

Clarice Delle Donne

**Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del GA nella sentenza della Consulta n. 204/2004:
il ritorno al “nodo gordiano” diritti – interessi.**

1- La sentenza della Consulta n. 204 del 2004 chiude il capitolo più recente della storia della giurisdizione esclusiva in Italia, con un dichiarazione di (parziale) incostituzionalità che ridimensiona le scelte di un legislatore ordinario apparso, una volta di troppo^[1], eccessivamente disinvolto rispetto ai parametri costituzionali di riferimento.

In particolare, è il profilo attinente all’esercizio del potere da parte della PA quale (unico) elemento in grado di giustificare, *secundum Constitutionem*, l’accentramento davanti al GA di una controversia involgente anche profili di diritto soggettivo, che nei testi censurati appare misconosciuto, e che invece la Corte riporta alla luce attraverso il richiamo ai valori affermati dagli artt. 102 e 103 Cost.

La dichiarazione di incostituzionalità riguarda infatti l’art. 33, 1°c., del D. Lgs n. 80/1998, come modificato dall’art. 7, lett. a, della L. n. 205/2000, nella parte in cui prevede che siano devolute alla giurisdizione esclusiva del GA, indifferentemente, “*tutte le controversie in materia di pubblici servizi*”, anziché le (sole) 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 PA o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla L. n. 241/1990, ovvero, ancora, relative all’affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza ed al controllo nei confronti del gestore.*

Quanto al 2° c. della norma, esso viene dichiarato incostituzionale *in toto*^[2], mentre l’art. 34, 1°c., del medesimo D.Lgs n. 80/1998, come modificato dall’art. 7, lett.b, della L.n. 205/2000, è colpito dalla dichiarazione di incostituzionalità nella parte in cui prevede la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del GA delle controversie aventi ad oggetto *gli atti, i provvedimenti ed i comportamenti*, anziché i soli *atti e provvedimenti* delle PA e dei soggetti alle stesse equiparati in materia di urbanistica ed edilizia.

La grave pecca della legislazione che dal 1998 al 2000 ha operato il noto riassetto dei rapporti tra il contenzioso affidato alla giurisdizione ordinaria e quello affidato alla giurisdizione esclusiva amministrativa sta dunque, secondo la Corte, nell’aver trascurato il dato fondamentale insito nella stessa conservazione, da parte del Costituente, del giudice amministrativo quale giudice *speciale*: la necessità di garantire adeguata tutela all’interesse legittimo del cittadino nei confronti del concreto esplicarsi del potere da parte della PA^[3].

La specialità (della scelta) del giudice riflette, insomma, la specialità, rispetto a quello di diritto comune riservato al GO, del rapporto devoluto alla sua giurisdizione, di talchè da quest’ultimo non può in alcun modo prescindere per radicare la prima.

Non a caso, di tutti i parametri costituzionali la cui violazione è stata lamentata nelle ordinanze di

rimessione[4], la Corte sceglie gli artt. 102 e 103 Cost. come fulcro argomentativo delle conclusioni adottate. Attraverso la ricostruzione del dibattito che, in seno all'Assemblea Costituente, ne ha preceduto l'adozione nella formulazione attuale, la sentenza ricostruisce i rapporti tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa come basati sulla fondamentale diversità delle situazioni soggettive tutelabili, in quanto al GO è stato riservato il ruolo di giudice naturale dei diritti, ed al GA quello di giudice naturale degli interessi.

Completa parità ed originarietà delle due giurisdizioni, entrambe dotate di competenze in ampi settori dell'ordinamento, e dunque entrambe, da questo punto di vista, ordinarie. Ma soprattutto impermeabilità dell'una verso l'altra perché operanti in direzioni diverse: è questa la cornice nella quale il Costituente cala la giurisdizione esclusiva del GA, e pone al legislatore ordinario i limiti del suo intervento.

Il che vuol dire, anzitutto, che il giudice ordinario resta il giudice naturale dei diritti soggettivi anche ove una delle parti del rapporto sia una PA: anzi, in tal caso la conclusione è rafforzata da un dato storico pregnante, quale la L. n. 2248/1865, All.E, che ha abolito i vecchi Tribunali del Contenzioso amministrativo e che, recepita nei suoi principi ispiratori dalla Costituzione, è rimata tuttora in vigore.

Diversamente opinando, si incapperebbe nello sbarramento posto dall'art. 100 della Costituzione, per il quale il Consiglio di Stato è giudice *nell'amministrazione*, e non, viceversa, *dell'Amministrazione*.

La sottrazione di parte del contenzioso sui diritti soggettivi al suo giudice naturale, e la sua attribuzione al giudice naturale degli interessi legittimi, non può dunque trovare una giustificazione costituzionalmente compatibile nella pura e semplice qualità *pubblica* di una delle parti, anche se alla stessa sono innegabilmente legati generici profili di pubblico interesse.

Essa riposa, piuttosto, proprio sull'esistenza di un qualche legame con gli interessi legittimi che ne renda ragionevole la trattazione da parte del giudice di questi ultimi. Ed è precisamente questo, secondo la Corte, il significato della riserva posta dall'art. 103 Cost., allorché prevede la giurisdizione amministrativa su diritti in *particolari materie previste dalla legge*.

L'ago della bilancia è dunque l'attributo della particolarità[5], che sta ad indicare non solo, ed anzi non tanto, la riserva di legge in merito alla giurisdizione amministrativa *anche* su diritti[6], ma soprattutto il collegamento di questi ultimi con le posizioni di interesse legittimo e dunque, dal lato attivo del rapporto, con l'esercizio del potere da parte della PA.

Tuttavia queste considerazioni, e lo stesso tenore letterale della norma costituzionale, non consentono ancora, da sé sole, di ricavare indicazioni sulla precisa consistenza di questo collegamento[7]. La sua intensità è però rintracciabile, ancora una volta in via sistematica, con l'ausilio dei Lavori Preparatori dell'Assemblea Costituente, dai quali si evince che la previsione della giurisdizione esclusiva del GA, contenuta nell'attuale art. 103, è collegata alla *inscindibilità delle questioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, ed alla prevalenza delle prime (...)*[8], che impongono di radicare anche queste ultime presso il Consiglio di Stato.

