non dispone di alcuno spazio di apprezzamento idoneo a giustificare il sacrificio della posizione soggettiva coinvolta. Ne consegue che, quando viene in rilievo il nucleo incompressibile del diritto alla salute, non è configurabile una discrezionalità del non agire: l'inerzia dell'amministrazione non costituisce espressione del potere, ma si colloca al di fuori di esso, risultando assimilabile ad una vera e propria carenza di potere.

Emblematica, in tal senso, è la giurisprudenza in materia di immissioni acustiche, nella quale la Corte di cassazione a Sezioni Unite ha ricondotto alla giurisdizione ordinaria controversie relative a rumori provenienti da parchi giochi²⁵⁵ campi di calcio²⁵⁶ infrastrutture ferroviarie²⁵⁷ e persino giardini scolastici²⁵⁸ a dimostrazione di una tutela diffusa e capillare del diritto alla salute anche in contesti non strettamente connessi all'esercizio del potere amministrativo.

Lo stesso principio è stato affermato dalle Sezioni Unite con riguardo all'attività di controllo e tutela dell'ambiente salubre, ambito nel quale l'inerzia dell'amministrazione è stata ricondotta ad una condotta meramente materiale e non all'esercizio del potere amministrativo. In tale prospettiva, la Corte di Cassazione ha ribadito la stretta connessione tra qualità dell'ambiente e integrità psico-fisica della persona, valorizzando la protezione ambientale quale condizione essenziale per il pieno godimento del diritto alla salute.²⁵⁹ In particolare, nella prima decisione i cittadini agivano contro le amministrazioni pubbliche lamentando i danni alla salute e all'ambiente causati dalle immissioni di un allevamento privato, deducendo la prolungata inerzia degli enti nel mancato esercizio dei poteri di controllo e intervento a tutela della salubrità del territorio; nella seconda, invece, il pregiudizio alla salute veniva ricondotto all'elevato inquinamento atmosferico urbano. In entrambi i casi le Sezioni Unite afferma che, ove venga in rilievo una mera inerzia o una condotta omissiva materiale della pubblica amministrazione

²⁵⁵ Cass., sez. un., 13 febbraio 2015, n. 2886, Cass., sez. un., 13 febbraio 2015, n. 2886.

²⁵⁶ Cass., sez. III, 20 ottobre 2015, n. 21172.

²⁵⁷ Cass., sez. III, 20 ottobre 2014, n. 22116.

²⁵⁸ Cass., sez. un., 6 settembre 2013, n. 20571, in *Riv. giur. ambiente*, 2014, 1, p. 53ss.

²⁵⁹ Cass., sez. un., 27 luglio 2022, n. 23436, Cass., sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5668.

idonea a incidere sul nucleo essenziale del diritto alla salute, non è configurabile l'esercizio di un potere autoritativo né, conseguentemente, una posizione di interesse legittimo, ma una diretta lesione di un diritto soggettivo perfetto. Ne discende la devoluzione della controversia alla giurisdizione del giudice ordinario, poiché la tutela si colloca nell'area del nucleo incompressibile del diritto alla salute ex art. 32 Cost., il quale non è suscettibile di degradazione ad interesse legittimo neppure quando la lesione sia mediata da un'omissione dell'amministrazione nell'esercizio dei propri doveri di protezione.

Ne deriva che l'inerzia della pubblica amministrazione si presta, come detto, ad essere ricondotta a due modelli teorici distinti – comportamento materiale lesivo e mancato esercizio del potere pubblico – che costituiscono il criterio di base per il riparto di giurisdizione. Tuttavia, tale distinzione, pur formalmente chiara, si rivela nella prassi meno lineare, poiché le due dimensioni tendono spesso a sovrapporsi nelle situazioni concrete. Ne risulta, anche in questo caso, un criterio che, più che offrire una soluzione rigida e predeterminata, opera come schema flessibile di qualificazione, la cui applicazione concreta lascia margini significativi di incertezza interpretativa.

3.6 Alcune osservazioni relativamente alle diverse concezioni del collegamento mediato con il potere nella giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato

La nozione di comportamento riconducibile mediamente all'esercizio del potere amministrativo si presenta, come si è visto, non solo particolarmente problematica sul piano teorico, ma anche elastica e indeterminata nella sua applicazione concreta.

Nei casi di occupazione illegittima la giurisprudenza, per ravvisare tale collegamento, reputa sufficiente che la controversia si inserisca nell'ambito di un procedimento amministrativo o che la vicenda abbia avuto origine dall'esercizio di

un potere pubblico, anche se successivamente esaurito o esercitato illegittimamente. L'orientamento più recente della Cassazione, come si è visto, finisce talvolta per attribuire rilievo alla mera presenza storica di un potere amministrativo, pur non più attuale o correttamente esercitato.

In altri casi, invece, pur in presenza di un provvedimento o di un procedimento amministrativo, si richiede qualcosa di più: occorre che il comportamento lesivo trovi il proprio fondamento nella norma attributiva del potere o costituisca attuazione necessaria del provvedimento amministrativo. È il caso, ad esempio, delle controversie relative ai danni derivanti dall'esecuzione di opere pubbliche, nelle quali la riconducibilità del comportamento al potere viene valutata in termini più rigorosi.

Tali esiti divergenti trovano giustificazione in due diverse concezioni del collegamento con il potere. Il Consiglio di Stato tende a valorizzare una nozione prevalentemente storico-funzionale del collegamento: l'accento viene posto sull'azione amministrativa e sul fatto che il comportamento si collochi all'interno dello svolgimento di una funzione pubblica. In questa prospettiva, il rischio è quello di attenuare la distinzione tra funzione amministrativa ed esercizio del potere autoritativo.

Come si è visto, il Consiglio di Stato tende infatti a ravvisare la giurisdizione esclusiva nella gran parte delle controversie concernenti la gestione dei rifiuti, sul presupposto che il comportamento lesivo si inserisca comunque nell'ambito dello svolgimento di una funzione pubblica. Analogamente, nelle vicende di occupazione illegittima, l'originario esercizio del potere viene ritenuto sufficiente a radicare la giurisdizione amministrativa, una volta per tutte, anche rispetto alle successive condotte materiali.

La Cassazione, al contrario, sembra richiedere un collegamento propriamente giuridico tra comportamento e potere amministrativo. Non è sufficiente che il comportamento si collochi storicamente nell'ambito dell'azione amministrativa; occorre che la lesione del diritto sia riconducibile all'esercizio del potere in quanto tale. In mancanza di tale nesso, non vi sono ragioni sufficienti per sottrarre la tutela

dei diritti alla giurisdizione del giudice ordinario. Da qui la tendenza a richiedere un legame particolarmente stretto, nelle controversie risarcitorie derivanti dall'esecuzione di opere pubbliche, tra le scelte autoritative o organizzative dell'amministrazione e il comportamento concretamente lesivo.

Questa impostazione appare maggiormente coerente con le indicazioni provenienti dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale e con il principio sancito dall'art. 113 Cost.

In altri termini, perché possa radicarsi la giurisdizione esclusiva è necessario che il comportamento sia espressione della norma attributiva del potere, in ossequio al principio di legalità, oppure sia previsto da un provvedimento amministrativo. Solo in questo modo si può affermare che l'amministrazione agisca come autorità anche mediante comportamenti materiali.

Diversamente, accontentarsi della mera esistenza, anche soltanto storica, di un potere amministrativo, o ricomprendere nella giurisdizione esclusiva tutti i comportamenti posti in essere nell'ambito dello svolgimento di una funzione pubblica, rischia di porsi in contrasto con la premessa affermata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004. Ciò finirebbe, infatti, per trasformare il giudice amministrativo da giudice nell'amministrazione a giudice dell'amministrazione.

CAPITOLO IV
IL CONTENUTO DI PROTEZIONE DEI DIRITTI SOGGETTIVI
NELL'INTERPRETAZIONE DELLE CLAUSOLE DI GIURISDIZIONE
ESCLUSIVA

4.1 Potere amministrativo e diritti soggettivi: il problema della priorità logica tra diritto e potere (“dilemma dell'uovo e della gallina”)

Finora l'analisi si è concentrata sul versante del potere amministrativo, indagandone il ruolo ai fini del radicamento della giurisdizione esclusiva. Occorre ora spostare l'attenzione sulla posizione giuridica del privato al fine di comprendere quale situazione soggettiva possa fronteggiare l'esercizio del potere e in che misura il suo contenuto incida sul riparto di giurisdizione.

In questa prospettiva si ripropone, in termini quasi enigmatici, il problema inerente i rapporti fra diritto e potere, che nella prassi si traduce nella stessa individuazione del criterio di riparto della giurisdizione: ci si interroga, infatti, se sia il potere amministrativo a conformare la posizione giuridica del privato, oppure se, al contrario, sia la consistenza del diritto soggettivo a delimitare *ab origine* l'area del potere e, conseguentemente, a orientare la soluzione del problema giurisdizionale.

Secondo l'impostazione tradizionale, nota come teoria della degradazione, la risposta è nel primo senso. A fronte dell'esercizio del potere amministrativo non potrebbe che configurarsi una posizione di interesse legittimo, poiché il potere incidendo su una situazione originariamente qualificabile come diritto soggettivo, ne determina la “degradazione” in interesse legittimo.²⁶⁰

²⁶⁰ V. Di Nezza, *Giudice amministrativo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 6/2023, p.74. L'autore sottolinea come la giurisprudenza definisca l'interesse legittimo sulla scia di Nigro come “la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico, che si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene” Così, ad es., Sez. un., ord. n. 23436/2022, cit., secondo cui “[l]’interesse legittimo non è più

In tale prospettiva, è dunque il potere a conformare la posizione giuridica del privato, che risulta strutturalmente subordinata al suo esercizio sostenendo una incompatibilità ontologica fra potere e diritto soggettivo.²⁶¹ Tuttavia, tale ricostruzione²⁶² non appare pienamente convincente.²⁶³ La questione non è, infatti, se il potere incida sul diritto²⁶⁴, ma se sia il potere a determinare la posizione giuridica del privato, ovvero se, in taluni casi, sia il diritto stesso a precedere e vincolare l'esercizio del potere.

In questa prospettiva invertita, la posizione soggettiva non si limita a subire l'azione amministrativa, ma può configurarsi come un limite alla stessa, incidendo sull'esercizio del potere. È proprio lungo questa linea che si apre lo spazio per riconoscere la possibile sussistenza di diritti soggettivi anche a fronte del potere

visto come un interesse occasionalmente protetto dall'ordinamento per finalità che esulano in tutto o in parte dall'interesse sostanziale cui il titolare aspira, ma si presenta come posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico. Esso si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene”.

²⁶¹ Come si è visto *supra*, capitolo I, §1.6 infatti, tale impostazione ha condotto parte della dottrina a ritenere la giurisdizione esclusiva superflua o destinata a scomparire. In particolare, A. Police ha osservato che, nelle controversie in cui la pubblica amministrazione agisce in posizione autoritativa — tratto qualificante delle materie considerate — le situazioni giuridiche soggettive sarebbero inevitabilmente riconducibili alla categoria degli interessi legittimi, con la conseguenza che “della giurisdizione esclusiva non vi sarebbe più necessità (o utilità) alcuna”. In termini analoghi si esprime F.G. Scoca, il quale evidenzia come, se le materie di giurisdizione esclusiva devono essere caratterizzate dalla presenza del potere amministrativo, esse finirebbero per ridursi “a quelle in cui sono presenti i soli interessi legittimi”; ma, poiché “a fronte dell'Amministrazione che si veste di autorità il cittadino non può vantare altro che interessi legittimi”, si determinerebbe una sostanziale coincidenza con l'ambito della giurisdizione generale di legittimità. Ne deriverebbe, secondo l'Autore, un esito sistematicamente incoerente, tale da comportare non solo la perdita di spazio applicativo della giurisdizione esclusiva, ma addirittura la dissoluzione della sua stessa nozione, rendendo superflua anche l'idea di “materia” quale criterio di delimitazione.

²⁶² Come sottolinea B. Tonoletti, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit, p. 125 tale ricostruzione è “frutto dell'interpretazione sostanzialmente abolitrice degli artt. 2 e 4 della legge del 1865, secondo la quale l'atto d'imperio non potrebbe essere disapplicato in via principale dal giudice ordinario, da cui si sono sviluppati la teoria della degradazione e il criterio di riparto della giurisdizione basato sull'alternativa tra carenza e cattivo esercizio del potere”

²⁶³ Cfr. B. Tonoletti, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit, p. 125, il quale sottolinea la necessità di una riflessione sul superamento di quella “idea che solo l'interesse legittimo sia una situazione soggettiva correlata al potere amministrativo” e che “il diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione si potrebbe avere esclusivamente quando l'amministrazione è priva di potere.”

²⁶⁴ Cfr. B. Tonoletti, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit, p. 125, ove sottolinea che il “problema della qualificazione una situazione come diritto soggettivo si pone sempre e soltanto con il potere amministrativo”.

amministrativo, nonché per valorizzare il ruolo della norma quale criterio determinante nella qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive.²⁶⁵

Le posizioni soggettive, infatti, non presentano una struttura unitaria e immutabile nei confronti della pubblica amministrazione, ma si modellano in funzione della disciplina che regola il rapporto con il potere amministrativo.²⁶⁶ La protezione apprestata anzitutto dalla Costituzione²⁶⁷ e poi dalla legge ordinaria individua, da un lato, il nucleo irriducibile della posizione giuridica²⁶⁸ e, dall'altro, ne determina la qualificazione in termini di diritto soggettivo ovvero di interesse legittimo.

È infatti la norma giuridica — e non l'atto dell'amministrazione, se non in senso mediato²⁶⁹ — a stabilire il modo in cui devono essere coordinati o bilanciati

²⁶⁵ Come sottolinea F. Sciarretta, *Giurisdizione amministrativa "esclusiva" nella tutela dei diritti soggettivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in federalismi.it 3/2018, p. 23, "la questione dell'incompatibilità tra potere amministrativo e diritto soggettivo, che esclude radicalmente la possibilità di una loro coesistenza, non appare condivisibile alla luce dell'ampia varietà delle fattispecie normative".

²⁶⁶ "Le situazioni soggettive, invero, esistono o non esistono, esistono in un certo modo o in un altro, in quanto la norma giuridica le configuri e le definisca in un certo modo nei rapporti con il potere amministrativo che la stessa norma prevede e disciplina. Non è dunque l'atto dell'amministrazione a definire le situazioni soggettive, a crearle, degradarle o espanderle, ma è la norma giuridica a stabilire già quale coordinamento o quale contemperamento debbano avere gli interessi pubblici e gli interessi privati oppure a lasciare che tale operazione venga, in tutto o in parte, effettuata dall'amministrazione". Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, cit., p. 46.

²⁶⁷ Cfr. B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, cit., p. 327, ove l'autore sottolinea che, in assenza di una disciplina legislativa puntuale, il ruolo dei principi costituzionali diviene centrale nell'individuazione della natura della posizione giuridica soggettiva e nel riparto di giurisdizione, e che "là dove si registrano dei casi dubbi è il segno che deve essere operato un bilanciamento tra valori costituzionali di eguale rilievo". L'autore precisa, inoltre, che nello "... schema soggiacente in ogni caso alle decisioni sul riparto di giurisdizione in tema di accertamento amministrativo" il giudice "si pone ad esaminare [...] se l'interesse individuale sia l'oggetto specifico della disciplina normativa, alla luce di una consistenza di quell'interesse che non è semplicemente inscritta nella disciplina in questione, ma è ricavata dai valori immanenti all'ordinamento costituzionale".

²⁶⁸ Il riferimento al "nucleo irriducibile" della posizione giuridica costituisce il punto di avvio per l'analisi della teoria dei diritti incompressibili, la cui applicazione mostra come alcune situazioni soggettive mantengano una consistenza piena e non degradabile anche nei confronti del potere amministrativo, tema che sarà affrontato nel paragrafo seguente. (§4.2).

²⁶⁹ Cfr. B. Tonoletti, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., p. 143. V. anche F. Sciarretta, *Giurisdizione amministrativa "esclusiva" nella tutela dei diritti soggettivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 23, ove l'autore sottolinea che "Le situazioni soggettive sorgono e si attecchiano in modo diverso, a seconda della configurazione che ad esse è attribuita da una norma giuridica nei rapporti con il potere amministrativo, "che quella stessa norma contempla e disciplina"". È infatti la norma giuridica — e non l'atto dell'amministrazione, se non in via traslata o figurata — a stabilire "quale coordinamento o quale contemperamento debbano avere gli interessi pubblici e gli interessi privati, oppure a lasciare che tale operazione venga, in tutto o in parte, effettuata dall'amministrazione".

gli interessi pubblici e quelli privati, oppure a rimettere tale operazione, in tutto o in parte, all'amministrazione stessa.²⁷⁰ Ne consegue che diritti soggettivi e interessi legittimi rappresentano espressioni di differenti modelli di regolazione del rapporto tra cittadino e potere pubblico.²⁷¹

In particolare, le norme che accordano diritti soggettivi riconoscono in capo al privato una sfera di autonomia e di utilità che si presenta, in linea di principio, come tendenzialmente intangibile rispetto all'esercizio del potere amministrativo. Diversamente, nelle ipotesi di interesse legittimo la posizione del privato si correla all'esercizio di un potere amministrativo già previsto dall'ordinamento, e la tutela si incentra sulla conformità dell'azione amministrativa alle regole che ne disciplinano il corretto esercizio, secondo una valutazione che il giudice compie alla luce della concreta esigenza di protezione emersa nel caso di specie.²⁷² In questa prospettiva, si può dire che l'interesse legittimo si distingue dal diritto soggettivo perché il conseguimento del bene della vita non è assicurato direttamente dalla norma, ma dipende dall'esercizio del potere amministrativo.

Ne deriva che la tutela dell'interesse legittimo è "strumentale", in quanto mediata dall'esercizio del potere, mentre quella del diritto soggettivo è finale.²⁷³

²⁷⁰ Cfr. B. Tonoletti, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit, p. 143

²⁷¹ Cfr. Cass., Sez. Un., 15 febbraio 2022, n. 4873: "quel che risulta decisivo, ai fini del riparto delle giurisdizioni, è la puntuale interpretazione del quadro normativo di riferimento, per comprendere se sia stata effettivamente conferita alla P.A. la facoltà di incidere su un diritto costituzionale, operando una mediazione tra interessi parimenti fondamentali, ovvero se la norma abbia predefinito ex ante l'assetto di interessi e configurato un diritto già pienamente in grado di affermarsi senza alcuna mediazione da parte del potere amministrativo, con un correlativo obbligo in capo all'amministrazione di rispettarlo". Cfr. M. Trimarchi, *Il riparto della giurisdizione nelle controversie per il risarcimento dei danni arrecati nell'esercizio della funzione amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2024, p. 829.

²⁷² Franco Sciarretta, *Giurisdizione amministrativa "esclusiva" nella tutela dei diritti soggettivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, cit., p.23

²⁷³ Cfr. ord. Cass., Sez. un., 27 luglio 2022, n. 23436, cit.; Di Nezza, *Giudice amministrativo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 6/2023, p. 76. Quanto osservato in ordine alla configurazione delle situazioni soggettive nei rapporti con la pubblica amministrazione vale anche con riferimento ai diritti fondamentali, la cui qualificazione dipende dalla misura in cui il legislatore abbia già operato il necessario bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti. In particolare, l'"entrata in campo di una posizione di diretta fonte costituzionale" comporta l'esigenza di un "ragionevole bilanciamento tra una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti" (Corte Cost., 13 luglio 2017, n. 182, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, fasc. 4, p. 1705 ss.): ove tale bilanciamento sia integralmente compiuto in via

Ponendo attenzione sulla regolazione del rapporto fra amministrazione e privato emerge come la comprensione del diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione non passi attraverso la negazione del potere autoritativo ma attraverso l'analisi della struttura delle norme che assicurano una protezione piena e incondizionata dell'interesse del singolo anche di fronte all'esercizio del potere. Si può ritenere, in particolare, che il diritto soggettivo ricorra quando la norma "eleva l'interesse del singolo a un rango superiore anche all'interesse pubblico", mentre, nelle ipotesi di interesse legittimo, la disciplina presuppone la prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato.²⁷⁴

Ne deriva che non è la semplice esistenza del potere, considerata in senso formale, a determinare la natura della situazione giuridica soggettiva, ma piuttosto il rango che l'ordinamento attribuisce ai diversi interessi, quale emerge dalla disciplina normativa. In tale ottica, assumono rilievo le regole che l'amministrazione è tenuta a rispettare a tutela diretta del privato, le quali si distinguono da quelle che governano l'esercizio del potere autoritativo e che rilevano, invece, ai fini del controllo di legittimità da parte del giudice amministrativo.²⁷⁵

Le situazioni soggettive del privato si distinguono in posizioni a "nucleo variabile" — nelle quali il potere discrezionale della pubblica amministrazione può, all'esito del bilanciamento degli interessi, comprimere diritti fino a degradarli

normativa, il diritto fondamentale si configura come diritto soggettivo pienamente tutelabile anche nei confronti della pubblica amministrazione; qualora invece la sua attuazione sia rimessa, anche solo in parte, a valutazioni discrezionali dell'amministrazione, la posizione del privato assume la consistenza di interesse legittimo.

²⁷⁴ Cfr. B. Tonoletti, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit, p.134.

²⁷⁵ La distinzione tra "norme di azione" e "norme di relazione", elaborata da Guicciardi, assume rilievo centrale nella ricostruzione dei rapporti tra potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive, come ricordato da B. Tonoletti, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., p. 135, il quale evidenzia come essa sia stata progressivamente accantonata anche in ragione delle difficoltà applicative che ne caratterizzano l'utilizzo concreto. Tali difficoltà, tuttavia, non ne diminuiscono la rilevanza teorica, poiché proprio l'incertezza nel tracciarne il confine evidenzia come la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo non abbia natura meramente processuale, ma rinvienga il proprio fondamento nella diversa struttura del rapporto giuridico e nelle differenti forme di invalidità o responsabilità che derivano dall'azione amministrativa. La questione sarà approfondita di seguito (capitolo IV, § 4.5) ove si dedicherà attenzione al rapporto tra norme di relazione e norme di azione.

ad interessi legittimi o, viceversa, rafforzare questi ultimi — e posizioni a “nucleo rigido”, riscontrabili in presenza di diritti che, per la loro dimensione costituzionale e la stretta connessione con valori primari della persona, non possono essere definitivamente sacrificati o compromessi. In tali casi, soprattutto quando ricorrano situazioni di urgenza idonee a determinare pregiudizi gravi e irreversibili, l'amministrazione è priva di un potere discrezionale incidente su tali diritti.²⁷⁶ Accanto a queste ipotesi, si rinvengono tuttavia situazioni nelle quali, pur trattandosi di diritti, l'ordinamento prevede forme di intervento amministrativo — quali autorizzazioni o controlli — funzionali a garantirne il corretto esercizio o a coordinarli con altri interessi rilevanti. In tali casi, l'intervento della pubblica amministrazione non implica necessariamente la degradazione del diritto ad interesse legittimo, poiché esso non incide sul contenuto sostanziale della posizione, ma si limita a disciplinarne le modalità di esercizio.²⁷⁷

Nelle ipotesi di posizioni a “nucleo variabile” la norma attributiva del potere consente di individuare la situazione giuridica del privato in base al rapporto che si instaura con la pubblica amministrazione, a seconda che l'ordinamento attribuisca o meno un margine di discrezionalità nel bilanciamento degli interessi coinvolti. In tali casi, dunque, la qualificazione della posizione soggettiva dipende dalla struttura del potere e dal modo in cui la norma ne disciplina l'esercizio.

Diversante nelle altre due ipotesi, riconducibili alla teoria dei diritti “incomprimibili” e dei c.d. diritti “solidali”, emerge non solo come le posizioni di

²⁷⁶ Cfr. B. Tonoletti, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., p141.

²⁷⁷ V. Franco Sciarretta, *Giurisdizione amministrativa "esclusiva" nella tutela dei diritti soggettivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, cit, p.39. L'autore sottolinea che accanto ai diritti soggettivi enucleabili nelle aree di giurisdizione esclusiva si pongono “le situazioni giuridiche fondamentali coinvolte in vario modo nell'esercizio del potere e, come tali, attribuite alla cognizione del giudice amministrativo. Tra esse assumono accentuata importanza i diritti sociali e del welfare, che si affiancano ai diritti primari “tradizionali” propri del campo della salute, dell'istruzione, della sicurezza.”

diritto soggettivo possano sussistere anche nei confronti del potere amministrativo²⁷⁸, ma altresì che il diritto stesso può costituire un limite all'esercizio del potere, fino a determinarne la paralisi (nei diritti incompressibili), la sua limitazione e conformazione (nei diritti solidali), oppure la sua trasformazione in un dovere nei casi di attività vincolata.²⁷⁹

È in tale quadro che si colloca il problema del rapporto tra posizioni giuridiche soggettive e potere amministrativo, rappresentabile attraverso la metafora dell'“uovo e della gallina”, la quale allude a un ciclo di causalità circolare in cui non è possibile stabilire quale dei due elementi preceda o condizioni l'altro, ed evoca la difficoltà, particolarmente rilevante ai fini del riparto di giurisdizione, di individuare quale dei due elementi debba essere considerato logicamente prioritario. Se, infatti, la presenza del potere amministrativo costituisce tradizionalmente il criterio per l'attribuzione della controversia alla giurisdizione amministrativa, il giudice, per accertarne l'esistenza e la portata, è inevitabilmente chiamato a confrontarsi con la posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio. Potere e situazione soggettiva si trovano così in un rapporto di reciproca implicazione: il primo conforma la seconda, ma quest'ultima contribuisce a sua volta a delineare i confini e le modalità di esercizio del potere. Ne deriva una difficoltà qualificatoria, poiché l'individuazione della giurisdizione sembra richiedere l'accertamento del potere,

²⁷⁸ Il diritto rimane tale anche a fronte del potere amministrativo. In proposito, è stato osservato che “in questi casi non interessa se l'amministrazione possa esercitare un potere in senso tecnico: al centro del giudizio c'è sempre e soltanto il diritto soggettivo. Esso mantiene una sua consistenza propria e definita, indipendentemente da qualsiasi ragione pratica, economica, finanziaria o politica”. (A.Travi, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p.50.)

²⁷⁹ Come meglio si vedrà anche nel proseguito (cfr. *infra* capitolo IV, § 4.3) l'accertamento vincolato costituisce espressione del grado di protezione riconosciuto al diritto soggettivo. In tali ipotesi, infatti, il diritto non è il risultato dell'esercizio della funzione amministrativa, ma la precede, trovando fondamento nell'ordinamento costituzionale e imponendo, di conseguenza, una conformazione dell'azione amministrativa in termini meramente ricognitivi. In questa prospettiva, “il diritto esiste prima del carattere di accertamento della funzione amministrativa, perché, radicandosi nell'ordinamento costituzionale, preesiste alla funzione amministrativa stessa”, con la conseguenza che la funzione non può che atteggiarsi come attività di accertamento, essendo incompatibile con attribuzioni discrezionali idonee a incidere sulla consistenza del diritto. Ne deriva che, in presenza di diritti soggettivi “la discrezionalità è incompatibile con il diritto soggettivo non nel senso [...] che di fronte al potere discrezionale non possono sussistere diritti soggettivi, ma in quello opposto per cui in presenza di un diritto non possono sussistere poteri discrezionali” (B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, cit., p. 327).

mentre l'accertamento del potere presuppone, almeno in parte, la qualificazione della posizione soggettiva coinvolta.

La prassi applicativa mostra, tuttavia, come tale alternativa non possa essere risolta in termini assoluti, ma dipenda dal contenuto di protezione che l'ordinamento riconosce alla posizione soggettiva. È infatti il grado e la natura della tutela — quale risultante dalla Costituzione e dalla legge ordinaria — a determinare il livello di resistenza del diritto nei confronti del potere amministrativo.²⁸⁰

Così, in alcune ipotesi — quali, ad esempio, le occupazioni illegittime — riemerge una logica prossima alla degradazione; in altre, invece, specie quando venga in rilievo il contenuto essenziale o “incomprimibile” del diritto, il potere risulta integralmente vincolato o si riduce a una mera attività di accertamento. In questi casi, non è il potere a conformare il diritto, ma è il diritto stesso a imporsi come limite all'azione amministrativa.

La questione, pertanto, non assume un rilievo meramente teorico, ma incide direttamente sul riparto di giurisdizione e sull'intensità della tutela giurisdizionale, poiché, a seconda della configurazione della posizione soggettiva, mutano sia il giudice sia il livello di protezione accordato al privato. Il presente capitolo si propone, dunque, di esaminare le principali ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali in ordine al rapporto tra diritto e potere, al fine di chiarire in che modo esso incida sull'estensione della giurisdizione esclusiva e, più in generale, sull'effettività della tutela dei diritti soggettivi.

