

**La “tribunalizzazione” del giudice amministrativo evitata:
commento alla sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004 n. 204**

Marcello Clarich

Ordinario di diritto amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza
della L.U.I.S.S. “Guido Carli” di Roma

in corso di pubblicazione sul Giornale di Diritto Amministrativo

Indice: [1. Premessa](#); [2. I limiti alla discrezionalità del legislatore posti dall’art. 103, primo comma, della Costituzione](#); [3. Unicità della giurisdizione e piena dignità del giudice amministrativo come giudice degli interessi legittimi](#); [4 Cenni conclusivi](#).

1. Premessa.

Gli art. 33, 34 e 35 del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80, la loro riformulazione e le altre disposizioni correlate introdotte dalla legge 21 luglio 2000 n. 205 --- in particolare dall’art. 7, comma 4, in tema di azione risarcitorie --- hanno fatto scorrere in questi anni fiumi di inchiostro.

Ebbene, la sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004 n. 204 --- che con un sentenza additiva ha riscritto in parte gli articoli 33 e 34 per renderli conformi in special modo all’art. 103 della Costituzione che consente al legislatore di prevedere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “in particolari materie” --- fa venire in mente la famosa tesi di Kirchman, secondo cui basta un mutamento legislativo perché intere biblioteche giuridiche vadano al macero^[1].

Kirchman peraltro non poteva prevedere almeno due evenienze. La prima è che nei sistemi a Costituzione rigida fondati su un sindacato della costituzionalità delle leggi accentrato, anche le sentenze della Corte Costituzionale possono produrre un analogo effetto. La seconda, che si verifica più raramente, è che mutamenti legislativi improvvisi (o le sentenze della Corte Costituzionale) possono ridare attualità a scaffali di volumi lasciati ammuffire negli scantinati.

Con la sentenza n. 204 si verificano entrambe le evenienze. Da un lato, perdono di rilevanza molti contributi dottrinari sull’estensione della nuova giurisdizione esclusiva e sull’affermarsi del nuovo criterio di riparto fondato sui blocchi di materie. Dall’altro, poiché la Corte Costituzionale rivaluta la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi quale criterio generale di riparto di giurisdizione, ritornano attuali molti studi sulle situazioni giuridiche soggettive e in particolare sull’interesse legittimo, categoria ormai destinata, secondo parte della dottrina, a scomparire, con o senza rimpianti, o a essere riassorbita in quella più generale dei diritti soggettivi^[2].

Ma più che soffermarsi sulle implicazioni teoriche generali della sentenza che ha fatto subito^[3] e che farà molto discutere e i cui principi hanno già trovato le prime applicazioni giurisprudenziali concrete^[4], conviene limitarsi in sede di primo commento a qualche annotazione.

2. I limiti alla discrezionalità del legislatore posti dall'art. 103, primo comma, della Costituzione.

C'è un primo aspetto inusuale nella sentenza. Mentre dedica ampio spazio alla ricostruzione storica del sistema della giustizia amministrativa e al dibattito in assemblea costituente circa l'opportunità di sopprimere il giudice speciale (richiamando anche gli interventi di Calamandrei) e sul significato che i costituenti volevano attribuire alla disposizione poi confluita nell'art. 103 della Costituzione, ignora del tutto le pronunce anche recenti della Corte Costituzionale, alcune richiamate dai giudici emittenti, che avevano toccato questioni involgenti i medesimi parametri costituzionali.

Ciò è probabilmente giustificato dal fatto che le pronunce precedenti non avevano trattato la questione *ex professo* e comunque riguardavano fattispecie di rilevanza limitata. Da questo punto di vista, si può anzi dire che la sentenza n. 204 per la prima volta opera un inquadramento generale della giustizia amministrativa al quale --- salvo modifiche costituzionali espresse, come quella proposta nella precedente legislatura e richiamata anche dalla sentenza^[5], che non sembrano peraltro all'orizzonte --- potranno far riferimento gli studiosi e gli operatori per lungo tempo.