Si tratta, con tutta evidenza, del medesimo *nodo gordiano tra diritti ed interessi* apparso per la prima volta nella Relazione Illustrativa al (progetto di quello che poi divenne il) R.D. 30 dicembre 1923 n. 2840, a giustificazione della scelta allora operata a favore della giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato[9].

L'opzione della Consulta assume perciò il sapore del recupero di una tradizione consolidata su un dato normativo precostituzionale, che la Carta Fondamentale avrebbe ricevuto e cristallizzato, rendendolo impermeabile a future scelte di segno diverso da parte del legislatore ordinario.

La giurisdizione esclusiva ne esce relegata al ruolo, che negli anni recenti aveva invece abbandonato, di fenomeno marginale non solo rispetto alla giurisdizione ordinaria su diritti, ma anche rispetto a

quella generale di legittimità, di cui appare appendice, se non proprio eccezionale, quantomeno speciale[10].

Il messaggio è forte e chiaro: una materia può dirsi attratta alla giurisdizione esclusiva amministrativa solo ove, anche in assenza della prescritta *interpositio* del legislatore ordinario, rientrerebbe comunque nell'area della giurisdizione generale di legittimità. Il che val quanto dire che un diritto soggettivo è azionabile innanzi al GA solo ove la sua tutela coinvolga direttamente profili attinenti all'esercizio del potere della PA, da cui risulti in qualche modo condizionato od inciso, di talchè la trasmigrazione al relativo giudice sia coerente con il suo essere giudice del potere stesso[11].

Il cerchio dunque si chiude, e ricaccia nel limbo del costituzionalmente illegittimo ogni tentazione (così come tradottasi in legge nel biennio 1998-2000) di costruire una giurisdizione su diritti del GA secondo un criterio *altro* rispetto a quello del legame forte diritto-interesse, ed in particolare attraverso la sola indicazione di blocchi di materie.

E' da escludere perciò che la originarietà e pari dignità delle due giurisdizioni possa essere intesa nel senso della libera intercambiabilità delle tipologie di controversie loro devolute, quasi che bastasse la sola equivalenza quantitativa di contenzioso a ciascuna attribuito ad assicurarne la pari dignità[12] e, sotto il profilo istituzionale, l'eguale sfera di potere nell'ordinamento.

Al contrario, nella ferrea logica della sentenza l'equilibrio di forze del sistema risulta efficacemente garantito dall'uso accorto del concetto di giudice naturale ed ordinario, a ciascuna giurisdizione attribuito (non in generale ma) esclusivamente nel suo settore, e che costituisce il più saldo sbarramento ad ogni generalizzato fenomeno di osmosi tra il contenzioso attribuito (*rectius*: attribuibile) all'una e quello attribuibile all'altra.

E non è superfluo aggiungere che la sottolineatura della Corte cade, più e prima che sulla necessità della precostituzione legislativa prevista dall'art. 25 Cost., proprio sulla definizione implicita della naturalità, intesa come maggiore idoneità di quel tipo di giudice alla cura di quel tipo di interessi: requisito forte, non eliminabile *ad nutum* dal legislatore ordinario, ed intorno al quale convergono alla perfezione l'art. 25 e gli artt. 100, 102 e 103 Cost[13].

2- Il rispetto dei parametri indicati è utile alla Corte anche per superare l'ulteriore dubbio di incostituzionalità prospettato dai rimettenti e derivante dall'impossibilità di provocare, rispetto ai diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione esclusiva amministrativa, il controllo della Corte di Cassazione *per violazione di legge* previsto dall'attuale 7°c. dell'art.111Cost, dato che contro le sentenze del Consiglio di stato è ammesso il controllo solo per motivi inerenti alla giurisdizione.

Si tratta infatti, secondo la Corte, di una precisa scelta del Costituente che, nella sua discrezionalità, ha ritenuto prevalente, e quindi maggiormente meritevole di tutela, l'esigenza di concentrazione davanti ad un unico giudice, in presenza di un intreccio di posizioni soggettive diverse, rispetto a quella del controllo di legittimità della Cassazione.

Insomma, per i diritti soggettivi devoluti al GA, quel controllo viene sacrificato sull'altare dell'effettività della tutela, che si concretizza nella semplificazione del meccanismo di accesso alla giurisdizione, ma che proprio in tale esigenza di semplificazione trova il suo limite.

Il discorso della Corte va dunque ben al di là della censura rivolta, sul punto specifico, alla nuova giurisdizione esclusiva delineata dalle lett. *a* e *b* dell'art. 7 della L. n. 205/2000, per investire più alla radice i rapporti tra l'istituto stesso della giurisdizione esclusiva (vecchia e nuova, dunque) ed il controllo di legittimità della Cassazione, così come concepiti dalla Costituzione.

L'intuizione della Consulta è infatti quella di non ancorare il possibile contrasto con l'art.111 Cost. al solo dato dell'incremento quantitativo della giurisdizione esclusiva operata dalle norme censurate: l'argomento, come è stato giustamente rilevato, proverebbe troppo, andando ad intaccare lo stesso fondamento della giurisdizione esclusiva come giurisdizione (anche) su diritti[14].

La sottrazione al controllo di legittimità si giustifica solo ove i diritti abbiano un legame così stretto con gli interessi legittimi che l'esigenza di identificare il loro giudice sia (percepita come) prevalente su quella di assicurare il controllo di legittimità sulle sentenze che li hanno ad oggetto.

Il delicato equilibrio costruito dalla Costituzione riposa dunque, ancora una volta, sulla corretta lettura, da parte del legislatore ordinario, dei criteri costituzionali di individuazione degli ambiti consentiti alla giurisdizione esclusiva, e viene meno solo in presenza di una scelta di materie in cui sia del tutto assente il profilo attinente all'esercizio del potere da parte della PA.

Il che non accade mai, precisa la Corte, nel caso dell'art. 7, lett.c, della L. n. 205/2000, che prevede, in capo al GA, il potere di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto.

Anzi.

Tale potere da un lato prescinde, in quanto tale, dai criteri di riparto della giurisdizione, che vanno determinati *aliunde*; dall'altro rappresenta l'attuazione, a livello normativo ordinario, dell'art. 24 Cost.

La disposizione infatti, nel riconoscere piena ed effettiva tutela tanto ai diritti soggettivi quanto agli interessi legittimi, implica necessariamente che anche il relativo giudice sia dotato di tutti gli strumenti processuali in grado di dare adeguata risposta ad un riconosciuto bisogno di tutela.