4.2 La teoria dei diritti incomprimibili

Come si è visto, è il grado di protezione riconosciuto dall'ordinamento a determinare se il diritto ceda di fronte al potere amministrativo oppure si imponga

²⁸⁰ Coerentemente, secondo Domenichelli, il giudice dovrebbe verificare non tanto l'esistenza e la legittimità del provvedimento, quanto se la situazione soggettiva abbia ricevuto dall'amministrazione “il trattamento che la norma le attribuisce”, traendo direttamente dalla norma la disciplina della posizione individuale. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, cit., p. 58.

come limite al suo esercizio. Muovendo da tale presupposto, assume rilievo la teoria dei diritti incompressibili, che individua un nucleo di situazioni soggettive sottratte ad ogni sacrificio da parte dell'amministrazione in ragione del loro fondamento costituzionale e della connessione con valori essenziali della persona.

La teoria dei diritti incompressibili si afferma nella giurisprudenza di legittimità a partire dalla fine degli anni Settanta, in particolare con le sentenze delle Sezioni Unite. n. 1463/1979 e n. 5172/1979²⁸¹, adottate nell'ambito di controversie relative alla lesione del diritto alla salute compromesso da provvedimenti autorizzatori concernenti impianti destinati a finalità di pubblica utilità. In tali pronunce la Corte di cassazione ha affermato che il diritto alla salute, non può essere inciso da poteri ablatori dello Stato tali da determinarne la degradazione in interesse legittimo. La Corte ha inoltre ritenuto che l'accertamento di una situazione lesiva del diritto alla salute sia idoneo a incidere sulle scelte dell'amministrazione, anche quando queste risultino formalmente conformi alla disciplina che regola il potere autorizzatorio e le relative modalità di esercizio, fino a comportarne il supera-

²⁸¹ In particolare, con la sent. Cass., sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro it.*, 1979, I, c. 939 ss. La Cassazione ha riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario con riferimento a una domanda di accertamento tecnico preventivo volta a verificare le condizioni ambientali di un'area destinata alla realizzazione di una centrale nucleare. La Corte ha chiarito che “non si tratta di disconoscere i poteri di ablazione che, nei singoli casi, possono essere conferiti all'amministrazione nei confronti delle posizioni soggettive del cittadino, ma di affermare che, al di fuori dell'esercizio di questi poteri (neppure ipotizzabili, come si è detto, nei confronti di diritti primari come quello alla salute), la menomazione del diritto soggettivo che può derivare dall'esplicazione dell'attività pubblica nel perseguimento dell'interesse collettivo trova immediata tutela nell'ordinamento, con azione davanti al giudice ordinario, in base al principio di conservazione dei diritti individuali (art. 2043 cod. civ.) [...]”.

A conclusioni analoghe è giunta la Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella sentenza Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, c. 939 ss.; in *Riv. dir. proc.*, 1980, 342 ss., resa in relazione a un'azione di danno temuto concernente la realizzazione di un impianto di depurazione nel Golfo di Napoli. In tale occasione, la Corte ha evidenziato come i diritti fondamentali, o inviolabili, della persona siano assistiti da “tutela piena che si concreta nella attribuzione di poteri di libera fruizione di utilità e di libero svolgimento di attività, di esclusione degli ostacoli che all'una o all'altro si frappongano da parte di chicchessia (...)”. Nella medesima pronuncia si afferma, inoltre, che “che il bene della salute (...) sia assicurato all'uomo in forma garantistica, ed (almeno esso) incondizionatamente — come uno ed anzi il primo dei diritti fondamentali — anche nei confronti dell'Autorità pubblica, cui è negato in tal modo il potere di disporre di esso, è cosa che non può sorprendere”, alla luce del fatto che i diritti fondamentali sono tradizionalmente garantiti anzitutto nei confronti dei pubblici poteri, che in ogni ordinamento esistono valori preminenti e che analoga conclusione è da sempre pacificamente riconosciuta con riferimento al diritto alla vita. Cfr. Diotavelli, L. *La giurisdizione sui diritti “fondamentali” alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di processo amministrativo. Giurisprudenza costituzionale*, 2015, p.276.

mento. Ne derivava la possibilità di inibire la prosecuzione dell'attività, sul presupposto che il potere amministrativo non possa in alcun caso comprimere o sacrificare il diritto fondamentale alla salute.²⁸²

Da tale impostazione emerge l'individuazione di un nucleo rigido e inviolabile della posizione giuridica del privato, configurato come una vera e propria "sfera intangibile" dove l'amministrazione non può "né limitarla autoritativamente" né "autoritativamente negarne la spettanza"²⁸³. Il privato, in tali ipotesi, è titolare di una pretesa incondizionata, in quanto l'ordinamento appronta una regola che tutela direttamente il suo interesse, sottraendolo a qualsiasi possibilità di compressione da parte del potere pubblico.²⁸⁴

Il risvolto in tema di giurisdizione risulta evidente: una posizione siffatta, non suscettibile di interferenze da parte del potere amministrativo, limita e "degrada" l'attività dell'amministrazione, pur formalmente legittima e conforme alla norma attributiva del potere, a mero fatto. Viene così meno il necessario collegamento tra la situazione giuridica del privato e l'esercizio del potere.²⁸⁵

Di fronte al nucleo irriducibile del privato avviene una sorta di abrogazione della norma attributiva del potere²⁸⁶ in quanto "viene meno la possibilità di

²⁸² Cfr. N. Pignatelli, (2020), *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, cit., p.9.

²⁸³ Cfr. Tonoletti, B. (2010). *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit, p.133.

²⁸⁴ Cfr. Tonoletti, B., *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., p.142, ove l'autore evidenzia che "Siamo di fronte a una situazione soggettiva dalla struttura completamente diversa da quella dell'interesse legittimo, in cui l'interesse protetto non solo è, per definizione, sacrificabile ad opera del potere amministrativo, ma soprattutto diventa "consistente" sul piano sostanziale solo ex post, cioè dopo che sia stata definita la regola concreta dell'azione amministrativa, in esito all'annullamento dell'atto. Invece, il diritto incompressibile si afferma ex ante come situazione protetta in quanto tale, anche al di là delle valutazioni di interesse pubblico effettuate dall'amministrazione, alle condizioni indicate in via generale e astratta dalla sua fattispecie costitutiva".

²⁸⁵ Tonoletti, B. (2010). *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit, p.140 ove l'autore osserva come, in presenza di diritti incompressibili, debba escludersi in radice la configurabilità di un potere autoritativo in capo all'amministrazione; in altri termini, si esclude "che là dove venga in rilievo un diritto incompressibile possa manifestarsi un potere di supremazia dell'amministrazione" e, conseguentemente, la possibilità stessa di radicare una ipotesi di giurisdizione esclusiva.

²⁸⁶ Cfr. Cons. St., sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371, che criticamente nei confronti della individuazione di diritti incompressibili afferma che "il potere legalmente conferito alla pubblica amministrazione sia in quei casi *inutiliter datum*, equivarrebbe a qualificare la legge attributiva come incostituzionale, vieppiù irrualmente disapplicandola."

affidare all'amministrazione il compito di disciplinare la realtà ed il compito di fissare il giusto assetto degli interessi si trasferisce all'interno della fattispecie costitutiva del diritto"²⁸⁷.

La teoria dei diritti incompressibili è stata infatti interpretata dalla giurisprudenza come ipotesi di carenza di potere²⁸⁸: non nel senso dell'assenza in astratto del potere amministrativo, ma nel senso della sua inidoneità a incidere su determinate posizioni soggettive. Ciò non comporta che la pretesa del privato sia automaticamente accolta, ma significa che l'assetto degli interessi definito dal provvedimento autoritativo²⁸⁹ può essere messo in discussione prescindendo dal paradigma tradizionale del potere, che risulta comunque incapace di incidere sul nucleo essenziale della posizione giuridica tutelata.²⁹⁰

I diritti "incompressibili" costituiscono il nucleo essenziale e irriducibile dei diritti fondamentali,²⁹¹ ma devono essere tenuti concettualmente distinti da essi in quanto attinenti a due distinti piani.

²⁸⁷ Cfr. Tonoletti, B. (2010). *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit, p.142.

²⁸⁸ Cfr. Martini, *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, cit., p. 420, ove l'autore sottolinea che "L'origine dell'assunto della assoluta incompressibilità dei diritti fondamentali e del diritto alla salute in modo specifico trae infatti origine dalla teoria della carenza di potere elaborata dalla giurisprudenza allo specifico scopo di ampliare i poteri del giudice ordinario, facendo leva sull'interpretazione dell'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Laddove si faccia questione circa le modalità di esercizio del potere, ancorché lesivo di diritti soggettivi, è competente il GA, mentre laddove si dubiti dell'esistenza di un potere la tutela dei diritti soggettivi è affidata al GO. Ciò era ricondotto alla constatata impossibilità del venire in esistenza di un atto amministrativo in carenza di potere, cui era logica conseguenza l'impossibilità della degradazione del diritto in interesse legittimo. Per ciò che concerneva più strettamente i diritti fondamentali, questi venivano considerati ex ante incompressibili e perciò potevano essere lesi solo da meri comportamenti della P.A., posti in essere in carenza assoluta di potere".

²⁸⁹ Cfr. Tonoletti, B. (2010). *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit, p.142. L'autore sottolinea che "il riconoscimento dell'incompressibilità di un diritto non comporta affatto una riduzione della complessità del reale con cui l'azione amministrativa si confronta e neppure una cieca assolutizzazione della pretesa del singolo"

²⁹⁰ Cfr. Spuntarelli, S. (2009). *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, (3), p.754.

²⁹¹ In dottrina non è affatto univoca la delimitazione della categoria dei diritti "fondamentali". Secondo A. Pace, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici "comuni"*, in AA.VV., *Nuove dimensioni dei diritti di libertà* (Scritti in onore di Paolo Barile), Padova, 1990, p.109 ss., la Costituzione italiana, diversamente da altre Carte fondamentali europee quali la Legge fondamentale tedesca o la Costituzione spagnola, non positivizza una distinta categoria di diritti

Da un lato, infatti, il piano costituzionale individua l'interesse materiale primario, strettamente connesso a un determinato bene della vita e insuscettibile di essere sacrificato oltre un certo limite. Dall'altro lato, il piano del rapporto con il potere amministrativo attiene alla concreta modalità di tutela di tale interesse nell'ordinamento, dove esso può assumere una diversa qualificazione giuridica.²⁹² In questa prospettiva, lo stesso interesse sostanziale può essere "pluriqualificato" come diritto soggettivo o interesse legittimo, a seconda dell'esistenza o meno di una norma attributiva del potere pubblico e della sua incidenza sulla sfera giuridica del singolo.²⁹³ La distinzione tra le due qualificazioni non incide dunque sul nucleo

"fondamentali"; ne consegue che, "se si volesse introdurre, con valore giuridico, la locuzione "diritti fondamentali" nel nostro ordinamento, tutti i diritti costituzionali dovrebbero essere considerati parimenti fondamentali".

In senso parzialmente diverso, A. Baldassarre, *Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Democrazia e diritto*, 1976, p. 295, restringe la nozione di "fondamentalità" ai soli diritti di libertà, valorizzando il loro ruolo di "fondamento legale ad un tempo della società civile, della società politica e dello Stato".

Di segno ulteriore è la ricostruzione di M. Luciani, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere* (Scritti in onore di Lorenza Carlasare), a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, Napoli, 2009, p.1055 ss., il quale sottolinea come "(il) fondamento dei diritti fondamentali nella prospettiva giuridica (...) è rigorosamente positivo", precisando che essi sono "fondamentali" tanto in quanto decisivi per l'identità del soggetto titolare, quanto in quanto strutturanti l'ordine dell'ordinamento giuridico.

Infine, da una prospettiva ancora diversa, L. Ferrajoli, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Diritto pubblico*, 2010, p.143 ss., propone una nozione ampia di diritti fondamentali, identificandoli con "tutti quei diritti che sono ascritti universalmente a tutti in quanto persone, o in quanto cittadini o in quanto capaci d'agire". I diritti fondamentali non costituiscono una categoria autonomamente tipizzata in modo chiuso dalla Costituzione, ma emergono piuttosto come esito dell'elaborazione giurisprudenziale, che, muovendo dai principi costituzionali — in particolare dall'art. 2 Cost. — ne amplia progressivamente il contenuto, riconoscendo come "fondamentali" posizioni eterogenee in ragione della loro connessione con il nucleo essenziale della persona e dei valori ordinamentali di riferimento. Spuntarelli S., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, cit., p. 743 ss.

²⁹² Il diritto fondamentale non è una posizione giuridica autonoma rispetto a quelle tradizionali, menzionate dall'art. 24 Cost. ma può assumere la forma di diritto soggettivo o di interesse legittimo a seconda del bilanciamento operato dal legislatore e della disciplina applicabile, di conseguenza, il "diritto fondamentale" può "proiettare" sullo "schermo" processuale ora come interesse legittimo, tutelato davanti al giudice amministrativo secondo i criteri di riparto, ora come diritto soggettivo, devoluto alla cognizione del giudice ordinario. Cfr. Di Nezza, *Giudice amministrativo e tutela dei diritti fondamentali*, cit, p.74.

²⁹³ Cfr. Pignatelli, N. (2020), *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, cit., p. 185. L'autore sottolinea che "soltanto dopo aver effettuato tale qualificazione potrà essere riconosciuta a tale situazione giuridica, in funzione della riconducibilità nell'alveo di una disposizione costituzionale sui diritti inviolabili, la natura di diritto soggettivo fondamentale o di interesse legittimo fondamentale."

incomprimibile del diritto, ma opera sul piano della sua rilevanza e tutela nell'ambito del rapporto con l'amministrazione.²⁹⁴

Sulla base della confusione fra i due distinti piani si basa l'idea, soprattutto portata avanti dalla giurisprudenza amministrativa, del superamento, della teoria dei diritti incomprimibili. A partire dalla nota sentenza Corte costituzionale, 27 aprile 2007, n. 140²⁹⁵ la giurisdizione amministrativa ha ulteriormente chiarito che l'evocazione di un diritto fondamentale non è di per sé idonea a radicare la giurisdizione ordinaria. In particolare, il Consiglio di Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5156 ha affermato che, anche quando venga in rilievo un bene della vita riconducibile a un diritto fondamentale (nel caso di specie, il diritto all'istruzione), la controversia resta devoluta al giudice amministrativo ove concerna l'esercizio di un potere autoritativo, sul presupposto che “la controversia attiene al legittimo esercizio di un potere autoritativo”.²⁹⁶ Né può ritenersi sufficiente, ai fini del radicamento della giurisdizione ordinaria, la mera evocazione della lesione di un diritto fondamentale, essendo stato precisato che “la categoria dei c.d. diritti fondamentali [...] non delimita un'area estranea all'intervento di pubblici poteri autoritativi”²⁹⁷.

²⁹⁴ Cfr. L. Diotallevi, *La giurisdizione sui diritti “fondamentali” alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di processo amministrativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, p.277. L'autore evidenzia che “La qualificazione di un dato diritto come “fondamentale”, se da un lato può ben evidenziarne la rilevanza sistemica e/o ordinamentale, dall'altro non determina conseguenze di tipo prescrittivo in ordine alla concreta fisionomia assunta dalla situazione giuridica soggettiva nelle singole vicende della vita nelle quali essa viene in considerazione. In altri termini, la “fondamentalità” di un determinato diritto non costituisce, di per sé, argomento risolutivo al fine di ricavarne l'estraneità a qualsivoglia forma di incisione da parte della pubblica amministrazione e, quindi, di negarne la “degradabilità” dallo status di diritto soggettivo a quello di interesse legittimo.”

²⁹⁵ Cfr. Corte Cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Giur. cost.*, 2007, 2, secondo cui la natura fondamentale del diritto coinvolto non costituisce, di per sé, un limite alla devoluzione della relativa tutela alla giurisdizione amministrativa esclusiva, non essendo previsto nell'ordinamento un principio di riserva esclusiva al giudice ordinario per la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti. Ne deriva che, in presenza di un potere amministrativo normativamente attribuito e disciplinato, la tutela dei diritti fondamentali può essere assicurata anche dal giudice amministrativo, il quale è munito di poteri idonei a garantire una tutela piena ed effettiva, inclusa quella risarcitoria sia per equivalente sia in forma specifica.

²⁹⁶ Cons. St., sez. V, 3 settembre 2018, n. 5156, in *Foro it.*, 2018, X, III, c. 481 ss.

²⁹⁷ Cfr. Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, secondo cui ai fini del riparto di giurisdizione non rileva la qualificazione astratta della posizione giuridica dedotta, bensì la concreta modalità attraverso cui l'amministrazione ha inciso sulla stessa. Nel caso di specie, il diniego alla rinuncia alle cure opposto dalla Regione non si è tradotto in un mero comportamento materiale o in una semplice inerzia, ma si è espresso

In tale prospettiva, “la sussistenza di poteri amministrativi conferiti dalla legge [...] consente di configurare la situazione [...] come un interesse legittimo” e, dunque, “ai fini del riparto di giurisdizione italiano, un diritto fondamentale può [...] atteggiarsi [...] o come diritto soggettivo o come interesse legittimo”. In senso conforme si pone il Consiglio di Stato, sez. III, 11 ottobre 2018, n. 5861, che ha ribadito la giurisdizione amministrativa esclusiva in materia di accesso a cure sanitarie all'estero, in continuità con i principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2016. Analogamente, la giurisprudenza ha riconosciuto la giurisdizione amministrativa esclusiva anche in controversie attinenti al diritto alla salute di soggetti disabili.²⁹⁸

Le ragioni dell'orientamento volto al superamento della teoria dei diritti incompressibili sono efficacemente ricostruite dal Consiglio di Stato nelle sentenze n. 4460/2014 e n. 6371/2020 e vengono ricondotte a tre direttrici fondamentali.²⁹⁹ In primo luogo, il Consiglio di Stato richiama il definitivo superamento della teoria della degradazione delle situazioni giuridiche soggettive, avviato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 500/1999³⁰⁰, che ha riconosciuto all'interesse legittimo una dimensione sostanziale, collegata al bene della vita. Da ciò il Consiglio di Stato fa discendere l'inattualità di una rigida contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e l'impossibilità di ritenere che l'esercizio del potere comporti

mediante un provvedimento adottato nell'esercizio di un potere autoritativo riconducibile alla funzione di organizzazione del servizio sanitario. In tale prospettiva, il diritto fatto valere dal privato, pur mantenendo la propria natura di diritto fondamentale, si confronta con l'esercizio del potere pubblico incidente sull'organizzazione e sulle modalità di erogazione del servizio sanitario, assumendo una configurazione che richiede la tutela propria del giudice amministrativo, chiamato a verificare la legittimità dell'azione amministrativa e a operare il bilanciamento tra interesse individuale e interesse pubblico sotteso.

²⁹⁸ Cfr. Cons. St., sez. III, 10 giugno 2016, n. 2501 e Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1713.

²⁹⁹ Cfr. Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460 e Cons. St., sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371.

³⁰⁰ Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 con nota di V. Parisio, *Primi spunti in tema di risarcimento del danno per violazione di interessi legittimi*, in *Riv. giur. edil.*, 1999, 6, p. 1239, e di G. Soricelli, *Appunti su una “svolta epocale” in merito ad un’interpretazione costituzionalmente orientata sulla pari dignità tra diritto soggettivo ed interesse legittimo: una decisione a futura memoria?*, in *Il Foro amministrativo*, fasc. 2, 2000, p. 349.

una “degradazione” della posizione del privato, il cui nucleo sostanziale resta invece intatto³⁰¹. In secondo luogo, viene valorizzata l’evoluzione del sistema di giustizia amministrativa, ritenuto idoneo ad assicurare una tutela piena ed effettiva anche dei diritti fondamentali³⁰². In terzo luogo, il Consiglio di Stato richiama la giurisprudenza costituzionale, la quale ha chiarito che non sussiste alcun principio che riservi al giudice ordinario la tutela dei diritti fondamentali, dovendosi avere

³⁰¹ Cons. Stato, Sez. III n. 4460/2014, cit. Le argomentazioni del Consiglio di Stato muovono dalla riforma della giurisdizione amministrativa delineata dal d.lgs. n. 80 del 1998, come modificato dalla l. n. 205 del 2000, e si pongono in linea con i principi successivamente affermati dalla Corte Costituzionale (sentt. n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006). In tale prospettiva, il criterio distintivo tra giurisdizione ordinaria e amministrativa non è più individuato nella natura “assoluta” o “fondamentale” del diritto azionato, bensì nella riconducibilità della lesione all’esercizio di un potere pubblico. Ne consegue che anche i diritti di rango costituzionale non sono, in via generale e aprioristica, sottratti all’incidenza dell’azione amministrativa, ove questa si espliciti nell’ambito di competenze attribuite dalla legge per la cura di interessi pubblici. In tali casi non può configurarsi un’azione dell’amministrazione “nel fatto”, poiché essa opera comunque nell’esercizio di un potere normativamente conferito. La nozione di diritto incomprimibile non assume, pertanto, una valenza ontologica idonea a escludere il potere pubblico, ma implica piuttosto un giudizio di bilanciamento tra interessi contrapposti rimesso al giudice. È proprio, nella ricostruzione del Consiglio di Stato, la presenza di tale bilanciamento, quando la lesione del diritto sia conseguenza di atti o comportamenti riconducibili all’esercizio del potere, che giustifica l’attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo, anche in sede esclusiva.

³⁰² Cfr. Cons. Stato, Sez. III n. 6371/2020, cit. Tale argomento non è di poco rilievo, in quanto strettamente connesso alle ragioni “pratiche” della teoria dell’indegradabilità. Cfr. L. Diotallevi, *La giurisdizione sui diritti “fondamentali” alla luce dell’evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di processo amministrativo*, cit, p.284. Secondo l’Autore, infatti, tale teoria troverebbe origine nello “scetticismo storicamente nutrito nei confronti del giudice amministrativo”, ritenuto non sempre idoneo ad assicurare una tutela effettiva delle posizioni soggettive, “in primis, quelle di rango costituzionale”, nei rapporti con la pubblica amministrazione. Tale impostazione si fondava, in particolare, sulla natura “impugnatoria” del processo amministrativo, tradizionalmente orientato all’accertamento della legittimità dell’azione amministrativa più che alla soddisfazione diretta dell’interesse sostanziale del privato, se non in via soltanto “indiretta”. Tuttavia, la stessa evoluzione dell’ordinamento ha progressivamente ridimensionato la “rigidità” e l’“assolutezza” di tale ricostruzione: in questa direzione si collocano, da un lato, la svolta giurisprudenziale in tema di “risarcibilità dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi” e, dall’altro, il riconoscimento normativo della possibilità per il giudice amministrativo di disporre il risarcimento del “danno ingiusto”, sia in sede di giurisdizione esclusiva sia in sede di legittimità. Decisivo è stato, poi, il d.lgs. n. 104/2010, quale momento di “sintesi” e “condensazione” di tale evoluzione, volto alla “emancipazione” del processo amministrativo dalle tradizionali “strette” del rimedio demolitorio e all’introduzione di tecniche di tutela più aderenti ai principi di “pienezza” ed “effettività”. In questa prospettiva, l’ampliamento delle azioni esperibili (di annullamento, di “condanna”, di “accertamento”, nonché l’azione avverso il “silenzio-inadempimento” e l’azione di “adempimento”), unitamente all’estensione dei mezzi istruttori e alla previsione di una tutela cautelare anche “atipica”, dimostra come il giudizio amministrativo sia ormai strutturalmente idoneo a garantire una protezione piena ed effettiva delle situazioni soggettive. Ne deriva, secondo la ricostruzione dell’Autore, il progressivo superamento delle premesse che avevano giustificato la teoria dell’indegradabilità, venendo meno l’idea che solo la giurisdizione ordinaria possa assicurare tutela adeguata ai diritti fondamentali.

riguardo, ai fini del riparto di giurisdizione, esclusivamente alla presenza dell'esercizio di un potere pubblico.

Questo orientamento, tuttavia, si limita ad affermare che la categoria dei diritti fondamentali non individua un'area sottratta al potere pubblico, senza nulla aggiungere circa l'esistenza di una tutela "irrinunciabile" riconosciuta a taluni diritti.

L'idea del superamento della teoria dei diritti incomprimibili si fonda, infatti, sulla falsa idea di una coincidenza tra nucleo "rigido" del diritto e tutela del diritto fondamentale³⁰³, nonché sul superamento della teoria della degradazione³⁰⁴, lasciando però in ombra profili ulteriori, come la piena sostituibilità del giudice

³⁰³ Le critiche alla teoria dell'incomprimibilità muovono dall'equivoco di fondo per cui tale teoria verrebbe intesa nel senso di escludere in radice ogni spazio di intervento del giudice amministrativo in presenza di diritti fondamentali, ritenendo sufficiente la mera allegazione della loro lesione per sottrarre la controversia al potere pubblico. Su tale presupposto, si sostiene che una simile impostazione condurrebbe a paralizzare l'azione amministrativa, poiché "la teoria dell'indegradabilità finisce per oscurare proprio quella che è la condizione normale (e costituzionale) di emersione dei diritti, cioè il bilanciamento". In questa prospettiva, l'interesse legittimo, "più che una figura degradata, o meglio il risultato di una degradazione o di un affievolimento", offre "un'immagine più complessa e forse più aderente alla realtà del bilanciamento costituzionale". L'autore osserva, inoltre, che "la stessa logica del bilanciamento, come dimensione naturale del potere nell'ordinamento costituzionale, nega così in radice il mito dell'indegradabilità [...]", con la conseguenza che il potere pubblico deve comunque operare anche a fronte di diritti inviolabili, in quanto funzionale alla loro attuazione. Cfr. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, cit., p. 197.

³⁰⁴ Si è osservato come la teoria dei diritti incomprimibili non coincida con quella della degradazione e non possa essere letta nei medesimi termini. Essa è infatti "cosa diversa dal dire che il diritto soggettivo è incompatibile col potere amministrativo, nel senso che laddove c'è potere non c'è diritto e viceversa": una simile affermazione costituisce, infatti, "semplicemente una traduzione della teoria della degradazione e del conseguente criterio di riparto della giurisdizione basato sulla carenza di potere" e si risolve, pertanto, in "una formula che non ci dice nulla sulla natura intrinseca dei diritti nei confronti della pubblica amministrazione". Cfr. Tonoletti, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., p. 132.

ordinario rispetto alle valutazioni ed agli accertamenti tecnici dell'amministrazione³⁰⁵ e la non piena possibilità di bilanciare le situazioni giuridiche coinvolte.³⁰⁶

In realtà, non pare convincente dire che la teoria dei diritti incomprimibili sia stata davvero superata in modo lineare e definitivo³⁰⁷: essa continua a trovare spazio, seppur in forma meno esplicita, nella giurisprudenza di legittimità.³⁰⁸

³⁰⁵ In senso critico, si è osservato come "l'idea che la mera presenza di un diritto inviolabile possa inibire il potere pubblico, fino a neutralizzarlo in radice, anche quando normativamente previsto, determina a cascata un'abnorme sostituzione del giudice ordinario rispetto all'amministrazione, spogliata del proprio potere, smarrito in astratto" (Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, cit., p. 185). Tuttavia, tale "sostituzione" del giudice ordinario può essere letta, più propriamente, come espressione della tutela immediata del diritto fatto valere. In tal senso, la giurisprudenza ha chiarito che, in presenza di diritti fondamentali, il sindacato giurisdizionale non implica un'indebita espropriazione del potere amministrativo, ma si traduce nella diretta protezione della posizione soggettiva. Emblematico è il caso deciso da Cass., sez. un., 6 settembre 2013, n. 20577, in cui si è affermata la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie relative al diniego di autorizzazione a cure all'estero presso centri di alta specializzazione, qualificando la posizione del privato come diritto soggettivo pieno, correlato al diritto fondamentale alla salute e non suscettibile di affievolimento. La Corte ha, infatti, valorizzato il carattere meramente tecnico dell'apprezzamento sanitario, escludendo la sussistenza di discrezionalità amministrativa e ribadendo che anche il controllo sul diniego si risolve nella tutela immediata di un diritto fondamentale, il cui nucleo essenziale non può essere inciso da valutazioni di opportunità o di contenimento della spesa sanitaria.

³⁰⁶ In proposito, con riferimento a Cons. Stato, Sez. III, nn. 4460/2014, cit. e 6371/2020, cit., è stato osservato come tali pronunce "non paiano decisive, perché evitano di affrontare proprio le due ragioni essenziali della costruzione giurisprudenziale della figura del diritto incomprimibile, cioè la piena sostituibilità dell'accertamento giurisdizionale alle valutazioni tecniche anche complesse della pubblica amministrazione e, soprattutto, la sua non bilanciabilità con l'interesse pubblico". Cfr. Tonoletti, *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione del giudice ordinario*, cit., p.79.