Tra i precedenti recenti, va ricordata, in particolare, l'ordinanza n. 439 del 2002 in materia di attribuzione al giudice amministrativo delle controversie disciplinari dei dipendenti delle aziende nel settore dei trasporti (ferrovie, tranvie e linee di navigazione interna), che sottolinea che *“questa Corte ha ripetutamente affermato che resta rimesso alla scelta discrezionale (con i consueti limiti della non manifesta irragionevolezza e palese arbitrarietà) del legislatore ordinario - suscettibile di modificazioni in relazione ad una nuova valutazione delle esigenze di giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti sostanziali - ripartire la giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, a seconda della tipologia e del contenuto dell'atto oggetto di tutela giurisdizionale, conferendo anche un potere di annullamento con gli effetti previsti dalla legge (sentenza n. 275 del 2001; ordinanze 161 del 2002 e n. 414 del 2001)”*.

L'ordinanza n. 140 del 2001, che pur riferendosi specificamente all'attribuzione al giudice ordinario dei poteri di annullamento di atti amministrativi ai sensi dell'art. 113, comma 3, della Costituzione, sottolinea la *“tendenza di rafforzare la effettività della tutela giurisdizionale, in modo da renderla immediatamente più efficace, anche attraverso una migliore distribuzione delle competenze ed attribuzioni giurisdizionali a seconda delle esigenze delle materie prese in considerazione (e ciò può valere sia per il giudice ordinario, sia per il giudice amministrativo)”*.

La Corte Costituzionale sembrava cioè orientata a lasciare mano sostanzialmente libera al legislatore ordinario nel ripartire tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo le più varie tipologie di controversie. E ciò anche sul presupposto, come sottolinea l'ordinanza n. 439 del 2002, *“che non si può affermare, in linea di principio, che dinanzi al giudice amministrativo sia offerta una tutela meno vantaggiosa o appagante di quella che si avrebbe davanti al giudice ordinario (sentenza n. 62 del 1996, in fattispecie identica alla presente; v. anche sentenza n. 140 del 1980; n. 47 del 1976; n. 43 del 1977)”*^[6].

Queste e altre pronunce riferite a fattispecie particolari potevano far ritenere ragionevole la previsione che anche la legge n. 205 del 2000 --- che ha compiuto un passo decisivo nella direzione dell'introduzione di un nuovo criterio di riparto di giurisdizione fondato su blocchi di materie ---

potesse superare indenne il test di costituzionalità.

D'altronde, le interpretazioni dottrinali dell'art. 103 della Costituzione e delle altre disposizioni in tema di giustizia amministrativa tendevano, in genere, a sottolineare la scarsa rilevanza, limitata più che altro a fotografare la situazione all'epoca esistente^[7], senza precludere sviluppi in una pluralità di direzioni. Pochi autori, prima della legge n. 205 del 2000, avevano approfondito la questione del se ed entro quali limiti la legge possa aumentare le materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo senza violare l'art. 103, comma 1, della Costituzione^[8].

Ma anche dopo il d. lgs. n. 80 del 1998 e della legge n. 205 del 2000, allorché il problema dei limiti costituzionali all'espansione della giurisdizione esclusiva ha assunto maggior concretezza, il dibattito aveva espresso una pluralità di tesi che, con buoni argomenti, spaziavano dalla macroscopica incostituzionalità delle nuove disposizioni alla quasi certezza che esse avrebbero superato il test di costituzionalità^[9].

La sentenza n. 204, invece, ritiene che l'art. 103, primo comma, della Costituzione *“non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla giurisdizione amministrativa”*, ma ancora in positivo il potere del legislatore alla *“natura delle situazioni soggettive coinvolte”*. Le materie devolute alla giurisdizione amministrativa devono essere *“particolari”* rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità nel senso che *“devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo”*. Non basta dunque la mera presenza di una pubblica amministrazione come parte del giudizio, né un coinvolgimento generico di un interesse pubblico nella controversia.

La Corte Costituzionale disattende così la tesi, espressa dal Consiglio di Stato nell'ordinanza dell'Adunanza Plenaria, 30 marzo 2000 n. 1^[10], per cui l'art. 103 della Costituzione, letto in connessione con l'art. 113, prevede una semplice riserva di legge. Ammette cioè *“la interpositio legislatoris, circa la determinazione dei casi in cui il giudice amministrativo conosca anche dei diritti”*, ipotizza che *“la figura dell'interesse legittimo non sia il criterio generale su cui si basi il riparto delle giurisdizioni”* e riconosce che il legislatore ordinario potrebbe estendere senza limiti particolari l'ambito della giurisdizione amministrativa purché si tratti, ed è questa la ratio sottesa agli artt. 33 e 34 del dlgs. n. 80, di *“liti in cui si applicano regole sostanziali esorbitanti dal diritto privato”*.

