

Francesco Caringella
Consigliere di Stato

Il riparto di giurisdizione

1. Inquadramento storico dei criteri di riparto.

Il tema del riparto di giurisdizione viene alla ribalta all'indomani della creazione da parte delle legge n. 59892/1889 della IV sezione del Consiglio di Stato, provvedimento legislativo attraverso cui il nostro ordinamento abbandona il previgente sistema di giurisdizione unica, fondato sulla legge n. 2248/1865. In presenza, infatti, di un solo plesso giurisdizionale rappresentato dal giudice ordinario la tematica del riparto non ha ragione di svilupparsi. Sicché l'attenzione, dapprima del Consiglio di Stato, quindi, a partire dalla l. 3761/1877 della Corte di Cassazione, nella veste di Giudice dei conflitti, viene calamitata dalla differente, benché prossima, questione dell'individuazione di un valido criterio di riparto di attribuzione (non di giurisdizione) tra la giurisdizione ordinaria e le competenze attribuite all'autorità amministrativa. All'indomani dell'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, non si percepì subito il passaggio dal riparto di attribuzioni al riparto di giurisdizione. Ancora forte, per qualche tempo, rimase l'idea di non essere in presenza di un nuovo ramo giurisdizionale, risultando in principio prevalente la tesi che il Consiglio di Stato fosse un organo amministrativo. Il dubbio venne fugato con la l. 62/1907 istitutiva della V sezione del Consiglio di Stato, che ne affermò chiaramente la natura giurisdizionale.

A seguito di ciò la diatriba sull'individuazione del criterio di riparto si articolò lungo due direttrici, quella del **petitum formale**, che ripartiva la giurisdizione in base al tipo di pronuncia richiesta dall'attore (GA per le domande di annullamento e GO per quelle di risarcimento), in un sistema ispirato alla doppia tutela che devolveva le stesse porzioni a entrambi i Giudici che se la ripartivano in forza della misura rivendicata. E quella della **causa petendi**, maggioritaria nella giurisprudenza delle Sezioni Unite, ispirata all'idea che fosse la qualità della posizione giuridica azionata ad esigere che la tutela venga erogata dall'uno o dall'altro plesso giurisdizionale.

Il criterio della causa petendi si affermò grazie al c.d. concordato giurisdizionale del 1929 raggiunto tra la Cassazione ed il Consiglio di Stato e tradottosi nelle note sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nn. 1 e 2 del 1930 e delle Sezioni Unite della Cassazione n. 2680 del 1930. Pronunce sorrette dall'idea, poi meglio sviluppata, che la **ripartizione si basa sulla valutazione, da parte del Giudice, della consistenza sostanziale della posizione in base alla qualificazione che ne dà l'ordinamento e non sulla prospettazione che della posizione offre il ricorrente in giudizio.**

Il nuovo equilibrio poggia, in definitiva, sulla natura della posizione giuridica azionata ed implica che la richiesta di annullamento dinanzi al giudice amministrativo possa essere avanzata solo dal titolare di una posizione giuridica effettivamente qualificabile, e non meramente prospettata dalla parte secondo quanto proponeva una teoria ormai superata, come interesse legittimo.

2. Il criterio della causa petendi (o petitum sostanziale) nella Carta Costituzionale.

La questione in esame giunge in seno all'Assemblea costituente avendo alle spalle, da un lato, il raggiungimento del citato concordato giurisprudenziale, che si era dimostrato stabile, fatte salve alcune pronunce che avevano optato per la c.d. teoria della prospettazione, dall'altro l'esigenza di favorire forme di concentrazione processuale, per consentire un accesso più agevole alla tutela giurisdizionale da parte dei cittadini, quale quella seguita in tema di pubblico impiego dalla l. 248/1923, istitutiva in materia della giurisdizione esclusiva del g.a.. L'Assemblea, come noto, superata la posizione di chi riteneva il Consiglio di Stato avesse ormai esaurito il suo compito e fosse opportuno ripristinare il sistema della giurisdizione unica, confermò il mantenimento di un sistema fondato su di una doppia giurisdizione. Così l'art. **103 cost.** designa il giudice amministrativo come il giudice naturale *"...per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi, e in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi."* Il fondamento del riparto in ragione della posizione giuridica azionata è costante nella giurisprudenza della Suprema Corte, che, da ultimo, con sentenza delle **SS. UU., n. 1139 del 19 gennaio 2007** ha affermato che: **"la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il petitum sostanziale, il quale va**

identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della causa petendi, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti sono manifestazione."

Pertanto, sebbene il *discrimen* tra le giurisdizioni resta segnato dalla natura della posizione giuridica azionata, non va trascurata una duplice circostanza. Da un lato, si deve notare che l'affermazione della giurisdizione generale del g.a. avviene in ragione della "tutela" dell'interesse legittimo, nozione che come si dirà *infra* verrà utilizzata per spiegare l'assegnazione al g.a. della tutela risarcitoria del danno da lesione di interesse legittimo. Dall'altro, **l'art. 113 Cost., rinviando alla legge per l'individuazione del Giudice chiamato all'annullamento degli atti della p.a., sembra escludere un monopolio in capo al GA ed ammettere tecniche di giurisdizione esclusiva del GO** estesa anche alla cognizione in via principale di interessi legittimi, con potere di annullamento degli atti lesivi.

A tale ultimo riguardo merita segnalare, da ultimo, **Cass. sez. unite n. 7388 del 27 marzo 2007**, secondo cui, *"in tema di contenzioso tributario, l'art. 12, comma secondo, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, configurando la giurisdizione tributaria come giurisdizione a carattere generale, che si radica in base alla materia, indipendentemente dalla specie dell'atto impugnato, comporta la devoluzione alle commissioni tributarie anche delle controversie relative agli atti di esercizio dell'autotutela tributaria, non assumendo alcun rilievo in proposito la natura discrezionale di tali provvedimenti, in quanto l'art. 103 Cost. non prevede una riserva assoluta di giurisdizione in favore del giudice amministrativo per la tutela degli interessi legittimi, e ferma restando la necessità di una verifica da parte del giudice tributario in ordine alla riconducibilità dell'atto impugnato alle categorie indicate dall'art. 19 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, la quale non attiene alla giurisdizione, ma alla proponibilità della domanda"*.

2.1. Il meccanismo di individuazione della causa petendi secondo il paradigma: attività di imperio – attività di gestione.

Una volta assodato che il criterio generale di riparto è dato dalla consistenza della posizione soggettiva azionata, diventa fondamentale ai fini della sua applicazione capire come distinguere diritti ed interessi, non in relazione alla prospettazione ma all'essenza delle posizioni dedotte in giudizio. Dottrina e giurisprudenza, pertanto, propongono una pluralità di formule per individuare il giudice dotato di giurisdizione nelle ipotesi in cui il legislatore ordinario non abbia fatto buon uso di quel potere discrezionale assegnatogli dalla Costituzione per selezionare ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.o. o del g.a.

Parte della dottrina e della giurisprudenza ha per qualche tempo proposto uno schema in base al quale sarebbe possibile tracciare una sorta di parallelismo fra attività discrezionale ed interesse legittimo da una parte (con conseguente giurisdizione del G.A.) ed attività vincolata e diritto soggettivo dall'altra (con conseguente giurisdizione del G.O.).

Secondo questa tesi, quindi, la qualificazione della posizione giuridica soggettiva, con quanto ne consegue in termini di giurisdizione, dipende dal ruolo che riveste l'amministrazione all'interno della relazione giuridica esistente tra la norma e la fattispecie. Pertanto, **se la norma riserva alla discrezionalità dell'amministrazione (amministrativa o tecnica), nel perseguimento dell'interesse pubblico, un margine di integrazione del precetto nella sua applicazione al fatto, allora la posizione giuridica del privato non può che articolarsi in termini di interesse legittimo**. All'opposto, invece, se la norma si applica alla fattispecie senza la necessità di alcuna mediazione da parte della p.a., in questo caso ciò che spetta al privato, quindi quale debba essere il risultato dell'attività amministrativa, è già desumibile dal tessuto normativo, sicché la posizione giuridica assume le vesti di diritto soggettivo (in questo senso, da ultimo, **Cass., SS. UU., 9 gennaio 2007, n. 120**).

Una simile soluzione presenta **due punti deboli**. Sotto un primo profilo non consente di distinguere tra attività amministrativa discrezionale e attività tecnico-discrezionale, assimilando due nozioni eterogenee e dando rilievo, ai fini della giurisdizione, al dato neutro della complessità del giudizio tecnico su fatti. Sotto un secondo profilo, trascura di rilevare che anche l'attività amministrativa vincolata può risultare funzionalizzata alla tutela di un interesse pubblico, può, quindi, essere espressione di un potere pubblico che invoca la presenza di una posizione giuridica di interesse legittimo.