³⁰⁷ L'individuazione del "nucleo incomprimibile" del diritto risulta oggi certamente ridimensionata — comunque senza essere in radice negata — alla luce della giurisprudenza costituzionale e della successiva evoluzione giurisprudenziale, ma solo nell'ambito della giurisdizione esclusiva. In tal senso, si è osservato che "non bisogna infatti trascurare di rilevare che i casi in cui il G.O. ha declinato la sua giurisdizione riguardano i soli ambiti di G.E., per cui parrebbe potersi ritenere che la situazione giuridica soggettiva di diritto persiste intatta, non degradata, e, in questa "forma", viene tutelata dal G.O. in tutte le altre ipotesi non è quindi espressamente messa in discussione la costruzione di fondo dei diritti fondamentali incomprimibili, ma si è solo statuito in relazione alla questione di giurisdizione" (Martini, *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, cit., p. 420).

Cfr. A.Travi, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, cit., p. 51. L'autore afferma che "La Corte Costituzionale ha negato la fondatezza di questo orientamento, con la sentenza n. 140 de 2007, cit., e alla sua pronuncia si sono adeguate anche le Sezioni unite; non mi pare, però, che le ragioni che avevano suscitato questo orientamento siano state superate ... Infatti, se il processo amministrativo diventasse omologo a quello civile, si dovrebbe dubitare del senso attuale di due giurisdizioni distinte, così come invece richiede l'art. 103 della Costituzione".

³⁰⁸ Ad esempio, Cass., sez. un., 13 aprile 2023, n. 9837, che afferma che il riparto di giurisdizione in materia di diritto alla salute si articola in una regola generale (giurisdizione del giudice ordinario per le azioni risarcitorie, trattandosi di diritto soggettivo non degradabile), un'eccezione (giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo quando il danno si collega all'esercizio di un potere pubblico) e un'ulteriore eccezione (giurisdizione ordinaria quando la lesione derivi da meri comportamenti materiali o omissioni non riconducibili al potere). Il discrimine è dunque l'esercizio del potere amministrativo, non la natura fondamentale

Le controversie nelle quali viene in rilievo il c.d. “nucleo rigido” dei diritti fondamentali, infatti, non si esauriscono nelle ipotesi di danno alla salute derivante da provvedimenti autoritativi o da attività suscettibili di incidere sull’ambiente, quali autorizzazioni relative ad elettrodotti, discariche o centrali termoelettriche³⁰⁹, ma si estendono a una pluralità di situazioni della vita quotidiana, comprese quelle connesse ad immissioni intollerabili.³¹⁰ L’ambito applicativo³¹¹ di tale impostazione comprende, inoltre, controversie relative al diritto di soggiorno, nelle quali la giurisprudenza ha valorizzato il profilo sostanziale della tutela della persona³¹², nonché questioni inerenti al diritto all’istruzione nell’ambito del PEI, ove assume rilievo l’effettività delle misure di inclusione scolastica.³¹³

Un ulteriore settore particolarmente significativo è quello delle prestazioni sanitarie e della spesa farmaceutica, nel quale la giurisprudenza ha affrontato sia le ipotesi di diniego di rimborso per cure effettuate all’estero o per prestazioni prive

del diritto, rilevando quest’ultima solo ai fini delle forme di tutela esperibili. Tuttavia il collegamento al potere non viene in rilievo nel caso di incidenza del nucleo rigido del diritto alla salute.

³⁰⁹ Cass., sez. un., 12 giugno 1990, n. 5714, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, p. 102 ss., Cass., sez. un., 3 luglio 1991, n. 7318, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 1133 ss.

³¹⁰ V. *sopra* capitolo III, §3.5.

³¹¹ Cfr. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale*, cit., p. 183. L’autore si pone criticamente nei confronti di questo ampliamento, che definisce “un processo volto a inglobare in modo bulimico altri diritti costituzionali indegradabili ed indegradati nei casi di specie, ossia tutti i “diritti primari in cui si esprimono le libertà fondamentali costituzionalmente garantite”. Facendo specifico riferimento “alla giurisprudenza sviluppatasi negli anni ’80 e ’90 in materia di libertà di coscienza e di religione, diritto all’istruzione, diritto all’immagine, diritto alla riservatezza e libertà di circolazione”.

³¹² La giurisprudenza formatasi in materia di permesso di soggiorno per motivi umanitari, suole affermare che “la situazione giuridica soggettiva dello straniero che richieda il permesso di soggiorno per motivi umanitari gode quanto meno della garanzia costituzionale di cui all’art. 2 Cost., sulla base della quale, anche ad ammettere, sul piano generale, la possibilità di bilanciamento con altre situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate, esclude che tale bilanciamento possa essere rimesso al potere discrezionale della pubblica amministrazione, potendo eventualmente essere effettuato solo dal legislatore, nel rispetto dei limiti costituzionali” (Cass., Sez.Un., 9 settembre 2009, n. 19393). Cfr. Tonoletti, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., p. 159.

³¹³ Sul punto, si rinvia alla trattazione svolta *supra*, capitolo II, § 2.7.

di preventiva autorizzazione³¹⁴, sia i casi concernenti il rimborso di farmaci o trattamenti sanitari non autorizzati, come nelle pronunce Cass. Sez. Un. nn. 16067/2016 e 2570/2012.³¹⁵

Più recentemente il dibattito si è concentrato sul tema dell'ambiente salubre quale presupposto indefettibile per la tutela del diritto alla salute.³¹⁶ In tale prospettiva, la Corte di Cassazione ha ribadito la stretta connessione tra qualità dell'ambiente e integrità psico-fisica della persona, valorizzando la protezione ambientale quale condizione essenziale per il pieno godimento del diritto alla salute.³¹⁷

La teoria dei diritti incomprimibili costituisce un osservatorio privilegiato per indagare la natura del diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione, non più in termini di radicale contrapposizione rispetto al potere, bensì quale criterio idoneo a mettere in luce la struttura delle norme che assicurano una tutela particolarmente intensa dell'interesse individuale.³¹⁸

³¹⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., n. 20577/2013.

³¹⁵ Cfr. Cass., sez. un., 2 agosto 2016, n. 16067, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2016, 5, p. 1058 ss. e Cass., sez. un., 22 febbraio 2012, n. 2570, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2012, 3, p. 481 ss. In particolare, la Corte di cassazione ha chiarito che, quando vengono in rilievo farmaci indispensabili ed insostituibili o prestazioni essenziali per la cura di patologie gravi, la relazione tra cittadino e servizio sanitario nazionale assume natura obbligatoria e non autoritativa, con conseguente impossibilità di degradare la posizione giuridica a interesse legittimo. In tale prospettiva, Cass. civ., Sez. Un., n. 2570/2012 ha escluso che la mancata inclusione del farmaco nel prontuario terapeutico possa integrare esercizio di discrezionalità amministrativa idonea a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, valorizzando invece la natura tecnica della valutazione e la diretta incidenza sul diritto alla salute. Analogamente, Cass. civ., Sez. Un., n. 16067/2016 ha ribadito che il rimborso delle spese sostenute per l'acquisto di farmaci indispensabili, anche se successivamente inseriti nei livelli di assistenza, integra un diritto soggettivo di credito pienamente tutelabile davanti al giudice ordinario, in quanto strettamente connesso al nucleo incomprimibile del diritto alla salute, non suscettibile di affievolimento per effetto di scelte amministrative di contenimento della spesa sanitaria.

³¹⁶ Cfr. Travi, A. (2024). *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit, p.66. L'autore sottolinea che "anche alla pretesa alla salubrità delle condizioni ambientali è stato riconosciuto dalla Cassazione il rango di diritto soggettivo costituzionalmente tutelato, come corollario del diritto alla salute (cfr. Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, cit. ; di recente, Cass., sez. un., 27 luglio 2022, n. 23436, cit). In materia ambientale, però, all'amministrazione sono attribuiti anche poteri tipicamente amministrativi, che possono comportare il compimento di valutazioni discrezionali. La circostanza che in discussione siano situazioni di particolare rilievo sostanziale comporta indubbiamente conseguenze importanti sul piano amministrativo e l'amministrazione deve perciò agire doverose attenzione. È però discusso se ciò sia sufficiente per escludere, in questo ambito, la configurabilità di un interesse legittimo."

³¹⁷ V. *supra* capitolo III, §3.5 tema di inerzia come comportamento non riconducibile al potere.

³¹⁸ Cfr. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, cit., p. 185, ove l'Autore definisce la teoria dei diritti incomprimibili "pericolosa ed anti-costituzionale", evidenziando come essa realizzi un significativo rovesciamento della nota formula di Lodovico Mortara,

Nondimeno, la teoria dei diritti indegradabili continua a presentare rilevanti margini di incertezza³¹⁹, soprattutto in termini di sostanziale impossibilità di un'univoca qualificazione della consistenza del diritto a fronte del potere amministrativo³²⁰. È, infatti, possibile individuare, da un lato, situazioni di piena resistenza del diritto — o quantomeno del suo “nucleo essenziale” — affidate alla cognizione del giudice ordinario. Dall'altro lato, emergono ipotesi nelle quali il diritto fondamentale — o la sua componente non “essenziale” — richiede, secondo una concezione “relazionale”, l'intervento del potere amministrativo per essere concretamente riconosciuto, conformato e reso effettivo. In tali casi, il diritto resta inevitabilmente esposto al bilanciamento con altri diritti, interessi e valori di rango costituzionale, bilanciamento che l'amministrazione è chiamata a operare nell'esercizio delle proprie competenze.³²¹

4.3 Attività vincolata della pubblica amministrazione e diritti solidali

Le considerazioni sin qui svolte consentono di evidenziare come la categoria dei diritti fondamentali non si presenti in termini monolitici ma si articoli

secondo cui “se c'è il potere, non c'è il diritto”, sostituendola con l'affermazione inversa: “se c'è il diritto, non c'è il potere”.

³¹⁹ Cfr. M. Travi, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 54, il quale evidenzia la “obiettiva debolezza e ambiguità dei criteri utilizzati per distinguere fra la tutela dei diritti conservata al giudice ordinario e quella devoluta alla giurisdizione esclusiva”, favorendo “la formazione di una zona grigia, rispetto alla quale è difficile individuare un criterio chiaro per il riparto fra diritti devoluti alla giurisdizione ordinaria e giurisdizione esclusiva”.

³²⁰ In dottrina si è osservato come la qualificazione della consistenza del diritto a fronte del potere amministrativo risulti “sostanzialmente impossibile”, cui si accompagna altresì “una certa ambiguità circa l'individuazione del contenuto stesso del “nucleo irriducibile””. Cfr. Spuntarelli, S., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, n. 3, p. 755.

³²¹ Con questo non si vuole affermare che la posizione soggettiva sia necessariamente di interesse legittimo. Sul punto, cfr. Spuntarelli, S., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, p. 756. L'Autore osserva, infatti, che “appare riduttivo qualificare il diritto fondamentale come interesse legittimo”, poiché, in presenza di diritti fondamentali, il giudice amministrativo è chiamato a verificare “se l'amministrazione abbia svolto effettivamente un'operazione di bilanciamento con altri valori e interessi di rango fondamentale e non invece con interessi non qualificabili come fondamentali”. La giurisprudenza evidenzia, inoltre, come l'amministrazione, richiamandosi implicitamente al principio di legalità, motivi spesso le proprie decisioni “in termini di riproposizione a livello ‘esecutivo’ delle scelte” già operate dal legislatore. In tale prospettiva, il riferimento al “bilanciamento” non implica necessariamente una degradazione del diritto fondamentale a interesse legittimo, ma rinvia piuttosto al problema dell'individuazione dei valori costituzionali suscettibili di essere posti in comparazione, come si vedrà nel paragrafo seguente.

secondo differenti modalità di relazione con l'esercizio del potere amministrativo.³²² Se, infatti, in alcune ipotesi vengono in rilievo la sfera di tutela piena ed incompressibile del diritto — coincidente con il suo nucleo essenziale — in altre il contenuto del diritto risulta inevitabilmente esposto all'esercizio del potere amministrativo.

È proprio in relazione a questa dimensione “non irriducibile” del diritto fondamentale che viene in rilievo l'attività amministrativa vincolata e, più in generale, la categoria dei c.d. diritti sociali³²³, ove la pubblica amministrazione assume un ruolo centrale non solo all'assolvimento dei compiti rivolti ad attuare i diritti costituzionalmente garantiti, ma anche ad offrire ad essi una tutela sistemica nel bilanciamento con le esigenze di funzionalità del servizio pubblico.³²⁴

³²² Cfr. Spuntarelli, S., 2009, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, cit., p. 749 ove l'autore sottolinea che “Il carattere fondamentale dei diritti non comporta automaticamente un riconoscimento indiscriminato della loro protezione, ma presuppone, al contrario, un bilanciamento operato dalla Costituzione e dal legislatore primario, nonché un'attuazione, sempre più spesso affidata alla pubblica amministrazione.”

³²³ Per una definizione di diritti sociali cfr. A. Baldassarre, voce *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1989, p. 30 ss. Per l'autore per i diritti sociali si intendono quelle situazioni giuridiche soggettive caratterizzate, sul piano strutturale, dalla pretesa del privato cittadino all'ottenimento di una determinata prestazione da parte dello Stato e, più in generale, dei pubblici poteri; ne consegue che la loro concreta azionabilità non può prescindere, almeno in via di principio, dalla previa intermediazione del legislatore, nonché dell'amministrazione pubblica. V. anche C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, p. 1133 l'autore definisce i diritti sociali come “pretese dei singoli verso lo Stato o enti pubblici a prestazioni a loro favore” e che “si distinguono da quelli di libertà perché tendono ad ottenere dal soggetto passivo l'adempimento di obblighi positivi di fare”.

Si veda inoltre F. Politi, *“Diritti sociali”*, in R. Nania – P. Ridola (a cura di), *Diritti costituzionali*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 223 ss., secondo cui i diritti sociali “si differenziano fra quelli necessari a garantire il pacifico esercizio o ad assicurare la tutela dei diritti di libertà (e la cui trattazione va collegata pertanto al corrispondente diritto sostanziale) e quei diritti sociali che, non essendo collegati a diritti di libertà, sono piuttosto “rivolti alla soddisfazione degli svariati bisogni della persona”; questi ultimi, a loro volta, vanno distinti a seconda del riconoscimento operato dalla Carta costituzionale”.

L'autore sottolinea inoltre che l'elemento peculiare dei diritti sociali, che ne costituisce il fondamento valoriale, è il rapporto di reciproca connessione che intercorre, nell'attuazione degli stessi, fra la tutela della dignità umana e la piena realizzazione del principio democratico. È infatti necessario il riconoscimento a ciascun individuo del diritto a godere di un *minimum* di tutela (assistenziale, sanitaria, di istruzione, ecc.) che, qualora assente, lede la dignità del soggetto e impedisce a questi di esprimere appieno la propria personalità, ostacolando così la partecipazione del singolo alla vita politica e la piena affermazione del principio democratico.

³²⁴ Cfr. L. Diotallevi, *La giurisdizione sui diritti “fondamentali” alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di processo amministrativo*, cit., p. 291, il quale evidenzia come la pubblica amministrazione, nell'attuazione dei diritti fondamentali, non si limiti a una funzione esecutiva, ma assuma un ruolo decisivo di mediazione e bilanciamento tra la tutela delle posizioni soggettive e le esigenze di interesse generale, dovendo operare entro i limiti delle risorse disponibili secondo le scelte allocative compiute dagli organi competenti.

Il suddetto ruolo della pubblica amministrazione non comporta un'automatica riconduzione della posizione giuridica del privato alla categoria dell'interesse legittimo poiché non sempre viene in rilievo l'esercizio di un potere amministrativo. È infatti, come già anticipato, necessario verificare, di volta in volta, il contenuto della norma attributiva del potere. Quando essa attribuisce all'amministrazione la capacità di determinare autonomamente l'assetto concreto degli interessi, configurando un margine di valutazione discrezionale, la giurisprudenza è pacifica nel ravvisare l'esistenza di una discrezionalità amministrativa e, conseguentemente, la configurazione di un interesse legittimo in capo al privato.

Diversamente, nei casi di attività vincolata e nelle ipotesi di cosiddetta discrezionalità tecnica — intesa come insieme di apprezzamenti di fatto necessari alla concretizzazione di previsioni normative elastiche — la giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione pervengono a soluzioni differenti, escludendo talvolta la configurabilità di potere in senso proprio.³²⁵

Secondo l'impostazione della Corte di Cassazione la posizione del privato nei confronti dell'azione vincolata della pubblica amministrazione assume natura di diritto soggettivo, in quanto la legge disciplina in modo puntuale i presupposti di fatto e impone all'amministrazione una condotta determinata.

³²⁵ Cfr. Tonoletti, B. E., *L'accertamento amministrativo*, Cedam, p. 307.

In tali ipotesi, si instaura un rapporto giuridico caratterizzato da diritti e obblighi già definiti dalla legge, senza che residuino margini di discrezionalità amministrativa.³²⁶

³²⁶ Un esempio importante è rappresentato dalla materia di tutela del diritto alla salute e di gestione dell'emergenza pandemica da Covid-19, ove la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha progressivamente valorizzato il criterio del grado di discrezionalità della pubblica amministrazione quale elemento dirimente ai fini del riparto di giurisdizione. In tale prospettiva si colloca Cass., Sez. Un., ord. 15 febbraio 2022, n. 4873, cit., relativa alle misure adottate nei centri di accoglienza straordinaria per richiedenti asilo, nella quale è stata affermata la giurisdizione del giudice ordinario in ragione della circostanza che la disciplina emergenziale aveva già compiutamente predeterminato le modalità di protezione del diritto alla salute (in particolare con riferimento al distanziamento sociale), configurando un'attività amministrativa vincolata e priva di margini di scelta discrezionale. La Corte ha, in particolare, evidenziato che la verifica ai fini del riparto di giurisdizione richiede un accertamento concreto del quadro normativo e del grado di conformazione del diritto fondamentale, dovendosi attribuire rilievo decisivo all'eventuale assenza di mediazione del potere pubblico. E un richiamo a tale decisione è contenuto anche in Cass., sez. un., 26 settembre 2022, n. 28022, la quale, in tema di misure sanitarie emergenziali nel contesto dell'attività sportiva professionistica, ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento a un provvedimento di una ASL che aveva disposto l'isolamento e la quarantena domiciliare di atleti risultati contatti stretti, valorizzando la necessità di verificare la conformità del provvedimento alla disciplina sanitaria applicabile e dunque l'esercizio di un potere pubblico esercitato nell'ambito di fonti normative plurime, primarie e secondarie. Per concludere sul punto, un ulteriore arresto significativo è rappresentato da Cass., sez. un., 29 settembre 2022, n. 28429, con nota di , F. Ferrandi, *A chi spetta decidere se un fisioterapista libero professionista no vax possa continuare o meno a svolgere la sua attività?*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 169, p. 8, in materia di obbligo vaccinale e sospensione dall'esercizio della professione sanitaria, ove è stata affermata la giurisdizione del giudice ordinario sul rilievo che la situazione giuridica soggettiva dedotta (diritto all'esercizio della professione sanitaria) non risultava intermediata da alcun potere discrezionale della pubblica amministrazione, la quale era chiamata unicamente a verificare l'inadempimento dell'obbligo vaccinale e ad applicare in modo automatico la sospensione prevista dalla legge, in un contesto normativo interamente predeterminato quanto a presupposti, modalità ed effetti della misura. Diversamente, Cass., sez. un., 29 gennaio 2026, n. 1952, in *Resp. civ. e prev.*, 2026, 1, p. 244 ss., ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alle controversie concernenti la gestione del Servizio sanitario nazionale durante la pandemia da Covid-19, con specifico riferimento a profili quali l'adeguamento dei piani pandemici, l'organizzazione del sistema sanitario, l'allocazione delle risorse e il coordinamento tra Stato e Regioni, ritenendo tali attività espressive di poteri amministrativi connotati da ampia discrezionalità tecnica e organizzativa, non rigidamente vincolati da norme puntuali e implicanti valutazioni di bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti. Sul tema v. anche Di Nezza, *Giudice amministrativo e tutela dei diritti fondamentali*, cit, p.78. Un analogo sviluppo giurisprudenziale può rinvenirsi nella materia dell'immigrazione e della cittadinanza. In particolare, Cass., sez. un., 28 novembre 2018, n. 30757, in tema di permesso di soggiorno ex art. 22, comma 12-quater, d.lgs. n. 286/1998 per vittime di sfruttamento lavorativo, ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario, valorizzando il carattere vincolato dell'attività amministrativa: il rilascio del titolo presuppone infatti il mero accertamento della sussistenza dei requisiti previsti dalla legge, mentre il parere del Procuratore della Repubblica costituisce espressione di discrezionalità tecnica interna al procedimento e non trasforma la posizione dello straniero in interesse legittimo. Diversamente, Cass., sez. un., 21 ottobre 2021, n. 29297, relativa alla cittadinanza per naturalizzazione ex art. 9, comma 1, lett. f), l. n. 91/1992, ha ricondotto la controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo, evidenziando come la concessione della cittadinanza implichi un ampio apprezzamento discrezionale circa l'effettiva integrazione dello straniero nella comunità nazionale, la sua affidabilità sociale ed economica e l'assenza di profili ostativi per l'ordine pubblico. La lettura coordinata delle due decisioni conferma come il criterio decisivo ai fini del riparto di giurisdizione non sia la natura fondamentale della situazione soggettiva coinvolta, bensì il diverso grado di conformazione normativa dell'azione amministrativa: ove l'attività della pubblica amministrazione sia rigidamente vincolata, la posizione del privato conserva consistenza di diritto soggettivo; laddove residuino valutazioni comparative e discrezionali, la situazione giuridica degrada ad interesse legittimo.

L'atto finale della pubblica amministrazione, infatti, non costituisce espressione di potere discrezionale³²⁷, poiché l'amministrazione si limita ad accertare la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento,³²⁸ senza effettuare alcuna comparazione di interessi.³²⁹ La posizione del privato trova quindi la propria fonte direttamente nella legge e non nel provvedimento amministrativo.³³⁰

Ne consegue, sul piano della giurisdizione, che quando l'attività amministrativa non presenta alcun collegamento, neppure mediato, con l'esercizio del potere pubblico, le controversie aventi ad oggetto diritti restano escluse dall'ambito della giurisdizione esclusiva.³³¹

³²⁷ In senso conforme, cfr. F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 183, secondo cui "di un potere dell'amministrazione può utilmente parlarsi solo con riferimento ai casi in cui quest'ultima disponga di un certo margine di discrezionalità, cioè di un margine che consenta l'affermazione di una volontà non compiutamente espressa nella norma, e quindi per l'affermazione di un precetto che non sia semplice proiezione, nel concreto, di quello posto dalla legge".

³²⁸ Come evidenziato in dottrina, l'amministrazione, quando è chiamata a verificare unicamente la sussistenza dei presupposti predeterminati dalla legge per l'adozione di una determinata misura, non esercita alcun potere autoritativo riconducibile a scelte di natura discrezionale (Di Nezza, *Giudice amministrativo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 79).

³²⁹ Secondo l'impostazione della Corte di Cassazione è la legge a "risolvere, di per sé, il conflitto tra gli interessi in gioco, di eminente rilievo costituzionale, dando prevalenza al diritto", nonché a "dettare termini, modalità ed effetti dell'azione amministrativa, la quale deve esercitarsi, quindi, su un binario che non consente scelte discrezionali espressione del potere pubblico" (Cass., Sez. Un., n. 23436/2022, cit.).

³³⁰ Come osserva Domenichelli, la controversia relativa al potere vincolato non riguarda realmente l'esercizio del potere amministrativo, ma la sua attuazione rispetto alla "prevalenza della legge", poiché il potere risulta esercitato là dove non poteva esserlo oppure non esercitato "come la norma imponeva". Ne deriva che, in tali ipotesi, non è in contestazione la scelta amministrativa, ma la lesione dell'"interesse di vita rispetto a quanto stabilito nella disciplina normativa", con la conseguenza che la posizione del privato trova la propria fonte direttamente nella legge e non nel provvedimento amministrativo. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, cit., p.74

³³¹ Cfr. F. Sciarretta, *Giurisdizione amministrativa "esclusiva" nella tutela dei diritti soggettivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, cit, p.36 e E. Scoditti, *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro Italiano*, 2015, I, p.965-966.

Così ad esempio è stata ritenuta interamente vincolata l'ipotesi in cui la pretesa indennitaria si fonda su un vincolo di natura conformativa *ex lege*, che non implica alcun esercizio di potere discrezionale dell'amministrazione, con conseguente configurabilità di un diritto soggettivo e giurisdizione del giudice ordinario (Cass., sez. un., 22 gennaio 2025, n. 1625). Analogamente, è stato affermato che, in presenza di un meccanismo di ristoro predeterminato in modo automatico da fonte normativa o provvedimentale, senza margini di apprezzamento amministrativo, la posizione del privato assume natura di diritto soggettivo, devoluto al giudice ordinario (Cass., sez. I, 13 marzo 2024, n. 6747) Ancora è stata ritenuta devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia concernente l'erogazione di contributi o sovvenzioni pubbliche allorché il beneficio sia riconosciuto direttamente dalla legge e l'amministrazione sia chiamata al solo accertamento dei presupposti normativamente predeterminati, senza alcun margine di discrezionalità quanto all'*an*,

Mentre nell'impostazione del Consiglio di Stato "l'assenza di discrezionalità amministrativa, non riduce il potere ad un'obbligazione civilistica, poiché l'amministrazione esercita in questi casi una funzione di verifica, controllo, accertamento tecnico dei presupposti previsti dalla legge³³², quale soggetto incaricato della cura di interessi pubblici generali" Cons. Stato, Sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371.

La diversa impostazione fra il Consiglio di Stato e Cassazione discende da una pluralità di ragioni, tra le quali assume rilievo centrale il differente significato attribuito alla discrezionalità tecnica. Per la Corte di cassazione, infatti, "la discrezionalità tecnica è contenuto nella norma da applicare", mentre "la discrezionalità amministrativa è un criterio non giuridico di decisione" non sostituibile ad opera del giudice. Di contro, per il Consiglio di Stato, "la nozione di discrezionalità tecnica svolge la funzione di delimitare in negativo l'ambito del sindacato di legittimità nei confronti degli atti amministrativi". Nella prospettiva del Consiglio di Stato, "la discrezionalità tecnica è considerata valutazione di merito, insindacabile nel giudizio di legittimità tranne che per vizi di manifesta illogicità".³³³

al *quid* o al *quomodo* dell'erogazione, configurandosi in tal caso una posizione di diritto soggettivo (Cass., sez. un., 3 giugno 2024, n. 15404). Nello stesso senso, è stata affermata la giurisdizione ordinaria nelle controversie patrimoniali tra enti pubblici relative a prestazioni assistenziali, sul rilievo che i presupposti dell'obbligazione gravante sull'amministrazione siano stabiliti direttamente dalla legge e che le prestazioni siano configurate quali diritti soggettivi delle persone in stato di bisogno (Cass., sez. un., 31 luglio 2017, n. 18978). Diversamente, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo quando la tutela invocata implica il sindacato sull'esercizio di un potere autoritativo caratterizzato da valutazioni discrezionali e da un'attività di bilanciamento tra interessi pubblici e privati, anche ove vengano in rilievo diritti fondamentali, come nel caso di autorizzazioni urbanistiche o ambientali che richiedano una ponderazione tra salute, ambiente, proprietà privata e iniziativa economica (Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2025, n. 129, Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2025, n. 129 Cass., sez. un., 5 marzo 2010, n. 5290, con nota di F. Gasparino, *Diritti fondamentali e giurisdizione esclusiva: possono coesistere?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 6, 2010, p. 1287 e di G. Vercillo, *Diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive del privato*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 4, 2010, p. 1372.)

³³² In questa prospettiva, "l'amministrazione non è autrice del disegno degli interessi, ma il suo intervento rimane necessario affinché venga realizzato l'assetto (pre)disegnato" (Cfr. Scoca, F. G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, 2017, p. 433).

³³³ Cfr. Tonoletti, B. E. (2001), *L'accertamento amministrativo*, Cedam, p. 307. L'autore sottolinea la conseguenza di tale impostazione: "L'assimilazione alla discrezionalità amministrativa comporta, per il Consiglio di Stato, la rilevanza della discrezionalità tecnica anche ai fini della qualificazione della disciplina del

Differente è, altresì, la qualificazione del provvedimento amministrativo, inteso alternativamente come atto giuridico obbligato ovvero come espressione di potere amministrativo. Per il giudice di legittimità, il rapporto che si instaura tra amministrazione e privato è configurabile in termini di obbligo e di dovere, sicché il provvedimento assume natura meramente dichiarativa, limitandosi a riconoscere l'effetto già predeterminato dalla norma.³³⁴

Diversamente, per il Consiglio di Stato e per una parte autorevole della dottrina³³⁵ anche il provvedimento vincolato conserva natura propriamente amministrativa e rimane, pertanto, espressione del potere pubblico. In tale prospettiva, infatti, l'attività dell'amministrazione non si esaurisce in una mera operazione ricognitiva, ma si traduce comunque nell'esercizio di una funzione autoritativa, sebbene il contenuto del provvedimento sia rigidamente predeterminato dalla legge.

rapporto tra l'amministrazione e i soggetti interessati e della conseguente determinazione della giurisdizione. Se, infatti, la valutazione tecnica appartiene alla sfera riservata del merito amministrativo, essa deve essere, per questa giurisprudenza, considerata esercizio di un potere attribuito all'amministrazione per la cura dell'interesse pubblico, di fronte al quale non possono sussistere che interessi legittimi”.