La Corte Costituzionale si muove invece lungo la linea interpretativa già emersa nella giurisprudenza recente della Suprema Corte di Cassazione che, in particolare, pronunciandosi sull'interpretazione dell'art. 33 del d.lgs. n. 80, aveva chiarito che l'art. 103 della Costituzione, *“nel costituzionalizzare la giurisdizione speciale del G.A., ne ha anche circoscritto l'ambito a controversie comunque correlate all'interesse generale, in quanto volte alla tutela di (collegate) posizioni di interesse legittimo o “in casi particolari” “anche” di diritti soggettivi, senza possibilità di indiscriminata estensione (...) a tipologie di liti, come quella in esame, coinvolgenti unicamente diritti patrimoniali”* (Corte. Cass., SU, 30 marzo 2002, n. 72)^[11].

3. Unicità della giurisdizione e piena dignità del giudice amministrativo come giudice degli interessi legittimi

La sentenza n. 204 imposta la questione dell'equilibrio tra le due giurisdizioni in base a due premesse.

Da un lato, richiama e ribadisce il principio costituzionale dell'unicità della giurisdizione, del quale si trova traccia nell'art. 102, primo comma, della Costituzione secondo il quale la funzione giurisdizionale è esercitata in linea di principio da magistrati ordinari.

Dall'altro, legge l'evoluzione del sistema della giustizia amministrativa e la carta costituzionale nel senso di riconoscere al giudice amministrativo *“piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dal (modo in cui era stato inteso) l'art. 2 della legge del 1865”*, cioè degli interessi legittimi, consacrata dall'art. 24 della Costituzione che assicura ad essi, quanto a tutela, le medesime garanzie riconosciute ai diritti soggettivi^[12].

Dal principio dell'unità della giurisdizione la sentenza fa discendere un primo limite al legislatore ordinario che consiste nel divieto di sottrarre del tutto la pubblica amministrazione alla giurisdizione alla quale soggiace il comune privato. Si esclude dunque che il giudice amministrativo possa trasformarsi da giudice *“nell'amministrazione”* (secondo la dizione dell'art. 100, primo comma, della Costituzione) in giudice *“dell'amministrazione”*, cioè del giudice che interviene quando parte in causa sia una pubblica amministrazione.

Il medesimo principio --- inteso, secondo i lavori preparatori della Costituzione richiamati sul punto dalla sentenza, come unità funzionale e non organica --- non implica peraltro che tutte le decisioni del Consiglio di Stato (e della Corte dei Conti) debbano essere assoggettate al controllo di legittimità della Corte di cassazione. Questa concezione emerge appunto dall'art. 111, comma 7, della Costituzione che prevede il ricorso in cassazione contro tali decisioni solo per motivi di giurisdizione.

Si può anzi aggiungere che quest'ultima disposizione costituzionale è addirittura indispensabile, se si sviluppa con coerenza l'altra premessa sottolineata dalla Corte e cioè che il giudice amministrativo è configurato come giudice ordinario degli interessi legittimi. Non a caso, fin tanto che la cognizione dei diritti soggettivi da parte del giudice amministrativo è rimasta confinata a fattispecie circoscritte di giurisdizione esclusiva, nessuno ha posto in discussione la ragionevolezza della disposizione^[13]. Se mai, l'art. 111, comma 7, finisce per connotare il dualismo del sistema di giustizia amministrativa italiano come non paritario, ma a prevalenza istituzionale del giudice ordinario. Ciò a differenza del sistema francese nel quale la paritarietà è assicurata dal fatto che le questioni di giurisdizione sono risolte dal *Tribunal de Conflits*, composto in egual misura da giudici ordinari e giudici amministrativi.

Solo nel dibattito conseguente al d.lgs. n. 80 e alla legge n. 205 ha trovato credito l'argomento che una così ampia estensione della giurisdizione esclusiva determina un sacrificio intollerabile della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione. Questo argomento, sollevato anche dai giudici

remittenti, trova una risposta formalistica nella sentenza n. 204, secondo la quale è lo stesso articolo 111, settimo comma, a prevedere la limitazione del ricorso in Cassazione, limitazione che si giustifica per il fatto i diritti soggettivi sottratti alla funzione nomofilattica sono quelli che afferiscono a materie “particolari”, nel senso restrittivo accolto ora dalla stessa Corte costituzionale^[14].