Il risarcimento del danno ingiusto, in sé considerato, sfugge dunque a qualsiasi configurabilità in termini di nuova materia di giurisdizione esclusiva, collocandosi piuttosto sul diverso piano di rimedio nei confronti di una lesione, tutte le volte in cui essa possa lamentarsi davanti al GA.

Ancorché utili, nella sostanza, come autorevole avallo del *trend* interpretativo-normativo che, attraverso il riconoscimento della risarcibilità del danno ingiusto da lesione di interessi legittimi, ha portato tutte le questioni patrimoniali consequenziali alla cognizione del GA, le affermazioni della Corte in merito alla lett. c dell'art. 7 della L. n. 205/2000 hanno valore di un *obiter dictum*, andando al di là del *thema decidendum* ritagliato dalle ordinanze di rimessione[15].

Né sembrano in grado di fornire decisivi argomenti per sciogliere, in un senso o nell'altro, il nodo relativo alla cd. *pregiudiziale di annullamento* rispetto alla richiesta di risarcimento dei danni provocati dall'atto (asseritamente) illegittimo.

In particolare, la circostanza che la Corte abbia definito il risarcimento stesso quale tutela ulteriore rispetto a quella classica demolitoria e/o conformativa, appare in astratto compatibile con entrambe le soluzioni finora prospettate[16].

Tale definizione va piuttosto sottolineata, nel contesto argomentativo in cui è resa perché, evitand di qualificare il risarcimento stesso in termini di diritto[17], lo sottrae alla logica dell'attribuzione al GO, salvi i casi di giurisdizione esclusiva del GA, e lo aggancia invece automaticamente all'esistenza di una giurisdizione (quantomeno) di legittimità. Il che rende plausibile la conclusione che, in presenza di interessi legittimi di cui venga richiesta la tutela, anche la domanda di risarcimento del danno vada presentata, a prescindere dalla ricorrenza di una ipotesi di giurisdizione esclusiva, al GA.

Ciò vale senz'altro per gli interessi di tipo pretensivo, ma la conclusione appare ugualmente sostenibile anche per quelli di tipo oppositivo perché, a prescindere dalla circostanza che il

provvedimento amministrativo abbia compreso una preesistente posizione di diritto soggettivo, ciò che è necessario a radicare la giurisdizione sul risarcimento del danno è la presenza attuale di profili di interesse legittimo.

Restano invece fuori dalla giurisdizione amministrativa le controversie sul risarcimento del danno arrecato a diritti soggettivi dall'attività svolta dalla PA *iure privatorum*, o in totale assenza di potere, mancando, in tali casi, gli *essentialia iurisdictionis*.

Profili risarcitori a parte, la nuova formulazione delle lettere *a* e *b* dell'art. 7 della L. n. 205/2000, risultante dalla dichiarazione di incostituzionalità, autorizza, in sintesi, le seguenti conclusioni.

L'attuale assetto della giurisdizione esclusiva sui servizi pubblici pare prospettabile nei seguenti termini:

- 1) controversie in materia di concessioni, ad esclusione di quelle relative ad indennità, canoni ed altri corrispettivi;
- 2) controversie in materia di affidamento del servizio;
- 3) controversie concernenti l'esercizio del potere di vigilanza e di controllo nei confronti del gestore;
- 4) controversie relative ai poteri autoritativi di direzione e controllo su settori determinati già indicati dalla norma, quali il servizio farmaceutico, i trasporti, le telecomunicazioni, etc;
- 5) controversie relative a provvedimenti adottati dalla PA in uno dei procedimenti amministrativi disciplinati dalla L. n. 241/1990[18].

E' tuttavia plausibile ritenere che l'espressa esclusione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, prevista in relazione alla concessione di pubblici servizi, si riferisca alla sola fase funzionale del rapporto PA- gestore, in quanto tipicamente strutturata secondo lo schema privatistico diritto-obbligo.

Le controversie sui corrispettivi che trovino invece causa direttamente nell'annullamento dell'atto amministrativo relativo alle fattispecie sopra indicate, quali, ad esempio quelle *lato sensu* restitutorie, dovrebbero restare alla giurisdizione esclusiva, in quanto comunque involgenti profili di esercizio del potere.

In relazione all'urbanistica ed all'edilizia, l'attuale giurisdizione esclusiva del GA riguarda i soli atti e provvedimenti della PA e non anche i semplici comportamenti.

Il che esclude dal relativo ambito le controversie relative all'occupazione usurpativa[19], nonché le controversie relative al possesso, e, segnatamente, le azioni possessorie, che la giurisprudenza della Cassazione[20] aveva invece ritenuto di attrarre a tale giurisdizione.

Quanto invece alla cd occupazione acquisitiva, mentre secondo alcuni[21] è da ascrivere pacificamente all'AGO, altri [22] ritengono invece opportuno, pur dopo la sentenza in commento, operare dei *distinguo*. Se infatti la dichiarazione di pubblica utilità o il decreto di esproprio si impugnano e vengono annullati dal GA, vertendosi in fattispecie di esercizio del potere, ancorché attraverso un atto viziato, dovrebbe inferirsene la sopravvivenza della giurisdizione del GA. I relativi profili risarcitori vi sarebbero invece attratti non a titolo di giurisdizione esclusiva, ma in quanto collegati direttamente all'esercizio della funzione pubblica.

Nulla dovrebbe invece essere mutato in relazione alle controversie previste dall'art. 43 del nuovo T.U. sull'espropriazione per pubblica utilità, contenuto nel D.P.R. n. 372/2001.

Si tratta comunque, infatti, di ipotesi relative all'uso di un potere, quello ablatorio, nei confronti dei diritti sugli immobili utilizzati per scopi di pubblico interesse, che ha per conseguenza l'acquisizione degli stessi al patrimonio indisponibile della PA, ed il risarcimento del danno a favore del proprietario.

3- Uno sguardo d'insieme non può che far apprezzare la grande coerenza interna di una sentenza che, come quella in epigrafe, manifesta la rara capacità di muoversi, nella selva intricatissima dei temi affrontati, con la precisione dell'artigiano che mette ogni tessera del mosaico al suo posto.