³³⁴ Cfr. Di Nezza, *Giudice amministrativo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 79, ove l'autore richiama l'orientamento della Corte di Cassazione, sottolineando che la natura dichiarativa dell'atto è tale in quanto l'effetto dell'atto “discende, in modo automatico e senza alcun apprezzamento discrezionale di sorta”.

³³⁵ Diversi autori individuano nel provvedimento vincolato un provvedimento amministrativo espressione di potere. Ad esempio, Scoca sottolinea l'esistenza di un potere amministrativo in senso costitutivo e non di un potere determinativo, ossia il potere “di disegnare l'assetto di interessi da realizzare mediante il suo intervento” (Scoca, F. G. (2017), *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 433). Egli afferma che “ciò è sufficiente per far ritenere il provvedimento amministrativo e non mero atto giuridico obbligatorio” (p. 20), giungendo a qualificare il provvedimento vincolato come provvedimento vero e proprio. A sostegno di tale ricostruzione depongono anche l'art. 21-octies, comma 2, l. n. 241/1990, in tema di annullamento del provvedimento vincolato “al pari del provvedimento discrezionale”, nonché l'art. 31, comma 3, d.lgs. n. 104/2010, secondo cui il giudice amministrativo “può pronunciare sulla pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata”. L'autore sostiene quindi che sussista sempre un interesse legittimo e, anzi, che anche laddove sia configurabile un diritto soggettivo si dovrebbe riconoscere “una pseudo materia di contenzioso giurisdizionale esclusiva” (p. 21). Nella stessa direzione, cfr. F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *federalismi.it*, n. 7/2017, p. 23. L'autore valorizza la distinzione tra decisione e provvedimento: l'atto vincolato è un provvedimento privo di decisione, o meglio un provvedimento che comporta soltanto la scelta di “disporre o meno l'effetto prefigurato dall'ordinamento”.

Cfr. Greco, G. (2014), *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Diritto Amministrativo*, 22(3), p. 516, secondo il quale “l'atto, ancorché vincolato, è pur sempre un atto precettivo. Sicché non scompare all'interno della sequenza norma-fatto, ma, presupponendo l'intermediazione di un potere autoritativo (assoggettato come tale al regime del provvedimento amministrativo: cfr., ad esempio, art. 19 e art. 21-octies, comma 2, legge n. 241/1990), implica altresì (al pari dell'atto discrezionale) l'esistenza della sequenza norma-potere-fatto”.

Diversa qualificazione della discrezionalità tecnica e del provvedimento amministrativo conduce, dunque, a differenti soluzioni anche sul piano della tutela giurisdizionale dei diritti, specialmente nei settori in cui l'amministrazione è chiamata a svolgere attività vincolata o fondata su valutazioni tecnico-specialistiche.

Emblematico, in tal senso, è il caso delle controversie relative all'autorizzazione alle cure all'estero e al rimborso delle relative spese sanitarie, nel quale emerge con particolare evidenza il contrasto tra l'impostazione della Corte di Cassazione e quella del Consiglio di Stato circa la natura della posizione giuridica del privato e il ruolo svolto dal potere amministrativo.³³⁶ Secondo un consolidato orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le controversie aventi ad oggetto il diniego di autorizzazione alle cure all'estero e il conseguente rimborso delle spese sanitarie appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto concernono la tutela del diritto fondamentale alla salute, ex art. 32 Cost., configurabile come diritto soggettivo perfetto. In particolare, la Consulta ha escluso che le controversie relative alle prestazioni sanitarie rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale integrino, di regola, ipotesi di esercizio di potere autoritativo; affermando inoltre che l'amministrazione sanitaria esercita un apprezzamento meramente tecnico e non discrezionale, limitato alla verifica della sussistenza dei presupposti previsti dalla normativa di settore, quali l'impossibilità di

³³⁶ In materia di urgenza e indifferibilità, l'orientamento della Corte di Cassazione risulta condiviso anche dal Consiglio di Stato. In particolare, si afferma che la giurisdizione spetta al giudice ordinario sia "nel caso in cui siano addotte situazioni di eccezionale gravità ed urgenza, prospettate come ostative alla possibilità di preventiva richiesta di autorizzazione", sia "nel caso in cui l'autorizzazione sia stata chiesta e si assuma illegittimamente negata", in quanto viene in rilievo il diritto alla salute, "non suscettibile di affievolimento per effetto della discrezionalità meramente tecnica riconosciuta alla P.A. in ordine all'apprezzamento dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni". L'impostazione è stata ribadita anche dal Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008, n. 831, secondo cui: "Al fine di decidere sulla questione della giurisdizione, ci si può rifare alla giurisprudenza della Sezione che, al riguardo, ha richiamato il consolidato indirizzo della Cassazione secondo cui la discrezionalità amministrativa in materia viene meno ogniqualvolta il richiedente alleghi una situazione d'urgenza, superabile soltanto con la somministrazione di cure immediate non erogate dal servizio sanitario pubblico, trattandosi in tal caso di assicurare tutela ad un diritto assoluto della persona, non suscettibile – in quanto diritto soggettivo perfetto – di esser degradato da eventuali provvedimenti negativi dell'autorità amministrativa, quand'anche adottati in ossequio ad altri (recessivi) interessi di rilevanza costituzionale (come quello alla corretta gestione del denaro pubblico)". Cfr. Tonoletti B., *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit, p. 156.

ottenere tempestivamente o adeguatamente la prestazione in Italia.³³⁷ In questa prospettiva, il rapporto tra cittadino e amministrazione assume carattere paritario, poiché l'attività della ASL consiste in un mero accertamento tecnico dei requisiti richiesti dalla legge. La posizione giuridica del privato rimane, dunque, quella di diritto soggettivo, non degradabile a interesse legittimo neppure quando sia necessaria una preventiva autorizzazione amministrativa.

Tale orientamento è stato affermato, ad esempio, da Cass. civ., Sez. Un., 30 maggio 2005, n. 11334, e successivamente ribadito da Cass. civ., Sez. Un., 6 febbraio 2009, n. 2867, secondo cui la giurisdizione ordinaria sussiste sia nei casi di urgenza, sia nelle ipotesi di previo diniego dell'autorizzazione alle cure all'estero, poiché viene sempre in rilievo il diritto fondamentale alla salute.³³⁸

L'impostazione propria del Consiglio di Stato, invece, muove dalla qualificazione della posizione giuridica del privato che richiede cure all'estero, evidenziando come la presenza di un potere autorizzatorio dell'amministrazione sanitaria comporti, in linea generale, la configurabilità di un interesse legittimo, anche quando la disciplina normativa riduca sensibilmente i margini di scelta dell'amministrazione. In tale prospettiva, si afferma che "la previsione del potere autorizzatorio della pubblica amministrazione vale a configurare la posizione giuridica del privato come mero interesse legittimo", in quanto la valutazione amministrativa, pur fortemente vincolata da presupposti tecnico-sanitari, resta comunque inserita in una funzione di garanzia dell'interesse pubblico alla corretta allocazione delle

³³⁷ Vengono in rilievo gli artt. 2, 3 e 4 del D.M. 3 novembre 1989, i quali demandano al Centro regionale di riferimento valutazioni esclusivamente tecnico-sanitarie, affidate a personale medico specializzato, senza attribuire all'amministrazione alcun potere di supremazia o di bilanciamento discrezionale tra interesse pubblico e interesse privato.

³³⁸ Cfr. Cass., sez. un., 30 maggio 2005, n. 11334, Cass., sez. un., 6 febbraio 2009, n. 2867, con note di A. Vecchi, *Interventi clinici gravi ed urgenti all'estero: con o senza la richiesta di autorizzazione preventiva, sulle controversie decide il giudice ordinario*, in *Diritto e Giustizia online*, fasc. 0, 2009, p. 29. Il medesimo principio è stato confermato dalle Sezioni Unite con le sentenze n. 25925 del 2011 e n. 20577 del 2013. V. anche T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 4 marzo 2025, n. 152, in tema di diniego di cure all'estero e verifica dei presupposti sanitari per l'autorizzazione al trattamento in centri di alta specializzazione stranieri.

risorse e al buon andamento del servizio sanitario. Da questa impostazione ne deriva che la doverosa intermediazione amministrativa non è un elemento neutro, ma costituisce “un sottile diaframma il cui positivo superamento è *ex ante* oggettivamente prevedibile sulla base della semplice lettura della norme e della sussunzione in esse del fatto; nondimeno quel diaframma costituisce il *proprium* di una situazione giuridica soggettiva che l'ordinamento pone in sede di conformazione della sfera giuridica privata”, con conseguente permanenza della funzione pubblicistica dell'atto.

Il Consiglio di Stato, perciò, valorizza la natura funzionale del potere, precisando che “il potere, dunque, rimane espressione di ‘supremazia’ o in termini più moderni di ‘funzione’, anche se l'*an* e il *quomodo* del suo esercizio sono pre-determinati dalla legge”. Anche nei casi in cui il potere appaia vincolato o fortemente tecnico, esso conserva la sua natura pubblicistica, poiché “potere amministrativo il cui esercizio - anche ove voglia definirsi vincolato, sussumendo [...] le valutazioni tecniche ivi contemplate nell'area della complessità del ‘fatto’ piuttosto che in quella della discrezionalità propriamente detta - intermedia la situazione giuridica soggettiva del cittadino che aspira ad ottenere cure gratuite all'estero”.³³⁹

Se il Consiglio di Stato valorizza la permanenza della funzione pubblicistica del potere autorizzatorio, la giurisprudenza di legittimità continua invece a leggere tali controversie alla luce della natura fondamentale del diritto alla salute.

In particolare, Cass. civ., Sez. Un., 25 febbraio 2025, n. 4847 ha precisato che anche quando il paziente impugni il diniego di autorizzazione e non si limiti a chiedere il rimborso delle spese già sostenute, la posizione azionata conserva natura di diritto soggettivo, poiché “viene comunque in considerazione il fondamentale diritto alla salute, non suscettibile di affievolimento per effetto della discrezionalità meramente tecnica riconosciuta alla P.A.” In tali ipotesi, infatti, “manca qualsivoglia discrezionalità amministrativa”, essendo oggetto di valutazione non

³³⁹ Consiglio di Stato sez. III - 21/10/2020, n. 6371, cit.

la scelta terapeutica, ma esclusivamente profili tecnici relativi alle modalità di erogazione della prestazione. In questa prospettiva, la giurisprudenza di legittimità valorizza l'incidenza del diritto fondamentale sull'assetto del potere amministrativo, nel senso che non è l'assenza della discrezionalità a determinare la sussistenza del diritto soggettivo, ma è la natura stessa del diritto coinvolto a conformare *ex ante* l'esercizio del potere, riducendolo a un'attività sostanzialmente vincolata. Il diritto alla salute opera così non solo come limite esterno all'azione amministrativa, ma come criterio interno di conformazione della stessa, comprimendo gli spazi della discrezionalità in favore di un accertamento tecnico dei presupposti normativi.

Tale impostazione è coerente con Cass. Sez. Un. n. 4873/2022, che, ai fini del riparto di giurisdizione, attribuisce rilievo decisivo alla concreta struttura del potere amministrativo e alla configurazione normativa della posizione soggettiva. Le Sezioni Unite evidenziano infatti la necessità di una “valutazione sistemica” del diritto coinvolto e del quadro normativo di riferimento, verificando se il legislatore abbia effettivamente attribuito alla pubblica amministrazione un potere di mediazione tra interessi contrapposti oppure se abbia già definito in via preventiva l'assetto degli interessi costituzionalmente rilevanti.³⁴⁰ Ne emerge una concezione del rapporto tra diritto fondamentale e potere amministrativo nella quale il discrimine tra atto discrezionale e atto vincolato non dipende semplicemente dalla maggiore o minore ampiezza delle valutazioni tecniche richieste all'amministrazione, ma dalla scelta legislativa — e, prima ancora, costituzionale.³⁴¹ Come è stato efficacemente osservato, “la discrezionalità è incompatibile con il diritto soggettivo non

³⁴⁰ Cass., sez. un., 15 febbraio 2022, n. 4873. La pronuncia ribadisce quanto già osservato dalla giurisprudenza di legittimità: qualora il contenuto del diritto risulti “delineato e predefinito in modo assoluto e cogente”, senza margini di bilanciamento amministrativo, la posizione del privato assume natura di diritto soggettivo pieno, con conseguente devoluzione della controversia alla giurisdizione del giudice ordinario; diversamente, la giurisdizione amministrativa può configurarsi solo in presenza di un effettivo potere di mediazione tra interessi pubblici e valori costituzionali.

³⁴¹ Come sottolineato da Tonoletti, in *L'accertamento amministrativo*, cit, p.327, I valori immanenti all'ordinamento costituzionale consentono all'interprete di comprendere “la differenza tra una protezione oggettiva e una protezione individuale dell'interesse”

nel senso, comunemente sottolineato, che di fronte al potere discrezionale non possono sussistere diritti soggettivi, ma in quello opposto per cui in presenza di un diritto non possono sussistere poteri discrezionali”.³⁴² Ne deriva la possibilità di rovesciare la prospettiva tradizionale, ponendo l’accento non tanto sull’esistenza del potere amministrativo, quanto sull’obbligo del suo esercizio in presenza di una posizione giuridica già compiutamente conformata dalla legge. In questa prospettiva, il diritto soggettivo non si caratterizza per l’assenza del potere, ma per il fatto che l’amministrazione è tenuta ad esercitarlo in modo necessitato e vincolato, senza alcun margine di mediazione discrezionale. Si potrebbe allora affermare che il diritto soggettivo si distingue dall’interesse legittimo non perché difetti l’intervento del potere pubblico, ma perché tale intervento costituisce esercizio dovuto di una funzione già integralmente predeterminata dall’ordinamento.³⁴³

4.4 La permanenza del diritto soggettivo nell’esercizio del potere amministrativo

Le ricostruzioni esaminate nei paragrafi precedenti mostrano come il rapporto tra diritto soggettivo e potere amministrativo possa essere interpretato in maniera differente rispetto la tradizionale logica dell’incompatibilità reciproca. Occorre, pertanto, individuare quali situazioni soggettive possano mantenere natura di diritto soggettivo anche all’interno del rapporto amministrativo.³⁴⁴

³⁴² Cfr. Tonoletti, in *L'accertamento amministrativo*, cit., p.325.

³⁴³ Come osserva Domenichelli, vi sono situazioni nelle quali “è proprio l’esercizio di un potere amministrativo a soddisfare l’interesse individuale”, attraverso un potere “così strettamente ed esclusivamente vincolato al soddisfacimento dell’interesse individuale” da poter essere assimilato a un obbligo. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, cit., p. 83.

³⁴⁴ Ad esempio Trimarchi evidenzia come, con l’avvio del procedimento, sorga un rapporto giuridico tra amministrazione e cittadino, nel cui ambito le regole procedurali proteggono una pluralità di interessi che non si esauriscono in quello finalizzato al contenuto del provvedimento, ma comprendono, a titolo esemplificativo: “l’interesse all’avvio del procedimento, alla ricezione della relativa comunicazione, alla conoscenza degli atti del procedimento, alla presa in considerazione delle memorie e documenti pertinenti, alla conclusione del procedimento con provvedimento espresso entro il termine, e via discorrendo” (M. Trimarchi, *Il riparto della giurisdizione nelle controversie per il risarcimento dei danni arrecati nell’esercizio della funzione amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2024, p.829). Tali situazioni, pur inserite nella dinamica procedimentale, non dipendono dal contenuto del provvedimento finale e non si esauriscono nella sua eventuale utilità, sicché, secondo l’impostazione dell’autore, esse possono essere

In questa riflessione, come già evidenziato, ad assumere centralità è il rango dell'interesse protetto e il grado di conformazione che esso impone all'azione amministrativa.³⁴⁵

In tale prospettiva, i diritti conservano una consistenza autonoma anche quando l'amministrazione sia chiamata ad esercitare poteri autoritativi. Il fulcro della tutela resta il diritto soggettivo in sé considerato, il quale non perde la propria consistenza per effetto dell'intervento amministrativo. La presenza del potere pubblico non assume, dunque, un valore assorbente nella qualificazione della posizione del privato.³⁴⁶

Si tratta di un'impostazione che riflette una più generale trasformazione del rapporto tra sfera pubblica e sfera privata. La tradizionale concezione, fondata sulla netta separazione tra diritto pubblico e diritto privato e sulla centralità del potere amministrativo quale elemento capace di comprimere le posizioni soggettive del privato, appare progressivamente superata. Come già si è avuto modo di sottolineare l'interferenza tra interessi pubblici e interessi privati si presenta oggi come fenomeno strutturale e continuo: attività formalmente private possono assumere rilievo pubblicistico, così come l'azione amministrativa può risultare orientata alla tutela diretta di interessi individuali costituzionalmente qualificati.³⁴⁷ In questi casi, l'interesse del privato non dipende dal contenuto favorevole o sfavorevole del provvedimento, ma dal rispetto di obblighi e doveri che gravano sull'amministrazione nello svolgimento della funzione amministrativa.

ricondotte a posizioni giuridiche autonome, distinte dall'interesse legittimo e qualificabili, ai fini del riparto, come diritti soggettivi procedurali.

³⁴⁵ Cfr. Travi, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, cit, p.51.

³⁴⁶ Cfr. Travi, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, cit, p.51.

³⁴⁷ Cfr. Satta, F. (2004). *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro amm. CDS*, p. 1903.

4.5 (Segue) I limiti esterni alla discrezionalità e la tutela dell'affidamento

La posizione giuridica del privato e il problema del riparto di giurisdizione si confronta, come già sottolineato, inevitabilmente con il tema della distinzione tra norme di relazione e norme di azione, secondo la nota costruzione di Guicciardi.³⁴⁸ Le prime attribuiscono direttamente un bene della vita al singolo anche nei confronti del potere amministrativo, configurando così una posizione di diritto soggettivo e determinano l'illiceità dell'atto lesivo. Le seconde, invece, attribuiscono un potere all'amministrazione e ne disciplinano presupposti e modalità di esercizio, sicché la loro violazione dà luogo a un vizio di illegittimità e alla correlativa posizione di interesse legittimo. Nell'ambito del rapporto fra il privato e l'amministrazione, perciò, coesistono norme di condotta (di relazione) che, qualora violate, generano responsabilità e norme sull'esercizio del potere (d'azione) che ineriscono al profilo della invalidità.

Per mettere a fuoco l'esistenza di diritti soggettivi che si fronteggiano al potere, occorre guardare alla validità delle norme di relazione quali limiti esterni alla discrezionalità amministrativa, in grado, perciò, di conformare il potere, pur rimanendo distinte dalle regole sull'esercizio della funzione amministrativa.³⁴⁹

Tali norme trovano applicazione, soprattutto grazie alla giurisprudenza di legittimità, nell'ottica di evitare indebiti privilegi della pubblica amministrazione e di garantire che essa sia assoggettata, nei rapporti con i privati, ai medesimi doveri di correttezza e responsabilità che gravano su qualunque soggetto dell'ordinamento.³⁵⁰

³⁴⁸ Cfr. Tonoletti, B., *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit, p135. Ove l'autore ne sottolinea la rilevanza per "cogliere la specificità del diritto soggettivo rispetto all'interesse legittimo".

³⁴⁹ V. nota *supra* n.230 e cfr. Tonoletti, B. (2021). *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione del giudice ordinario...*, cit., p. Si tratta di norme che condizionano e limitano il potere solo perché occasionalmente incidono sul suo esercizio, non perché siano preordinate a tale finalità.

³⁵⁰ A tal proposito Travi sottolinea una "proclamazione di un'amministrazione 'paritaria'" ad opera delle Sezioni Unite, precisando che tale figura "non comporta un superamento del potere amministrativo: lo assoggetta però a valori più profondi, condivisi col diritto comune". L'Autore evidenzia altresì che il modello

In questa prospettiva assume rilevanza la giurisprudenza della Cassazione in tema di tutela dell'affidamento,³⁵¹ ove il limite alla discrezionalità della pubblica amministrazione si individua nei principi di buona fede e correttezza,³⁵² i quali, secondo tale orientamento, costituiscono regole di condotta la cui violazione è sanzionata sul piano della responsabilità.³⁵³

elaborato dalla Cassazione “finisce col coprire uno spazio pratico oggi rimasto ‘vuoto’ ed assicura una tutela risarcitoria ‘civile’”, in un contesto segnato dall’“accettazione o dalla riemersione di soluzioni privilegiate per l’amministrazione”. Cfr. A. Travi, *Riparto di giurisdizione e concorrenza fra i “modelli” di responsabilità civile nelle relazioni tipiche del diritto amministrativo*, in *Cinquant’anni dopo. L’esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato. Scritti di diritto processuale amministrativo dedicati a Riccardo Villata*, 2021, pp. 205 e 209.

³⁵¹ Come sottolineato F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., p.23. la tutela dell'affidamento è una questione “di grande rilievo, anche (direi soprattutto) sul piano teorico, dato che “tocca” nozioni di teoria generale del diritto”; essa, infatti, si presta a riflessioni che investono non soltanto il riparto di giurisdizione, ma anche la natura della posizione soggettiva del privato, il rapporto tra diritti soggettivi e potere amministrativo, nonché il fondamento e la struttura della responsabilità della pubblica amministrazione. Sul piano più concreto, inoltre, tale problematica “tenta di segnare i confini della giurisdizione amministrativa, quali segnati dall’art. 7 c.p.a.”. Ancora sul piano pratico la materia presenta molteplici e concomitanti divergenze giurisprudenziali. Specificamente, i profili di incertezza riguardano: la natura della pretesa azionata nei confronti dell'amministrazione, concepita sia come posizione giuridica autonoma qualificata come diritto, sia come posizione strumentale alternativamente riferibile all’interesse legittimo o al diritto soggettivo; la natura stessa della responsabilità cui è esposta l’amministrazione, ricondotta di volta in volta al paradigma contrattuale da inadempimento o a quello extracontrattuale da illecito; il trattamento giuridico degli elementi costitutivi del danno; e il relativo regime processuale. Cfr., V. Pampanin, *La costruzione giurisprudenziale della responsabilità da lesione dell'affidamento: carattere aperto della fattispecie e incertezze applicative*, n S. Battini, G. Bottino, V. Manes, B. Tonoletti (a cura di), *Responsabilità pubbliche in trasformazione. L’assetto delle responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici alla prova della burocrazia difensiva*, Bologna, Bologna University Press, 2026, p.177.

³⁵² La buona fede in senso oggettivo, intesa quale criterio di correttezza e lealtà nei rapporti giuridici, deve essere distinta sia dalla buona fede soggettiva – rilevante quale stato psicologico di ignoranza o affidamento incolpevole, ai sensi, tra gli altri, degli artt. 251, 535, co. 3, 1147 e 1479 c.c. – sia dalla buona fede quale canone ermeneutico del contratto. In dottrina, la distinzione tra buona fede soggettiva, buona fede oggettiva e buona fede quale criterio incidente sulle vicende dei rapporti giuridici è stata approfondita con specifico riguardo al diritto amministrativo da Merusi, F. (2001). *Buona fede ed affidamento nel diritto pubblico*. Giuffrè; Manganaro, F. (1995). *Il Principio di buona fede nell'attività delle amministrazioni pubbliche. Edizioni scientifiche italiane*, p.20 ss.; L. Lorenzoni, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, Jovene, 2018, p.136ss.

³⁵³ Cfr. Trimarchi, M. (2022). *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione. P.A. - Persona e Amministrazione*, 11(2), p.73ss. L’autore sottolinea la necessità di distinguere, anche nel diritto amministrativo, tra norme sulla produzione del provvedimento e norme di comportamento. Le prime attengono alla formazione dell’atto, sia sotto il profilo contenutistico sia con riguardo agli aspetti formali, incidendo dunque direttamente sulla validità del provvedimento; le seconde, invece, disciplinano la condotta dell’amministrazione all’interno del rapporto giuridico, senza influire né sulla forma né sul contenuto dell’atto. In tale prospettiva, disposizioni quali quelle relative al termine di conclusione del procedimento o alla buona fede integrano norme di mero comportamento, la cui violazione non determina invalidità del provvedimento, ma esclusivamente responsabilità dell’amministrazione. La distinzione consente così di separare le norme di comportamento che rilevano anche come norme sulla produzione – e che quindi incidono sulla validità

La tutela dell'affidamento incolpevole³⁵⁴ ricomprende, anzitutto, le ipotesi in cui la pubblica amministrazione abbia emanato provvedimenti amministrativi favorevoli che, dopo aver ingenerato nel destinatario una legittima aspettativa circa la stabilità dei relativi effetti, vengano successivamente rimossi dall'ordinamento giuridico mediante annullamento giurisdizionale, ovvero attraverso l'esercizio del potere di autotutela.³⁵⁵ Essa si estende, inoltre, ai casi in cui l'amministrazione, attraverso comportamenti, atti endoprocedimentali o prese di posizione maturate nel corso dell'istruttoria, abbia indotto il privato a confidare ragionevolmente in una conclusione favorevole del procedimento, salvo poi adottare legittimamente un provvedimento finale di contenuto diverso.³⁵⁶ Infine, la tutela dell'affidamento

dell'atto – da quelle che operano soltanto sul piano della correttezza della condotta amministrativa. La buona fede, in particolare, viene ricondotta a quest'ultima categoria, quale clausola generale destinata a orientare il comportamento dell'amministrazione senza trasformarsi in parametro diretto di validità del provvedimento.

³⁵⁴ La dottrina ha evidenziato come, nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, debba distinguersi tra affidamento legittimo e affidamento incolpevole, categorie accomunate dalla tutela dell'aspettativa del privato ma differenti sul piano strutturale e funzionale. L'affidamento incolpevole ricorre, in particolare, quando il privato riponga fiducia nella legittimità di un provvedimento favorevole che risulti in realtà viziato ab origine, senza essere consapevole dell'illegittimità che lo affligge: esso assume così i tratti dell'affidamento "giustificato" propri della responsabilità civilistica, rilevando soprattutto sul piano risarcitorio. Diversamente, l'affidamento legittimo si configura quale situazione giuridica tutelata dall'ordinamento in ragione della stabilità e della coerenza dell'azione amministrativa, assumendo una dimensione più propriamente pubblicistica e operando, in particolare, quale limite all'esercizio del potere di autotutela ai sensi dell'art. 21-nonies l. n. 241/1990. In tale prospettiva, esso non pone particolari problemi ricostruttivi né sotto il profilo della tutela né quanto al riparto di giurisdizione, essendo pacificamente riconducibile alla figura dell'interesse legittimo e, quindi, alla giurisdizione del giudice amministrativo. Più complessa appare, invece, la figura dell'affidamento incolpevole, rispetto alla quale emergono maggiori incertezze circa la natura della situazione soggettiva lesa e il relativo regime di tutela. V. Trimarchi Banfi, F. (2018). *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione. Dir. proc. amm.*, p. 823 ss.; cfr. Armando Lorusso, *L'affidamento incolpevole e il suo giudice: ancora un altro giro di valzer*, in *Federalismi.it*, 2026, 8, p.114 ss.

³⁵⁵ Cfr. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., p.824.

³⁵⁶ Cfr. Trimarchi, M. (2022). *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p.80ss. ove l'autore distingue la responsabilità per violazione della buona fede all'interno del procedimento dalla responsabilità per violazione della buona fede nel rapporto sorto a seguito dell'emanazione di un provvedimento favorevole. Egli distingue, altresì, il danno risarcibile nelle due ipotesi: nel primo caso, esso risulta "strutturalmente omogeneo a quello che si riscontra nella responsabilità precontrattuale nei rapporti tra privati: consiste cioè nel valore delle occasioni perdute per effetto delle scorrettezze della controparte e nei costi eventualmente sostenuti in vista della ragionevole conclusione del procedimento"; nel secondo caso, invece, nel "valore delle occasioni perdute confidando nel provvedimento favorevole e nelle spese sostenute per avviare l'attività dal medesimo assentita".

assume rilievo anche nelle ipotesi di inerzia amministrativa, nelle quali il procedimento non sfoci nell'adozione di un provvedimento espresso.