Dal principio della piena dignità di giudice degli interessi legittimi riconosciuta dalla Costituzione in special modo dall’art. 24 della Costituzione, la sentenza n. 204 trae il corollario forse più importante, anche se in realtà sotto forma di *obiter dictum*, visto che la questione non era stata sollevata dai giudici remittenti. Avalla cioè la scelta compiuta con l’art. 7 della legge n. 205 del 2000 di attribuire al giudice amministrativo il potere di condannare l’amministrazione al risarcimento del danno correlati all’esercizio illegittimo della funzione amministrativa.

La Corte qualifica il risarcimento del danno ingiusto, non già come “materia”, bensì, più correttamente se si considera la questione dall’angolo di visuale della teoria delle azioni, come “*strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo)*”^[15] che è necessario in relazione al principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all’art. 24 della Costituzione. Se il risarcimento del danno è una modalità di protezione del bene della vita affidata al giudice amministrativo, anziché una materia o un diritto soggettivo, come aveva ritenuto invece la celebre sentenza delle S.U. della Corte di Cassazione 22 luglio 1999 n. 500^[16], non si pone più la questione della perdita della funzione nomofilattica da parte della Corte di Cassazione, anche se resta il problema che il giudice amministrativo, fino a oggi poco esperto di questioni risarcitorie, deve acquisire la sensibilità necessaria e darsi criteri più certi sia in ordine all’*an* sia in ordine al *quantum* del risarcimento del danno correlato all’esercizio illegittimo dell’attività amministrativa. Affinché la tutela sia effettiva, i danni ingiusti prodotti dalla pubblica amministrazione devono trovare un ristoro integrale e va evitato il rischio che si imbocchi, nella sostanza, la strada dell’indennizzo determinato in via equitativa.

4. Cenni conclusivi.

L’applicazione dei principi fin qui richiamati ha portato la Corte Costituzionale a riscrivere in parte gli art. 33 e 34 del d.lgs. n. 80 del 1998 come riformulati dalla legge n. 205 del 2000.

La sentenza n. 204 sottrae al giudice amministrativo la cognizione di situazioni paritarie, come i rapporti di credito-debito correlati all’erogazione dei servizi pubblici, e la cognizione dei meri comportamenti. Senza entrare nell’esegesi puntuale delle nuove disposizioni, che hanno fatto già sorgere dubbi interpretativi^[17], va posto l’interrogativo se si tratti in definitiva di una gran perdita.

In realtà, il giudice amministrativo non sembra, per vocazione, particolarmente versato nella risoluzione di controversie puramente patrimoniali o che involgono meri comportamenti. Non a caso, il Consiglio di Stato aveva tentato di allontanare da sé la cognizione delle domande di tutela possessoria in relazione all’occupazione abusiva da parte della pubblica amministrazione di fondi privati, tentativo contrastato da ultimo dalla suprema Corte di Cassazione^[18]. Inoltre, per quanto il giudice amministrativo sia ormai anche un giudice del fatto, un certo disagio in questo tipo di accertamento emerge anche dall’impiego assai parco (per non dire quasi nullo) dei nuovi mezzi di

prova di cui dispone in base alla legge n. 205. Anche gli strumenti di tutela sommaria dei crediti, introdotti attraverso il rinvio al codice di procedura civile (capo I, titolo I, libro IV) dall'art. 8 della legge n. 205 e ora destinati con tutta probabilità a cadere in desuetudine^[19], venivano maneggiati con qualche fatica e incertezza dal giudice amministrativo.

Del resto, a ben riflettere, sia pure ex post, non è affatto chiara la ragione per la quale la pretesa creditoria di un fornitore o di una clinica privata convenzionata nei confronti di un'azienda Usl^[20], pretesa che sul piano strutturale e funzionale è indistinguibile da quelle che caratterizzano i rapporti obbligatori di diritto comune, debba rientrare nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Comunque sia, la perdita di qualche pezzo marginale di giurisdizione sembra più che compensata dal mantenimento, come si è visto, in capo al giudice amministrativo della cognizione delle controversie risarcitorie collegate all'esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Si tratta di una conferma importante perché rende più completa ed efficace la giurisdizione amministrativa anche di legittimità. Appare così definitivamente superata, come sottolinea la stessa Corte Costituzionale, la prospettiva di costringere nuovamente il privato danneggiato a rivolgersi prima al giudice amministrativo per ottenere l'annullamento del provvedimento amministrativo e dopo al giudice ordinario per ottenere il ristoro dei diritti patrimoniali consequenziali.