Va poi osservato che **detta tesi, oggi, si scontra con la previsione legislativa dell'art. 21-octies, comma 2, primo alinea, della legge n. 241/1990**, che esclude l'annullabilità, da parte del GA, del provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma qualora, per la natura vincolata dello stesso, sia palese che il suo contenuto non avrebbe potuto

essere diverso da quello in concreto adottato. Il legislatore, infatti, ponendo un paletto alla annullabilità del provvedimento vincolato, implicitamente, richiama la presenza in materia della giurisdizione del g.a., che, come noto, si presenta nelle forme della tutela di annullamento o caducatoria a fronte, invece, di quella del g.o. che si avvale generalmente del distinto potere di disapplicazione.

La non decisività della dicotomia atto discrezionale- atto vincolato ai fini del riparto è stata ribadita, da ultimo, da Ad. Plen. Cons. Stato, decisione 24 maggio 2007 n. 8, secondo cui *"la natura vincolata dell'attività demandata all'amministrazione non comporta in modo automatico la qualificazione della corrispondente posizione soggettiva del privato in termini di diritto soggettivo, con il conseguente precipitato processuale in punto di giurisdizione. Deve infatti distinguersi, anche in seno alle attività di tipo vincolato, tra quelle ascritte all'amministrazione per la tutela in via primaria dell'interesse del privato e quelle, viceversa, che la stessa amministrazione è tenuta ad esercitare per la salvaguardia dell'interesse pubblico. Anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica, quindi, occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo."*

Si deve allora reputare che la dicotomia atto discrezionale-atto vincolato non è decisiva per la giurisdizione, pur se è decisiva ai fini della tecnica di tutela e dell'intensità del sindacato nel processo amministrativo, che si sostanzia in un sindacato sostanziale sul rapporto per gli atti vincolati ed in una mera verifica di legittimità degli atti per le determinazioni discrezionali.

Il criterio in oggetto, costituente attualmente lo strumento di maggior utilizzo da parte della giurisprudenza in specie della Cassazione a fini di riparto, trova **il proprio fondamento su due presupposti: la teoria dell'affievolimento dei diritti**, secondo la quale anche il provvedimento illegittimo è in grado di incidere negativamente sul diritto vantato dal privato **e il principio della c.d. carenza di potere**, secondo la quale un simile effetto non si produce se l'amministrazione non esercita un potere attribuitogli.

La teoria in esame ha trovato il primo concreto riferimento applicativo con la **nota sentenza Ferrari delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 4 luglio 1949 n. 1657**, nell'ambito della quale la discriminazione tra giudice amministrativo e ordinario viene così individuata: se il cittadino nega che il potere discrezionale di disporre di quel diritto sia conferito all'autorità amministrativa, la competenza a conoscere di tale controversia spetta al giudice ordinario, perché si tratta di accertare se il diritto subiettivo sia tale anche di fronte alla p.a.; se invece la controversia ha per oggetto l'esercizio, che si assume scorretto, del potere discrezionale conferito, sotto l'aspetto della competenza, della forma e del contenuto, la competenza a conoscere della controversia appartiene al giudice amministrativo. La proposizione teorica utilizzata dalla Corte di Cassazione è che **quando vi è «potere», ed esso è male esercitato, vi è giurisdizione amministrativa, quando vi è carenza di potere, vi è giurisdizione ordinaria**: se la norma attribuisce all'amministrazione un potere, e l'amministrazione lo esercita con atto illegittimo, vi è pur sempre provvedimento amministrativo imperativo, e conseguente effetto estintivo o modificativo dei diritti; quando però l'amministrazione pone in essere un atto in attuazione di una potestà che non ha, vi è carenza di potere e il suo atto non è un provvedimento amministrativo, per cui non può esservi né imperatività né estinzione o modificazione dei diritti: il titolare di questi ne conserva la titolarità e può chiederne tutela al giudice ordinario.

Non è raro, per altro, rinvenire nella giurisprudenza amministrativa affermazioni tese a contrastare la categoria in questione. A volte il g.a., ad esempio, qualifica come vizio di legittimità per violazione del principio di tipicità degli atti amministrativi, la mancanza di una norma che espressamente disciplini l'esercizio del potere destinato a tradursi in un dato provvedimento amministrativo. Analogamente accade nel caso di provvedimento adottato in violazione di una riserva relativa di legge, quale quella prevista dall'art. 23 cost.

Dal tentativo di approfondire l'analisi della nozione di carenza di potere è gemmata grazie alla giurisprudenza della Cassazione (il *leading case* è Cass. n. 2481/1957) una **sottodistinzione tra carenza di potere in astratto ed in concreto**. Se nella prima ipotesi si contesta che vi sia una norma che attribuisce alla p.a. agente il potere esercitato, nella seconda, invece, la contestazione cade sull'esistenza in concreto di uno o più dei presupposti ai quali la norma subordina l'esercizio del potere. Questa posizione sposata dalla Cassazione (Cass. n. 36/2001) e

respinta dal Consiglio di Stato (Cons. St., ad. Plen. n. 4/2003), porta, però, a rendere estremamente labile il confine tra la carenza di potere ed il vizio di legittimità, ed in particolare a dover distinguere, con tutte le difficoltà del caso, tra assenza dei presupposti di esistenza del potere e violazione dei requisiti legislativi per il legittimo esercizio del potere.

3. La nozione di potere amministrativo nell'interpretazione offerta dal Giudice delle leggi nelle sentenze nn. 204/2004, 191/2006, 140/2007.....

Alla luce di quanto finora detto, si può quindi affermare che il criterio generale di riparto accolto dalla nostra Carta costituzionale è quello della posizione giuridica azionata (*causa petendi*), e la formula più idonea a rilevare la presenza di una posizione giuridica di diritto soggettivo o di interesse legittimo è quella che fa riferimento al binomio: cattivo uso del potere – carenza di potere. Verificato da ultimo che questa formula risulta oggetto di un contrasto giurisprudenziale tra la posizione del Cassazione e quella del Consiglio, appare opportuno approfondire la nozione stessa di "potere", secondo le indicazioni fornite di recente dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. **204/2004**, 191/2006 e 140/2007.

La prima delle pronunce citate nel dichiarare l'incostituzionalità degli artt. 33 e 34 d.lgs. 80/98 **boccia l'idea sostenuta dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato n. 30/98 e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2000, della marginalizzazione del criterio di riparto basato sulla posizione giuridica soggettiva** a favore della prevalenza di un riparto operato dal legislatore ordinario per blocchi di materie ed ispirato alla presenza di un rilevante interesse pubblico. Rinviando ad per la verifica delle affermazioni della Consulta in ordine ai limiti del legislatore ordinario in sede di creazione di ipotesi di giurisdizione esclusiva per il g.a., per quel che qui rileva maggiormente la Corte, da un lato, ribadisce la centralità quale criterio di riparto ordinario di quello basato sulla **dicotomia diritto soggettivo – interesse legittimo**; dall'altro, indica nella **presenza di un potere pubblico autoritativo** l'elemento caratterizzante la presenza di una posizione di interesse legittimo, la cui tutela, anche risarcitoria, giustifica la giurisdizione del g.a. Potere pubblico che può manifestarsi sia per il tramite di provvedimenti che nelle forme di moduli convenzionali, quali quelli disciplinati dall'art. 11, l. 241/90. Pertanto, restano devolute definitivamente al g.o. tutte le controversie, quali quelle promosse dal privato con **azioni possessorie o nunciatricie** (Cass., SS. UU. nn. 4632, 4633/2007) o a tutela di posizioni di diritto soggettivo in conseguenza della mera attività materiale della P.A. posta in essere in ambito urbanistico, non sorretta da alcun formale provvedimento amministrativo. Mentre non rileva in contrario il contenuto concreto del provvedimento richiesto per rimuovere lo stato di pericolo o di lesione denunciato, che può andare incontro soltanto al limite interno alle attribuzioni del giudice ordinario nei confronti dell'autorità amministrativa. Del pari si radica la giurisdizione del g.o. in quelle vicende che hanno ad oggetto un diritto di credito vantato dal privato nei confronti dell'amministrazione, che non abbia alcun legame con l'esercizio di un potere pubblicistico. In questo senso le SS. UU. n. 5402/2007, hanno affermato la giurisdizione del g.o. sulle controversie relative alle **prestazioni erogate nell'ambito del Servizio sanitario nazionale** nascenti da una posizione creditoria correlata al diritto del cittadino alla salute. Allo stesso modo **le SS. UU. con sentenza del 5 aprile 2007, n. 8518, hanno affermato la giurisdizione del g.o. in tema di clausole di revisione prezzi** in materia di appalti pubblici, atteso che, all'indomani dell'introduzione del divieto generalizzato di revisione dei prezzi, non è più configurabile, al riguardo, una posizione di interesse legittimo dell'appaltatore, ma si pone soltanto un problema di validità delle clausole contrattuali che, nel sopravvenuto regime, abbiano riconosciuto il diritto alla revisione: spetta pertanto al giudice ordinario la giurisdizione in ordine alla domanda di riconoscimento della revisione dei prezzi proposta dall'appaltatore, non implicando detto accertamento un sindacato in ordine all'esercizio di poteri discrezionali dell'Amministrazione, e non essendo la controversia riconducibile alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo prevista dall'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come modificato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, in quanto, indipendentemente dall'attinenza del rapporto ad un pubblico servizio, non è configurabile un'ipotesi di concessione.