Tutte le ipotesi sopradette³⁵⁷ per l'orientamento tradizionale della Corte di Cassazione³⁵⁸ venivano ricondotte alla giurisdizione ordinaria, in quanto Le Sezioni Unite qualificano tale responsabilità come responsabilità da comportamento illecito ex art. 2043 c.c., e successivamente, con la sentenza 8236/2020³⁵⁹, da contatto qualifico, fondata sulla violazione dei doveri di correttezza, prudenza e buona

³⁵⁷ Per un approfondimento della casistica, v. V. Pampanin, *La costruzione giurisprudenziale della responsabilità da lesione dell'affidamento: carattere aperto della fattispecie e incertezze applicative*, cit., p.198 ss. L'autore evidenzia, in particolare, due ipotesi ulteriori: a) il caso in cui la Pubblica Amministrazione adotti un provvedimento illegittimo che arrechi pregiudizio non al destinatario diretto, bensì a un terzo, quale conseguenza mediata e indiretta dell'agire pubblico; b) la differente ipotesi in cui l'affidamento del privato sulla stabilità degli effetti di un provvedimento favorevole venga posto in crisi non tanto per una illegittimità originaria dell'atto, quanto per l'accertata erroneità dei presupposti di fatto sui quali lo stesso era stato fondato.

³⁵⁸ Inaugurato come noto dalle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011: le prime due pronunce riguardavano il caso del proprietario di un fondo cui era stato rilasciato un titolo edilizio poi annullato; la terza concerneva invece l'aggiudicatario di un appalto privato del beneficio a seguito della rimozione dell'aggiudicazione. Per approfondimento v. Cass., sez. un., 23 aprile 2011, nn. 6594, 6595 e 6596, in Foro it., 2011, 2387, con nota di A. Travi, *Annulamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *Federalismi.it*, 2011, n. 7., Villata, R. (2013). "Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)?, *Diritto Processuale Amministrativo*, 31(1), p.324-356. V. anche Lamorgese, L. (2011). *Stop della Cassazione alla concentrazione della giurisdizione a senso unico. Giustizia civile*. Come evidenziato da V. Pampanin, *La costruzione giurisprudenziale della responsabilità da lesione dell'affidamento: carattere aperto della fattispecie e incertezze applicative*, cit., p.181, tuttavia, non è mancata una giurisprudenza di segno contrario secondo cui, discostandosi da tale consolidato orientamento e riprendendo quanto già espresso in decisioni anteriori al 2011, la Cassazione ha affermato che nelle materie di giurisdizione amministrativa esclusiva l'azione risarcitoria per lesione dell'affidamento riposto nella legittimità dell'atto amministrativo poi annullato rientrerebbe nella cognizione del giudice amministrativo. Secondo tali tesi, in sostanza, a venire in discussione nelle vicende processuali sarebbe "l'agire provvedimentale nel suo complesso", giustificandosi così la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ragione del contesto, o dell'ambiente, di stampo pubblicistico, nel quale la complessiva condotta dell'amministrazione si colloca e che connette la condotta stessa con l'esercizio del potere.

³⁵⁹ Con la sentenza Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 3, I, p. 461 ss, la Corte di cassazione rielabora e conferma tale impostazione. In primo luogo, viene ampliata la tutela risarcitoria, ricomprendendovi non solo l'ipotesi di annullamento di un provvedimento favorevole illegittimo, ma anche le situazioni in cui l'amministrazione, attraverso comportamenti procedurali o assicurazioni, abbia ingenerato nel privato un affidamento successivamente frustrato da un provvedimento finale legittimo.

In secondo luogo, muta il paradigma della responsabilità: essa non viene più ricondotta all'illecito aquiliano, bensì alla responsabilità da inadempimento derivante da contatto sociale qualificato. Il rapporto procedimentale è infatti ricostruito come fonte di un'obbligazione senza prestazione, dalla quale discendono obblighi di protezione, correttezza e buona fede. Il rapporto tra privato e pubblica amministrazione viene così qualificato come fatto idoneo a produrre obbligazioni "in conformità dell'ordinamento giuridico" ai sensi dell'art. 1173 c.c.; da esso derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione in senso stretto, bensì reciproci doveri di buona fede, protezione e informazione, in applicazione degli artt. 1175 c.c. (correttezza), 1176 c.c. (diligenza) e 1337 c.c. (buona fede precontrattuale).

fede gravanti anche sulla pubblica amministrazione. Il provvedimento favorevole annullato continua così a rilevare non come esercizio illegittimo del potere, ma come “mero comportamento” idoneo a ledere l’affidamento del privato. In questa prospettiva, la domanda risarcitoria “prescinde da valutazioni sull’esercizio del potere pubblico” e non costituisce una tutela “ulteriore e di completamento” rispetto all’azione demolitoria. Da tale ricostruzione la Corte fa discendere il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, affermando che la giurisdizione amministrativa sussiste soltanto quando il danno lamentato costituisca conseguenza immediata dell’illegittimo esercizio del potere amministrativo; diversamente, nelle ipotesi di lesione dell’affidamento incolpevole, il pregiudizio non viene ricondotto all’esercizio del potere in quanto tale, né alla illegittimità del provvedimento, ma alla violazione dei doveri civilistici di correttezza e buona fede gravanti sull’amministrazione nell’ambito della relazione instaurata con il privato.³⁶⁰

Il criterio dirimente, quindi, non è tanto l’esercizio del potere, sicuramente presente nella emissione di un provvedimento, ma il “tipo” di norme violate che provoca il danno. Quest’ultimo, secondo la ricostruzione della Cassazione, viene provocato non dalla violazione delle norme pubblicistiche che disciplinano l’agire dei soggetti pubblici e ne condizionano la validità, ma dalle regole di condotta che

³⁶⁰ "nel caso in cui [...] il comportamento della pubblica amministrazione abbia leso l'affidamento del privato, perché non conforme ai canoni di correttezza e buona fede, non sussiste alcun collegamento, nemmeno mediato, tra il comportamento dell'amministrazione e l'esercizio del potere. Il comportamento dell'amministrazione rilevante ai fini dell'affidamento del privato, infatti, si pone — e va valutato — su un piano diverso rispetto da quello della scansione degli atti procedurali che conducono al provvedimento con cui vien esercitato il potere amministrativo. Detto comportamento si colloca in una dimensione relazionale complessiva tra l'amministrazione ed il privato, nel cui ambito un atto provvedimento di esercizio del potere amministrativo potrebbe mancare del tutto (come nel caso oggetto del presente giudizio) o, addirittura, essere legittimo [...]". Per la Cassazione, in altre parole, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la giurisdizione amministrativa su diritti presuppone "che la causa *petendi* si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo. Ciò non accade quando la causa del danno di cui il privato chiede il risarcimento risieda non nel cattivo esercizio del potere amministrativo, bensì [...] in un comportamento (nel cui ambito l'atto di esercizio del potere amministrativo — provvedimento o adattato secondo moduli convenzionali- rileva come mero fatto storico) la cui illiceità venga dedotta prescindendo dal modo in cui il potere è stato (o non è stato) esercitato e venga prospettata come violazione di regole comportamentali di buona fede e correttezza alla cui osservanza è tenuto qualunque soggetto, sia esso pubblico o privato". (Cass. Sez. Un. 8236/2020, cit.)

trovano il loro aggancio nel più generale dovere di solidarietà sociale, sancito dall'art. 2 Cost., che grava reciprocamente su tutti i membri della collettività e che diviene più intenso, specificandosi nel dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano momenti relazionali socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta conforme a buona fede.³⁶¹

La giurisprudenza, tanto amministrativa quanto di legittimità, ha progressivamente dato applicazione al modello della responsabilità da lesione dell'affidamento incolpevole, distinguendola nettamente dall'illecito da esercizio illegittimo del potere e riconducendola a una dimensione relazionale autonoma fondata sui doveri di correttezza e buona fede. In tale prospettiva, il giudice amministrativo ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario in materia di risarcimento del

³⁶¹ V. anche Cass., sez. un., 24 gennaio 2023, n. 2175, ove le Sezioni Unite hanno evidenziato che i canoni di correttezza e buona fede rilevanti ai fini dell'integrazione del danno da lesione dell'affidamento incolpevole non sono quelli ascrivibili all'esercizio del potere amministrativo, come codificati dall'art. 1, comma 1-bis, della l. n. 241/1990; essi trovano, invece, la propria genesi nell'ordinamento civilistico e, come tali, si correlano a un diritto soggettivo, idoneo a radicare la giurisdizione del giudice ordinario nell'ipotesi di lesione. Secondo tale impostazione, il danneggiato non mette in discussione la legittimità del provvedimento — pure legittimamente annullato — né richiede la riparazione del pregiudizio conseguente alla perdita del bene della vita; egli lamenta, piuttosto, la scorrettezza del comportamento della pubblica amministrazione e chiede il ristoro dei pregiudizi che non si sarebbero verificati ove l'amministrazione non avesse ingenerato affidamento nel provvedimento favorevole. La sentenza smentisce, pertanto, la tesi secondo cui il danno dovrebbe essere ricondotto alla lesione di un interesse legittimo, affermando che: "il provvedimento ampliativo, ancorché illegittimo, non produce di per sé alcun danno al suo destinatario beneficiario; in relazione agli interessi pretensivi, infatti, l'interesse del privato è soddisfatto quando l'amministrazione, all'esito del procedimento, emana il provvedimento che produce l'effetto positivo, senza che rilevi, dal punto di vista del medesimo privato, se tale emanazione sia legittima o illegittima. Al privato, come in dottrina non si è mancato di sottolineare, interessa soltanto vedere ampliata la propria sfera giuridica, cioè l'acquisizione di un bene della vita. [...] La causa del danno, in altri termini, non è il provvedimento illegittimo (come accade quando il bene della vita sia stato illegittimamente negato), bensì il fatto storico dell'emissione e della successiva caducazione di un provvedimento di per sé non dannoso per il destinatario, poi annullato perché illegittimo. Non si tratta, pare al Collegio, di degradare il provvedimento a mero fatto, bensì di individuare, ai fini dell'indicazione della situazione giuridica lesa, il fatto dannoso, che è diverso a seconda che il provvedimento illegittimo abbia negato oppure attribuito il bene della vita al privato". V. anche F.G. Scoca, *Interesse legittimo*, cit. p. 173, nt. 193, secondo cui: "non è negabile che il privato non sia affatto interessato alla legittimità dell'azione dell'amministrazione: egli sarebbe sicuramente disposto a soddisfare il suo interesse sostanziale, o finale, anche mediante atti illegittimi. Quest'osservazione non ha carattere soltanto psicologico, ma anche giuridico, dato che al privato è inibito impugnare i provvedimenti amministrativi che, in modo illegittimo, soddisfano il suo interesse sostanziale: difetta, infatti, l'interesse a ricorrere".

danno da affidamento ingenerato nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica, ove l'aggiudicazione in favore del privato sia stata successivamente annullata. È stato infatti ritenuto che la posizione lesa non coincida con l'interesse legittimo all'aggiudicazione, ma con il diritto soggettivo all'integrità dell'affidamento riposto nella legittimità del provvedimento favorevole, successivamente caducato. In tal senso, si è precisato che si tratta di una situazione giuridica "autonomamente tutelata che si colloca nella sequenza provvedimento – affidamento incolpevole – annullamento (legittimo) dell'atto favorevole e che risulta solo "occasionata" dal potere esercitato", con conseguente devoluzione al giudice ordinario.³⁶²

Nella stessa linea si collocano le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che hanno riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario in relazione alla domanda risarcitoria proposta dal privato che aveva confidato nella stabilità di un permesso di costruire successivamente annullato dal giudice amministrativo. La Corte ha chiarito che il danno non deriva dal provvedimento ampliativo in sé, bensì dalla sua successiva caducazione, che ha reso inutili le spese e le attività intraprese in affidamento sul titolo edilizio. In tale prospettiva, l'illegittimità dell'atto e la legittimità del suo annullamento costituiscono meri presupposti della controversia, mentre la *causa petendi* si radica nel comportamento complessivo dell'amministrazione lesivo dell'affidamento, riconducibile a un diritto soggettivo autonomo e non all'esercizio del potere.³⁶³

³⁶² T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 10 febbraio 2025, n. 65. In questo senso, l'affidamento è "una situazione autonoma, tutelata in sé e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, quale affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta." Cfr. Pampanin. V., *La costruzione giurisprudenziale della responsabilità da lesione dell'affidamento: carattere aperto della fattispecie e incertezze applicative*, cit., p.175; v. altresì Cass. civ., Sez. Un., ord. 19 gennaio 2023, n. 1567 e Cass. civ., Sez. Un., ord. 9 febbraio 2023, n. 4044.

³⁶³ Cass., sez. un., 14 maggio 2024, n. 13191, con nota di R. A. Capozzi, *Riparto di giurisdizione per risarcimento da lesione dell'affidamento per annullamento di provvedimento ampliativo illegittimo: la competenza al giudice ordinario*, in *IUS Amministrativo*, 2024.

Ulteriore applicazione si rinviene in materia paesaggistica, ove le Sezioni Unite hanno affrontato il caso di un nulla osta inizialmente rilasciato senza prescrizioni e successivamente seguito dall'imposizione di condizioni più gravose tali da incidere significativamente sul progetto originario. La Corte ha ravvisato nella condotta della Soprintendenza una violazione dei canoni di correttezza e buona fede, idonea a ledere l'affidamento del privato, precisando che il pregiudizio non discendeva dall'esercizio del potere autoritativo, ma da una condotta contraddittoria valutabile secondo il principio del *neminem laedere*. È stata quindi affermata la giurisdizione del giudice ordinario.³⁶⁴

Analogamente, in materia di contratti pubblici, la giurisprudenza ha riconosciuto la giurisdizione ordinaria in un caso in cui un'impresa, risultata aggiudicataria provvisoria, non aveva mai ottenuto l'aggiudicazione definitiva né la stipula del contratto, nonostante ripetute rassicurazioni dell'amministrazione e una protratta inerzia procedimentale. In tale fattispecie, la Corte ha escluso che la domanda risarcitoria fosse fondata sull'illegittimità degli atti della procedura o sull'esercizio del potere, ravvisando invece una lesione dell'affidamento ingenerato dal comportamento complessivo dell'amministrazione, valutabile alla stregua delle regole civilistiche di correttezza e buona fede operanti anche nella fase precontrattuale.³⁶⁵

³⁶⁴ Cass., sez. un., 14 gennaio 2020, n. 416.

³⁶⁵ Cass., sez. un., 29 aprile 2022, n. 13595.

A tale orientamento, fortemente criticato in dottrina sia con riferimento alla qualificazione della posizione giuridica soggettiva³⁶⁶, sia alla natura privatistica delle norme di correttezza e buona fede³⁶⁷, e alla conseguente riconducibilità

³⁶⁶ La dottrina, in posizione critica rispetto alla qualificazione della posizione giuridica in termini di diritto soggettivo piuttosto che di interesse legittimo, ha evidenziato come il privato “vanta nei confronti dell’amministrazione un legittimo interesse” alla “conservazione” del provvedimento favorevole “non solo rispetto all’azione giurisdizionale del ricorrente, ma anche rispetto al potere di autotutela dell’amministrazione stessa”. Ne consegue che non sarebbe condivisibile interporre nel rapporto amministrativo, costituito dal provvedimento, un diritto soggettivo avente ad oggetto l’affidamento alla stabilità del provvedimento medesimo, quale presupposto sostanziale della giurisdizione amministrativa, poiché attraverso la stabilità del provvedimento e del rapporto con esso costituito il privato beneficiario conserva l’utilità attribuitagli, che, nella misura in cui è correlata a un pubblico potere, resta oggetto di un interesse legittimo (da pretensivo a oppositivo) (F.G. Scoca, *L’interesse legittimo*. Storia e teoria, p. 467). In senso adesivo, si è altresì osservato che l’annullamento giurisdizionale del provvedimento favorevole e la conseguente tutela risarcitoria si collocano nell’ambito di una “questione patrimoniale consequenziale alla valutazione dell’attività provvedimentale dell’Amministrazione, anche allorché si faccia riferimento in particolare a profili comportamentali” (C.E. Gallo, *La lesione dell’affidamento sull’attività della Pubblica Amministrazione*, Diritto processuale amministrativo, pp. 575-576). Inoltre, si è affermato che è “del tutto ragionevole (e non incoerente con una nozione tradizionale di interesse legittimo) ritenere che la lesione dell’interesse legittimo sia configurabile non solo quando l’amministrazione sottragga o neghi illegittimamente al cittadino un bene della vita, ma anche quando lo salvaguardi e lo attribuisca al cittadino in un modo inappropriato, ossia con un provvedimento illegittimo, e tale provvedimento venga perciò annullato” (A. Travi, *Riparto di giurisdizione e concorrenza fra i “modelli” di responsabilità civile, L’esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato. Scritti di diritto processuale amministrativo dedicati a Riccardo Villata*, cit., p. 504). In termini critici rispetto alla costruzione della Cassazione, si è infine osservato che essa finirebbe per configurare “una pretesa al corretto svolgimento dell’azione amministrativa, cioè una posizione che si confronta con l’esercizio del potere, e che dunque non può non dare luogo, secondo le correnti qualificazioni, che ad un interesse legittimo” (M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell’affidamento*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2/2011, p. 889).

³⁶⁷ Ulteriore profilo criticato in dottrina riguarda la natura privatistica delle norme di correttezza e buona fede. In particolare, si è osservato che “la “natura” privata o pubblica delle disposizioni legislative non è una loro qualità intrinseca, ma dipende esclusivamente dalla platea di coloro cui esse si riferiscono, ossia dai loro destinatari (soggetti privati o soggetti pubblici o entrambi). Pertanto, ove disposizioni, topograficamente collocate in un contesto normativo di preminente destinazione privata, com’è il codice civile, si applicano anche a soggetti pubblici, esse perdono la “natura” (esclusivamente) privata per acquisire la “natura” di regole di applicazione generale, non più private, ma appunto regole generali. Le clausole generali, e tra esse quella relativa alla buona fede, pur inserita nel codice civile, applicandosi anche ai comportamenti dei soggetti pubblici, non possono essere considerate regole di diritto privato”. E ancora: “Anche ove lo fossero (e con ciò passo al secondo profilo), non sarebbe comunque concepibile che la disciplina giuridica concernente lo svolgimento dell’attività amministrativa fosse divisa in due corpi diversi, le regole di diritto pubblico e quelle di diritto privato, le prime attinenti agli atti (precettivi), le seconde ai comportamenti, ovvero, in modo ancor meno condivisibile, le prime all’attività di esercizio del potere, le seconde ai comportamenti (ritenuti) estranei all’esercizio del potere. Ciò anche se la violazione delle prime determina la invalidità (degli atti) e la violazione delle seconde dà luogo a responsabilità. Va inoltre rilevato che, mentre la nozione di validità/invalidità può essere riferita solo agli atti precettivi (provvedimenti, negozi, accordi, ecc.), la nozione di legittimità/illegittimità, in quanto costruita come semplice rapporto tra norma astratta e fattispecie concreta, è perfettamente predicabile anche per i meri comportamenti. Pertanto, il comportamento contrario al principio di correttezza e buona fede è (tranquillamente qualificabile come) comportamento (o fatto) illegittimo; e, come tale, illecito. Del tutto da respingere è poi la conseguenza che se ne trae, cioè che, per la tutela in caso di violazione del primo corpo di regole, la giurisdizione spetti al giudice

della controversia alla giurisdizione del giudice ordinario anche in sede di materie devolute alla giurisdizione esclusiva,³⁶⁸ si contrappone la diversa impostazione del Consiglio di Stato.

amministrativo, e, per la tutela in caso di violazione del secondo, essa spetti al giudice ordinario. Si tratta di una tesi irragionevole e del tutto priva di fondamento” (F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, p. 27). Nello stesso senso, si è affermato che la Cassazione incorre in un falso argomento quando, per dimostrare che la situazione giuridica lesa è un diritto soggettivo, richiama la natura privatistica della buona fede oggettiva: “Innanzitutto, la Cassazione incorre in un falso argomento — nel senso ora chiarito — quando, per dimostrare che la situazione giuridica lesa è un diritto soggettivo, si appella alla natura privatistica della buona fede oggettiva (alias, regola di correttezza). Indubbiamente la buona fede ha avuto sviluppi maggiori nel diritto privato che nel diritto pubblico, dunque l’esperienza civilistica costituisce un imprescindibile riferimento per l’applicazione di questa clausola nel diritto amministrativo. Ma non per questo la si può considerare una regola di diritto privato: a tacere del fatto che nel diritto romano la buona fede trovava applicazione anche nell’ambito di rapporti che oggi diremmo pubblicistici ormai da molti anni nessuno dubita più della sua operatività nei rapporti amministrativi, sicché essa è semmai una regola di diritto comune, non di diritto privato nel senso forte cui sembra alludere la Cassazione. Ma, a prescindere da tutto ciò, l’appartenenza di una regola al diritto pubblico o al diritto privato, ammesso che qualcosa significhi, di certo non ha incidenza sull’individuazione dell’interesse protetto e sulla consistenza della protezione che gli è accordata, dunque sul tipo della situazione giuridica soggettiva. L’attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario, pertanto, non può essere desunta dalla asserita natura privatistica della buona fede” (Trimarchi, M. (2024). *Il riparto della giurisdizione nelle controversie per il risarcimento dei danni arrecati nell’esercizio della funzione amministrativa*, cit, p.847) Infine, in senso critico rispetto alla riconduzione dell’affidamento a regole privatistiche, si è osservato che “anche i casi di cui ci stiamo occupando non sono che una (se si vuole, particolare) figura del cattivo esercizio della funzione: l’amministrazione ha malamente vagliato i presupposti pubblicistici del proprio agire ingenerando un incolpevole affidamento con un provvedimento favorevole” (Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell’affidamento*, cit, p.901.)

³⁶⁸ In senso critico rispetto a tale impostazione, si è osservato che “Il problema si pone in realtà solo — o si dovrebbe porre solo — allorché tali controversie non ricadano in materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non potendosi seguire la Cassazione laddove rifiuta di accettare che la condotta lesiva sia quantomeno un comportamento riconducibile al potere” (Trimarchi, *Il riparto della giurisdizione nelle controversie per il risarcimento dei danni arrecati nell’esercizio della funzione amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2024, p. 854). In dottrina si è inoltre evidenziato come la Cassazione tenda ormai da tempo a “derubricare” il momento che precede l’esercizio o il mancato esercizio del potere a mero comportamento materiale produttivo di effetti giuridici e, dunque, di responsabilità (contrattuale) in capo all’Amministrazione nelle ipotesi di lesione di un diritto soggettivo, utilizzando un neologismo riconducibile a Giuseppe Tropea, Annalaura Giannelli. (2020, May 15). *Comportamento procedimentale, lesione dell’affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche (Nota a Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236)*, in *Giustizia Insieme*, p.899. V. anche Armando Lorusso. (2026). *L’affidamento incolpevole e il suo giudice: ancora un altro giro di valzer*, in *Federalismi.it*, 8, p.132 L’autore nello stesso senso critico, si è osservato che “Così, se l’esercizio del potere amministrativo determina il radicarsi della giurisdizione del g.a. (in sede di legittimità o esclusiva), gli sforzi interpretativi paiono doversi concentrare piuttosto sulla riconducibilità della condotta dell’Amministrazione al potere, e non già (o non solo) sulla qualificazione della situazione giuridica soggettiva in termini di interesse legittimo o di diritto soggettivo. Pertanto, pur a fronte della lesione di principi di matrice civilistica come quelli di correttezza e buona fede che si ritengono lesi per mezzo di un comportamento dell’Amministrazione che abbia instillato un affidamento incolpevole, la giurisdizione dovrebbe appartenere al giudice amministrativo ogni qual volta l’oggetto della controversia attenga all’esercizio o al mancato esercizio del potere amministrativo. E ciò sia nelle ipotesi di lesione di interessi legittimi, sia in quelle in cui la situazione soggettiva lesa” In termini ulteriormente critici, si è poi

Con l'adunanza planaria n 19,20, 21/2021,³⁶⁹ il Consiglio di Stato precisa che l'affidamento non costituisce un autonomo diritto soggettivo, ma rappresenta un principio generale che regola i rapporti giuridici e che può riferirsi tanto al diritto soggettivo quanto all'interesse legittimo. In particolare, nell'ambito del rapporto amministrativo, la tutela dell'affidamento opera quando il privato maturi un'aspettativa circa la stabilità di un provvedimento favorevole emanato dalla pubblica amministrazione. Qualora tale aspettativa venga frustrata dall'annullamento dell'atto, la responsabilità dell'amministrazione resta comunque collegata alla lesione di una posizione di interesse legittimo, poiché il destinatario del provvedimento conserva un interesse qualificato alla sua permanenza ed efficacia. Secondo tale ricostruzione, "quando l'affidamento abbia a oggetto la stabilità del rapporto amministrativo, costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, e a fortiori quando questo atto afferisca ad una materia di giurisdizione esclusiva",

rilevato che "Ebbene, si fa francamente fatica a ritenere che, in una vicenda contrassegnata, indiscutibilmente, dall'esercizio di poteri provvedimentali, possano ritagliarsi situazioni che fuoriescano dall'ampiezza della suddetta formula. Invero, il ragionamento del Giudice della giurisdizione contiene al riguardo una palese forzatura, e cioè riqualificare il provvedimento originario come "mero comportamento", a partire dal dato dinamico dell'avvenuto annullamento, come se ciò consenta, per trasformismo giuridico, di astrarre a posteriori la vicenda dalla sua originaria ambientazione nell'esercizio del potere. Se così fosse si potrebbe paradossalmente arrivare a ritenere che persino l'annullamento giurisdizionale di un provvedimento illegittimo che restringe la sfera giuridica del ricorrente non consenta più, in seconda battuta, allo stesso ricorrente vittorioso un'azione risarcitoria di fronte al giudice amministrativo, poiché quel provvedimento non esiste più e dunque, seguendo il ragionamento della Cassazione, resterebbe soltanto un "mero comportamento". In realtà, all'origine dell'affidamento vi è un "provvedimento" e poco importa che questo sia stato annullato, così come poco importa che si sia trattato di un provvedimento illegittimo "favorevole". Il criterio selettivo del provvedimento "favorevole" è peraltro assai ambiguo se si tiene conto del "terzo", il quale può non meno astrattamente ritenersi titolare di una posizione di affidamento, ad es., rispetto ad un provvedimento "sfavorevole" per l'istante, poi annullato" (Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, cit, p.898.)

³⁶⁹ Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, in *Foro it.*, 2022, II, III, c. 69 ss., Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20, con nota di E. Zampetti, *Annullamento giurisdizionale di provvedimento favorevole e giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 3, p. 663.; con note di V. Di Capua, *Danno da lesione dell'affidamento incolpevole e riparto di giurisdizione: l'Adunanza plenaria aggiunge un altro capitolo alla saga*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 3, p. 679. Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, con nota di G. Guglielmi, *La responsabilità precontrattuale della P.A.: i nuovi (discutibili) criteri individuati dall'Adunanza plenaria n. 21/2021 per il risarcimento del danno*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 3, p. 933.

la controversia risarcitoria appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo. Ciò in quanto la fiducia lesa “si riferisce non già ad un comportamento privato o materiale — a un ‘mero comportamento’ — ma al potere pubblico, nell’esercizio del quale l’amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo”³⁷⁰.

Al contrario dell’impostazione della Cassazione, che tende a ricondurre la tutela dell’affidamento a una dimensione relazionale autonoma fondata su regole di correttezza e buona fede di matrice civilistica e, quindi, svincolata — almeno in parte — dall’esercizio del potere, la diversa ricostruzione del Consiglio di Stato pone l’accento su un limite interno allo stesso esercizio del potere amministrativo.

In questa prospettiva, la buona fede risulta “positivizzata” dall’art. 1, comma 2-bis, l. n. 241/1990 e opera come criterio che conforma dall’interno l’azione amministrativa, collegandosi espressamente al legittimo esercizio del potere. Ne deriva che l’affidamento non si colloca al di fuori del rapporto autoritativo, ma ne costituisce una componente fisiologica, la cui lesione è risarcibile nei termini di “interferenza del comportamento scorretto” nell’esercizio del potere.³⁷¹

Tale orientamento, valorizzato dal Consiglio di Stato nella prospettiva della riconduzione dell’affidamento al perimetro interno dell’esercizio del potere

³⁷⁰ Il Consiglio di Stato, Ad. plen., 21/2020, cit., ha evidenziato che non vi sarebbe ragione di limitare l’ambito applicativo dell’art. 7, comma 1, c.p.a. al solo danno derivante da un provvedimento sfavorevole impugnato dal privato, sostenendo che anche nel caso speculare del danno conseguente all’annullamento di un provvedimento favorevole la controversia resti inserita nella dinamica del rapporto amministrativo e non possa ridursi a un semplice comportamento di fatto dell’amministrazione. In tale prospettiva, non sarebbe corretto considerare il provvedimento favorevole successivamente annullato come degradato “a mero fatto”, dovendosi invece mantenere la sua rilevanza quale atto espressione del potere amministrativo e momento interno alla sequenza procedimentale rilevante ai fini del riparto di giurisdizione.