Anzitutto, la Corte evita accuratamente, nonostante vi sia condotta dalle opposte posizioni emerse nel corso del giudizio di legittimità[23], di lasciarsi prendere dall'ineluttabilità di una scelta nella secca alternativa[24] unicità- pluralità della giurisdizione, a favore di una più facilmente sostenibile unità (solo) funzionale, compatibile con la parità ed originarietà tanto della giurisdizione ordinaria quanto di quella amministrativa.

La scelta può non trovare tutti d'accordo, ma è difficilmente smentibile dall'interno, in base agli elementi sui quali è stata fondata (in particolare, i Lavori Preparatori della Costituzione), oltre ad apparire pienamente compatibile con il testo degli artt. 100, 102 e 103 Cost.

Frutto di una ulteriore scelta[25] è il corollario, anch'esso non immediatamente smentibile in base ai dati utilizzati dalla Corte, ed al tenore delle norme costituzionali richiamate, di ritenere la giurisdizione ordinaria quella naturale sui diritti, e la giurisdizione amministrativa quella naturale sugli interessi legittimi.

Sul piano ordinamentale, la scelta della Corte restituisce piena legittimazione alla persistente specialità del Consiglio di Stato, sia in punto di garanzie costituzionali, che di coesistenza della funzione giurisdizionale con quella consultiva e partecipativa all'attività amministrativa, che fin dalle origini lo caratterizza[26]. Giudice *nell'amministrazione*, appunto, come tale controllabile dalla Corte di Cassazione solo con riferimento al rispetto dei limiti esterni di tale sua giurisdizione[27].

L'istituzione di una corrispondenza biunivoca tra tipo di situazione tutelata e tipo di giudice costituisce, per la sentenza, una acquisizione utile da un duplice punto di vista.

Essa consente infatti di ristabilire, a favore del GO, e attraverso la (sola) redistribuzione del contenzioso, un equilibrio tra apparati istituzionali gravemente compromesso dalla massiccia traslazione di ampi settori dell'ordinamento all'area della giurisdizione del GA.

Nello stesso tempo, però, risolve di fatto il contrasto tra le giurisprudenze dei due Organi di vertice, esacerbato dalla non comunicabilità tra le stesse, e foriero, come nel caso emblematico del servizio pubblico, di grave incertezza nell'accesso alla tutela.[28] Sul piano dell'effettività della stessa, dunque, l'aver chiarito chi è il giudice di certe tipologie di controversie, o quantomeno il criterio per individuarlo, costituisce senza dubbio un passo avanti, piaccia o meno la scelta in concreto effettuata.

Tutto bene, allora?

Non proprio.

E' infatti quantomeno dubbio che il ritorno di una serie di controversie al GO rappresenti un traguardo davvero significativo. A parte infatti ogni considerazione in ordine alla patologica lentezza del processo di cognizione davanti al GO, è la fase di esecuzione della sentenza a costituire un serio

problema.

Ammettendo, come appare più coerente con la *ratio* della sentenza in commento, che essa debba seguire lo schema del processo esecutivo regolato dalle norme del Libro III del cpc[29], di questo finisce per scontare la maggiore complessità rispetto al giudizio di ottemperanza, oggi utilizzabile anche per le sentenze esecutive non ancora passate in giudicato. Si pensi, solo per fare qualche esempio, alla possibilità di parentesi di cognizione potenzialmente in grado di sospendere il processo e, in caso di condanne al pagamento di somme, all'apertura al concorso dei creditori[30].

Ma anche sul versante più strettamente ordinamentale, il contrasto tra la Cassazione ed il Consiglio di Stato, impegnati in questi anni ad ampliare, in via interpretativa, ciascuno la propria sfera di giurisdizione, sembra destinato a riproporsi, negli stessi termini netti di quello in materia di servizi pubblici, sui problemi della pregiudiziale di annullamento, e della possibilità che il GO continui autonomamente a conoscere del danno risarcibile, secondo lo schema proposto da Cass. S.U. n. 500/1999.

Infatti, mentre il Consiglio di Stato pare assestato sulla (più tradizionale) posizione della necessità del previo annullamento dell'atto[31], la Corte di Cassazione, in piena consonanza con varie pronunce comunitarie, afferma il contrario[32].

Le differenti posizioni non esprimono semplicemente una contrapposizione su questioni di diritto, ma involgono profili più complessi legati al ruolo tradizionalmente assunto dalle due Alte Corti nell'ordinamento e, in fondo, al loro modo di concepire l'ordinamento stesso[33].

Così, mentre la Corte di Cassazione fornisce una lettura dal punto di vista del titolare della posizione violata, e solo come tale suscettibile di ristoro, secondo il classico schema privatistico diritto-obbligo, per il Consiglio di Stato è la valenza plasmante dell'atto autoritativo che va considerata. Essa permane intatta fino all'annullamento, in assenza del quale, perciò, l'atto stesso va considerato legittimo, e come tale insuscettibile di produrre danno alcuno.

La conflittualità evidenziatasi a livello ordinamentale è il frutto della esistenza di alcune aree di sovrapposizione tra le sfere afferenti alle due giurisdizioni, create dal lungo processo normativo culminato nell'art. 7 della L. n. 205/2000, e che la sentenza in epigrafe non ha del tutto eliminato.

La lett. c della disposizione, con tutto il suo fardello di problemi, è rimasta immutata e, *rebus sic stantibus*, ciò appare il sintomo dell'approdo ad un punto di non ritorno nella definizione dei rapporti tra le due giurisdizioni. Essi non sono più semplicemente impostabili in termini di diritto-interesse legittimo, proprio a causa del ruolo giocato dalle questioni risarcitorie e dalle altre di carattere patrimoniale *conseguenziale*[34].

Del resto, le affermazioni della Consulta in ordine al superamento della regola posta dall'abrogato art. 13 della L. n. 142/1992, costituiscono una ulteriore riprova di questa metamorfosi (oggi solo in parte) in atto.

Lo squarcio aperto dal riconoscimento della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi rende piuttosto problematico il ritorno al vecchio criterio di riparto. Esso, riesumato solo in parte, comporta l'arresto di un processo evolutivo in corso, senza tuttavia essere in grado di riportare completamente la situazione allo *status quo antea*.