La sentenza n. 191/2006 della Corte costituzionale sposa le premesse della sentenza n. 204/2004 e **si occupa di illuminare le ipotesi in cui l'attribuzione al g.a. della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo sia costituzionalmente legittima**. A tal fine il giudice delle leggi chiarisce che nelle ipotesi in cui i comportamenti causativi di danno costituiscono esercizio, ancorché viziato da illegittimità, della funzione pubblica, la previsione di una giurisdizione del g.a. risulta pienamente legittima. Tanto in considerazione del legame esistente

tra il potere autoritativo attribuito all'amministrazione ed il danno ingiusto cagionato dalla stessa in ragione di un comportamento esecutivo del potere in questione, quindi a questo direttamente riconducibile.

Grazie alle due sentenze del Giudice delle leggi si ottiene una visione nuova della nozione di potere, utile ai fini del riparto, ed infatti, da un lato, viene evidenziata la possibilità che il potere sia incanalato verso formule convenzionali; dall'altro, si nega che l'atto amministrativo sia l'unica forma di espressione del potere, giacché lo stesso può manifestarsi anche secondo schemi comportamentali. Con la **sentenza 27 aprile 2007, n. 140**, invece, la Corte costituzionale opera un'ulteriore chiarificazione, escludendo che la presenza di un diritto fondamentale possa comportare ex se l'assenza di un potere amministrativo tipizzato. L'esercizio di una funzione legittima da parte dell'amministrazione può, infatti, tradursi, qualora si discosti dai parametri di legittimità, in un danno per un diritto fondamentale, la cui tutela può essere assegnata al g.a. in sede di giurisdizione esclusiva. Nella fattispecie la Corte ha respinto la censura di costituzionalità in relazione all'art. 103 cost. portata contro l'art. 1, comma 552, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2005), nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto le procedure ed i provvedimenti in materia di impianti di energia elettrica di cui al decreto-legge 7 febbraio 2002, n. 7 (Misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale), convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2002, n. 55 e le relative questioni risarcitorie. Dalla stringata motivazione si coglie la chiara **affermazione della piena possibilità di coesistenza del potere amministrativo con i diritti fondamentali, la cui tutela resta confinata all'ipotesi in cui l'esercizio del potere amministrativo non si svolga legittimamente. Sembra così essere smentito l'assunto secondo il quale: "dove c'è diritto non c'è potere."**

3.1. ... e nell'interpretazione offerta dall'Adunanza Plenaria nelle decisioni nn. 9 e 10/2007.

Preme a questo punto passare in esame la posizione dell'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle sentenze del 30 luglio 2007, nn. 9 e 10**. Il massimo organo della Giustizia amministrativa nella prima delle citate decisioni è investito dal Consiglio di Giustizia amministrativa, tra le altre, della questione in ordine alla riconducibilità nella materia di giurisdizione esclusiva dell'edilizia e urbanistica di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 80/1998 della controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento di requisizione. L'Adunanza Plenaria, premesso che il potere esercitato trova fondamento non nell'art. 38 l. 142/90 (oggi sostituita dal T.U. degli enti locali) ma nell'art. 7, l. 2248/1865, all. E, ed escluso che la controversia rientri nella giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 34 citato, conclude per la sussistenza della giurisdizione generale di legittimità e risarcitoria. Secondo la Plenaria in particolare: "a) <<il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una "nuova materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione>> (Corte cost. n. 204/2004); b) la giurisdizione del giudice amministrativo resta in ogni caso delimitata dal collegamento con l'esercizio in concreto del potere amministrativo secondo le forme tipiche previste dall'ordinamento: ciò sia nella giurisdizione esclusiva che nella giurisdizione di annullamento (Corte cost. n. 204/2004); c) "al precedente sistema che, in considerazione della natura intrinseca di diritto soggettivo della situazione giuridica conseguente all'annullamento del provvedimento amministrativo, attribuiva al giudice ordinario le controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi (così l'art. 35, comma 5, del d.lgs. n. 80 del 1998, come modificato dall'art. 7, lettera c della legge n. 205 del 2000), il legislatore ha sostituito (appunto con l'art. 35 cit.) un sistema che riconosce esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche il potere di risarcire, sia per equivalente sia in forma specifica, il danno sofferto per l'illegittimo esercizio della funzione" (Corte cost. n. 191/2006); d) "la tutela giurisdizionale contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione spetta al giudice ordinario, quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo o, se lo sopporti, quante volte l'azione della pubblica amministrazione non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere, che sia

riconoscibile come tale, perchè 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". Non si verifica il collegamento con l'esercizio del potere "quando l'amministrazione agisca in posizione di parità con i soggetti privati, ovvero quando l'operare del soggetto pubblico sia ascrivibile a mera attività materiale, con la consapevolezza che si verte in questo ambito ogni volta che l'esercizio del potere non sia riconoscibile neppure come indiretto ascendente della vicenda" (Cass. civ., sez. un., 15 giugno 2006, n. 13911, nonché 13 giugno 2006, nn. 13660 e 13659);

e) il venire meno, per annullamento giurisdizionale, di atti che sono espressione di una posizione di autorità, non rende rilevanti solo come comportamenti gli effetti "medio tempore" prodottisi in loro esecuzione, ma determina la concentrazione della cognizione dinanzi allo stesso giudice amministrativo, il quale verifica il corretto esercizio del potere (Cons. Stato, ad. plen., n. 2/2006);

f) va considerata come controversia riconducibile all'esplicazione del pubblico potere qualunque lite suscitata da lesioni del diritto di proprietà provocate dall'esecuzione di provvedimenti autoritativi degradatori, venuti meno o per annullamento o per sopraggiunta inefficacia (Cons. Stato, ad. plen., n. 4/2005)."

In definitiva, il filo rosso che segna l'intera giurisdizione del g.a. è rappresentato dall'esercizio del potere della p.a., che manca solo quando la p.a. agisce in posizione paritaria con il privato o utilizza una mera attività materiale. Al contrario, la circostanza che la controversia abbia ad oggetto un comportamento che sia conseguenza in concreto dell'esercizio o del mancato esercizio del potere da parte dell'amministrazione rappresenta un chiaro indice della sussistenza della giurisdizione generale di legittimità del g.a., qualora si faccia valere un interesse legittimo. Mentre legittima sul versante costituzionale la sussistenza di una giurisdizione esclusiva, qualora venga azionato un diritto soggettivo. Non a caso la sentenza in questione conclude per la giurisdizione generale di legittimità del g.a. per tutte le controversie nelle quali la condotta materiale trova occasione, collegamento e sviluppo nel provvedimento. Così che l'illecito consegue pur sempre all'adozione del provvedimento illegittimo da parte dell'amministrazione, anzi avviene proprio in virtù dello stesso.

4. Il sottile confine tra poteri pubblici e poteri privati della p.a. ed il riparto di giurisdizione.

L'analisi delle sentenze del Giudice delle leggi e del nuovo modo di operare della p.a. induce a svolgere alcune considerazioni sull'essenza stessa del potere pubblico per scrutinare in seguito delle ipotesi nelle quali non si presenta agevole verificare se l'amministrazione agisce in forza di un potere pubblico o privato.

Una prima distinzione va operata tra la **nozione di potere pubblico e quella di potere privato.**

Le due categorie, entrambe strutturalmente accomunate dalla capacità di un soggetto di incidere in via unilaterale sulla sfera di altro soggetto sottoposto al suo potere, si presentano diverse sotto il profilo funzionale, in quanto la natura pubblicistica del potere deriva dalla presenza di una disciplina che consente di individuare il fine pubblico al cui raggiungimento il potere mira e di enucleare un giudizio di conformità del potere rispetto all'interesse perseguito. Entrambe queste vicende sono sottratte alla disponibilità del titolare del potere. Al contrario, in una dimensione privatistica entrambi gli elementi sono rimessi ad un autonomo giudizio del titolare stesso; il **potere privato non è funzionale ad un interesse pubblico che ne costituisce il limite teleologico ma è esercizio di un'autorità privata che incontra i suoi referenti, oltre che nelle norme, nei canoni privatistici di buona fede e tutela dell'affidamento.**

Ebbene Corte Cost. ci ha insegnato che **affinché venga in rilievo la giurisdizione del GA è necessario che la p.a. spenda il potere che le compete come autorità pubblica non quello che, in base a specifiche norme, venga attribuito alla p.a. o ad altri soggetti nella diversa veste di autorità privata che esplica una supremazia privata** che può incrociare solo diritti soggettivi o, per dirla con la Bigliazzi Geri, interessi legittimi di diritto privato.