³⁷¹ Sullo sfondo di tale ricostruzione permane l’idea del potere quale fattore di qualificazione del rapporto: l’amministrazione non opera come soggetto paritario, ma come autorità, e proprio tale posizione giustifica la specialità delle regole che governano il rapporto con il privato.

amministrativo e del suo legame con la buona fede “positivizzata”, ha trovato progressivo seguito anche nella giurisprudenza amministrativa³⁷² e, recentemente, nella giurisprudenza di legittimità.

In particolare, si è assistito a un successivo riassetto della giurisprudenza della Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 26080/2025, ha rivisto il proprio precedente orientamento segnando un punto di frattura rispetto alla tradizionale impostazione che riconduceva la responsabilità della P.A. per lesione dell'affidamento a una dimensione “esterna” rispetto al potere. Con la pronuncia in esame, invece, la Corte opera un evidente mutamento di paradigma, riconducendo la buona fede e la correttezza all'interno dell'esercizio del potere amministrativo. Il passaggio è concettualmente decisivo: non si tratta più di limiti esterni alla discrezionalità, ma di limiti interni e conformativi del modo di esercizio del potere pubblico.

Come affermano le Sezioni Unite, la condotta lesiva dell'affidamento non è più qualificabile come mero comportamento materiale, ma come modalità di esercizio della funzione, poiché “la condotta dell'amministrazione [...] è comunque connessa all'esercizio del potere” e il giudizio sulla responsabilità “investe inevitabilmente il modo in cui esso è stato esercitato, anche se non sotto il profilo del rispetto delle regole di validità”. In questa prospettiva, la Corte arriva a una ricostruzione che supera la tradizionale dicotomia tra regole di validità e regole di

³⁷² In senso conforme all'impostazione dell'Adunanza plenaria n. 20/2021, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ulteriormente precisato che l'affidamento, nella dicotomia diritti soggettivi–interessi legittimi, si configura come posizione giuridica strumentale espressiva della fiducia ragionevolmente riposta nella compiuta realizzazione della situazione finale e, in quanto tale, risulta sempre riferita alle modalità di esercizio del potere autoritativo. Esso trae fondamento nella soggezione del potere amministrativo alla legge e si collega alla pretesa che l'azione amministrativa sia conforme alle norme di azione dei pubblici poteri, con la conseguenza che la tutela risarcitoria dell'affidamento si inserisce nel sistema tradizionale di protezione delle posizioni giuridiche soggettive contemplate dagli artt. 24, 103 e 113 Cost. La funzione della tutela risarcitoria consiste, in tale prospettiva, nel riconoscere l'equivalente monetario del bene della vita che il privato avrebbe potuto conseguire in base alla ragionevole aspettativa ingenerata dall'azione amministrativa, estendendo la protezione alla proiezione “affidamento” della situazione giuridica soggettiva. In tale quadro, viene altresì precisato che l'azione risarcitoria, vertendo su una lesione riconducibile a un interesse legittimo, soggiace al termine decadenziale di cui all'art. 30, comma 5, c.p.a. (Cons. St., sez. IV, 4 aprile 2024, n. 3072).

responsabilità, affermando che il potere amministrativo non è più solo delimitato dall'esterno, ma intrinsecamente conformato dall'interno dai principi di buona fede e tutela dell'affidamento, oggi positivizzati nell'art. 1, comma 2-bis, della l. n. 241/1990.³⁷³ La disposizione non viene più letta come norma meramente programmatica o riassuntiva di obblighi procedimentali, ma come “proiezione nel rapporto amministrativo di doveri sanciti dall'art. 2 Cost.”³⁷⁴, assumendo così una portata generale di conformazione dell'azione amministrativa. Ne deriva un passaggio teorico di particolare rilievo: la buona fede non opera più come criterio esterno di valutazione del comportamento dell'amministrazione, ma come parametro interno di legittimazione dell'esercizio del potere stesso, incidendo sul suo “modo” di

³⁷³ Cass., Sez. Un., n. 26080/2025, punto 6.1, evidenzia infatti che, “nel mutato quadro normativo, l'art. 1, comma 2-bis, della legge n. 241/1990 non può essere relegato a norma meramente riassuntiva dei casi in cui la legge sul procedimento amministrativo accorda tutela ad interessi del privato di natura procedimentale (ad esempio: alla celere definizione del procedimento entro un termine ragionevole, al rispetto dell'obbligo informativo che si innesca con l'avvio del procedimento, all'acquisizione di atti e documenti dell'istruttoria procedimentale), né alla funzione di modellare l'esercizio del potere al cospetto dell'interesse legittimo”. Tale principio, al contrario, possederebbe una “portata prescrittiva più generale, quale proiezione nel rapporto amministrativo di doveri sanciti dall'art. 2 Cost.”. Ne deriva che la buona fede che informa i rapporti tra privato e pubblica amministrazione costituisce, al tempo stesso, “regola di condotta e metro di valutazione di comportamenti che, pur se non tipizzati dalla norma attributiva del potere, risultano espressione — diretta o indiretta — dell'esercizio del potere e possono dar luogo a responsabilità per i danni anche in presenza di un provvedimento negativo legittimo”.

³⁷⁴ È interessante evidenziare il diverso modo in cui l'art. 2 Cost. viene utilizzato dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite nella costruzione della responsabilità da affidamento. Nella sentenza Cass., S.U., n. 8236/2020, cit., il riferimento all'art. 2 Cost. è posto alla base del dovere generale di solidarietà sociale, dal quale vengono fatti discendere i doveri di correttezza e protezione che strutturano la responsabilità da “contatto qualificato”, con una marcata valorizzazione della dimensione relazionale come fonte autonoma dell'illecito. Nella successiva Cass., S.U., n. 26080/2025, invece, l'art. 2 Cost. appare meno come fonte immediata e autosufficiente della responsabilità e più come criterio ordinante di sistema, che legittima la rilettura dei doveri di buona fede e correttezza in chiave di esercizio del potere amministrativo. In questa prospettiva, il principio di solidarietà non opera isolatamente, ma viene progressivamente integrato e “tipizzato” attraverso l'art. 1, comma 2-bis, L. 241/1990 e, più in generale, dalle norme settoriali che disciplinano il rapporto amministrativo. Ne deriva uno spostamento dell'angolo visuale: dalla centralità della posizione soggettiva del privato e della sua tutela (Cass. S.U. 8236/2020), alla ricostruzione della fattispecie attraverso la lente dell'esercizio del potere amministrativo e dei suoi limiti funzionali (Cass. S.U. 26080/2025). In questa seconda prospettiva, la visuale non è più concentrata primariamente sul diritto in sé, ma sul potere che “qualifica” il rapporto.

estrinsecazione.³⁷⁵ In tal senso, la Corte afferma che “la stretta connessione tra affidamento ed esercizio del potere amministrativo” implica che i comportamenti della P.A., anche se non tipizzati o non provvedimenti, siano comunque “almeno mediatamente ricollegabili al potere esercitato”, proprio perché il danno da affidamento nasce dalla violazione di doveri che condizionano il corretto esercizio della funzione. La contraddizione in cui incorrere la Corte di Cassazione appare evidente: se la violazione dei principi di buona fede e correttezza viene ricondotta alla violazione dei doveri che conformano il corretto esercizio dell’azione amministrativa, allora la posizione soggettiva lesa non può che assumere la natura di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, come invece la stessa sentenza sembra riconoscere.³⁷⁶ In altri termini, nel momento in cui l’affidamento viene attratto all’interno della funzione amministrativa e qualificato come limite interno all’esercizio del potere, il relativo pregiudizio non pare più configurabile come lesione di una posizione autonoma ed esterna di diritto soggettivo, bensì come l’interesse del privato al legittimo esercizio della funzione pubblica.

Si assiste così a una progressiva assimilazione delle norme di correttezza nell’area del diritto amministrativo sostanziale, con la conseguenza che anche condotte apparentemente neutre o meramente procedimentali – come inerzie, ritardi, interlocuzioni o “prospettazioni di soluzioni poi disattese” – non sono più qualificabili come meri fatti, ma come espressione della funzione pubblica.³⁷⁷ In definitiva, la sentenza n. 26080/2025 supera la tradizionale impostazione “dualistica” tra

³⁷⁵ In altri termini, il “tradimento” rispetto al precedente orientamento sta proprio nel aver ricondotto anche il comportamento dell’Amministrazione, lesivo della correttezza e della buona fede, nell’alveo delle modalità esplicative del potere amministrativo.

³⁷⁶ La ricostruzione della Cassazione conduce, dunque, a riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo soltanto nelle materie di giurisdizione esclusiva di cui all’art. 133 c.p.a., nelle quali il giudice amministrativo “conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi”. Al di fuori di tali ipotesi, e quindi nell’ambito della giurisdizione generale di legittimità, la cognizione del giudice amministrativo resta ancorata alla lesione di interessi legittimi derivante dall’esercizio o dal mancato esercizio del potere amministrativo, non potendo il risarcimento del danno configurarsi come materia autonomamente devolvibile alla giurisdizione amministrativa prescindendo dalla natura della posizione soggettiva incisa. Ne consegue che, secondo l’impostazione della Cassazione, la tutela dell’affidamento qualificato come diritto soggettivo resta devoluta al giudice ordinario, salvo che la controversia ricada in una delle ipotesi di giurisdizione esclusiva previste dall’art. 133 c.p.a.

³⁷⁷ Tali condotte, per alcuni autori, infatti, costituiscono espressione della dinamica relazionale del buon andamento e incidono sul concreto esercizio della funzione amministrativa, potendo assumere rilievo anche

potere amministrativo e regole civilistiche di comportamento, ricostruendo in termini unitari l'agire pubblico. In tale prospettiva, si esclude l'idea che possano esistere regole esterne al potere che lo condizionano solo occasionalmente.

Una simile ricostruzione rischia di confinare la tutela delle posizioni giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione entro il solo perimetro delle regole di validità dell'azione amministrativa, concentrando l'attenzione esclusivamente sull'esercizio del potere e sulla legittimità del provvedimento, piuttosto che sulle situazioni soggettive sostanziali coinvolte. In tal modo, il rischio è quello di lasciare prive di adeguata protezione proprio le posizioni giuridiche che le norme di relazione intendono presidiare, relegando i diritti del privato a una dimensione recessiva rispetto alla centralità del potere amministrativo.³⁷⁸

sul piano della legittimità dell'azione amministrativa. In questa prospettiva, la lesione dell'affidamento incolpevole non dovrebbe essere ricostruita come fattispecie estranea al potere, ma potrebbe integrare addirittura una forma di eccesso di potere, nella misura in cui la condotta complessiva dell'amministrazione risulti incoerente, contraddittoria o lesiva della fiducia ragionevolmente maturata dal privato nella correttezza e affidabilità dell'azione amministrativa (A. Lorusso, *L'affidamento incolpevole e il suo giudice: ancora un altro giro di valzer*, in *Federalismi.it*, 2026, n. 8, pp.145).

³⁷⁸ Sul tema della presunta incompatibilità e della differenza tra i due piani normativi, si veda A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 169 (cfr. altresì la ristampa inalterata a cura di L. Ferrara, B. Sordi e A. Travi, Giuffrè, Milano, 2025), ove l'A. fa riferimento al concetto di "diritto soggettivo alla legittimità dell'atto".

In giurisprudenza, il Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 21/2021, ha chiarito che le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti: il primo attinente alla validità degli atti amministrativi, il secondo riferito invece alla responsabilità dell'amministrazione e ai connessi obblighi di protezione nei confronti del privato. Tale impostazione si fonda sulla premessa secondo cui le regole di comportamento si collocano su un piano ontologicamente distinto rispetto a quello delle regole di validità, con la conseguenza che la loro eventuale violazione, pur potendo avere ingenerato un affidamento incolpevole, non incide sulla dinamica propriamente pubblicistica del rapporto tra cittadino e amministrazione. In linea con tale distinzione, la Corte di cassazione, Sezioni Unite, n. 8236/2020, cit., punto 5, ha precisato che l'affidamento incolpevole può risultare leso anche in assenza di un provvedimento espresso o in presenza di un provvedimento negativo legittimo, confermando così la separazione tra il piano della legittimità degli atti e quello della responsabilità derivante dal comportamento amministrativo. Sul tema si vedano, tra gli altri, F.G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 2001), vol. III, Cedam, Padova, 2003, p. 472 ss.; A. Mandara, *La buona fede come parametro di validità del provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, p. 527 ss.; M. Trimarchi, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., pp. 69 e 75. Quest'ultimo osserva che la buona fede "se mai è stata regola di validità degli atti di ritiro, oggi non lo è più", poiché i relativi limiti sono stati trasfusi nel diritto positivo, in particolare negli artt. 21-quinquies e 21-nonies della l. n. 241/1990, mentre ulteriori profili non sarebbero comunque riconducibili alla tutela della buona fede. Ne deriverebbe che la violazione della buona fede, quale regola di condotta rilevante sia nella fase procedimentale sia nella fase

Così la giurisprudenza ha riconosciuto la giurisdizione esclusiva in presenza di atti endoprocedimentali favorevoli idonei a ingenerare un affidamento qualificato nella conclusione positiva del procedimento³⁷⁹, nonché nei casi di affidamento derivante dal rilascio di un provvedimento ampliativo poi rivelatosi illegittimo o comunque non consolidato, con conseguente lesione della fiducia del privato nella correttezza dell'azione amministrativa.³⁸⁰ Le Sezioni Unite, con il più recente orientamento, individuano perciò la lesione di un diritto soggettivo del pri-

provvedimentale, integra semmai un titolo di responsabilità dell'amministrazione e di risarcimento del danno. In senso critico, F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, p. 16, osserva che "le clausole generali, e tra esse quella relativa alla buona fede, pur inserite nel codice civile, applicandosi anche ai comportamenti dei soggetti pubblici, non possono essere considerate regole di diritto privato", aggiungendo che, anche ove lo fossero, non sarebbe comunque concepibile una scissione della disciplina dell'attività amministrativa in due corpi separati, l'uno relativo agli atti e l'altro ai comportamenti. Sulla rilevanza delle clausole generali nell'*agere* amministrativo, cfr. M. Clarich – M. Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Ed. ETS, Pisa, 2021, p. 40 ss.

³⁷⁹ In giurisprudenza è stato affermato che anche una sequenza di atti endoprocedimentali favorevoli può ingenerare un affidamento risarcibile, la cui lesione è riconducibile all'esercizio del potere amministrativo e radica la giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto il comportamento dell'amministrazione si inserisce nella dinamica autoritativa del procedimento e non si riduce a mero fatto. In tal senso, Cons. St., sez. IV, 25 novembre 2024, n. 9467, con nota di R. A. Capozzi, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della P.A. rientra sempre nella giurisdizione del giudice amministrativo*, in *IUS Amministrativo*, 2025, secondo cui "il presente giudizio ha ad oggetto una richiesta di risarcimento del danno [...] ritenuto responsabile di aver ingenerato, attraverso il cattivo esercizio del potere amministrativo, un ragionevole affidamento in ordine alla realizzazione di un intervento edificatorio", precisandosi che l'affidamento si radica in una sequenza procedimentale e che la mancata conclusione favorevole del procedimento non esclude la riconducibilità della vicenda all'esercizio del potere pubblico, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

³⁸⁰ In tema di responsabilità della pubblica amministrazione per lesione dell'affidamento del privato nel rilascio di un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica, le Sezioni Unite hanno ribadito che la domanda risarcitoria si fonda sulla violazione del principio del *neminem laedere* e sulla lesione della fiducia riposta nella correttezza dell'azione amministrativa, riconducibile alla violazione di regole di comportamento e non necessariamente all'illegittimità del provvedimento in sé, configurandosi così una responsabilità da affidamento autonoma rispetto alla mera impugnazione dell'atto.

In tale prospettiva è stato affermato che: il danneggiato "non mette in discussione la legittimità del provvedimento ampliativo [...] ma si duole del dispendio di risorse, delle spese inutilmente sostenute, delle opportunità alternative pregiudicate, ossia di pregiudizi cui non sarebbe andato incontro se l'amministrazione non l'avesse indotto a confidare nel rilascio del provvedimento ampliativo" e che "la responsabilità da lesione dell'affidamento presuppone la delusione della fiducia nella correttezza dell'azione amministrativa". In tal senso, Cass., sez. un., 26 dicembre 2025, n. 34156, la quale, nel risolvere il conflitto di giurisdizione, ha ricondotto la fattispecie alla giurisdizione amministrativa in quanto la lesione dell'affidamento si inserisce comunque nell'ambito della giurisdizione esclusiva ex art. 133 c.p.a., essendo il pregiudizio causalmente collegato all'esercizio del potere pubblico e al rilascio del titolo edilizio poi disapplicato.

vato, ma giungono comunque ad attribuire la giurisdizione al giudice amministrativo quando il danno dedotto sia causalmente riconducibile all'esercizio, anche omissivo o dilatorio, del potere amministrativo; ciò avviene, si ripete, in quanto si ritiene che le norme di buona fede e correttezza operino quali limiti interni all'esercizio del potere. Proprio tale impostazione, tuttavia, non è priva di profili critici, nella misura in cui la riconduzione delle regole di comportamento alla dimensione interna del potere finisce per riassorbire anche fattispecie di responsabilità da affidamento entro lo schema pubblicistico. In particolare, anche qualora la parte qualifici la pretesa come responsabilità da "contatto sociale" o da violazione dei doveri di buona fede ex artt. 1173, 1175 e 1337 c.c., resta decisivo verificare se la condotta contestata sia o meno inserita nella sequenza procedimentale di esercizio del potere pubblico.³⁸¹ Nel primo caso si configura una responsabilità da comportamento e la giurisdizione appartiene al giudice ordinario; nel secondo caso, invece, la lesione dell'affidamento si ricollega all'esercizio del potere amministrativo e ricade nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133 c.p.a., anche quando non sia impugnato alcun provvedimento, ma si contestino inerzia, ritardi o "alternative prospettate e poi disattese" nell'ambito del procedimento.³⁸²

La tutela dell'affidamento incolpevole costituisce un paradigma significativo di quanto si è cercato di mettere in evidenza nel presente capitolo: il diritto soggettivo, e le norme che lo presidiano, sono in grado non solo di confrontarsi con il potere amministrativo, ma anche di limitarne le modalità di esercizio. Accanto alle ipotesi di attività vincolata, e diritti incomprimibili anche i principi di buona fede e correttezza si attecchiscono infatti a limiti dell'azione amministrativa, incidendo sulla conformazione stessa del potere.

³⁸¹ Come visto, quasi sempre presente nelle fattispecie dove viene in rilievo la lesione dell'affidamento.

³⁸² Cass., sez. un., 22 novembre 2025, n. 30769, in materia di lesione dell'affidamento e giurisdizione su condotte procedimentali dell'amministrazione

Il sistema, tuttavia, non appare del tutto lineare e mostra una persistente oscillazione ricostruttiva, che riflette anche la difficoltà di accedere compiutamente a un “diverso” diritto amministrativo nel quale diritto soggettivo e potere non si pongano in termini di reciproca esclusione, ma di coesistenza.³⁸³

La tutela della lesione dell'affidamento incolpevole mostra, in particolare, l'insufficienza del solo criterio del “potere amministrativo” quale elemento discrezionale del riparto di giurisdizione. Pur essendo il potere frequentemente presente nella sequenza procedimentale e costituendo spesso il contesto in cui si sviluppa la vicenda lesiva, esso non risulta sempre determinante ai fini della qualificazione della posizione giuridica e dell'individuazione del giudice munito di giurisdizione. In molte ipotesi, infatti, ciò che viene in rilievo non è tanto l'esercizio in sé del potere, quanto la violazione di regole di condotta che si collocano a monte o a latere rispetto ad esso.

Ne deriva un assetto in cui il criterio del potere, pur continuando a rappresentare un riferimento centrale, non appare più sempre sufficiente a spiegare da solo la distribuzione delle tutele e delle giurisdizioni.

Il risultato è un sistema ancora in tensione, nel quale l'emersione della dimensione relazionale dell'azione amministrativa e la progressiva valorizzazione dei principi di buona fede e correttezza contribuiscono a mettere in discussione la rigidità delle categorie tradizionali, senza però averne definitivamente superato le incertezze ricostruttive.

³⁸³ Cfr. Tonoletti, B. (2010). *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit, p.135 . l'autore sottolinea che “mentre l'interesse legittimo esprime la logica stessa del diritto amministrativo tradizionale, il diritto soggettivo esprime la logica di un diverso diritto amministrativo: è questa logica “altra” che ancora oggi non è stata esplicitata compiutamente e metabolizzata dal sistema, ed è proprio la sua ancora giovane affermazione a generare la crisi di adattamento da cui abbiamo preso le mosse in questa lezione”.

4.6 L'effettività della tutela dei diritti soggettivi dinanzi al giudice amministrativo

Dopo aver esaminato l'incidenza del contenuto di protezione del diritto soggettivo ai fini del riparto di giurisdizione, occorre soffermarsi, sia pure con brevi osservazioni, sul profilo dell'effettività della tutela.

La questione si pone in termini particolarmente evidenti con riguardo alla giurisdizione esclusiva, ambito nel quale il giudice amministrativo è sempre più frequentemente chiamato a conoscere e a tutelare anche posizioni di diritto soggettivo.³⁸⁴ Nonostante i principi affermati dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006, il legislatore ha progressivamente ampliato i confini della giurisdizione esclusiva, determinando una crescente devoluzione al giudice amministrativo di controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi.³⁸⁵

Si pone pertanto il problema se il giudice amministrativo sia effettivamente in grado di assicurare una tutela piena ed effettiva dei diritti soggettivi, come richiesto dagli artt. 24, 103 e 113 Cost.

Il tema dell'effettività della tutela non riguarda soltanto l'astratta possibilità di agire in giudizio, ma investe l'adeguatezza concreta degli strumenti processuali predisposti dall'ordinamento rispetto al bisogno di protezione espresso dalla situazione sostanziale dedotta in giudizio.

L'art. 24 Cost., infatti, nel garantire il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, non si limita a sancire la necessaria

³⁸⁴ Come efficacemente sottolineato da Travi, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, cit, p.48 "Negli ultimi dieci anni gli orientamenti del legislatore in tema di giustizia amministrativa sembrano aver scosso fortemente anche un caposaldo che precedentemente era quasi scontato: la qualificazione del giudice ordinario come giudice naturale dei diritti" cosicché "tutela dei diritti devoluta al giudice amministrativo perde il suo carattere di eccezionalità e finisce col trovare uno spazio sempre maggiore"

³⁸⁵ Cfr. Ramajoli, M. M. (2025). *Potere autoritativo, prospettiva rimediabile e adeguatezza dei poteri del giudice amministrativo a vent'anni dalla sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, cit, p.356, ove l'autrice sottolinea "il codice introduce così tante e importanti ipotesi di giurisdizione esclusiva da rendere quest'ultima non più eccezionale, traghettando il sistema dualistico verso un tendenziale monismo in cui il giudice amministrativo ha la prevalenza anche nella cognizione di diritti che fronteggiano l'agire della pubblica amministrazione."

predisposizione di rimedi giurisdizionali, ma impone che tali rimedi siano effettivi, cioè adeguati alla natura e al contenuto della posizione giuridica fatta valere.³⁸⁶ In questa prospettiva emerge il legame inscindibile tra piano sostanziale e piano processuale: la situazione giuridica soggettiva non si esaurisce nella sua dimensione sostanziale, ma si definisce anche attraverso le modalità di tutela processuale riconosciute dall'ordinamento.³⁸⁷ Il processo, dunque, assume una funzione strumentale rispetto al diritto sostanziale, funzione che l'art. 24 Cost. ha elevato a principio di rango costituzionale. Ciò significa che il tipo e l'intensità dei poteri attribuiti al giudice devono essere coerenti con il grado di protezione che l'ordinamento sostanziale accorda alla situazione giuridica dedotta in giudizio.³⁸⁸

Valorizzare il principio di adeguatezza significa allora recuperare l'insegnamento di Giuseppe Chiovenda, secondo cui il processo deve dare “per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire”.³⁸⁹

³⁸⁶ Cfr. Ramajoli, M. M. (2025). *Potere autoritativo, prospettiva rimediabile e adeguatezza dei poteri del giudice amministrativo a vent'anni dalla sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, cit., p.350ss.

³⁸⁷ Come sottolineato da A.Travi, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, cit, p.50., “il diritto soggettivo ha una fisionomia che non è determinata solo dalla disciplina sostanziale, ma che trova negli strumenti processuali la sua concreta definizione. La stretta relazione fra profilo sostanziale e profilo processuale non passa mai in secondo piano, neppure di fronte a casi di connessione con il potere amministrativo e neppure di fronte al riconoscimento di ragionevoli spazi di discrezionalità del legislatore”.

In senso conforme, cfr. Ramajoli, M. M. (2025). *Potere autoritativo, prospettiva rimediabile e adeguatezza dei poteri del giudice amministrativo a vent'anni dalla sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, cit., p.356, secondo cui “la tutela processuale di una situazione giuridica soggettiva è in funzione del grado e del tipo di protezione prevista dalla norma sostanziale per tale situazione. Ciò comporta, da un lato, che l'interesse legittimo non smarrisce le sue specifiche modalità di protezione per il fatto di essere ricompreso in una materia di giurisdizione esclusiva; dall'altro lato, che la tutela dei diritti soggettivi attribuita al giudice amministrativo non deve appiattirsi su quella tipica degli interessi legittimi”.

Cfr. Martini, F. (2009). *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, cit, p.382.

³⁸⁸ Cfr. Ramajoli, M. M. (2025). *Potere autoritativo, prospettiva rimediabile e adeguatezza dei poteri del giudice amministrativo a vent'anni dalla sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, cit., p.350. L'autrice evidenzia che l'art 24 cost. “comporta altresì che le forme di tutela giurisdizionale predisposte dalla legge processuale debbano essere "effettive, cioè adeguate allo specifico bisogno di tutela”.

³⁸⁹ Cfr. Chiovenda, G. (1907). *Principii di diritto processuale civile*. Napoli, Italia: Jovene, p.81.

V. anche A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in Foro it., 2001, p.28 a cui si deve l'espressione secondo cui il giudice è chiamato ad assicurare “tutto quello e proprio quel bene che è assicurato dal diritto sostanziale”.

Nell'ambito della giurisdizione esclusiva vi è il rischio di una attenuazione della tutela dei diritti soggettivi particolarmente evidente nelle ipotesi in cui il diritto, pur restando tale sul piano sostanziale, venga attratto nella sfera della giurisdizione amministrativa in ragione del collegamento con l'esercizio del potere pubblico.

In tali casi, la differenza tra diritti fondamentali degradati a interessi legittimi e diritti soggettivi coinvolti nell'esercizio del potere amministrativo tende progressivamente ad attenuarsi, con il pericolo di una omologazione delle tecniche di tutela.³⁹⁰

Mentre è necessario che da un lato, l'interesse legittimo non perda le proprie peculiarità per il solo fatto di essere conosciuto nell'ambito di una materia di giurisdizione esclusiva; esso continua a essere conformato dalla presenza del potere amministrativo e dalle modalità tipiche del sindacato sull'esercizio di tale potere. Dall'altro lato, la tutela dei diritti soggettivi devoluti al giudice amministrativo non può essere appiattita sul modello tradizionale di tutela degli interessi legittimi, poiché ciò determinerebbe un sostanziale depotenziamento delle garanzie riconosciute al titolare del diritto.³⁹¹

Proprio per evitare tale esito, la dottrina ha evidenziato come un processo avente ad oggetto diritti soggettivi debba necessariamente assumere caratteri differenti rispetto al tradizionale giudizio impugnatorio amministrativo.³⁹²

³⁹⁰ Spuntarelli, S. (2009). *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, cit, p.762.

³⁹¹ Cfr. Ramajoli, M. M. (2025). *Potere autoritativo, prospettiva rimediabile e adeguatezza dei poteri del giudice amministrativo a vent'anni dalla sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, cit., p356. V. anche A.Travi, *Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzie*, cit., p.167.

³⁹² La diversità strutturale tra processo civile e processo amministrativo deriva dalla differente funzione delle rispettive giurisdizioni: "(le) giurisdizioni che operano con logiche differenti, una per la tutela delle situazioni sostanziali l'altra per il controllo della correttezza nell'esercizio del potere amministrativo, hanno prodotto regole di rapporto diverse tra cittadini e pubblica amministrazione" (Tonoletti, B. (2010). *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit, p.148) In questa prospettiva, anche Travi osserva che "la varietà dei riti nel processo civile non impediva infatti di collocare al centro, in termini costanti, la garanzia del diritto", mentre nel processo amministrativo prevaleva "la relazione col potere amministrativo", tanto che le vicende del potere finivano spesso per porre in secondo piano la tutela del diritto soggettivo (A.Travi, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, cit, p.49)

La piena tutela dei diritti richiede infatti una progressiva “tribunalizzazione” del processo amministrativo, ossia l’adozione di modelli processuali più vicini a quelli propri della giurisdizione civile, caratterizzati da cognizione piena, ampiezza dei mezzi istruttori e pluralità delle azioni esperibili.³⁹³

Sotto questo profilo, l’evoluzione del processo amministrativo mostra indubbi elementi di rafforzamento delle garanzie. Il codice del processo amministrativo, anche sulla scia delle indicazioni provenienti dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, ha ampliato il novero delle azioni proponibili, riconosciuto maggiore articolazione alla tutela cautelare, rafforzato il collegamento tra cognizione ed esecuzione e unificato i mezzi di prova nelle diverse forme di giurisdizione amministrativa. L’attribuzione al giudice amministrativo di poteri di accertamento, condanna e risarcimento testimonia il progressivo superamento della concezione del giudice amministrativo quale mero “giudice dell’atto”.