Il che suggerisce qualche perplessità sulla scelta di campo effettuata dalla Corte, che dal principio dell'originarietà delle due giurisdizioni trae il corollario della assoluta diversità dei loro ambiti attraverso una ricostruzione storica che, per quanto corretta e fedele è, proprio in quanto tale, frutto di uno sguardo rivolto al passato.

Mentre invece le norme costituzionali, per il loro valore di individuazione di fini posti

all'ordinamento, da un lato, come tutte le norme, si affrancano dalle intenzioni e dal contesto che le hanno generate, per obiettivizzarsi nel testo;

dall'altro, si fanno interpreti della mutata sensibilità dei tempi, e sono anzi in grado di ispirare grandi riforme.

Si pensi, solo per fare qualche esempio, all'imponente fenomeno della tutela cautelare, che ha assunto le attuali dimensioni proprio grazie al suo aggancio interpretativo all'art. 24 Cost.

O, ancora, alle vicende del ricorso straordinario ex art. 111 Cost., costruito dalla Corte di Cassazione, nella sua attuale configurazione, attraverso il lavoro interpretativo sul termine *sentenze*.

Ebbene, anche gli artt. 102, 103, 113 Cost., avrebbero consentito di legittimare, in linea di massima, il processo di superamento della dicotomia diritti-interessi legittimi come criterio di riparto della giurisdizione tra GA e GO, a favore di quello per blocchi di materie.

L'evoluzione del sistema in quest'ultimo senso avrebbe però richiesto, prima o poi, una serie di correttivi allo *status quo* che sarebbero andati ben al di là del forte avvicinamento tra il processo davanti al GO e quello davanti al GA operato dalla L.n. 205/2000.

Si sarebbe trattato di risolvere, quantomeno, i problemi legati all'assenza del controllo di legittimità della Corte di Cassazione, e quelli di carattere ordinamentale legati alle regole organizzative e di funzionamento del Consiglio di Stato, nel senso di un'assimilazione allo *standard* di autonomia ed indipendenza dei magistrati ordinari^[35].

Ma forse è proprio quest'ultima frontiera a non appartenere al DNA del sistema.

In quest'ottica, il ricorso alla prospettiva storica per la ricostruzione dell'unità funzionale della giurisdizione assume la diversa valenza di monito a non abbandonare l'idea dell'irrinunciabilità non solo del ruolo, ma anche dell'assetto ordinamentale del Consiglio di Stato, attore necessario nel quadro degli apparati istituzionali del nostro ordinamento.

Se il giudice *dell'Amministrazione*, verso cui il sistema si stava evolvendo a forte velocità, è una riedizione di quello ordinario, sembra dire la Corte, allora il giudice *dell'Amministrazione* non ci appartiene.

La perdita in termini di contenzioso si traduce oggi, per quella corrispondenza perfetta tra la situazione tutelata ed il suo giudice, cui si è già fatto cenno, in una promessa di immortalità per un Consiglio di Stato in cui la funzione giurisdizionale nasce solo come appendice di quelle consultive sue proprie, ed in esse trova la sua più vera ragione di essere.

Così come ieri fu proprio il suo non essere giudice, almeno non nel senso in cui lo erano i Tribunali Ordinari cui si riferiva la legge di abolizione del Contenzioso amministrativo, la causa della sua rinascita, con grandi fortune, come giudice del potere.

Niente di più efficace, dunque, a far riflettere su tutto questo, di uno sguardo rivolto al passato.

[1] Com'è noto, l'art. 33 del D.Lgs n. 80/1998 è già caduto sotto la scure della Consulta che, con sent. 17 luglio 2000 n. 292, *FI*, 2000, I, 2393, nt Travi, lo ha dichiarato illegittimo per violazione dei limiti posti dalla Legge – delega n. 59/1997. Al di là dei motivi formali che hanno ispirato la sentenza, è interessante ribadire che, in quell'occasione, la Corte rimproverò al legislatore ordinario la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del GA di tutta la materia dei pubblici servizi, piuttosto che limitarsi ad estenderla alle sole questioni patrimoniali consequenziali. Ma il legislatore ordinario, con la L. n. 205/2000 ha, all'art. 7, ripreso la norma, affrancandola dall'eccesso di delega e fornendole perciò una legittimazione formale.

[2] Si trattava, infatti, di una elencazione specifica di controversie ricadenti, secondo le indicazioni fornite dal 1° c. della norma, nell'area della giurisdizione esclusiva del GA.

[3] Il discorso è, ovviamente, reversibile, nel senso di considerare il giudice *speciale* in quanto giudice del potere. Anzi, nella prospettiva storica ampiamente fatta propria dalla sentenza, è questo il nucleo originario della giurisdizione amministrativa, che nasce come sindacato sulla legittimità dell'azione amministrativa in relazione alla sola presenza di un interesse pubblico, ed a prescindere dalla posizione del soggetto inciso dal potere. Solo la Costituzione, riconoscendo piena dignità alla tutela dell'interesse legittimo, ha elevato il punto di vista del cittadino a parametro entro cui costruire l'azione di annullamento dell'atto amministrativo (v. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957; Romano Tassone, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, Relazione al Convegno *La riforma del processo amministrativo in Italia e Spagna*, Palermo, marzo 2001). Quanto, in particolare, ai Lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, le ragioni del mantenimento del Consiglio di Stato, fieramente avversate dal Calamandrei in base all'assunto che avrebbe storicamente esaurito il suo compito, furono rintracciate nel fatto che la giurisdizione amministrativa sorse non “*come usurpazione, al GO, di particolari attribuzioni, ma come conquista di una tutela giurisdizionale da parte del cittadino nei confronti della PA (...)*”; quindi si tratta di “*(...) riconsacrare la perfetta tradizione di una conquista particolare di tutela da parte del cittadino*” (così l'intervento di Leone, Resoconto Sommario della seduta dell'Assemblea Costituente del 21 novembre 1947).

[4] La prima ordinanza (31 luglio 2002 n. 488), riguardante l'art. 33 del d.lgs n. 80/1998, veniva resa in una controversia tesa ad ottenere la condanna di una ASL al pagamento per prestazioni di ricovero effettuate da una clinica, e lamentava il contrasto della norma con gli artt. 3, 24, 25, 100, 102, 103, 111, 113 Cost.