Si può quindi passare ad esaminare la casistica relativa ai poteri privati della p.a. nelle vesti non di autorità pubblica ma nelle vesti privatisticamente autoritative di contraente, proprietario, socio creditore o datore di lavoro o socio, di pertinenza del giudice civile.

4.1. La p.a. privato contraente: la posizione della Cass., SS. UU., n. 27170/2006 e n. 4116/2007 e la contraria giurisprudenza amministrativa.

Un primo interrogativo al quale può cercare di darsi risposta è se l'amministrazione resti titolare di poteri autoritativi anche nel corso del rapporto negoziale, ossia nell'esecuzione del contratto. La questione è stata di recente affrontata dalle **SS. UU., della Cassazione con sentenza del 20 dicembre 2006, n. 27170, secondo le quali l'autotutela della P.A. attuata** mediante lo strumento autoritativo con effetti sulla esecuzione di contratti di diritto privato non costituisce un principio generale dell'ordinamento, ma si riferisce ad ipotesi tassativamente previste per legge, non estensibili in via di analogia a casi diversi (cfr. art. 21 sexies legge 241/1990 sull'eccezionalità del recesso della p.a. nel corso del contratto). **Detta autotutela spetta comunque al GO, riguardando pozioni (pur se di supremazia ma sempre) di stampo privatistico.**

La Cassazione, quindi, **esclude che in assenza di una disciplina ad hoc l'amministrazione mantenga strumenti di autotutela diversi da quelli privatistici** e soggiunge che, nel caso si avvalga di quest'ultimi, la giurisdizione resta comunque assegnata al g.o., perché l'atto in questione nella fase di esecuzione del contratto non potrebbe che incidere su posizioni giuridiche del contraente privato qualificabili come di diritto soggettivo. **Con la successiva ordinanza n. 4116/2007, le SS. UU. riprendono l'orientamento sopra ricordato, specificando ulteriormente che appare irrilevante che la decisione dell'amministrazione sia stata adottata nelle forme dell'atto amministrativo.** Qualora, infatti, l'amministrazione operi all'interno di rapporti paritetici, la disciplina scelta per l'adozione dell'atto non può mutare la natura giuridica delle posizioni sostanziali coinvolte. Pertanto, se l'amministrazione lamenti gravi inadempienze da parte dell'appaltatore nell'esecuzione di un'opera pubblica, la questione avrà ad oggetto l'esatta esecuzione negoziale con possibilità di verifica incidentale da parte del g.o. della legittimità dell'atto rescissorio adottato dalla p.a.

La giurisprudenza amministrativa manifesta in alcune recenti pronunce di seguire un orientamento di segno opposto. Così, la sentenza del Tar Puglia, sez. I, 28 agosto 2007, n. 2053, (che si richiama a quella del Cons St., n. 1364/2007) ritiene che l'amministrazione possa agire in autotutela annullando l'atto di approvazione di un contratto di transazione, poiché il procedimento di volontà contrattuale della p.a. non si svolge esclusivamente sul piano del diritto privato e ciò perché accanto ad una serie negoziale che consta di atti privatistici ve n'è una procedimentale. Pertanto, la natura autoritativa dell'atto di annullamento adottato in autotutela non può che richiamare la giurisdizione del g.a. in ragione della posizione giuridica di interesse legittimo vantata nella fattispecie dal privato contraente.

4.2. La p.a. proprietaria di beni: Cass., SS. UU., n. 25514/2006, Cass., SS. UU., n. 411/2007.

Altra ipotesi nella quale l'amministrazione può esercitare poteri di diritto pubblico e poteri derivanti da posizioni analoghe a quelle dei privati è quella della p.a. titolare del diritto di proprietà su di un bene. Sulla tematica in questione sono intervenute le **SS. UU. della Cassazione con sentenza del 30 novembre 2006, n. 25514.** La Suprema Corte viene chiamata a valutare la sussistenza della giurisdizione del g.o. in una controversia avente ad oggetto la domanda di rilascio di un immobile avanzata dall'ente proprietario nei confronti di altro ente. Ancora una volta la Cassazione premette che ai fini del riparto di giurisdizione tra g.o. e g.a. non rileva la prospettazione delle parti, bensì **il petitum sostanziale, desunto dall'intrinseca ed effettiva natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice stesso** – tenuto conto dei fatti allegati e del rapporto giuridico di cui essi sono manifestazione – con riguardo alla sostanziale protezione ad essa accordata, in astratto, dal diritto positivo. Pertanto, individuato nella fattispecie il titolo di utilizzazione da parte dell'ente intimato al rilascio in un contratto di comodato, non inserito, né collegato ad un provvedimento amministrativo di concessione del bene, il Collegio ritiene operante la giurisdizione del g.o.

Analogamente la questione del riparto descritta dall'art. 5, comma 2, l. TAR in tema di concessione di beni demaniali. Sul punto si registra una convergenza tra l'orientamento seguito dalla Cassazione e quello fatto proprio dal g.a. Di recente la tematica è stata oggetto della sentenza della Cass., SS. UU., 12 gennaio 2007, n. 411, secondo la quale: *"Le controversie concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi, riservate, in materia di concessioni amministrative, alla giurisdizione del giudice ordinario sono solo quelle con un contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere d'intervento della P.A. a tutela di interessi generali; quando, invece, la controversia coinvolge la verifica dell'azione autoritativa della P.A. sull'intera economia del rapporto concessorio, la medesima è attratta nella sfera di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo. Ricorre pertanto la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere*

della legittimità del provvedimento di determinazione del canone di concessione di beni del demanio marittimo (ai sensi dell'art. 2 della legge n. 1501 del 1961, dell'art. 16, comma terzo, d.P.R. n. 328 del 1952 e dell'art. 5, comma primo, d.l. n. 546 del 1981), in relazione al quale è ravvisabile un potere discrezionale della P.A. concedente, come risulta dalla previsione di un canone minimo e di aumenti calcolati in rapporto alle caratteristiche oggettive ed alle capacità reddituali dei beni, nonché alle effettive utilizzazioni consentite." Quest'impostazione fondata sulla distinzione tra controversie aventi ad oggetto questioni patrimoniali e questioni nelle quali residua un potere autoritativo della p.a. è condivisa anche dalla giurisprudenza del g.a., come testimonia la recente sentenza del Tar Campania, sez. VII, 4 ottobre 2007, n. 8947, secondo la quale: "In materia di concessioni amministrative, le controversie concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi riservate dall'art. 5, comma 2, della legge n. 1034/1971 alla giurisdizione del giudice ordinario, sono quelle contrassegnate da un contenuto meramente patrimoniale attinente al rapporto tra Amministrazione concedente e concessionario, contenuto in ordine al quale la contrapposizione tra le parti si presta ad essere schematizzata secondo il binomio "obbligo-pretesa", senza che assuma rilievo un potere riservato all'Amministrazione per la tutela d'interessi generali; quando, invece, la controversia esula da tali limiti, coinvolgendo la verifica dell'incidenza dell'azione autoritativa dell'Amministrazione sull'intera economia del rapporto concessorio, il conflitto tra Amministrazione e concessionario, si configura secondo il binomio "potere-interesse" ed è, quindi, attratta nella sfera della competenza giurisdizionale del giudice amministrativo."

4.3. La p.a. come socio: Cass., SS. UU., n. 7799/2005.

Altro settore in cui può venire in rilievo l'esercizio da parte dell'amministrazione di poteri tipicamente privati è quello della revoca ai sensi degli artt. 2449, 2450 di amministratori o sindaci di una s.p.a. La giurisprudenza prevalente (TAR Calabria, Catanzaro, n. 316/2006 e n. 1984/2007; Cons. St., sez. V, n. 708/2003 e n. 3346/2003; Cass. SS. UU., n. 7799/2005) si muove in linea con le indicazioni dettate da Corte cost. n. 204/2004, che al fine di scongiurare la tendenza del legislatore a ripartire la giurisdizione per "blocchi di materie", ha escluso possa ricorrere la giurisdizione del giudice amministrativo a fronte della mera partecipazione in giudizio di una p.a. o del generico coinvolgimento di un pubblico interesse. Secondo la citata giurisprudenza, **nell'esercizio del potere esclusivo di revoca di amministratori o sindaci, il soggetto pubblico agisce nella veste di socio della s.p.a. e non di autorità**, attivando un potere che, senza la speciale legittimazione apprestata dallo statuto o dalla legge, sarebbe comunque spettato all'assemblea dei soci, secondo l'ordinaria disciplina delle società per azioni. Si ritiene, infatti, che esso sia espressione di una "potestà attinente ad una situazione giuridica societaria, restando esclusa qualsiasi sua valenza amministrativa" (Cass. S.U. n. 7799/2005), non rilevando, nel senso di una qualificazione in chiave pubblicistica di detto potere, la circostanza che ne sia titolare l'ente pubblico, socio di maggioranza della s.p.a. Né una diversa conclusione può essere raggiunta per il fatto che l'art. 2450 c.c. prevede comunque a favore del soggetto pubblico un potere di revoca, considerato che non esiste una regola di portata assoluta secondo la quale un potere attribuito dalla legge all'amministrazione deve avere necessariamente natura pubblicistica. Del resto il potere di revoca è comunque spettante alla assemblea alla quale la p.a. partecipa in veste di socio della società. Da ciò deriva che la natura eminentemente privatistica del potere di revoca impone la qualificazione in termini di diritto soggettivo della posizione giuridica soggettiva azionata, la cui tutela spetta, dunque, al giudice ordinario quale giudice dei diritti. Occorre, da ultimo, sottolineare che un ulteriore argomento a sostegno della giurisdizione del g.o. è ora desumibile dal fatto che l'art. 2450 c.c. è stato abrogato dall'art. 3, l. 46/2007 (c.d. legge comunitaria).