Permangono tuttavia significative criticità.³⁹⁴ La disciplina codicistica continua a mostrare una certa ritrosia nell’adattare al processo amministrativo alcuni strumenti tipici del processo civile funzionali alla tutela dei diritti soggettivi.³⁹⁵ Emblematico è il caso della tutela sommaria e anticipatoria. Se l’art. 118

³⁹³ Cfr. Ramajoli, M. M. (2025). *Potere autoritativo, prospettiva rimediabile e adeguatezza dei poteri del giudice amministrativo a vent’anni dalla sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, cit., p.353. V. anche Ledda, F. (2002). *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*. In *Scritti giuridici*. Padova, Italia: CEDAM, p.156.

³⁹⁴ Cfr. Aldo Travi osserva che le innovazioni introdotte dal codice del processo amministrativo — con particolare riferimento all’ampliamento delle misure cautelari, al rafforzamento dei mezzi istruttori, al procedimento per ingiunzione e alla previsione generale delle sentenze di condanna — sembrano confermare il principio secondo cui “la tutela dei diritti soggettivi assegnati alla giurisdizione esclusiva non deve essere qualitativamente inferiore a quella offerta dal giudice civile”. Tali innovazioni, tuttavia, “non comportano [...] che nel giudizio amministrativo possano essere esperite, a tutela dei diritti, tutte le azioni ammesse dal codice di procedura civile”: la distanza rispetto agli strumenti di tutela propri del processo civile “è diminuita, ma non è stata superata del tutto”, permanendo istituti di tutela dei diritti ancora circoscritti al processo civile. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, G. Giappichelli, 2024, p. 192.

³⁹⁵ La dottrina sottolinea l’insufficienza dell’art.39 c.p.a.: cfr. Travi in *Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzie*, cit., p.167, “Questa conclusione non è superata da una previsione generica, come è nel codice del processo amministrativo l’art. 39 c.p.a., che, “per quanto non disciplinato”, rinvia alle disposizioni del codice di procedura civile, “in quanto compatibili o espressione di principi generali”. Infatti, a parte ogni considerazione sulla vaghezza della disposizione, il rinvio non può introdurre nel processo amministrativo istituti in esso non contemplati, o regole difformi da quelle in esso specificamente sancite: vale invece ad integrare la disciplina di istituti già presenti, nel caso in cui il nuovo codice si sia limitato a dettare

c.p.a. ha mantenuto il ricorso al procedimento monitorio per le controversie patrimoniali devolute alla giurisdizione esclusiva, il codice non ha invece previsto strumenti analoghi alle ordinanze provvisorie di condanna disciplinate dagli artt. 186-bis e 186-ter c.p.c., né ha introdotto una disciplina specificamente calibrata sulle peculiarità del giudizio amministrativo.³⁹⁶

Analogamente, il processo amministrativo continua a presentare lacune quanto alle azioni inibitorie, ai meccanismi di istruzione preventiva e ai riti specificamente modellati sulla tutela dei diritti soggettivi.³⁹⁷

Si osserva inoltre che la devoluzione al giudice amministrativo di controversie aventi ad oggetto anche diritti soggettivi comporta che l'interpretazione delle norme sostanziali applicabili alla fattispecie si consolidi in via definitiva nell'ambito della giurisdizione amministrativa, con particolare riferimento al ruolo

solo le prescrizioni condizionate alle peculiarità del processo amministrativo.” Nel stesso senso Ramajoli, M. M. (2025). *Potere autoritativo, prospettiva rimediabile e adeguatezza dei poteri del giudice amministrativo a vent'anni dalla sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, cit., p.355.

³⁹⁶ Cfr. Ramajoli, M. M. (2025). *Potere autoritativo, prospettiva rimediabile e adeguatezza dei poteri del giudice amministrativo a vent'anni dalla sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, cit., p.354.

³⁹⁷ In dottrina si evidenzia come il processo amministrativo presenti ancora oggi rilevanti lacune sul piano degli strumenti di tutela, in particolare con riguardo alle azioni inibitorie, ai meccanismi di istruzione preventiva e all'assenza di riti specificamente modellati sulla tutela dei diritti soggettivi. In questa prospettiva, Travi sottolinea che “è difficile ammettere l'adeguatezza degli strumenti di tutela che risulterebbero per essi nel processo amministrativo e che oggi non contemplano né le azioni inibitorie, né gli strumenti di istruzione preventiva, né riti specifici ad hoc”, evidenziando inoltre come il codice abbia mantenuto una disciplina meno incisiva in tema di consulenza tecnica e prova testimoniale. Tale deficit si inserisce in una più ampia riflessione sulla “pienezza della tutela”, intesa non solo come possibilità di accedere al giudice, ma anche come garanzia di strumenti processuali adeguati alla natura della situazione giuridica dedotta in giudizio, che spesso nei diritti fondamentali risulta più articolata rispetto al modello tradizionale dell'interesse legittimo. Lo stesso autore rileva, inoltre, che alcune innovazioni del codice non hanno colmato tali carenze strutturali: “non hanno ancora trovato spazio gli istituti di istruzione preventiva (cfr. art. 696 c.p.c.), la tutela inibitoria, i sequestri conservativi”, e permangono criticità anche sul piano dell'esecuzione forzata nei confronti della pubblica amministrazione. In senso critico si osserva anche che l'assegnazione della tutela di un diritto alla giurisdizione esclusiva comporta effetti non neutri sui contenuti effettivi della protezione, incidendo concretamente sull'effettività della tutela giurisdizionale. Cfr. Travi, *Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzie*, p.167, 168.

Ancora l'autore, osserva che “tutta una serie di regole sul processo che sono appaganti solo se in questione un provvedimento” sottolineando assenza nel processo amministrativo di pressioni, di udienza di precisazione delle conclusioni, e di domande riconvenzionali”. V. Travi, A. (2001). *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme. Il Foro Italiano*, p.72.

Un grave limite sottolineato dalla dottrina è la mancanza di una tutela cautelare *ante causa* v.Martini, F. (2009). *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, cit p.368ss. e Spuntarelli, S. (2009). *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, cit, p.760.

del Consiglio di Stato quale giudice di ultima istanza. In tale prospettiva si inserisce il tema dei limiti del sindacato della Corte di cassazione. Ai sensi dell'art. 111 Cost., infatti, le sentenze del Consiglio di Stato sono impugnabili davanti alla Corte di cassazione esclusivamente per motivi inerenti alla giurisdizione e non per violazione di legge, con la conseguenza che il controllo della Cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo resta strutturalmente circoscritto. Ne deriva che, anche in relazione a questioni giuridiche identiche a quelle che possono porsi dinanzi al giudice ordinario, l'interpretazione delle norme sostanziali tende a consolidarsi in modo definitivo in sede amministrativa, senza poter essere sottoposta a un controllo nomofilattico pieno da parte della Corte di cassazione. Tale assetto, fondato sugli artt. 103 e 111 Cost., attribuisce così al Consiglio di Stato una posizione centrale nell'elaborazione del diritto applicabile nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva, ma al contempo solleva interrogativi in ordine all'uniformità dell'interpretazione del diritto oggettivo e alla coerenza sistematica del ruolo nomofilattico della Cassazione.³⁹⁸

Tali carenze rischiano di incidere sull'effettività della tutela, determinando — secondo parte della dottrina — una sorta di “dimezzamento” delle garanzie normalmente assicurate ai diritti soggettivi dinanzi al giudice ordinario.

L'esigenza di una tutela adeguata è funzionale non soltanto alla pienezza e all'effettività della tutela giurisdizionale, ma anche alle esigenze di certezza del diritto e di uguaglianza tra situazioni giuridiche omogenee.³⁹⁹

³⁹⁸ Cfr. Ramajoli, M. M. (2025). *Potere autoritativo, prospettiva rimediabile e adeguatezza dei poteri del giudice amministrativo a vent'anni dalla sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, cit., p.346. e Travi, A. (2024). *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pp.192 e 193.

³⁹⁹ Cfr. Ramajoli, M. M. (2025). *Potere autoritativo, prospettiva rimediabile e adeguatezza dei poteri del giudice amministrativo a vent'anni dalla sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, cit., p.352. V. anche Martini, F. (2009). *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, cit, p.422. L'autore evidenzia che “occorrerebbe un'indagine più accurata del rapporto autorità-diritti, posto che altrimenti si farebbe discendere la trasformazione di una situazione di diritto fondamentale in una posizione giuridica soggettiva diversamente tutelata per il solo effetto di farla rientrare nella GE”.

Nell'assetto attuale emergono tuttavia rilevanti conseguenze sostanziali derivanti dall'assenza di strumenti processuali adeguati, con il rischio di una progressiva attenuazione dei confini tra tutela del diritto soggettivo e tutela dell'interesse legittimo.⁴⁰⁰

All'interno della giurisdizione esclusiva, infatti, le situazioni soggettive possono risultare tutelabili, a seconda dei casi, come diritti soggettivi pieni ovvero come meri interessi legittimi, con evidenti ricadute sul tipo e sul livello di protezione assicurata. In questa prospettiva, occorre distinguere tra la valutazione diretta dei fatti costitutivi del diritto o determinativi della sua estensione e il diverso sindacato sull'eventuale manifesta illogicità, irragionevolezza o erroneità degli accertamenti e delle determinazioni già compiute dall'amministrazione.⁴⁰¹

Non va inoltre dimenticato che il giudice ordinario costituisce il giudice naturale dei diritti soggettivi e che il diritto soggettivo richiede, per la sua piena tutela, un processo dotato di strumenti adeguati alla sua natura. Il problema centrale non risiede pertanto nella contrapposizione rigida tra categorie giuridiche,

⁴⁰⁰ In dottrina è stata sottolineata una "tendenza ad assimilare, sul piano sostanziale, i diritti soggettivi agli interessi legittimi nei casi di giurisdizione esclusiva". In particolare Travi richiama diversi esempi, tra cui il diritto alla salute, tradizionalmente considerato come il prototipo del diritto "perfetto" o "costituzionalmente protetto", evidenziando come la giurisprudenza civile e costituzionale sia giunta a riconoscere differenti livelli di tutela dello stesso, fino all'individuazione di un nucleo essenziale caratterizzato dall'intangibilità. Finendo così, secondo l'autore, a introdurre "una concezione gerarchica o scalare dei diritti soggettivi, articolata per "gradi" e perciò passibile di sfumature e connotazioni diverse. E l'elasticità (o la comprimibilità) della situazione giuridica era tradizionalmente assunta come un connotato caratteristico dell'interesse legittimo" (A. Travi, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, cit., p.54.)

In senso conforme v. Ramajoli, M. M. (2025). *Potere autoritativo, prospettiva rimediabile e adeguatezza dei poteri del giudice amministrativo a vent'anni dalla sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, cit., p.352, sottolinea come l'assegnazione della tutela dei diritti soggettivi al giudice amministrativo non debba "condurre a un loro depotenziamento che si realizza sul modello di tutela tipico degli interessi legittimi", evidenziando il rischio, da lei individuato, "insito nel rendere recessiva l'esigenza di garantire una tutela completa delle posizioni giuridiche soggettive rispetto alle logiche interne ai diversi modelli di tutela".

⁴⁰¹ Cfr. Martini, F. (2009). *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, cit., p.416.

quanto piuttosto nell'individuazione delle posizioni sostanziali che, per la loro consistenza, reclamano il modello del processo civile e le relative garanzie.⁴⁰²

In definitiva, il tema dell'effettività della tutela dei diritti soggettivi dinanzi al giudice amministrativo si intreccia inevitabilmente con quello della coerenza tra posizione sostanziale e modello processuale.

Di conseguenza, la devoluzione dei diritti soggettivi alla giurisdizione amministrativa può ritenersi compatibile con il quadro costituzionale soltanto nella misura in cui il giudice amministrativo sia posto concretamente in condizione di offrire una tutela piena, adeguata ed effettiva, capace di rispecchiare la natura della situazione giuridica dedotta in giudizio senza comprimerne il livello di protezione.

Ne consegue che il diritto soggettivo, in quanto posizione giuridica piena e autonoma, richiede il presidio di strumenti processuali propri del processo civile. In tali ipotesi, non rileva tanto la possibilità per l'amministrazione di esercitare un potere, quanto piuttosto la centralità del diritto stesso, che mantiene una propria consistenza indipendentemente da valutazioni di ordine pratico, economico, finanziario o politico.⁴⁰³

Il tema dell'adeguatezza e dell'effettività della tutela giurisdizionale nella giurisdizione esclusiva incide dunque non solo sulla protezione della singola posizione giuridica, ma anche, su un piano più generale e ordinamentale, sul problema del riparto di giurisdizione.

Occorre riflettere se il criterio del potere, tradizionalmente utilizzato quale criterio generale di distribuzione della giurisdizione, svela delle eccezioni in ragione della consistenza della posizione giuridica del privato e ciò, in ragione dell'inadeguatezza degli strumenti di tutela propri del giudice amministrativo. In

⁴⁰² In questo senso, Travi sottolinea, con riferimento alla teoria dei diritti, che “questa teoria è stata oggetto di molte critiche, che hanno riguardato soprattutto l'incertezza nella definizione del rapporto fra situazioni soggettive ed esercizio del potere amministrativo; è invece passato in secondo piano il riconoscimento, da parte della Cassazione, del principio secondo cui per tali diritti non può ammettersi una rinuncia agli strumenti di tutela propri del processo civile. È significativo che la prima pronuncia della Cassazione abbia riguardato la tutela del diritto alla salute mediante l'accertamento tecnico preventivo, istituto tuttora assente nel processo amministrativo” (A. Travi, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, cit., p. 50).

⁴⁰³ A. Travi, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, cit, p.50.

questa prospettiva, la sottrazione alla giurisdizione esclusiva della cognizione di determinate controversie può essere letta non soltanto come applicazione del criterio del riparto, ma anche come esigenza sistematica di assicurare una tutela piena ed effettiva del diritto soggettivo, attraverso il ricorso al modello processuale più idoneo a garantirne la protezione

CONCLUSIONI

Come visto, la dirimente e storica sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale ha inciso sotto svariati profili. Essa ha ridefinito i limiti della giurisdizione esclusiva stimolando una riflessione più ampia sul rapporto tra esercizio del potere e situazioni giuridiche soggettive.

Nel corso dell'elaborato si è quindi cercato di indagare quale funzione assuma il collegamento con il potere nell'interpretazione delle clausole attributive della giurisdizione esclusiva e nella delimitazione dei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Si è altresì indagato circa il riflesso che tale criterio produce sulla qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive e, in particolare, sulla possibilità che il diritto soggettivo continui a sussistere anche in presenza dell'esercizio del potere amministrativo.

Si è rilevato che la sentenza n. 204 del 2004, da un lato, ha confermato la centralità del potere quale elemento costituzionalmente necessario della giurisdizione esclusiva, dall'altro, ha posto la necessità di verificare, in relazione a ciascuna controversia, che la pubblica amministrazione eserciti un potere. Tale esigenza ha inevitabilmente comportato il ricorso, anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva, ai medesimi criteri ermeneutici elaborati nel riparto di giurisdizione ordinario per l'emersione del potere.

In questo senso, l'elaborato ha evidenziato che la giurisdizione esclusiva finisce per fungere da cassa di risonanza delle incertezze e delle criticità intrinseche al peculiare assetto della giustizia amministrativa italiana: il sistema dualistico, infatti, è strutturalmente segnato da oscillazioni sistematiche e difficoltà interpretative derivanti dalla complessa individuazione del potere amministrativo e dalla qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive.

In tale contesto, un istituto nato con finalità di semplificazione e volto a sottrarre determinate controversie al criterio di riparto fondato sulla distinzione tra

situazioni soggettive, sostituendolo con quello della materia, finisce invece per riproporre al proprio interno le medesime questioni che intendeva superare, amplificando criticità già presenti.

Inoltre emerge che il criterio del collegamento con il potere individuato dalla Corte non si esaurisce nei tradizionali criteri di emersione del potere propri del riparto ordinario, ma introduce un ulteriore elemento di complessità, ovvero la stessa nozione di collegamento. Lungi dal costituire un parametro univoco, essa si è progressivamente ampliata sul piano interpretativo attraverso l'elaborazione di categorie quali il collegamento immediato e mediato.

Le differenti soluzioni accolte dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato confermano, così, il carattere elastico e non sempre prevedibile del criterio. Tale elasticità emerge soprattutto con riferimento al collegamento mediato, rispetto al quale si confrontano ricostruzioni differenti. Secondo una prima impostazione, riconducibile prevalentemente alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, un comportamento può essere qualificato come espressione del potere soltanto ove trovi un fondamento diretto nella norma attributiva o in uno specifico provvedimento amministrativo: si tratta di una concezione che valorizza un collegamento di tipo giuridico tra potere e condotta. Diversamente, il Consiglio di Stato — e in alcuni casi la stessa Cassazione, come nelle vicende dell'affidamento e dell'occupazione *sine titulo* — sembra valorizzare un collegamento di tipo eziologico o funzionale, nel quale assumono rilievo comportamenti inseriti genericamente nell'azione amministrativa, in quanto riconducibili alla funzione pubblica (come nella gestione dei rifiuti) oppure in quanto non completamente avulsi da un precedente esercizio del potere (come nelle occupazioni illegittime).

Per converso la sentenza risulta particolarmente stimolante anche poiché, richiedendo che la pubblica amministrazione si comporti come autorità affinché il giudice amministrativo possa conoscere controversie inerenti a diritti soggettivi, induce a riflettere sul rapporto tra esercizio del potere amministrativo e posizioni giuridiche del privato. Come si è visto, tale riflessione non ha trovato particolare

spazio nella dottrina maggioritaria, rimasta a lungo ancorata al tradizionale binomio autorità–interesse legittimo, maturato attraverso l’evoluzione storica e giurisprudenziale della giustizia amministrativa sin dall’emersione dell’atto d’imperio e dalla conseguente sottrazione dello stesso alla cognizione del giudice ordinario.

In questa prospettiva, l’esercizio del potere è stato tradizionalmente considerato incompatibile con la permanenza del diritto soggettivo, destinato necessariamente a degradare in interesse legittimo. Tuttavia, la giurisprudenza sembra mostrare un fenomeno diverso: nell’ambito dell’esercizio del potere emergono situazioni soggettive il cui contenuto di protezione incide direttamente sul riparto della giurisdizione. Le ipotesi esaminate nel corso dell’elaborato — diritti incomprimibili, attività vincolata e tutela dell’affidamento — mostrano infatti che il rapporto tra potere e posizione soggettiva possa risultare più articolato di quanto suggerisca il tradizionale binomio autorità–interesse legittimo.

In tali ipotesi il potere continua a essere presente, ma non si assume sempre in grado di determinare la giurisdizione. In tutte le sopradette ipotesi, infatti, il potere esiste ed è normativamente previsto; nel primo caso risulta paralizzato, pur essendo astrattamente idoneo, ma concretamente incapace di spiegare i propri effetti; nel caso dell’attività vincolata, l’autorità amministrativa è chiamata ad adempiere ad una pretesa privata - alla stregua di un’obbligazione - per l’attuazione di diritti sociali; nell’ultimo caso, relativo alla tutela dell’affidamento, la vicenda si sviluppa sempre in presenza di un potere — spesso nell’ambito di procedimenti amministrativi — ma ciò non comporta la giurisdizione esclusiva.

Suddette ipotesi si presentano come eccezioni al criterio del potere: esso è presente, ma non risulta sempre sufficiente a determinare la giurisdizione esclusiva. Si tratta di situazioni nelle quali il diritto soggettivo conserva la propria consistenza e fronteggia l’esercizio del potere amministrativo. Proprio per questo, esse sono lette, a parere di chi scrive, come la risposta all’esigenza di ricondurre la controversia al suo giudice naturale. Ne deriva che, in presenza di tali ipotesi, assume rilievo il contenuto di protezione della situazione soggettiva e quindi la tutela

tipica del processo civile, in coerenza con i principi di effettività della tutela giurisdizionale.

Il criterio del potere continua a rappresentare un elemento imprescindibile della giurisdizione amministrativa e della stessa giurisdizione esclusiva. Tuttavia, esso appare tutt'altro che univoco e stabile, rivelando le difficoltà strutturali di un sistema costruito attorno a categorie che non sempre riescono a fornire soluzioni certe, operando come strutture latenti del sistema.

Parallelamente, emerge come il potere non possa più essere considerato l'unico criterio idoneo a determinare le situazioni soggettive e, conseguentemente, il riparto di giurisdizione. L'attenzione al contenuto di protezione delle situazioni giuridiche soggettive si presenta, infatti, come una risposta all'esigenza di garantire una tutela piena ed effettiva dei diritti. È alla luce di tali considerazioni che la giurisdizione esclusiva, in quanto istituto che consente al giudice amministrativo di conoscere anche diritti soggettivi, dovrebbe mantenere carattere eccezionale e tassativo: un'esigenza che il legislatore non sembra sempre aver accolto in modo pienamente coerente.

BIBLIOGRAFIA

AMENDOLAGINE V., *In tema di giurisdizione sulla domanda da risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *IUS Processo Civile*, 5 agosto 2021.

AVANZINI G., *Nuovi sviluppi nella responsabilità delle amministrazioni per danni derivanti da attività pericolose e da cose in custodia*, in *Diritto amministrativo*, 2010, n. 1, pp. 261-297.

BALDASSARRE A. *Le ideologie costituzionali dei diritti delle libertà*, in *Democrazia e diritto*, 1976, n. 16, pp. 265-302.

BALDASSARRE A., 1989, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, p.30 ss.

BASSI F., *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011.

BATTAGLINI A. O., 2005, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*. Giuffrè, Milano.

BENINI P., *I comportamenti della pubblica amministrazione: le occupazioni illegittime della P.A.*, in A. Cariola – D'Allura – Florio (a cura di), *I comportamenti della pubblica amministrazione. Atti del Convegno di Catania (17–18 novembre 2006)*, Giappichelli, p.23ss.

BISCOTTI G., *Ai fini del riparto di giurisdizione la distinzione tra esercizio (anche indiretto) del potere e comportamento meramente materiale è rilevante anche in caso di lesione dei diritti fondamentali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 3, p. 868ss.

BRUNO E., *Decide il giudice ordinario sulle controversie attinenti contratti di appalto, ove sia chiesta o contesa l'applicazione di una clausola contrattuale*, in *Dir. & Giust.*, 2015, fasc. 28, p. 38ss.

CANNADA BARTOLIE., 1964, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione: appunti dalle lezioni*. Milano, Giuffrè.

CAPOZZI R. A., *Riparto di giurisdizione per risarcimento da lesione dell'affidamento per annullamento di provvedimento ampliativo illegittimo: la competenza al giudice ordinario*, in *IUS Amministrativo*, 11 luglio 2024.

CAPOZZI R. A., *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della P.A. rientra sempre nella giurisdizione del giudice amministrativo*, in *IUS Amministrativo*, 23 gennaio 2025.

CARIOLA A., *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2021, n. 2.

CARLASSARE L., *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalicabili" alla discrezionalità del legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, n. 6, pp. 2330-2343.

CARRETA S., *La vis attractiva della giurisdizione esclusiva: il caso del G.S.E.*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2019, n. 5, pp. 1264–1270.

CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Giustamm.it.*

CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2004, n. pp. 820-831.

CERUTI M., *La natura contrattuale delle concessioni e la fine della giurisdizione esclusiva sulle concessioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, n. 3, pp. 651–662.

CHIOVENDA G., 1907, *Principii di diritto processuale civile*. Napoli, Jovene.

CINTIOLI F., *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Diritto & Formazione*, 2004, pp. 1342–1355.

CLARICH M., *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/2004, p. 981 ss.

CLARICH M., 2022, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino.

CLARICH M. – FONDERICO, A., *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale* (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5), in *Guida al diritto*, 2018, n. 23, pp. 88 ss.

CLARICH M., RAMAJOLI M., 2021, *Diritto amministrativo e clausole generali. Un dialogo*, Edizioni ETS.

CONDORELLI M., *L'accordo integrativo oltre l'art. 11 della L. n. 241/1990*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, n. 2, pp. 197–202.

CONTI R., *Comportamenti buoni e cattivi: dopo Corte Cost. n. 191/2006 ognuno per la sua strada (ma quale?)*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, n.7, pp. 805–817.

CORPACI A., *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, II, Milano, 1990.

CORSARO A., *Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e comportamenti riconducibili all'esercizio di pubblici poteri*, in A. Cariola – D'Allura – Florio (a cura di), *I comportamenti della pubblica amministrazione. Atti del Convegno di Catania (17–18 novembre 2006)*, Giappichelli, pp. 143–164.

CORSARO A., *Occupazioni illegittime: problemi di giurisdizione, di rito e di valore del beneficiario*, in *Il Foro amministrativo – CDS*, 2008, n. 5, pp. 1624–1626.

CROCE R., *Sui confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo* (nota a Corte Cost., 5 febbraio 2010, n. 35), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, fasc. 1, p. 432 ss.

DE NICTOLIS R., *In difesa della «pregiudizialità»* (nota a Cass., Sez. Un., ord. 13 giugno 2006, n. 13659), in *Il Foro italiano*, 2007, parte I, col. 3184–3187.

DELLE DONNE C., *Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella sentenza della Consulta n. 204 del 2004: il ritorno al “nodo gordiano” diritti-interessi*, in *Giustizia civile*, 2004, n. 10, pp. 2237–2246.

DI CAPUA V., *Danno da lesione dell'affidamento incolpevole e riparto di giurisdizione: l'Adunanza plenaria aggiunge un altro capitolo alla saga*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2021, fasc. 3, p. 679ss.

DI NEZZA M.A., *Giudice amministrativo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2023, n. 6, pp. 73–82.

DIOTALLEVI L., *La giurisdizione sui diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di processo amministrativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, n. 1, pp. 275-292.

DOMENICHELLI V., 1988, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Cedam, Padova.

FERRAJOLI L., *Per una teoria dei diritti fondamentali*. *Diritto pubblico*, 2010, N.16(1-2), pp.141-174.

FERRANDI F., *A chi spetta decidere se un fisioterapista libero professionista non possa continuare o meno a svolgere la sua attività?*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 169, p. 8ss.

FERRERO G.– RISSO F., *Evoluzione giurisprudenziale in tema di occupazione illegittima o illecita. Questioni giurisdizionali*, in *Il Foro amministrativo – CDS*, 2006, 5, p. 1375ss.

FOLLIERI F., *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *federalismi.it*, 2017, n. 7.

FRANCARIO F., *Le concessioni di beni e servizi pubblici e profili di giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2026, n. 1, pp. 17–33.

GALLO C.E., *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Il Foro amministrativo – CDS*, 2004, n. 7, pp. 1908–1918.

GALLO C.E., *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2016, n. 2, pp.547-584.

GALLO C.E., *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni ridisegnata dalla Corte di Cassazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2020, n. 2, pp. 506–518.

GALLO C.E., *Concessione di costruzione e gestione di opera pubblica e di concessione di servizi pubblici: riparto di giurisdizione tra G.O. e G.A.*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2020, fasc. 2, p. 505 ss.

GAMBINO N., Osservazione a Cass., Sez. Un., 7 gennaio 2016, n. 64, in *Foro italiano*, 2016, parte I, p. 1296ss.

GAROFALO L., 2003, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti Convegno Alberto Burdese, Cedam.

GASPARINO A., *Diritti fondamentali e giurisdizione esclusiva: possono coesistere?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 6, 2010, p. 1287ss.

GIACCHETTI S. – GIACCHETTI C., *Occupazione in carenza di potere, riparto di giurisdizione e concezione “a matroska” del provvedimento amministrativo*, in *Foro amministrativo – CDS*, 2006, n.3, pp. 1073–1094.

GIANI R., *Giudice amministrativo e giurisdizione esclusiva sui diritti fondamentali: il caso del sostegno scolastico ai disabili e i dubbi sul criterio di riparto*, in *Questione giustizia*, 2021, n. 1, pp. 209–217.

GIANNINI M.S., *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 158 ss.

GIGANTE M., 1990, *I conflitti d'attribuzione nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, II, Milano.

GOTTI F., 1990, *La legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, in *Le riforme crispine*, II, Milano.

GRECO G., *Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia a quella per connessione?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2006, n. 4, pp. 884–911.

GRECO G., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Diritto Amministrativo*, 2014, n.3, pp.479-524.

GRECO G., *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 3, p. 1945ss.