Le altre tre (nn. 226 e 227 del 2003 e 680 del 2003), tutte riguardanti l'art. 34 del medesimo d. lgs n. 80/1998, e rese in controversie di risarcimento dei danni provocati dalla PA, lamentavano il contrasto della norma con gli artt. 3, 24, 102, 1°3, 111, 113 Cost.

[5] Interessante appare, anche dal punto di vista linguistico, il significato attribuito dalla Corte all'aggettivo: *particolare* in senso etimologico di *parte di un tutto*. Il che la dice lunga, se mai vi fosse bisogno di ulteriori conferme, sulle convinzioni della Corte in merito al legame diritto-interesse legittimo presupposto dalla norma costituzionale perché ricorra un'ipotesi di giurisdizione esclusiva!

[6] La scelta della Corte si innesta in un quadro interpretativo che, nei suoi termini essenziali, può ridursi al quesito se l'elencazione per legge delle singole materie basti a ritenere soddisfatto il requisito della particolarità richiesto dalla norma costituzionale, o sia anche necessario il rispetto di altri parametri. Si leggano, ad es., Travi A., *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, *FI*, 2000, I, 2401, per il quale l'art. 103 Cost. non va letto come norma che pone semplicemente una

riserva di legge nell'individuazione delle materie riservate al GA, atteso che il riparto delle giurisdizioni è già di per sé soggetto a riserva di legge. Per l'idea che la giurisdizione esclusiva non dovrebbe estendersi oltre una casistica puramente eccezionale, si vedano le trattazioni classiche di Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, cit., 177; Giannini-Piras, *Giurisdizione amministrativa*, EdD, XIX, Milano, 1970, 229. Per una diversa lettura dell'art. 103 Cost., in riferimento al requisito delle particolari materie, si rimanda invece, per tutti, a Sassani, *La giurisdizione esclusiva*, *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S.Cassese, Milano, 2000, IV, *Il processo amministrativo*, nonché a ID, *La nuova giurisdizione esclusiva del GA (artt. 33, 34 e 35 del d. lgs. n. 80/1998)*, RDP, 1999, 1013.

Ritiene che, operando una distinzione per blocchi di materie, la legge ordinaria si garantisca una legittimità formale anche Tiscini, *La (nuova) giurisdizione esclusiva del GA tra (vecchi e nuovi) sospetti di illegittimità costituzionale*, www.judicium.it.

[7] V., oltre alle considerazioni svolte al termine della nota precedente, Stancanelli, *La giurisdizione esclusiva nella sentenza della C.Cost. n. 204/2004 (Riflessioni a caldo)*, <http://www.giustamm.it/> n. 7/2004, il quale rileva con grande equilibrio che anche un *blocco di materie* può essere rappresentato da *particolari materie*, con la puntualizzazione, però, che la deroga non deve assumere il carattere della generalità. Va comunque ricordato che anche la Consulta, nella sentenza in commento, riconosce l'obiettiva genericità della locuzione *particolari materie*, anche se poi aggiunge che ciò non autorizza a dedurre un illimitato arbitrio per il legislatore ordinario. V., per ulteriori considerazioni sul punto, anche Saitta, *Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e GA: la (persistente?) "specialità" della giurisdizione esclusiva alla ricerca di una identità smarrita*, DPA, 2004, 29ss.

[8] Così Ruini, Resoconto Sommario dei Lavori preparatori della Costituzione, seduta del 21 novembre 1947.

[9] A.Romano, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, DPA, 2004, 417ss, il quale riporta anche il passo della Relazione Illustrativa: "(...) è in esse così connaturato col diritto l'interesse pubblico, che è impossibile o assai difficile separare l'uno dall'altro, mentre l'interesse suddetto è così prevalente ed assorbente da far scomparire o affievolire la portata effettiva della questione patrimoniale o di diritto privato".

[10] Secondo la significativa impostazione data alla questione dalle ordinanze di rimessione, ed evidentemente condivisa dalla Corte. Per simili rilievi sull'attuale portata residuale del fenomeno giurisdizione esclusiva, v. Sassani, *Costituzione e giurisdizione esclusiva: impressioni a caldo su una sentenza storica*, www.judicium.it.

[11] Un doveroso cenno merita l'affermazione testuale della Corte, per la quale le particolari materie "devono partecipare della stessa natura di quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità, che è contrassegnata dalla circostanza che la PA agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al GA".

E' evidente infatti che, secondo la ricostruzione classica dei rapporti tra potere e situazioni individuali, l'esplicarsi del primo degrada le seconde ad interessi legittimi. Ma come rileva Saitta, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni (d'agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204/2004*, <http://www.lexitalia.it/>, l'affermazione va intesa non in senso letterale, ma solo come indice della forte compenetrazione che la Corte ha mostrato di ritenere necessaria con la giurisdizione di legittimità, affinché vi possa essere una giurisdizione anche su diritti del GA.

E' piuttosto da rilevare che, come nota anche l'A. da ultimo citato, nella sentenza in commento appare un'opzione ideologica estremamente restrittiva, che non si era manifestata in precedenti pronunce. A tal ultimo proposito è utile la lettura di Garofalo, *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo C.Cost. 6 luglio 2004 n. 204*, <http://www.lexitalia.it/>, il quale richiama sia C.Cost. n. 275/2001, a

proposito della devoluzione al GO delle controversie afferenti al conferimento ed alla revoca degli incarichi dirigenziali, sia le ordinanze nn. 161/2002 e 439/2002, con le quali la Corte ha ritenuto che l'ampliamento della giurisdizione esclusiva può ritenersi giustificato dalla specialità di rapporti, di esigenze e di discipline afferenti ad un particolare settore, pur rimanendo la giurisdizione esclusiva un'eccezione ad una regola.

[12] Il passaggio di interi blocchi di materie alla giurisdizione esclusiva del GA ha avuto anche, infatti, la funzione di compensare il vuoto lasciato dalla coeva traslazione delle controversie sul lavoro alle dipendenze della PA al GO, a seguito della sua privatizzazione. V., per tutti, Sassani, *La nuova giurisdizione, cit.*, 1013ss.