Non sembra invece corretto estrapolare dalla sentenza n. 204 contenuti e implicazioni ulteriori. In particolare, la restrizione del perimetro della giurisdizione esclusiva operata dalla Corte non ha alcuna conseguenza sulla natura e sui caratteri del processo amministrativo nel quale si controverte di fattispecie rientranti in tale tipo di giurisdizione così come ridisegnati dall'art. 35 del d.lgs. n. 80. Né sembra lecito trarre argomenti in ordine ai rapporti tra azione di annullamento e azione di risarcimento, sia che si rientri in una fattispecie di giurisdizione esclusiva sia che si ricada nella giurisdizione di legittimità^[21].

Va ancora sottolineato come la sentenza n. 204, ribadendo l'importanza della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, contribuisce a mantenere invariata la distanza che separa il nostro sistema amministrativo da quello dei Paesi aderenti alla Comunità europea che in massima parte ignorano la distinzione. Un'interpretazione evolutiva dell'art. 103 della Costituzione avrebbe potuto invece contribuire a colmare il fossato^[22].

In definitiva, la sentenza n. 204, ponendo l'accento sulla "pubblica amministrazione-autorità", finisce per riproporre e consolidare un'immagine tradizionale sia della pubblica amministrazione sia della giurisdizione del giudice amministrativo.

D'altro canto, se è vero che il "quid proprium" irrinunciabile del diritto amministrativo (e la stessa ragion d'essere dell'istituzione di apparati amministrativi) è la cura di interessi pubblici attuata principalmente, anche se non esclusivamente, con strumenti diversi e ulteriori da quelli offerti dal diritto comune (necessari per porre rimedio ai "fallimenti del diritto privato"), anche la giurisdizione amministrativa, intesa come giurisdizione speciale, deve rispecchiare, sul versante processuale, la specialità dei rapporti sostanziali che intercorrono tra il cittadino e la pubblica amministrazione.

Se così è, sta qui forse il significato più profondo della battuta d'arresto, definitiva nell'attuale quadro costituzionale, impressa dalla Corte Costituzionale contro la "tribunalizzazione" del giudice

amministrativo”^[23].

[1] Cfr. Sulle tesi di Kirchman e per una loro confutazione cfr. E. OPOCHER, Lezioni di filosofia del diritto . Il problema della natura della giurisprudenza, Padova, 1955, II ed., pag. 10 e seg.

[2] Sul dibattito recente relativo all'utilità concettuale dell'interesse legittimo cfr., per tutti, A. POLICE, Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo, Padova, 2001, Vol. II, pag. 504 e seg. Per l'osservazione, ripresa dalla sentenza n. 204, che la Costituzione è l'unico dei grandi testi sulla giustizia amministrativa a menzionare gli interessi legittimi e in generale per una critica serrata alle innovazioni introdotte dalle legge n. 205, cfr. A. ROMANO, Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema), in Dir. proc. amm., 2001, p. 602 e seg. (in particolare pag. 617).

[3] La sentenza è stata già oggetto di numerosi commenti a prima lettura: cfr. i commenti di V. Cerulli Irelli, F. Cintioli, B. Sassani, G. Stancanelli apparsi sul sito GiustAmm.it – rivista di diritto amministrativo; di F. Lorenzoni sul sito Federalismi.it; di G. Virga sul sito Lexitalia.it; di O. Forlenza su Guida al Diritto, 2004, n. 24, pag. 100 e seg.

[4] Cfr., tra le primissime, Tar Veneto, Sez. I, 16 luglio 2004 n.2337 in tema di reintegra di servitù di scolo e in applicazione della riformulazione dell'art. 34 del d.lgs. n. 80 che ha esposto la parola “comportamenti”; Tar Campania – Napoli, Sez. V, 16 luglio 2004 n. 10462 che ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alla richiesta di pagamento di prestazioni sanitarie erogate nell'ambito del Servizio sanitario nazionale; Tar Sicilia- Palermo, Sez. I, 16 luglio 2004 n. 1543 su una fattispecie analoga; Tar Lazio – Latina, 20 luglio 2004, n. 645 relativa a una controversia per il pagamento di un servizio di trasporto, refezione e fornitura di libri di testo a favore di alunni di una scuola dell'obbligo reso da un Comune a favore di un altro in base a una convenzione.