4.4. La p.a. creditrice: fermo amministrativo e riparto di giurisdizione (Cons. St. n. 2032/2006 e Cass., SS. UU., n. 875/2007).

Di particolare interesse anche il contrasto giurisprudenziale sorto tra il Consiglio di Stato, sez. VI, 13 aprile 2006, n. 2032 e 18 luglio 2006, n. 4581 e le SS. UU. della Cassazione, del 17 gennaio 2007, n. 875, **in tema di fermo amministrativo** dei beni mobili registrati.

Occorre premettere che il fermo amministrativo, introdotto dall'art. 91 *bis* d.P.R. n. 602 del 1973 e attualmente disciplinato dall'art. 86 del citato d.P.R., consiste nella facoltà del concessionario del servizio nazionale di riscossione di procedere, decorso il termine di 60 giorni dalla notifica della cartella, alla sottoposizione a fermo amministrativo dei beni mobili registrati del debitore e dei coobbligati.

Ebbene, la **posizione della Cassazione**, a lungo condivisa anche dalla giurisprudenza del g.a.,

è nel senso che Il provvedimento di fermo amministrativo dei beni mobili registrati (nella specie, un'autovettura) emesso dal un concessionario del servizio riscossione tributi ex art. 86 del d.P.R. n. 602 del 1973 **è un atto funzionale all'espropriazione forzata** attraverso il quale si realizza il credito dell'amministrazione, **e pertanto la tutela giurisdizionale nei confronti dello stesso si realizza dinanzi al giudice ordinario** con le forme dell'opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi.

Di diverso avviso si mostra il Consiglio nelle citate ordinanze, partendo dal presupposto che il fermo rappresenti un provvedimento amministrativo di autotutela conservativa del patrimonio del debitore tributario, piuttosto che strumento di autotutela civilistica in un ordinario rapporto di debito-credito.

Ad una simile conclusione il Consiglio giunge evidenziando le peculiarità della disciplina dell'espropriazione forzata contenuta del d.P.R. n. 602/1973, che prevede un procedimento amministrativo connotato da molteplici profili di autotutela pubblica esecutiva, simile ai procedimenti amministrativi ablatori. **La natura tipicamente pubblicistica del provvedimento di fermo** si deduce, inoltre, dalla eccezionalità dello strumento non concesso a favore di altre categorie di creditori, che per i suoi effetti particolarmente incisivi si giustifica solo in funzione del rilevante interesse pubblico connesso alla riscossione del credito-tributario. Tanto da poter essere utilizzato anche in assenza dell'avvio del procedimento esecutivo, sulla base del solo presupposto del decorso di 60 giorni dalla notificazione della cartella di pagamento. Inoltre, un'eventuale violazione del provvedimento di fermo comporta sanzioni amministrative, e non sanzioni civilistiche come se si trattasse di un'ipotesi di autotutela privata. Ancora il pagamento del debito pecuniario non estingue *tout court* gli effetti del fermo, essendo all'uopo necessario un apposito provvedimento di revoca. Se si ritiene che il provvedimento di fermo è un provvedimento discrezionale il riparto di giurisdizione dovrà avvenire in ragione del criterio della *causa petendi*, quindi andrà premiata la giurisdizione del g.a.

La diversità di impostazione sulla natura del potere si è riflessa sulla giurisdizione.

In particolare, a fronte di una giurisprudenza prevalente (Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 31 gennaio 2006 n. 2053; Consiglio di Stato, sezione VI, decisione del 18 luglio 2006 n. 4581) orientata per l'attribuzione al g.o. delle controversie in questione, non sono mancate pronunce di segno contrario tra le quali (oltre a Cons. Stato, IV, ord.za 13.7.2004, n. 3259, T.A.R. Puglia, Bari, I, 26.5.2004, n. 2331) la recente sentenza del TAR Calabria, Reggio Calabria, 22 marzo 2007, n. 853.

Ebbene **secondo la citata giurisprudenza favorevole alla giurisdizione del g.a., il fermo amministrativo è espressione di un potere autoritativo di autotutela della p.a.,** attraverso il quale l'amministrazione impone unilateralmente un vincolo di indisponibilità su di un bene del privato debitore, che nella vicenda vanta una posizione di interesse legittimo, in quanto tale tutelabile dinanzi al g.a. **Della questione si è occupata la VI sezione del Consiglio di Stato con la citata ordinanza n. 4581/2006 di remissione degli atti alla Corte costituzionale per la valutazione della legittimità costituzionale degli artt. 49, 57, 86 d.P.R. n. 602/1973 e degli artt. 2 e 19, d.lgs. n. 546/1992,** che prima della riforma del 2006, interpretati secondo il diritto vivente, assegnano la giurisdizione in materia al g.o.. In questa sede assumono particolare rilievo le ragioni scrutinate dalla VI sezione del Consiglio nella prospettiva di definizione della nozione di "potere amministrativo", rilevante ai fini del riparto di giurisdizione.

Secondo la tesi favorevole alla giurisdizione del g.o. la disciplina del fermo di cui all'art. 86 d.P.R. n. 602/1973 non attribuisce al concessionario poteri di natura amministrativo-tributaria, ma si muove nell'ottica dell'attribuzione al creditore di strumenti idonei alla conservazione di garanzie patrimoniali idonee a garantire in sede esecutiva il soddisfacimento della pretesa creditoria. Saremmo dinanzi ad un diritto potestativo spettante al concessionario in vita del buon fine di un successiva realizzazione coattiva del credito attraverso una procedura d'esproprio del bene sottoposto a fermo. La similitudine tra potestà autoritativa pubblica, qui non operante, e diritto potestativo dell'amministrazione creditrice sarebbe individuabile solo in via descrittiva nello stato di soggezione che può riconoscersi genericamente in capo al titolare di un interesse legittimo, come in capo al debitore. Pertanto, la controversia relativa al fermo, sia nella fase dell'esecuzione che in quella della sua disposizione non riguarda né il tributo né il pubblico servizio, ma un rapporto di debito-credito, che trova nel g.o. il suo giudice naturale.

Tesi di segno opposto giunge alla conclusione che il fermo sia un provvedimento amministrativo rispetto al quale il privato vanta una posizione di interesse legittimo con conseguente **giurisdizione del g.a.** In particolare, si evidenzia che il d.P.R. n. 602/1973

disciplina la "riscossione coattiva" e la "espropriazione forzata", analogamente a quanto fa il codice di procedura civile. Ma se in quest'ultimo caso si è in presenza di un processo giurisdizionale, nel primo si è in presenza di un procedimento amministrativo. La differente natura giuridica emerge in ragione della contrarietà palesata dal legislatore verso forme di autotutela esecutiva privata, come si desume dal divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c. A questo divieto si sottrae lo Stato con il d.P.R. 602/1973, che disciplina l'esecuzione forzata nell'ambito del procedimento di riscossione rinviando c.p.c. solo se non derogato e nei limiti della compatibilità. Si tratta, quindi, di un procedimento amministrativo, con limitati momenti di processualizzazione. Un esame della disciplina contenuta nel d.P.R. 602/1973 consente di concludere che l'espropriazione forzata ha connotati peculiari, che l'avvicinano ai procedimenti amministrativi ablatori e dunque a strumenti di autotutela pubblicistica, più che al processo di esecuzione forzata. In questo quadro il fermo emerge come provvedimento amministrativo strumento di autotutela che non troverebbe adeguata giustificazione nell'ambito del processo di esecuzione forzata che non consente, invece, atti di natura conservativa rimessi all'iniziativa unilaterale del creditore, che, al contrario, deve necessariamente chiedere l'intervento giurisdizionale. Inoltre, la violazione del provvedimento di fermo comporta l'irrogazione di sanzioni di natura amministrativa e non di natura civile. Ancora la cancellazione del fermo non si consegue attraverso il mero pagamento del debito, essendo necessario un provvedimento di revoca del provvedimento di fermo da parte della Direzione regionale delle entrate. L'eccentricità della disciplina contenuta nel d.P.R. 602/1973, rispetto a quella contenuta nel c.p.c., applicabile alle consuete vicende tese al soddisfacimento di un credito in forma coattiva, consente di concludere che non si è al cospetto di un rapporto debito – credito di natura privatistica, ma di una relazione tipicamente pubblicistica potestà – interesse legittimo.