[13] E' interessante notare come la Corte utilizzi, a proposito del Consiglio di Stato, tanto l'attributo di *ordinario*, quanto quello di *speciale*. Seguendo un (solo apparente) paradosso, la ferrea logica della sentenza ci dimostra come entrambe le definizioni si attagliano, e contemporaneamente, all'Alto Consesso. E' infatti proprio dalla loro potente combinazione che si ricava la figura del GA come Giudice della funzione pubblica (secondo la definizione datane da Virga nel titolo omonimo del suo commento alla sentenza, da leggere in www.Lexitalia.it nn.7-8/2004), cioè *solo* di quella salvo eccezioni, in virtù della sua maggiore attitudine alla cura degli *interessi pubblici* rispetto a quelli *privati* (*ordinario, perciò, in quanto investito di generalizzate competenze in ampi settori dell'ordinamento; speciale, in quanto non liberamente agganciabile alla cura di interessi privati*).

[14] V., per tutti, Sassani, *Costituzione e giurisdizione, cit.*, e Tiscini, *La (nuova) giurisdizione, cit.*

[15] Che riguardava i soli artt. 33 e 34 del D.Lgs n. 80/1998, nella versione riformulata dall'art. 7 della L. n. 205/2000. La Corte avverte però l'esigenza di dare un segnale anche in relazione ai profili afferenti all'art. 35, probabilmente nella consapevolezza che anche in tale ambito si sarebbe potuto riproporre, agli interpreti, il dubbio di contrasto con la Costituzione, soprattutto data la presenza di una certa tendenza a considerare il risarcimento del danno, appunto, una nuova materia di giurisdizione esclusiva del GA (v. Varrone C., *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria, in AA.VV., Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di V. Cerulli-Irelli, Torino, 2000, 36).

[16] Tutela *ulteriore* può infatti, indifferentemente voler dire aggiuntiva all'annullamento, quando entrambi siano, in concreto, richiesti; oppure rimandare all'idea dell'esistenza, tra i rimedi a favore del cittadino contro la PA, di quello risarcitorio oltre a quello classico di natura cassatoria.

[17] Non, ovviamente, nel senso di negare che, in sé, il risarcimento del danno ingiusto costituisca l'oggetto di un diritto soggettivo perfetto, ma piuttosto nel senso di non concentrare l'attenzione sulla qualifica della situazione soggettiva, ma piuttosto sul suo collegamento funzionale con la posizione giuridica lesa, alla cognizione del cui giudice viene attratta *propter opportunitatem*. Da questo punto di vista, perciò, la sentenza prende le distanze Cass. S.U. n. 500/1999 che invece, proprio sul fondamento della qualificazione del danno in termini di (oggetto di un) diritto soggettivo, aveva fondato l'attribuzione delle relative controversie all'AGO.

[18] Si rinvia, per le opportune puntualizzazioni su questa casistica, a Garofoli, *La nuova giurisdizione, cit.*

[19] Virga, *Il giudice della funzione pubblica, cit.*, in quanto, evidentemente, la mancanza di un titolo ripropone lo schema carenza assoluta di potere della PA- diritto soggettivo del cittadino. Nello stesso senso anche Cerulli Irelli, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004, www.giustamm.it*. Ne consegue che anche i relativi profili risarcitori restano riservati all'AGO.

E' stato tuttavia correttamente notato (Saitta, *Tanto tuonò, cit*), che anche in alcuni casi di occupazione asseritamente usurpativa potrebbero, in concreto, ravvisarsi profili di esercizio del potere: è il caso, di confine tra occupazione acquisitiva ed usurpativa appunto, di procedura iniziata in base

ad una valida ed efficace dichiarazione di p.u., cui non sia seguito il decreto di esproprio. Ebbene, stando ai *distinguo* operati nella sentenza in commento, qui è senz'altro ravvisabile un esercizio del potere, ancorché attraverso l'adozione di un atto viziato, con la conseguente attrazione alla giurisdizione del GA, anche in relazione agli eventuali profili risarcitori.

[20] V., ad es., Cass.SU (ord) 11 marzo 2004 n. 5055, <http://www.lexitalia.it/>; Cass. SU (ord) 27 giugno 2003 n. 10289, *ivi*; v. anche TAR Puglia-Lecce ord. 16 luglio 2003 n. 668, *ivi*.

[21] Cerulli Irelli, *Op. ult. cit.*

[22] Virga, *Il giudice della funzione pubblica, cit.*; Saitta, *Tanto suonò che piovve, cit.*

[23] L'orientamento favorevole all'unicità della giurisdizione era stato patrocinato nelle ordinanze di rimessione, mentre l'Avvocatura dello Stato, nelle sue memorie, negava che la Costituzione lo avesse mai accolto, se non come valore-fine, mantenendo, al contrario, le giurisdizioni *storiche* in un sistema di riparto affidato alla discrezionalità del legislatore ordinario.

[24] Evidenzia molto bene i rischi, sul piano della stessa coerenza interna del sistema di riferimento, insiti nel tentativo di conciliare il (preteso) principio di unità della giurisdizione con la estensione ed importanza, anche di impatto sociale, di giurisdizioni *speciali* come il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti ed i Tribunali Militari (ma oggi potremmo aggiungere a pieno titolo anche le Commissioni Tributarie), Silvestri, *Giudici ordinari, giudici speciali ed unità della giurisdizione nella Costituzione Italiana*, in Scritti in onore di M.S.Giannini, III, Milano, 1988, 709ss.

V. inoltre, per la lettura in termini di rifiuto, da parte del costituente, di inseguire il *mito* dell'unità della giurisdizione, Verde, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del Costituente*, DPA, 2003, 343ss.

[25] L'unità solo funzionale della giurisdizione, e dunque la parità ed originarietà delle due giurisdizioni, è premessa comune anche al diverso corollario della libera intercambiabilità delle sfere di contenzioso a ciascuna attribuibili. Ciò è efficacemente dimostrato, a tacer d'altro, proprio dal contenuto delle memorie presentate dall'Avvocatura dello Stato, che da tale abbrivio ha dedotto la libertà del legislatore ordinario di determinare, appunto, le materie da devolvere a ciascuna giurisdizione senza alcun legame con la dicotomia diritti-interessi.

Ritiene non soddisfacente, quale criterio di riparto, tale dicotomia, anche Verde, *Ma che cos'è questa giustizia amministrativa?* DPA, 1993, 587. Si vedano, comunque, anche i rilievi di Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988, 623ss.

[26] Si rimanda, per tutti, a Gallo, *La partecipazione del giudice amministrativo all'attività della PA ed il suo riflesso sull'esercizio della funzione giurisdizionale nel quadro del nuovo Titolo V della Costituzione*, DPA, 2003, 463ss.