[5] Si allude sia alla proposta di legge costituzionale elaborata dalla Commissione bicamerale sia alla proposta A.C. 7465 ad iniziativa di Cerulli Irelli presentata alla Camera dei Deputati il 28 novembre 2000, che riformula l'art. 103, primo comma, della Costituzione prevedendo in particolare che *“La giurisdizione amministrativa ha ad oggetto le controversie con la pubblica amministrazione nelle materie indicate dalla legge”*.

[6] Sugli orientamenti della Corte Costituzionale sulla configurazione del sistema di tutela giurisdizionale nei confronti dei poteri pubblici, cfr. A. PAJNO, Il riparto di giurisdizione, in S. CASSESE (a cura di), Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto amministrativo speciale, Tomo V, Il processo amministrativo, II ed., Milano, 2003, p. 4279 e seg.

[7] Cfr. già G. ZANOBINI, Corso di diritto amministrativo, VII ed. Milano, 1958, pag. 50, secondo il quale la Costituzione non ha fatto altro che “confermare il sistema già vigente limitandosi ad elevare i suoi principi a norme di ordine costituzionale”. Da ultimo, G. ABBAMONTE, Attualità e prospettive di riforma del processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2004, p. 322; A. ROMANO, La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948, in Dir. proc. Amm., 2004, p. 442 con la precisazione che la fotografia dell'esistente va intesa come fotografia “dell'allora esistente, ben s'intende”, con la chiosa secondo la quale “Quanto poi la sua formulazione (non) abbia condizionato l'evoluzione del sistema, è a tutti noto”.

[8] Per questo interrogativo cfr. E. CANNADA BARTOLI, Giustizia amministrativa, in Dig. Disc. Pubbl., Torino, 1992, ad vocem. Per i dubbi sulla costituzionalità dell'ampliamento della giurisdizione esclusiva già prima della legge n. 205 del 2000. cfr. G. PASTORI, Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa, in Riv. Dir. Proc., 1996, p. 926 e seg. Sui limiti costituzionali all'ampliamento della giurisdizione esclusiva con riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza, cfr., N. SAITTA, Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giudice amministrativo: la (persistente) “specialità” della giurisdizione amministrativa alla ricerca di un'identità smarrita, in Dir. proc. amm., 2004, p. 61 e seg.

[9] Per la prima posizione cfr., per esempio, A. PROTO PISANI, Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?, in Foro it., 2001, V, c. 26; M. MAZZAMUTO, Il riparto di giurisdizione: dal criterio del petitum con pregiudizialità del giudice amministrativo alla legge n. 205 del 2000, in Dir. pubb., 2001, p. 319 e seg.; R.

TISCINI, La giurisdizione esclusiva tra (vecchi e nuovi) sospetti di illegittimità costituzionale, in Riv. Dir. Proc., 2001, p. 801 e seg.; A. TRAVI, Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme, in Foro it., 2001, V, c. 68 e seg. Per la seconda posizione, cfr. B. SASSANI, La giurisdizione esclusiva, in S. CASSESE (a cura di), Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto amministrativo speciale, Tomo V, Il processo amministrativo, p.4673 il quale nega che *“un’ipoteca di incostituzionalità possa gravare sulla discrezionalità legislativa rispetto alla distribuzione della giurisdizione per blocchi di materie e aggiunge che ciò è tanto più vero “in un contesto quale quello, profondamente modificato, in cui la stessa distinzione tra interesse e diritto, sottoposta ad una infinita serie di riformulazioni, lascia ormai scettica buona parte della dottrina”*. Per una ricostruzione delle varie posizioni dottrinarie, cfr. G. MONTEDORO, La costituzionalità del nuovo assetto del riparto di giurisdizione dopo l’Adunanza Plenaria n. 4 del 2003, in Dir. proc. Amm., 2004, p. 94 e seg.

[10] Pubblicata in Giorn. di dir. amm., 2000, p. 556 con nota di A. TRAVI che non condivide la lettura della Costituzione operata dal Consiglio di Stato e dubita della costituzionalità dell’art. 33 del dl. N. 80.

[11] Pubblicata in Foro it., 2000, I, c. 2210 con nota di D. DALFINO. Un’interpretazione restrittiva emerge anche in altre pronunce della Suprema Corte: cfr. C. CASS., SU, 25 maggio 2000, n. 43 e 30 marzo 2000 n. 71, in Foro it., 2000, I, c. 2143 e seg. e c. 2210 e seg.