La Corte costituzionale intervenuta sul tema, con **ordinanza 8 maggio 2007, n. 161 e con ordinanza 17 luglio 2007, n. 297**, non ha sciolto il nodo interpretativo, ma ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale prospettata dal TAR Sicilia, con ordinanza 24 maggio 2006, in relazione all'art. 86 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 (Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito), «nella parte in cui risulta interpretato, secondo il diritto vivente, nel senso di attribuire al giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie in materia di fermo tributario dei veicoli da esso previsto, sul presupposto della natura non autoritativa del potere esercitato» in riferimento agli artt. 3, 24, 103 e 113 della Costituzione, perché la questione configura un improprio tentativo di ottenere da questa Corte l'avallo della (diversa) interpretazione e ricostruzione della natura giuridica dell'istituto che il giudice *a quo* dimostra di condividere, così rendendo chiaro un uso distorto dell'incidente di costituzionalità.

Salvi i problemi di *perpetuatio jurisdictionis* ex art. 5 c.p.c., **va segnalato che il problema è a regime risolto con l'art. 35, comma 26 quinquies legge 4 agosto 2006 n. 248, di conversione del decreto legge 4 luglio 2006 n. 223**, che, intervenendo sull'art. 19 della legge sul processo tributario (DLgs 546/92), ha sancito in materia la **giurisdizione esclusiva delle commissioni Tributarie**.

La giurisprudenza ha altresì chiarito che detta norma va interpretata nel senso della devoluzione alle commissioni tributarie del solo contenzioso relativo a fermi intervenuti per crediti fiscali che rientrano, anch'essi, nella giurisdizione tributaria (conf., da ultimo, Giud. pace Bari 26 febbraio 2007, n. 1825; Comm. Trib. Catania 28 dicembre 2006, n. 525).

4.5. La p.a. datore di lavoro.

Altro territorio di confine in cui l'amministrazione risulta essere titolare di poteri tipicamente pubblicistici e di poteri analoghi a quelli del datore di lavoro privato è quello dell'impiego alle dipendenze della pubblica amministrazione.

Ricordiamo solo, in questa sede, che, nei rapporti di lavoro privatizzati, l'art. 5, comma 2, del TU n. 165/2001, in combinato disposto con l'art. 63, affida alla giurisdizione del G.O. la cognizione degli **atti di organizzazione (eccezion fatta per quelli di macro-organizzazione ex art. 2) e di gestione che la p.a. oramai adotta con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro.**

La carenza di potere e l'atto amministrativo nullo all'indomani dell'art. 21-septies, l. 241/90.

Descritta la nozione di potere pubblico, e tracciata la differenziazione con i poteri privati della p.a., occorre volgere lo sguardo ad una delle principali novità portate dalla l. 15/2005: l'art. 21-septies, rubricato: **"Nullità del provvedimento"**. Rinviamo per un ampio esame della disposizione alla **lezione sulla patologia del provvedimento amministrativo**, va analizzata quella parte

della norma che prevede la nullità del provvedimento amministrativo viziato da difetto assoluto di attribuzione. L' esegesi della norma proposta in dottrina, come in giurisprudenza, non risulta univoca.

Una prima tesi ritiene che la locuzione *"difetto assoluto di attribuzione"* evidenzii una contrapposizione rispetto al *"difetto relativo di attribuzione"*. Quindi, il legislatore avrebbe voluto fare riferimento all'ipotesi in cui **manca in assoluto una norma attributiva del potere esercitato, quindi alla carenza di potere in astratto, ed all'ipotesi di incompetenza assoluta**, ossia il caso in cui, pur in presenza di una norma attributiva del potere, l'amministrazione che lo utilizza appartiene ad un plesso amministrativo del tutto distinto da quello al quale il potere in questione è dalla norma attribuito. In termini di riparto di giurisdizione la mancata individuazione da parte del legislatore come causa di nullità dell'atto della categoria della carenza di potere in concreto elaborata dalla giurisprudenza della Cassazione, escluderebbe in simili ipotesi la giurisdizione del g.o. che verrebbe fatta salva nel caso di atto nullo per carenza di potere in astratto o per incompetenza assoluta (in questo senso TAR Campania, sez. V, n. 5025/2005 e n. 2137/2006). A questa posizione che giudica in termini di certezza l'espunzione da parte del legislatore della carenza di potere in concreto quale ipotesi di nullità, parte della dottrina e della giurisprudenza (TAR Sicilia, sez. III, n. 994/2006) ha opposto la possibilità che il recupero della categoria controversa possa avvenire sul piano della nullità per difetto degli elementi essenziali. Pertanto, la partita appare lunga dall'essere chiusa.

Una seconda tesi, invece, utilizzando quale parametro di riferimento l'art. 134 cost. ritiene che **il difetto assoluto di attribuzione descriva un vizio relativo alla distribuzione del potere, ossia comporti una violazione delle norme che disciplinano l'incompetenza**. Pertanto, l'atto nullo per difetto assoluto di attribuzione è un provvedimento adottato da un'amministrazione del tutto sprovvista del potere pure effettivamente previsto a favore di altro plesso amministrativo dal legislatore. Resta fuori dalla previsione legislativa, quindi, il caso della carenza di potere in astratto, perché la mancanza del potere fa venir meno il presupposto affinché un provvedimento possa essere considerato tale: dunque, la carenza di potere si collocerebbe all'esterno della patologia, ponendo piuttosto un problema di inesistenza dell'atto.

Questo rilievo si salda alla considerazione, mutuata dalla sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale, **secondo cui l'elemento discrezionale necessario per qualificare un provvedimento amministrativo è costituito dal potere: se non c'è il potere non c'è l'autorità e se non c'è l'autorità il provvedimento automaticamente è inesistente**. Sotto il profilo del riparto di giurisdizione, **questa tesi - espunta dal novero della nullità, e ricondotta nell'ambito dell'inesistenza, la categoria della carenza di potere in astratto - ritiene che il provvedimento nullo per difetto assoluto di attribuzione, così come negli altri casi di cui alla norma citata, vada qualificato come un provvedimento viziato da un cattivo uso di potere rispetto al quale non può che residuare una posizione di interesse legittimo, quindi la giurisdizione del g.a.** Un potere amministrativo, benché non nella titolarità dell'amministrazione che ne ha fatto uso, è stato speso sia pure in modo macroscopicamente erroneo, quindi, il destinatario del provvedimento vanta un interesse legittimo alla declaratoria della nullità provvedimentoale.

Questa conclusione non ha convinto la **Cassazione, che resta affezionata all'idea dell'atto carente in astratto di di potere come atto nullo (Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2007, n. 2688** ha, infatti, concluso per la giurisdizione del G.O. in tema di occupazione usurpativa sia in caso di carenza originaria della dichiarazione di pubblica utilità, di nullità della stesa (per mancanza dei termini iniziali e finali per il compimento dell'espropriazione e dei lavori) ovvero in caso di inefficacia della dichiarazione per scadenza infruttuosa dei termini medesimi.

Parte della dottrina, in chiave critica, osserva poi che lo stesso legislatore, al comma 2 dell'art. 21-septies, ha statuito che : *"Le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo."* In questo modo si riconosce, infatti, parlando di giurisdizione esclusiva sulla nullità, che in presenza di un provvedimento nullo possono presentarsi controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi.

Inoltre, in presenza di provvedimenti che incidono su posizioni di diritto soggettivo non è agevole sostenere che un provvedimento nullo, quindi improduttivo di effetti, possa degradare il diritto ad interesse; e tanto a meno di non **mandare in soffitta al teoria secolare dell'affievolimento** ed affermare che il provvedimento nullo, al pari di quello annullabile, sono atti entrambi espressione di un cattivo uso del potere che incidono sull'interesse legittimo che coesiste con il diritto (costituendo la tecnica di protezione di quest'ultimo verso il potere pubblico) senza differenziarsi in base all'immaginifica capacità di degradare o no,

trasformandola, la posizione di diritto in interesse.

Del tutto pacifico è, invece, in tema di interessi legittimi pretensivi, la considerazione in ordine all'impossibilità di ritenere che dinanzi ad un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del destinatario, dall'eventuale nullità derivi una posizione di diritto soggettivo. La giurisdizione secondo l'impostazione costituzionale, infatti, non dipende dal tipo di invalidità denunciata, ma dalla natura della posizione giuridica fatta valere, che nella circostanza sarà un interesse legittimo pretensivo con conseguente giurisdizione del g.a.

5. La giurisdizione del g.a. su comportamenti amministrativi espressione di potere: la non agevole distinzione tra comportamenti amministrativi e comportamenti meri .

Si è più volte detto che, in base alle pronunce nn. 204/2004, 191/2006 e 140/2007, della Corte costituzionale, **fulcro del riparto di giurisdizione tra g.a. e g.o. è il potere amministrativo più che il provvedimento.**

E' infatti essenziale che la p.a. eserciti il potere, non che lo faccia con l'adozione di provvedimenti formali.