[27] Ricorda opportunamente Cerulli Irelli, *La L. 21 luglio 2000 n. 205 nell'evoluzione del nostro sistema di giustizia amministrativa*, in *Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di ID, Torino, 2000, 7ss, che la Riforma del 1889, intesa ad istituire una speciale tutela contenziosa contro gli atti autoritativi della PA, fu affidata ad organi rientranti nell'ambito del potere esecutivo, e perciò non soggetti, in linea di principio, a quelle limitazioni che l'apparato ideologico della divisione dei poteri poneva al GO proprio nei confronti degli atti amministrativi.

Il che val quanto dire, ci sembra, che affidare il controllo sul potere ad un apparato *interno* al potere stesso, anche se non completamente inserito nella sua struttura gerarchico- organizzativa, fu il fondamentale compromesso di fondo che permise di aprire un varco nell'assoluta impossibilità di portare la PA davanti ad un giudice per sindacare l'esercizio di quelle attività rispetto alle quali non erano ravvisabili posizioni di diritto soggettivo. Tale prospettiva storico-politica appare illuminante

dei motivi profondi per i quali il giudice della funzione pubblica ha, (ancora oggi) una struttura ed un ordinamento separato da quelli della magistratura ordinaria, e del perché vi coesistano funzioni consultive e giurisdizionali. Fu infatti proprio il suo non essere giudice a permettergli di divenire il giudice dell'esercizio del potere!

Dal punto di vista ordinamentale ed istituzionale, ciò si manifesta con il mantenimento di due distinte sfere di potere, principio recepito anche dalla Costituzione. V., per tutti, M.Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000.

[28] Com'è noto, infatti, le due Alte Corti hanno portato avanti opposte ricostruzioni, l'una tesa ad ampliare, e l'altra a restringere, l'ambito della giurisdizione esclusiva. Ci si riferisce a Cass. SU nn.71 e 72 del 30 marzo 2000, ed a Cons. St. A.Pl.30 marzo 2000 n.1, tutte in *GC*, 2000, I, 1291, nt Sassani. Mentre le SS.UU hanno ritenuto che l'attrazione alla giurisdizione esclusiva andasse limitata, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata, (artt. 3 e 103 Cost) ai soli casi in cui le controversie fossero comunque correlate all'interesse pubblico, l'A.P. ha ritenuto invece che il legislatore abbia inteso la nozione di pubblico servizio nel senso più ampio possibile, e tale perciò da ricomprendere l'intero svolgimento dell'azione dell'Amministrazione, in ogni suo aspetto. Come è possibile notare, la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato hanno dato vita ad una sorta di "prova generale" delle due interpretazioni astrattamente possibili dell'art. 103 Cost., rispetto al quale oggi la Consulta ha mostrato di preferire quella del GO.

E' tuttavia da rilevare che, se dal punto di vista delle pretese creditorie degli operatori del Servizio Sanitario nei confronti delle ASL e, in generale, di quelle dei gestori del servizio derivanti dall'espletamento del servizio stesso, la disputa è stata effettivamente superata nel senso del ritorno all'AGO, la nozione di servizio pubblico è ancora l'elemento principale su cui fondare la giurisdizione esclusiva, ed è dunque ancora rilevante. Sul punto, V. Garofalo, *La nuova giurisdizione*, cit.

[29] L'utilizzo del giudizio di ottemperanza non è, in astratto, precluso, nascendo anzi, storicamente, proprio al servizio dell'esecuzione delle sentenze del GO, ai sensi dell'art. 4 della L. n. 2248/1865, All.E. I motivi per i quali non appare seriamente praticabile sono invece da rinvenirsi nella diversa circostanza che ciò finirebbe con il riportare controversie in cui è assente ogni profilo di esercizio del potere, alla giurisdizione, addirittura di merito, del GA, aggirando, di fatto, le barriere poste dalla Corte al passaggio di contenzioso su diritti soggettivi al GA.

[30] O anche ai limiti derivanti dall'impignorabilità di somme della PA previsti in casi particolari. Su questi temi, v., per tutti, Sassani, in *GC*, cit., e ID., *Considerazioni attuali in tema di esecuzione civile e giudizio di ottemperanza*, REF, 2000, 167ss.

[31] Si vedano, ad es., CdS, A.Pl, 26 marzo 2003 n.4, *DPA*, 2003; CdS VI Sez., 18 giugno 2002 n. 3338, CdS, IV, Sez., 15 febbraio 2002 n. 952; CdS, IV Sez., 22 marzo 2001 n. 1684, *Cons. Stato*, 2001, I, 739.

[32] Il principio è alla base, com'è noto, di Cass. SU n. 500/1999, e trova riscontro in sede comunitaria (per i relativi riferimenti, v., D'Atti, *Il "diritto europeo" e la questione della cd "pregiudizialità amministrativa"*, *DPA*, 2003, 884ss.

Va tuttavia dato conto della recente Cass. 27 marzo 2003 n. 4358, *FI*, 2003, I, 2073, nt Travi, per la quale, invece, in assenza di rimozione dell'atto illegittimo, non è possibile accedere alla richiesta di risarcimento danni.

[33] Abbamonte, *Attualità e prospettive di riforma del processo amministrativo*, *DPA*, 2004, 374.

[34] E' infatti l'emersione del profilo relativo al danno cagionato dalla PA che, affiancandosi a quello cassatorio, crea il problema di individuarne il giudice, e quello di scegliere i relativi criteri. Ma di questi ultimi ne sono stati indicati molti, come è noto (v., per i relativi riferimenti, Interlandi, *Azione di annullamento ed azione risarcitoria: la regola della pregiudizialità esiste ancora?* DPA, 2003, 128ss; Guidarelli, *La pregiudiziale di annullamento nell'azione di risarcimento del danno per esercizio illegittimo della funzione pubblica*, *ivi*, 178ss.

[35] Da questo punto di vista, perciò, il Consiglio di Stato avrebbe certamente esaurito la sua funzione, come già vagheggiava Calamandrei in Assemblea Costituente, e come recentemente sostiene autorevole dottrina (Proto Pisani, *Intervento breve per il superamento della giurisdizione amministrativa*, *Riv. Dir. Civ.*, 2000, 775ss.