[12] Secondo la Corte, poi, il giudice amministrativo non ha dunque usurpato, nel corso dell’evoluzione storico istituzionale precedente alla Costituzione, spazi di giurisdizione al giudice ordinario.

[13] Con riguardo alle controversie involgono interessi legittimi e dunque l’interpretazione di norme relative al corretto esercizio del potere la garanzia nomofilattica può esser assicurata dal Consiglio di Stato proprio perché *“è la stessa natura dell’interesse legittimo a imporre che nella attività di interpretazione e di applicazione della legge non sia espulsa a priori la considerazione degli interessi pubblici a cui è funzionalizzata l’attività amministrativa”* e la specialità della giurisdizione amministrativa, e dunque il ruolo del Consiglio di Stato *“trae origine dalla necessità di impedire che sul piatto della bilancia siano escluse a priori le esigenze legate agli interessi generali rappresentati dall’amministrazione”*: cfr. R. TISCINI, La giurisdizione esclusiva tra (vecchi e nuovi) sospetti di illegittimità costituzionale, in Riv. Dir. Proc., 2001, pp. 806-807.

[14] In realtà, si tratta di una classica situazione di bilanciamento di interessi: cfr. il contributo di B. Sassani citato alla nota 3, secondo il quale *“la libertà di determinare la giurisdizione è condizionata e riposa sulla fiducia che il legislatore ordinario abbia razionalmente risolto a favore della semplificazione (e quindi della razionalizzazione) il conflitto tra accesso alla tutela (difficoltà di individuazione del giudice, frammentazione della tutela in più vie giurisdizionali) e perfezione della tutela (suo coronamento nel responso finale della Corte di cassazione”*.

[15] Per questa impostazione cfr. M. CLARICH, Il processo amministrativo a “rito ordinario”, in Riv. Dir. Proc., 2002, p. 1075. Per l’incostituzionalità della disposizione in relazione al criterio delle particolari materie, cfr. U. SALVESTRONI, Ingiustificata lesione di interessi legittimi e danno ingiusto, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2002, p. 29.

[16] Pubblicata in Giorn. di dir. amm., 1999, p. 832 e seg. con nota di L. Torchia.

[17] Si rimanda agli autori citati alla nota 3. In particolare, si è già avanzato il dubbio, risolto in senso negativo, se tra i comportamenti rientrano oltre i comportamenti meramente materiali non collegati alla funzione amministrativa, anche la denuncia d’inizio di attività o il silenzio-inadempimento (F. Cintioli); oppure come vadano individuata, nel nuovo testo dell’art. 33, la figura del “gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990 n. 241”.

[18] Cfr. Cons. St., ord. 28 agosto 2001, n. 4826, in Foro it., 2002, III, c. 368; C. CASS., SU, 11 marzo 2004, ord. n. 5055, in Corriere giuridico, 2004, p. 889 e seg. con nota di G. De Marzo. Per la valutazione secondo la quale il giudice amministrativo aveva dimostrato poca convinzione nel far rientrare nella propria giurisdizione siffatte azioni possessorie, cfr. il contributo di V. Cerulli Irelli citato alla nota 3.

[19] Per questa osservazione, cfr. il contributo di F. Cintioli citato alla nota 3.

[20] Si tratta di una delle controversie sottoposte alla cognizione di uno dei giudici remittenti.

[21] Cfr., invece, in senso contrario i contributi, divergenti nelle rispettive conclusioni, di F. Cintioli e B. Sassani citati alla nota 3. Definire come ha fatto la Corte il potere di condannare al risarcimento del danno

come uno strumento “*ulteriore rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo)*” non sembra condurre in modo obbligato alla tesi che si tratti di una tutela di tipo tendenzialmente sussidiario (Cintioli) dalla quale può conseguire il corollario della pregiudizialità necessaria o che si tratti di una “complemetarietà necessaria” commisurata al più generico accoglimento della domanda, eventualmente consistente nell'accertamento della illegittimità dell'azione amministrativa, indipendentemente dall'annullamento di atti (Sassani). “Ulteriore” potrebbe anche significare più semplicemente “aggiuntivo e parallelo”.

[22] Per questa osservazione cfr. il contributo di G.Stancanelli citato alla nota 3.

[23] Cfr. A. ROMANO, La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948, cit., p. 440 che riprende un'espressione di Franco Ledda e critica tale evoluzione che, con le riforme del 1998-2000, ha subito un'accelerazione.