E' quindi necessario **distinguere tra comportamenti meri che la p.a. tiene come soggetto di diritto comune che viola obblighi di diritto comune, di pertinenza del GO; e comportamenti amministrativi con cui la P.A. esercita il potere con comportamenti non attizi riconducibili alla sua veste di autorità pubblica, comportamenti attratti al GA, specie in sede esclusiva.**

Rinviamo per approfondimenti ad altra sede, alla luce agli elementi ricavabili dalle sentenze 140/2007, 191/2006 e 204/2004 della Corte Costituzionale sono possibili le seguenti considerazioni:

a) dal punto di vista sistematico la **scelta della Consulta di cassare dall'ordinamento un riferimento** (quello ai « comportamenti » ex artt. 34 d.lgs 80/1998 e 53 TU n.b. 327/2001 che non siano neanche mediamente ricollegabili al potere, come meglio precisato dalla sentenza 191) che sortiva l'indesiderabile effetto di devolvere alla giurisdizione esclusiva del G.A. — in modo acritico ed indifferenziato — questioni del tutto prive di collegamenti con l'agere pubblicistico, **non tocca invero i comportamenti amministrativi (e non meri) che costituiscono, al contrario, espressione del potere pubblico nella dimensione dinamica e procedimentale;**

b) proprio la **coerente applicazione dei principi enucleati dalla Corte costituzionale, secondo cui il G.A. va individuato quale « giudice ordinario » dei rapporti non paritetici fra P.A. e cittadino, ossia delle controversie nelle quali l'amministrazione agisce come autorità, porta a distinguere tra danno da comportamenti materiali o radicalmente senza titolo e danni cagionati da comportamenti amministrativi** (scorretta gestione del procedimento; ritardo nella definizione del procedimento; cattivo o mancato esercizio del potere di vigilanza; scorretta gestione del procedimento di evidenza pubblica nelle gare di appalto), in cui i comportamenti sono collegati funzionalmente all'esercizio di potestà pubblicistiche, anzi sono esercizio di potere pubblico in coerenza con l'oramai consolidata teoria del procedimento come forma della funzione amministrativa;

c) **la stessa prima applicazione del nuovo art. 34 del decreto n. 80** (vedi Adunanza Plenaria 4/2005) avallata esplicitamente dalla sentenza 191/2006 della Consulta, **ha comportato l'attrazione in capo al G.A. delle controversie relative alle occupazioni appropriate ed usurpative provocate da condotte esecutive di illegittimi provvedimenti di esproprio o dichiarativi della P.A.,** alla luce della accennata necessità di distinguere tra comportamenti amministrativi e comportamenti meri. In questo senso, da ultimo, la sentenza del Consiglio di Giustizia amministrativa, 4 settembre 2007, n. 723, secondo cui: *"Rientra nella giurisdizione esclusiva del g.a. in materia urbanistica ed edilizia, ex art. 34 d. lgs. 80/98, la domanda di risarcimento del danno sopportato dalla parte privata in conseguenza dello spossessamento dell'area di sua proprietà sulla quale sia stata realizzata l'opera pubblica durante il periodo nel quale il provvedimento di occupazione ha esplicato i suoi effetti, senza però l'emanazione, nel termine prescritto, del decreto di espropriazione."*;

d) infine, e soprattutto, **con la sentenza 191/2006, la Consulta, per un verso, ha escluso che, per ciò solo che la domanda proposta dal cittadino abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno, la giurisdizione competa al giudice ordinario; dall'altra ha rimarcato che, ai fini del riparto di giurisdizione, è irrilevante la circostanza che la pretesa risarcitoria abbia — come si ritiene da alcuni —, o non abbia, intrinseca natura di**

diritto soggettivo, avendo la legge, a questi fini, inequivocabilmente privilegiato la considerazione della situazione soggettiva incisa dall'illegittimo esercizio della funzione amministrativa.

La soluzione è coerente con la dequotazione dei vizi che comportino l'annullamento ai sensi dell'art. 21-octies delle legge 241, che restano deducibili come anomalie comportamentali a fini risarcitori.

Ed allora, **facendo applicazione di tali coordinate, non è seriamente dubitabile che anche i comportamenti tenuti nella veste di autorità, in quanto correlati all'esercizio del potere, distinguendosi dai comportamenti meri, sono ricondotti alla giurisdizione del G.A.** (che è giudice del potere e non dell'atto, abilitato a somministrare anche tutele non impugnatorie).

Tali ci sembrano essere, a titolo esemplificativo, oltre ai **danni da occupazione appropriativa od usurpativa** che matura nell'ambito di un illegittimo procedimento ablatorio a) il danno da **ritardo nell'esercizio del potere**, essendo patologia che afferisce comunque al cattivo uso, sul piano temporale, del potere ;

b) il **danno da comportamento precontrattualmente scorretto** in caso di ritardo e rifiuto della stipulazione del contratto all'esito della procedura culminata con l'aggiudicazione (vedi Ad. Plen. 6/2005 e da ultimo Tar Lazio, sez. III, 10 settembre 2007, n. 8761 secondo cui: *"Sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tutte le controversie tra privato e pubblica amministrazione riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti di lavori, servizi e forniture, dovendosi ritenere tale giurisdizione estesa a tutta la fase dell'affidamento in cui rientrano anche i momenti che, seppure successivi all'aggiudicazione, precedono la stipula del contratto in senso proprio."*);

c) il **danno da omessa vigilanza sul settore di competenza di un'amministrazione** (nonostante il contrario avviso della Cassazione a Sezioni Unite, per l'omessa vigilanza della Consob);

d) in generale i danni da comportamenti scorretti nella gestione di un procedimento, che pure non si traducano nella illegittimità del provvedimento.

In quest'ottica, pertanto, trova **piena giustificazione la previsione contenuta nel comma 5, dell'art. 19**, che prevede la giurisdizione esclusiva del g.a. per le controversie in materia di d.i.a., vertendosi in queste ipotesi a seconda della natura giuridica che si vuole riconoscere alla dichiarazione di inizio attività, in **controversie che riguardano un titolo abilitativo silenzioso rilasciato dall'amministrazione, ovvero un diritto soggettivo privato a regime amministrativo, quindi sottoposto al potere autoritativo dell'amministrazione**.

5.1. Riparto di giurisdizione, comportamenti in materia espropriativa e risarcimento: rinvio.

Lo sconvolgimento portato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 nel riparto di giurisdizione non giunge ad un'inversione di tendenza sul tema del potere riconosciuto al g.a. di risarcire il danno, non rappresentando quest'ultimo una autonoma materia, bensì uno strumento di tutela ulteriore a disposizione del g.a., che poggia direttamente sull'art. 24 cost. Il successivo passo compiuto dalla Consulta con sentenza n. 191/2006 è nel senso di negare che la giurisdizione in relazione alla richiesta risarcitoria debba essere determinata sulla scorta della circostanza che, all'indomani dell'annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo residua una posizione giuridica di diritto soggettivo, che a seconda della scelta dell'attore possa radicare la giurisdizione del g.o. Pertanto, risultando irrilevante l'esistenza di un diritto al risarcimento, la Consulta valuta l'azione risarcitoria come una tecnica di tutela che deve poter essere erogata anche dal giudice amministrativo nelle controversie sottoposte alla sua giurisdizione.

Così, la previsione contenuta nell'art. 7, comma 3, l. TAR, secondo la quale il g.a., nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, viene intesa anche dalla più recente giurisprudenza delle SS. UU. della Cassazione (ord. 13659, 13660 e 13911 del 2006) in un'ottica di completamento di tutela. Pertanto, la tutela risarcitoria potrà venire erogata dal g.a. ogni qual volta la lesione sia conseguente all'esercizio del potere amministrativo. Quest'impostazione, da un lato, comporta l'abbandono dell'idea che l'ampiezza della giurisdizione nel caso del risarcimento del danno sia in qualche modo influenzata dal legame con l'azione di annullamento. Dall'altro, consente di riportare agevolmente sotto l'ombrello della giurisdizione del g.a. una serie di controversie risarcitorie derivanti da comportamenti amministrativi.

6. I diritti inaffievolibili.

Se fino ad ora la disamina del riparto di giurisdizione è stata svolta interrogandosi sull'esistenza di un potere autoritativo al fine di individuare la natura della posizione giuridica azionata, affrontando la tematica dei diritti fondamentali o inaffievolibili il punto di vista appare capovolto.

A partire, infatti, dalla sentenza n. 1436/1979 in tema di diritto alla salute, la Cassazione ha inaugurato un trend giurisprudenziale votato all'individuazione di diritti soggettivi assoluti impermeabili all'esercizio del potere autoritativo dell'amministrazione, la cui giurisdizione, pertanto, permane radicata in capo al g.o. Il contrasto tra diritto assoluto e provvedimento amministrativo si traduce nella declaratoria di nullità di quest'ultimo in costanza di un difetto assoluto di attribuzione.

