

LA DISAPPLICAZIONE DELL'ATTO AMMINISTRATIVO NEL PROCESSO CIVILE

PREMESSE PER UNO STUDIO



Angelo Danilo De Santis

42

Collana

L'Unità del Diritto



Roma TIE-Press
2023



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. P. CARNEVALE (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. BENIGNI (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. MASSARO, M. SINISI (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. CARDIA, R. BENIGNI (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, 2018
15. E. Poddighe, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. GRISI (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. ANASTASIA, P. GONNELLA (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019
19. R. BENIGNI, B. CORTESE (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019

20. M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019 (I ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2020 (II ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2021 (III ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2022 (IV ed.)
21. N. POSTERARO, M. SINISI (a cura di), *Questioni di fine vita*, 2020
22. G. RESTA (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, 2020
23. F. LATTANZI (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020
24. E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020
25. B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata: inadempimento rispondenza ex fide bona*, 2020
26. M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, 2020
27. G. GRISI, F. RASSU (a cura di), *Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie*, 2020
28. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019*, 2020
29. S. CALDARELLI, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, 2020
30. A. MASSARO (a cura di), *Connessioni di Diritto Penale*, 2020
31. R. BENIGNI (a cura di), *Diritto e religione in Italia*, 2021
32. E. CALZOLAIO, R. TORINO, L. VAGNI (a cura di), *Liber amicorum Luigi Moccia*, 2021
33. A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020*, 2021
34. M. CATENACCI, R. RAMPIONI, V.N. D'ASCOLA (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, 2021
35. F. GRASSI, O. HAGI KASSIM (a cura di), *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista. Dibattito sugli scritti di Giampaolo Rossi*, 2021
36. B. CORTESE (a cura di), *Il diritto dei beni culturali. Atti del Convegno OGIPAC in memoria di Paolo Giorgio Ferri. Roma 27 maggio 2021*, 2021
37. V. MANNINO, *Governo misto romano e repubblicanesimo americano*, 2022
38. V. BONTEMPI (a cura di), *Lo Stato digitale nel piano di ripresa e resilienza*, 2022
39. E. BATTELLI, M. LOTTINI, G. SPOTO, E.M. INCUTTI, (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, 2022
40. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto Amministrativo 2020-2021*, 2022
41. J.M. PERIS RIERA, A. MASSARO, *Derecho Penal, Inteligencia Artificial y Neurociencias. Diritto Penale, Intelligenza Artificiale e Neuroscienze*, 2023



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Angelo Danilo De Santis

LA DISAPPLICAZIONE DELL'ATTO AMMINISTRATIVO NEL PROCESSO CIVILE

PREMESSE PER UNO STUDIO

42

L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza



Roma TrE-Press
2023

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Roberto Baratta, Concetta Brescia Morra, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Tommaso Dalla Massara, Carlo Fantappiè, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guacero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Giulio Napolitano, Giuseppe Palmisano, Annalisa Pessi, Giorgio Pino, Alberto Franco Pozzolo, Giampiero Proia, Giorgio Resta, Francesco Rimoli, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Chris Thomale, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

American Typewriter condensed, Brandon Grotesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)

Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press

Roma, giugno 2023

ISBN: 979-12-5977-193-3

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

L'unità del diritto

La Collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo, perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi, ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare un'adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la Collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanei, atti di convegni e seminari, ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La Collana entra a far parte della struttura di Roma TrE-Press, che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in formato cartaceo quella in formato digitale in *open access*, contribuisce ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Antonio Carratta
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Ad Emanuele e ad Isabel

Indice

<i>Introduzione</i>	13
---------------------	----

CAPITOLO I

L'oggetto del potere di disapplicazione

1. <i>L'impellenza di rimediare la portata precettiva degli art. 4 e 5 l.a.c.</i>	29
2. <i>L'esegesi degli art. 4 e 5 l.a.c. al fine di indicare alcune coordinate circa i confini della loro operatività</i>	34
2.1. <i>Segue. L'interpretazione restrittiva proposta da Luigi Montesano</i>	38
2.2. <i>Segue. Alcune precisazioni rispetto alla conoscibilità dell'illegittimità dell'atto amministrativo da parte del giudice civile, con riguardo alla ipotesi di nullità/inesistenza e al concetto di illiceità</i>	41
2.2.1. <i>Segue. La disapplicazione dell'atto nullo e del comportamento</i>	44
3. <i>L'oggetto del potere di disapplicazione. Gli atti amministrativi e i regolamenti generali</i>	48
3.1. <i>I connotati degli atti amministrativi: il profilo funzionale e gli atti vincolati</i>	51
3.2. <i>Gli atti autoritativi e quelli non autoritativi</i>	54
3.3. <i>Gli atti costitutivi di rapporti giuridici tra privati e con i privati</i>	57
3.3.1. <i>Gli effetti riflessi dell'atto amministrativo e la qualificazione dell'atto come mero fatto</i>	59
4. <i>L'irrintracciabilità di limitazioni alla estensione dello scrutinio da parte del giudice civile di conformità dell'atto amministrativo alla legge</i>	64