GUGLIELMI G., *La responsabilità precontrattuale della P.A.: i nuovi (discutibili) criteri individuati dall'Adunanza plenaria n. 21/2021 per il risarcimento del danno*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 3, p. 933ss.

LAMORGESE A., *Riparto di giurisdizione e pregiudizialità amministrativa: le Sezioni Unite non convincono*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, n.10 p. 1175-1181.

LAMORGESE A., *Esercizio del potere e risarcimento del danno: le sezioni unite «creano» una nuova giurisdizione esclusiva* (nota a Cass., Sez. Un., ord. 13 giugno 2006, n. 13659), in *Il Foro italiano*, 2007, parte I, pp.3187-3190.

LAMORGESE A., *Stop della Cassazione alla concentrazione della giurisdizione a senso unico*, in *Giustizia civile*, 2011, n.5, pp.1218-1223.

LARICCIA S., *Alla ricerca dei provvedimenti amministrativi mediatamente riconducibili all'esercizio del potere pubblico: un nuovo avverbio per il dibattito tra i giudici, gli avvocati e gli studiosi della giustizia amministrativa italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 3, giugno 2006, p. 1935ss.

LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1983, n.4, pp.371- 445.

LEDDA F., 2002, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato (1970)*, ora in *Scritti giuridici*, Cedam, Padova.

LORONZONI L., 2018, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Jovene Editore, Napoli.

LORUSSO A., *L'affidamento incolpevole e il suo giudice: ancora un altro giro di valzer*. *Federalismi.it*, 2026, n.8, pp.114–152.

LUCIANI M., 2009, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*. In G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. III, Dei diritti e dell'eguaglianza, pp. 1055-1071, Napoli, Jovene.

MADDALENA M.L., *La giurisdizione sui comportamenti della P.A. in caso di sopravvenuta inefficacia della d.p.u.: il punto della Plenaria*, in *Il Corriere del Merito*, 2007, n. 10, pp. 1228–1231.

MANDARA A., *La buona fede come parametro di validità del provvedimento amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2024, n.4, pp.527–536.

MANGANARO F., 1995, *Il principio di buona fede nell'attività delle amministrazioni pubbliche*. ESI, Napoli.

MARTINI F., *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2009, n. 2, pp. 377–431.

MASCHIETTO A. – BRIANZA P., *Mancata raccolta dei rifiuti e danno all'ambiente: la Cassazione devolve la giurisdizione al giudice amministrativo*, Nota a Cass., Sez. Un., 28 giugno 2013, n. 16304, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2014, fasc. 1, pp. 45-56.

MAZZAMUTO M., *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in *Giustizia amministrativa.it*, 2020.

MAZZAMUTO M., *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, n.2, pp. 896-910.

MAZZAMUTO M., *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Il diritto dell'economia*, 2022, vol. 108(2), pp. 11–110.

MAZZAROLLI L., *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, n.1, pp. 214-248.

MAZZAROLLI L.A., *Commento all'art. 133 c.p.a.*, in G. Falcon – F. Cortese – B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Padova, Cedam Wolters Kluwer, 2021, p. 1080 ss.

MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970, ora rist. in ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Giuffrè, Milano, 2001.

MILIZIA G., *Il TAR ha giurisdizione esclusiva sul risarcimento danni causati dalla realizzazione della TAV*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 00, 2013, p. 1002ss.

MORTATI C., 1976, *Istituzioni di diritto pubblico*, v. II, Cedam, Padova.

PACE A., *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici "comuni"*, in AA.VV., *Nuove dimensioni dei diritti di libertà*, Padova, Cedam, 1990, p. 109 ss.

PAMPANIN V. (2026), *La costruzione giurisprudenziale della responsabilità da lesione dell'affidamento: carattere aperto della fattispecie e incertezze applicative*, in S. Battini, G. Bottino, V. Manes, & B. Tonoletti (A cura di), *Responsabilità pubbliche in trasformazione. L'assetto delle responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici alla prova della burocrazia difensiva* (pp. 173-220). Bologna University Press.

PAOLANTONIO N., *Sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità ed accessione invertita: problemi di giurisdizione*, in *Il Foro amministrativo – CDS*, 2007, 9, p. 2416ss.

PARISIO V., *Primi spunti in tema di risarcimento del danno per violazione di interessi legittimi*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, fasc. 6, 1999, p. 1239ss.

PELLEGRINO E., *Decadenza "doverosa" e responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, fasc. 5, p. 940ss.

PIGNATELLI N., *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 12, pp. 177–199.

POLICE A., *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non più esclusiva*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, p. 974 ss.

POLITI F., *I diritti sociali*, in NANIA R. - RIDOLA P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. III, Giappichelli, Torino, 2006, p. 1019 ss.

POLITI F., 2011, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Giappichelli, Torino.

POTO M., *L'orientamento della Cassazione in linea con la Consulta sulla individuazione del giudice competente in tema di responsabilità della Consob*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2005, 6, p. 1339ss.

PROTO PISANI A., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro italiano*, 2001, Vol.24, n. 2, pp.21-20.

RAMAJOLI M. – VILLATA R., 2017, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli.

RAMAJOLI M., *Commento all'art. 7 c.p.a.*, in G. Falcon – F. Cortese – B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2021, pp. 46–67.

RAMAJOLI M., *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2020, 38(2), pp. 275–292.

RAMAJOLI M., *Potere autoritativo, prospettiva rimediabile e adeguatezza dei poteri del giudice amministrativo a vent'anni dalla sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2025, n. 2, pp. 341–356.

RENNA M., *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2010, n.1 pp. 27-84.

ROMANO TASSONE, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, in *Giustizia amministrativa.it*, 2010.

ROMANO A., 1975, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*. Giuffrè.

SAITTA F., voce *Giurisdizione esclusiva*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970.

SAITTA F., voce *Giurisdizione esclusiva*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, vol. V, Milano, Giuffrè, 2001.

SAITTA F., *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro amministrativo – CDS* 2004, n.7-8, pp. 1903-1908.

SAITTA F., *La “204” al macero: il giudice amministrativo si riappropria (quasi del tutto) dei comportamenti; ma i “confini del potere” restano incerti*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, n.8-9, pp. 1931-1937.

SAITTA F., *Tanto tuonò che piovve: riflessioni – d’agosto – sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in *Lexitalia.it*.

SALEMME A. – CARPINELLI C., *La tutela risarcitoria dell’interesse legittimo e la riassunzione della causa davanti al giudice amministrativo*, nota a Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro amministrativo*, 1999, pt. I, p. 1990 ss.

SANDULLI A., *Potere e procedimento amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto – I Tematici*, vol. V, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, pp. 543–564.

SANDULLI M., *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni tra vecchi problemi e nuove soluzioni*. *Federalismi.it.*, 2011, n.7.

SASSANI B., *Costituzione e giurisdizione esclusiva: impressioni a caldo su una sentenza storica*, in *Giustamm.it*. 2004.

SCIARRETTA F., *Giurisdizione amministrativa “esclusiva” nella tutela dei diritti soggettivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 3, pp.1-40.

SCOCA F.G., *Autorità e consenso*, in *Diritto amministrativo*, 2002, n. 3, pp. 431–458.

SCOCA F.G., *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, n. 4, pp. 2209-2220.

SCOCA F.G., *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, n.1, pp. 439-445.

SCOCA F. G., 2003, *Tutela giurisdizionale e comportamento della Pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, In *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese Padova*, Venezia, Treviso, 14-15-

16 giugno 2001): Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (pp. 471-480).

SCOCA F. G., *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti sul processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, n.3, pp.847-873.

SCOCA F. G., *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, 2021, n.1, pp.1-46.

SCOCA F. G., 2017, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*. Giappichelli.

SCOCA F. G., 2022, *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli.

SCODITTI E., *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo* (Nota a Cass. 25 novembre 2014, n. 25011), in *Foro Italiano*, 2015, fascicolo n.3, parte 1, p.962 ss.

SICLARI D., *La giurisdizione esclusiva in materia di vigilanza creditizia e finanziaria dopo la pronuncia della Consulta*, in *Il Foro amministrativo – CDS*, 2004, n. 9, pp. 1915 ss.

SINISI M. *Annullamento della concessione per la realizzazione e gestione di un porto turistico*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2015, 5, p. 1059ss.

SORICELLI G., *Appunti su una "svolta epocale" in merito ad un'interpretazione costituzionalmente orientata sulla pari dignità tra diritto soggettivo ed interesse legittimo: una decisione a futura memoria?*, in *Il Foro amministrativo*, fasc. 2, 2000, p. 349ss.

SPEZZATI A., *L'adunanza plenaria n. 12 del 2007: un ritorno al passato*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2008, 2, p. 570ss.

SPUNTARELLI S., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, n. 3, pp. 741–763.

STANCANELLI G., *La giurisdizione esclusiva nella sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004. Riflessioni "a caldo"*, in *Giustamm.it*.

TOMASSETTI F., *Ripartito il sostegno, la parola passa al giudice ordinario*, Nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 12 aprile 2016, n. 7, in *Guida al diritto*, 2016, n. 20, p. 100 ss.

TONOLETTI B., 2001, *L'accertamento amministrativo*, Cedam.

TONOLETTI B., *Il riparto di giurisdizione e la giurisdizione del giudice ordinario. Commento agli artt. 2, 4 e 5 All. E l. 20 marzo 1865, n. 2248*, in G. Falcon – F. Cortese – B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Cedam Wolters Kluwer, 2021, pp. 67–107.

TONOLETTI B., *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Quaderni del Seminario di Studi e Ricerche Parlamentari Silvano Tosi*, 2010.

TORCHIA L., *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza 204/2004 della Corte costituzionale*, in *Foro amministrativo TAR*, 2004, suppl. n. 12, pp. 119–125.

TORCHIA L., *La scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, n. 4, pp. 1105–1132.

TRAVI A., *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme*, in *Foro Italiano*, 2001, Vol. 124, n.3, pp.68-75.

TRAVI A., *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Il Foro italiano*, 2004, n.10, I, pp. 2598-2605.

TRAVI A., *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazione senza titolo dell'amministrazione*, in *Foro italiano*, 2006, III, pp. 1625-1631.

TRAVI A., *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 2009, n.1, pp. 48-56.

TRAVI A., *Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, in *Foro italiano*, 2011, n. 6, pp.165-170.

TRAVI A., *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro Italiano*, 2011, n.1, pp. 2398-2401.

TRAVI A., *In tema di regolamento di giurisdizione. Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di concessioni di beni o di servizi*, in *Il Foro italiano*, 2018, n.11, I, pp. 3541-3544.

TRAVI A., 2021, *Riparto di giurisdizione e concorrenza fra i "modelli" di responsabilità civile nelle relazioni tipiche del diritto amministrativo*, In Cinquant'anni dopo. L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato. Scritti di diritto processuale amministrativo dedicati a Riccardo Villata (pp. 190-209), Giappichelli.

TRAVI A., *Giurisdizione esclusiva nelle controversie concernenti il ciclo dei rifiuti*, in *Foro italiano*, 2023, n. 1, pp. 72–73.

TRAVI A., 2024, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli.

TRIMARCHI BANFI F., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, n.3, pp.823-854.

TRIMARCHI M., *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione. P.A.*, in *Persona e Amministrazione*, 2022, vol. 11, n.2, pp. 89-130.

TRIMARCHI M., *Il riparto della giurisdizione nelle controversie per il risarcimento dei danni arrecati nell'esercizio della funzione amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2024, n. 4, pp. 821–878.

TROISE MANGONI W., *Azione risarcitoria del risparmiatore nei confronti della Consob: considerazioni attinenti alla giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 2, 2007, p. 414ss.

TROPEA G., *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo interno ed esterno tra corti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, n.4, pp. 1244–1324.

TROPEA G. - GIANNELLI A., *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. (nota a Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236)*, in *Giustizia Insieme*, 15 maggio 2020.

VALERIO F., *Danno da ambiente insalubre per mancato smaltimento dei rifiuti urbani: il risarcimento va chiesto al giudice amministrativo*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 0, 2013, p. 768ss.

VECCHI A., *Interventi clinici gravi ed urgenti all'estero: con o senza la richiesta di autorizzazione preventiva, sulle controversie decide il giudice ordinario*, in *Diritto e Giustizia online*, fasc. 0, 28 febbraio 2009, p. 29ss.

VERCILLO A., *Diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive del privato*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 4, 2010, p. 1372ss.

VILLATA R., *Questioni di giurisdizione sui comportamenti in materia espropriativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2006, n. 4, pp. 865-884.

VILLATA R., *Lunga marcia della Cassazione verso la giurisdizione unica. (" dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2013, n.1, pp.324-356.

VIPIANA P.M., voce *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, UTET Giuridica, 1991, aggiornamento 2011 a cura di Francesca Pavoni.

ZAMPETTI E., *Espropriazione e giurisdizione*, in *Il Corriere del Merito*, 2007, n. 12, pp. 1375–1385.

ZAMPETTI E., *Annullamento giurisdizionale di provvedimento favorevole e giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 3, p. 663ss.

APPENDICE GIURISPRUDENZIALE

Corte Costituzionale

Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204

Corte Cost., 23 maggio 2006, n. 191, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 3, p. 1921; in *Foro italiano*, 2006, VI, 1, p. 1625;

Corte Cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 2.

Corte Cost., 5 febbraio 2010, n. 35, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 1, p. 432ss.

Corte Cost., 26 febbraio 2010, n. 80, in *Foro it.*, 2010, 4, I, p. 1066; in *Giustizia civile*, 2010, 5, I, p. 1044ss; *Giurisprudenza costituzionale* 2010.

Corte Cost., 15 luglio 2016, n. 179, in *Foro it.*, 2016, 10, I, p. 3047; in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2016, 4, I, p. 398ss.

Corte Cost., 16 dicembre 2016, n. 275, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, 6, p. 2330; in *Foro italiano*, 2017, 9, I, p. 2591ss.

Corte Cost., 13 luglio 2017, n. 182, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 4, p. 1705 ss.

Corte Cost., 9 giugno 2022, n. 178

Corte di Cassazione

Cass., Sez. Un., 4 luglio 1949, n. 1657, in *Foro it.*, 1949, p. 926ss.

Cass., Sez. Un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro it.*, 1979, I, c. 939 ss.; in *Foro amm.*, 1981, I, p. 8 ss.

Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, c. 939 ss.; in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 342 ss.

Cass., Sez. Un., 3 luglio 1991, n. 7318, in *Giurisprudenza it.*, 1991, I, 1, p. 1133 ss.

Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500

Cass., Sez. Un., 25 maggio 2005, n. 10962

Cass., Sez. Un., 30 maggio 2005, n. 11334
Cass., sez. un., 15 luglio 2005, n. 14988
Cassazione civile Sez. Un., 29 luglio 2005, n. 15916, in *Diritto processuale amministrativo*, 2007, p. 408ss,
Cass., Sez. Un., 18 ottobre 2005, n. 20117
Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2006, n. 2507
Cass., Sez. Un., 9 giugno 2006, n. 13431, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2006, 4-5, I, p. 912ss.
Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13659, in *Foro it.*, 2007, 11, I, p. 3181ss.
Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13660, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2006, 7-8, 1269 ss.
Cass., Sez. Un., 15 giugno 2006, n. 13911
Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2006, n. 27190
Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2007, n. 2688, in *Diritto processuale amministrativo*, 2007, 4, p. 1155 ss.
Cass., Sez. Un., 25 maggio 2007, n. 12186
Cass., Sez. Un., 16 luglio 2008, n. 19501
Cass., Sez. un., 27 maggio 2009, n. 12245
Cass., Sez. Un., 6 febbraio 2009, n. 2867, in *Diritto & Giustizia*, 28 febbraio 2009, p. 29 ss.
Cass., Sez. Un., 27 maggio 2009, n. 12245
Cass., Sez. Un., 15 giugno 2009, n. 13892
Cass., Sez. Un., 9 settembre 2009, n. 19393, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, n. 4, p. 1201ss.
Cass., Sez. Un., 5 marzo 2010, n. 5290, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2010, 6, p. 1285 ss.
Cass., Sez. Un., 25 giugno 2010, n. 15323
Cass., Sez. Un., 1° luglio 2010, n. 15644
Cass., Sez. Un., 26 gennaio 2011, n. 1771
Cass., Sez. Un., 2 febbraio 2011, n. 2418

Cass., Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6594, in Foro it., 2011, p. 2387ss.
Cass., Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6595, in Foro it., 2011, p. 2387ss.
Cass., Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6596, in Foro it., 2011, p. 2387ss.
Cass., Sez. Un., 26 settembre 2011, n. 19567
Cass., Sez. Un., 12 ottobre 2011, n. 20939
Cass., Sez. Un., 11 ottobre 2011, n. 20902
Cass., Sez. Un., 21 novembre 2011, n. 24438
Cass. Sez. Un., 5 dicembre 2011, n. 25925
Cass. Sez. Un., 27 dicembre 2011 n. 28804
Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2011 n. 29095
Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2012, n. 2570
Cass. civ., Sez. Un., 29 marzo 2013 n. 7938
Cass., Sez. Un., 28 giugno 2013, n. 16304, in *Diritto & Giustizia*, 1 luglio 2013.
Cass. Sez. Un., 5 luglio 2013, n. 16883
Cass., Sez. Un., 29 luglio 2013, n. 18192
Cass., Sez. Un., 30 agosto 2013, n. 19962, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2014, 1, p. 316sss
Cass., Sez. Un., 6 settembre 2013, n. 20571, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2013, 5, p. 1677ss.
Cass., Sez. Un., 6 settembre 2013, n. 20577
Cass., Sez. Un., 16 dicembre 2013, n. 27994
Cass., Sez. Un., 14 gennaio 2014, n. 584
Cass., Sez. Un., 26 marzo 2014, n. 7176
Cass., Sez. Un., 5 maggio 2014, n. 9573
Cass., Sez. Un., 22 settembre 2014, n. 19882
Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2014, n. 22116,
Cass.,Sez. Un. 25 novembre 2014, n. 25011, in Foro It. ,2015, fascicolo.3, parte 1, p.962 ss.
Cass., Sez. Un., 13 febbraio 2015, n. 2886
Cass. Sez. Un., 7 aprile 2015, n. 6916

Cass., Sez. Un., 18 maggio 2015, n. 10095
Cass., Sez. Un., 27 maggio 2015, n. 10879, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2015, 4, I, p. 699ss.
Cass., Sez. Un., 1 giugno 2015, n. 11292
Cass., Sez. Un., 2 luglio 2015, n. 13568
Cass., Sez. Un., 13 luglio 2015, n. 14559, in *Diritto & Giustizia*, 14 luglio 2015, fasc. 28, p. 38ss.
Cass. Sez. Un., 4 settembre 2015, n. 17586, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2015, 5, I, p. 1044 ss.
Cass., Sez. Un., 18 gennaio 2016, n. 692
Cass. Sez. Un., 3 febbraio 2016, n. 2052
Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 3732
Cass. Sez. Un., 26 febbraio 2016, n. 3798
Cass., Sez. Un., 2 agosto 2016, n. 16067, in *Rassegna di diritto farmaceutico e della salute*, 2016, 5, p. 1058 ss.
Cass., Sez. Un., 7 settembre 2016, n. 17674, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2017, 1, p. 259ss.
Cass., Sez. Un., 16 dicembre 2016, n. 25978
Cass., Sez. Un., 5 maggio 2017, n. 10935
Cass., Sez. Un., 22 giugno 2017, n. 15640
Cass., Sez. Un., 10 luglio 2017, n. 16986
Cass., Sez. Un., 13 luglio 2017, n. 17324
Cass., Sez. Un., 31 luglio 2017, n. 18978
Cass. Sez. Un., 26 settembre 2017, n. 22357
Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 4359
Cass., Sez. Un., 30 maggio 2018, n. 13701
Cass., Sez. Un., 9 agosto 2018, n. 20682, in *Foro it.*, 2018, 11, I, p. 3539 ss.
Cass., Sez. Un., 28 novembre 2018, n. 30757
Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2018, n. 32728,

Cass., Sez. Un., 8 luglio 2019, n. 18267, in *Diritto processuale amministrativo*, 2020, 2, p. 505 ss.

Cass., Sez. Un., 23 luglio 2019, n. 19882

Cass. Sez. Un., 12 settembre 2019, n. 22768

Cass., Sez. Un., 16 ottobre 2019, n. 26206

Cass. Sez. Un., 18 dicembre 2019, n. 33691

Cass., Sez. Un., 14 gennaio 2020, n. 416

Cass., Sez. Un., 28 gennaio 2020, n. 1870

Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2020, n. 5594

Cass., Sez. Un., 6 marzo 2020, n. 6454

Cass., Sez. Un., 25 marzo 2020, n. 7529

Cass., Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2020, 3, I, p. 461 ss.

Cass., Sez. Un., 30 settembre 2020, n. 20867

Cass. Sez. Un., 12 ottobre 2020, n. 21990

Cass. Sez. Un., 12 ottobre 2020, n. 21993

Cass. Sez. Un., 14 ottobre 2020, n. 22193

Cass. Sez. Un., 26 ottobre 2020, n. 23418

Cass., Sez. Un., 4 dicembre 2020, n. 27768

Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2020, n. 28979

Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2021, n. 621

Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2021, n. 4366

Cass., Sez. Un., 28 maggio 2021, n. 15013

Cass., Sez. Un., 17 giugno 2021, n. 17329

Cass., Sez. Un., 21 luglio 2021, n. 20824

Cass., Sez. Un., 28 luglio 2021, n. 21652

Cass., Sez. Un., 21 ottobre 2021, n. 29297

Cass., Sez. Un., 9 novembre 2021, n. 32688

Cass., Sez. Un., 22 novembre 2021, n. 35952

Cass. Sez. Un., 17 dicembre 2021, n. 40545

Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2022, n. 1602
Cass. Sez. Un., 8 febbraio 2022, n. 3935
Cass., Sez. Un., 15 febbraio 2022, n. 4872
Cass., Sez. Un., 15 febbraio 2022, n. 4873
Cass., Sez. Un., 29 aprile 2022, n. 13595
Cass., Sez. Un., 12 maggio 2022, n. 15122
Cass., Sez. Un., 24 giugno 2022, n. 20464
Cass. Sez. Un., 27 luglio 2022, n. 23436
Cass. Sez. Un., 5 settembre 2022, n. 26033
Cass. Sez. Un., 22 settembre 2022, n. 27748, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*,
2022, I, p. 865ss.
Cass. Sez. Un., 26 settembre 2022, n. 28022
Cass., Sez. Un., 29 settembre 2022, n. 28429
Cass. Sez. Un., 4 gennaio 2023, n. 111
Cass. Sez. Un., 4 gennaio 2023, n. 116
Cass. Sez. Un., ord. 19 gennaio 2023, n. 1567
Cass. Sez. Un., 24 gennaio 2023, n. 2175
Cass. Sez. Un., 8 febbraio 2023, n. 3875
Cass. Sez. Un., 9 febbraio 2023, n. 4044.
Cass. Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5668
Cass. Sez. Un., 1 marzo 2023, n. 6099
Cass., sez. un., 16 marzo 2023, n. 7737
Cass. Sez. Un., 13 aprile 2023, n. 9837
Cass. Sez. Un., 14 aprile 2023, n. 10063, in *Responsabilità Civile e Previdenza*,
2023, 3, p. 868ss.
Cass. sez. un., 4 maggio 2023, n. 11713
Cass. Sez. Un., 17 luglio 2023, n. 20473
Cass. Sez. Un., 29 agosto 2023, n. 25427
Cass., Sez. Un., 31 ottobre 2023, n. 30267
Cass., Sez. Un., 21 novembre 2023, n. 32259

Cass., Sez. Un., 13 dicembre 2023, n. 34954
Cass. Sez. Un., 12 dicembre 2023, n. 34693
Cass., Sez. Un., 12 febbraio 2024, n. 3755
Cass., Sez. Un., 14 maggio 2024, n. 13178
Cass. Sez. Un., 14 maggio 2024, n. 13191
Cass. Sez. Un., 3 giugno 2024, n. 15404
Cass. Sez. Un., 27 agosto 2024, n. 23155
Cass., Sez. Un., 5 novembre 2024, n. 28352
Cass., Sez. Un., 26 dicembre 2024, n. 34502
Cass., Sez. Un., 22 gennaio 2025, n. 1625
Cass., Sez. Un., 5 febbraio 2025, n. 2934
Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2025, n. 4847
Cass., Sez. Un., 4 marzo 2025, n. 5775
Cass. Sez. Un., 30 settembre 2025, n. 26080, in *Diritto processuale amministrativo*, 2026, 1, p. 111 ss.
Cass., Sez. Un., 22 novembre 2025, n. 30769
Cass., Sez. Un., 4 dicembre 2025, n. 31629
Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2025, n. 32956
Cass. civ., Sez. Un., 26 dicembre 2025, n. 34152
Cass., Sez. Un., 26 dicembre 2025, n. 34156
Cass., Sez. Un., 12 gennaio 2026, n. 641
Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2026, n. 1952, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2026, 1, p. 244 ss.
Cass., sez. III, 30 agosto 2013, n. 19962, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2014, 1, p. 316ss.
Cass., sez. III, 20 ottobre 2015, n. 21172
Cass., sez. lav., 6 novembre 2015, n. 22715
Cass., sez. I civ., 9 agosto 2017, n. 19753
Cass., sez. I civ., 19 ottobre 2017, n. 26684
Cass., sez. I civ., 22 maggio 2018, n. 12437

Cass., sez. VI, 23 settembre 2021, n. 25843
Cass. civ., sez. lav., 10 marzo 2022, n. 7641
Cass., sez. I civ., 18 aprile 2023, n. 10315
Cass., sez. I, 13 dicembre 2023, n. 34954
Cass., sez. III, 26 gennaio 2024, n. 2577
Cass., sez. lav., 26 febbraio 2024, n. 5061
Cass., sez. I, 13 marzo 2024, n. 6747

Consiglio di Stato

Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2007, n. 9
Cons. Stato, Ad. plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in *Diritto processuale amministrativo*, 2008, p. 570 ss.
Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 831
Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 214, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2010, 2, I, p. 441ss.
Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421
Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460
Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 844
Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2015, n. 2125
Cons. Stato, Ad. plen., 12 aprile 2016
Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1713
Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2501
Cons. Stato, sez. III, 31 agosto 2016, n. 3755
Cons. Stato, Sez. V, 4 settembre 2017, n. 4183,
Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5
Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5156, in *Foro it.*, 2018, X, III, c. 481 ss.; in *Diritto & Giustizia*, 2018.
Cons. Stato, sez. III, 11 ottobre 2018, n. 5861
Cons. Stato, Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697
Cons. Stato, sez. III, 27 febbraio 2019, n. 1371

Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019, n. 5354
Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2019, n. 5498
Cons. Stato, sez. III, 30 ottobre 2019, n. 7426
Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2020, n. 268
Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371
Cons. Stato, sez. II, 31 dicembre 2020, n. 8546
Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, in *Foro it.*, 2022, II, III, c. 69 ss.
Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20, in *Diritto processuale amministrativo*, 2022, 3, p. 663 ss.
Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2022, 3, p. 933 ss.
Cons. Stato, Ad. plen., 13 febbraio 2023, n. 5,
Cons. Stato, sez. II, 17 luglio 2023, n. 6988
Cons. Stato, sez. IV, 3 agosto 2023, n. 7503
Cons. Stato, sez. II, 12 marzo 2024, n. 2354
Cons. Stato, sez. IV, 4 aprile 2024, n. 3072
Cons. Stato, sez. III, 14 giugno 2024, n. 5347
Cons. Stato, sez. III, 12 agosto 2024, n. 7089
Cons. Stato, sez. III, 5 novembre 2024, n. 8834
Cons. Stato, sez. IV, 25 novembre 2024, n. 9467
Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2025, n. 129
Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2025, n. 489
Cons. Stato, sez. VII, 24 marzo 2025, n. 2434
Cons. Stato, sez. III, 6 giugno 2025, n. 4911
Cons. Stato, sez. V, 24 luglio 2025, n. 6583

Giurisprudenza di merito

T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 23 novembre 2012, n. 880, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2012.

Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 27 marzo 2019, n. 262

T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 21 novembre 2019, n. 5465

T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3 settembre 2020, n. 9312

T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 13 luglio 2022, n. 9616

T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 3 ottobre 2022, n. 6100

T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 2 novembre 2022, n. 14222

Corte app. Napoli, sez. IV, 28 settembre 2023, n. 4112

T.A.R. Molise, Campobasso, sez. I, 20 dicembre 2023, n. 344

T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. II, 17 aprile 2024, n. 302

Trib. Torre Annunziata, sez. II, 11 settembre 2024, n. 2481

T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 16 settembre 2024, n. 16391

T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 5 novembre 2024, n. 1250

T.A.R. Lazio, Roma, sez. V, 20 dicembre 2024, n. 23186,

T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 10 febbraio 2025, n. 65

T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 4 marzo 2025, n. 152

T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 2 aprile 2025, n. 1117

T.A.R. Lazio, Roma, sez. IV, 6 giugno 2025, n. 11103

T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 12 giugno 2025, n. 960