La descritta tendenza ha fatto breccia anche in sede legislativa, tant'è che a partire dall'abrogata l. 675/1996, ora confluita nel d.lgs. 196/2003, in tema di protezione dei dati personali, quindi con la l. 230/1998 in tema di obiezione di coscienza, e con il d.lgs. 286/1998 in tema di disciplina dell'immigrazione, sono state previste ipotesi di giurisdizione ordinaria, da valutare non tanto, secondala dottrina prevalente, come ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.o., quanto come testimonianza di aree nelle quali il diritto soggettivo del singolo non subisce compressioni a causa dell'intervento del potere amministrativo.

6.1 Il diritto alla salute.

La portata di queste affermazioni può essere testata sul diritto alla salute sulla scorta di tre posizioni.

Una prima tesi "massimalista" valuta il diritto alla salute come sempre non incomprimibile da parte del potere pubblico. Così le SS. UU. della Cassazione, con sentenza dell'8 marzo 2006, n. 4908, e sentenza dell'8 novembre 2006, n. 23735, affermano che la protezione apprestata dall'ordinamento al titolare del diritto alla salute si estrinseca, sia nel vietare agli altri consociati di tenere comportamenti che contraddicano il diritto, sia nel sanzionare gli effetti lesivi della condotta illecita obbligando il responsabile al risarcimento del danno. Il diritto alla salute, infatti, appartiene a quel genere di diritti che non tollerano interferenze esterne che ne mettano in discussione l'integrità. In particolare, a seguito dell'evoluzione, cui è andato incontro il diritto alla salute consacrato nell'art. 32 cost., come diritto fondamentale dell'individuo, ormai non più limitato da una valenza assicurativa - corporativa propugnata nei primi anni dell'entrata in vigore della Carta costituzionale in linea di continuità con le linee guida contenute nel codice civile, deve ritenersi, secondo questa tesi, che **la pubblica amministrazione è priva di qualunque potere di affievolimento della relativa posizione soggettiva**. L'assenza di una qualsivoglia forma di potere pubblico implica che le correlate questioni non possano essere assegnate alla giurisdizione esclusiva del g.a. e che lo stesso g.a. in materia non sia dotato di alcuna cognizione in materia risarcitoria.

Una seconda tesi "publicistica" ritiene, invece, di dover distinguere il versante oppositivo del diritto alla salute, ossia il diritto a non subire menomazioni alla propria salute, che non può essere in alcun modo limitato, dal versante pretensivo, inteso come diritto a perseguire il miglioramento delle proprie condizioni di salute, che invece va temperato con altri interessi costituzionalmente rilevanti ed in quanto tale capace di veder generare ipotesi di interesse legittimo, sottoposte alla giurisdizione del g.a. In questo filone si inserisce anche la sentenza del Tar Abruzzo, Pescara, 3 novembre 2007, n. 872, secondo la quale: *"L'autorizzazione alle cure sanitarie all'estero, che dà espansione all'assistenza indiretta con rimborso delle spese, costituisce estrinsecazione di un potere autoritativo qualificato, con ambiti discrezionali tecnici precisi che giustificano la giurisdizione del G.A., trattandosi della scelta di una particolare prestazione sanitaria, che esige una previa valutazione di utilità effettiva, nell'interesse individuale e collettivo."*

Una terza, ed ultima, **tesi "mediana"**, infine, impregiudicata la natura di diritto inaffievolibile sul versante oppositivo, distingue su quello pretensivo tra fattispecie in cui permane un diritto soggettivo perfetto, non affievolibile, ad evitare un rischio mortale o a subire sofferenze eccessive, dalle altre ipotesi nelle quali potrebbe subire fenomeni degradatori. In questo senso merita di essere analizzata la sentenza della **Cassazione, SS. UU., 1 agosto 2006, n. 17461**, che abbandona la posizione oltranzista, orientata ad una indialogabilità tra diritto e potere. Il ragionamento della Corte si fa particolarmente interessante laddove distingue tra situazioni "soggettive a nucleo variabile" - in relazione alle quali si riscontra un potere discrezionale della pubblica amministrazione capace di degradare (all'esito di un giudizio di bilanciamento degli interessi coinvolti) i diritti ad interessi legittimi o di espandere questi ultimi sino ad elevarli a diritti - e "posizioni soggettive a nucleo rigido", rinvenibili unicamente in presenza di quei diritti,

quale quello alla salute, che - in ragione della loro dimensione costituzionale e della loro stretta inerenza a valori primari della persona - non possono essere definitivamente sacrificati o compromessi. Secondo la Corte in presenza di motivi di urgenza suscettibili di esporre il diritto alla salute a pregiudizi gravi ed irreversibili, la pubblica amministrazione difetta di qualsiasi potere discrezionale in grado di incidere sul diritto in questione. La circostanza che la Suprema Corte escluda la presenza di un potere discrezionale della p.a. non in tutte le ipotesi ma soltanto nel caso in cui le circostanze siano tali da esporre la salute ad un pericolo grave, induce a ritenere che nelle altre ipotesi anche il diritto alla salute, quantomeno nella sua dimensione pretensiva, possa essere oggetto di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti. Pertanto, nella fattispecie la Suprema Corte ritiene sussistente la giurisdizione del g.o. in presenza di una *causa petendi* quale il diritto alla salute, non degradabile ad interesse legittimo, che in mancanza dell'intervento richiesto alla p.a. - nella fattispecie ripristino di un parcheggio prossimo al luogo di cura a favore di un gruppo di invalidi emodializzati -, sarebbe esposto al rischio di un grave pregiudizio. Da ultimo, una conferma viene da **Tar Campania, sez. I, 22 ottobre 2007, n. 9815**, che sottolinea: *"Rientra nella giurisdizione del Giudice Ordinario la controversia in merito alla legittimità del diniego, opposto dalla ASL ad un proprio assistito, di autorizzazione di cure mediche all'estero già erogate; in tale caso, avendo la controversia ad oggetto la pretesa da parte dell'assistito di ricevere prestazioni sanitarie in situazioni di urgenza, di pericolo di vita o comunque di un grave peggioramento, si verte in tema di diritto alla salute che non è suscettibile di affievolimento, tale restando anche di fronte al potere dell'Amministrazione pubblica."*

Sul versante oppositivo del diritto alla salute, che da tutte le tesi esaminate è valutato come diritto soggettivo assoluto, come tale inaffievolibile, resta da esaminare il caso del trattamento sanitario obbligatorio disposto dal sindaco. Sul tema il **TAR Toscana, sez. I, 27 novembre 2006, n. 6022**, ha confermato la natura di diritto soggettivo assoluto del diritto alla salute nella sua componente oppositiva. Ne consegue il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in ordine all'impugnazione del provvedimento di T.S.O. emesso dal Sindaco nella sua funzione di ufficiale di governo.

6.2. La giurisdizione esclusiva del g.a. ex art. 1, comma 552, l. n. 311/2004, supera il vaglio di Corte cost. 140/2007 anche per il diritto alla salute e la Cassazione (Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27187) si adegua.

Una voce di segno opposto viene da **Corte cost. 140/2007 che sfata il tabù della inconciliabilità tra giurisdizione (esclusiva) del g.a. e tutela dei diritti anche costituzionalmente garantiti**. La Consulta, infatti, riconosce sulla scorta delle affermazioni già contenute nelle sentenze n. 204/2004 e n. 191/2006 al g.a. il possesso di adeguati strumenti di tutela, anche risarcitori, per fronteggiare le azioni spiegate dai titolari di posizioni giuridiche qualificabili anche come diritti, tra i quali quello alla salute, che risultino lese dall'esercizio del potere amministrativo, in tema di procedure in materia di impianti di energia elettrica. Si affaccia, pertanto, una tendenziale equiparazione della capacità di entrambi i plessi giurisdizionali di offrire tutela alle posizioni giuridiche soggettive di derivazione costituzionale, restando fermo l'unico limite in ordine alla discrezionalità del legislatore ordinario di servirsi della giurisdizione elusiva del g.a.. Ossia quello di limitarne l'estensione a materie determinate nelle quali la pubblica amministrazione agisce nell'esercizio del suo potere. Rispettato questo limite il legislatore ben può istituire ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.a. per favorire la concentrazione in capo ad un unico giudice di tutte le controversie con positive ricadute in termini di effettività della tutela, senza che sia di ostacolo la presenza di diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, quali il diritto alla salute, che convivono con il potere amministrativo e dallo stesso possono essere lesi, qualora lo stesso si manifesti in modo illegittimo. Il trend inaugurato dal Giudice delle leggi è ormai seguito anche dalle Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27187, in Dispensa amministrativa n. 1, secondo le quali: *"Nelle ipotesi in cui siano dedotte in giudizio fattispecie riportabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (nel caso specifico, alla giurisdizione in materia di edilizia e urbanistica prevista dall'articolo 34 del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80), la tutela dei diritti incompressibili come il diritto alla salute è devoluta alla giurisdizione amministrativa che è fornita di tutti i mezzi idonei ad assicurare tutela, sia in sede cautelare che di merito, alle posizioni soggettive in discorso."*