CAPITOLO II

La funzione e il contenuto del potere di disapplicazione

1. <i>Premessa</i>	67
2. <i>La cognizione del giudice civile sull'atto amministrativo ex art. 5 l.a.c.</i>	69
3. <i>La disapplicazione dell'atto amministrativo la cui controversa legittimità è un fatto costitutivo, integrante un punto pregiudiziale, del diritto soggettivo azionato</i>	78
3.1. <i>Segue. La disapplicazione nelle controversie sui diritti soggettivi tra privato e P.A. come soluzione al problema dell'estensione degli effetti della cosa giudicata alle questioni pregiudiziali in senso logico</i>	85

4. <i>La disapplicazione dell'atto amministrativo presupposto. La c.d. disapplicazione incidentale</i>	92
5. <i>Breve riepilogo dei risultati sinora raggiunti e alcune precisazioni</i>	96
6. <i>La configurabilità del potere di disapplicazione nelle controversie su diritti soggettivi originati da attività jure privatorum della P.A.</i>	101
7. <i>La disapplicazione dell'atto amministrativo la cui controversa legittimità è un fatto costitutivo, integrante un punto pregiudiziale, del diritto soggettivo azionato</i>	106
8. <i>La disapplicazione dell'atto amministrativo presupposto nelle controversie del c.d. pubblico impiego privatizzato</i>	111
9. <i>Alcune precisazioni sul rapporto tra il processo amministrativo sulla legittimità dell'atto e il processo civile in cui il giudice ordinario eserciti i poteri ex art. 4 e 5 l.a.c.</i>	124
9.1. <i>Segue. La chiave sostanziale, gli spazi per l'applicazione della sospensione necessaria e una proposta finale</i>	130

Introduzione

Premessa. Quanto previsto dagli artt. 4 e 5 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E¹ (d'ora in poi, anche l.a.c.) ha resistito alle ricorrenti tensioni tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa².

¹ Come noto, l'articolo 1, comma 1°, d. lgs. 1° dicembre 2009, n. 179, ha dichiarato indispensabile la permanenza in vigore, *inter alios*, degli artt. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16 dell'all. E. l.a.c.

² La storia e l'evoluzione dei confini tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa è stata trattata in innumerevoli studi e contributi scientifici. Cass., sez. un, 22 agosto 2022, n. 25503, ha definito l'ultimo episodio. Anche per indicazioni, v. G. COSTANTINO, *Questioni inerenti la giurisdizione ed effettività della tutela giurisdizionale*, in corso di pubblicazione in *Scritti in onore di Nicolò Trocker*. La pronuncia della Cassazione ha concluso una vicenda che ha visto coinvolti la stessa Corte di legittimità, il Consiglio di Stato, la Corte costituzionale e la Corte di giustizia U.E. Le sezioni unite hanno dichiarato inammissibile il ricorso contro la decisione del Consiglio di Stato, che, a sua volta, aveva dichiarato inammissibile il ricorso proposto da chi era stato escluso da una gara d'appalto, qualificato, dal giudice amministrativo, come portatore di un interesse «di mero fatto». Nel caso di specie, il Consiglio di Stato aveva rigettato il ricorso di un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, in presunta violazione del diritto dell'Unione. Il ricorrente insoddisfatto aveva impugnato la decisione dinanzi alla Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 362, comma 1°, c.p.c., per motivi inerenti alla giurisdizione. Riteneva, infatti, che la mancata applicazione di una norma europea da parte della suprema magistratura amministrativa desse luogo ad un eccesso di potere giurisdizionale. La Cassazione ha reputato non infondato questo profilo di ricorso e sottoposto alla Corte di giustizia tre questioni pregiudiziali, che, nella sostanza ruotano intorno ad un unico tema: se, cioè, la mancata applicazione del diritto dell'Unione ovvero il mancato esercizio dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato diano luogo ad un'usurpazione della competenza interpretativa esclusiva della Corte di giustizia in materia di diritto dell'Unione e, come tali, costituiscano un eccesso di potere, scrutinabile dalla Cassazione.

La Corte di giustizia, in grande sezione, ha risposto che non osta al diritto dell'Unione, sotto il profilo dell'esistenza di una tutela effettiva ed equivalente rispetto alle posizioni soggettive garantite dal diritto interno, una disposizione normativa nazionale, come quella italiana, che impedisce di contestare la conformità al diritto europeo di una sentenza del Consiglio di Stato dinanzi alla Corte di cassazione.

Sul punto, senza pretesa di completezza, v. AA.VV., *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020*, a cura di A. Carratta, Roma TrEpress, Roma, 2021; AA.VV., *La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*, in *Questione giustizia*, 2021, fasc. 1; P. BIAVATI, *Brevi osservazioni sul caso Randstad Italia*, in «*Questione giustizia*», 2022, 9 marzo 2022; G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni di giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte costituzionale arriva alla Corte U.E. Note a prima lettura di Cass., SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598, id.*, 2020.

Ai sensi dell'art. 4 l.a.c. «Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.

L'atto amministrativo non potrà essere rivocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso»; vi fa seguito quanto stabilito dall'art. 5, secondo cui «in questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi».

Le due disposizioni sono state tradizionalmente lette e interpretate in simbiosi giacché rappresentano lo strumento (principale, sebbene non certamente l'unico, come meglio si vedrà *infra*) attraverso il quale il giudice civile esercita una forma di cognizione sulla legittimità dell'azione amministrativa³.

Tale strumento è conosciuto come «disapplicazione dell'atto amministrativo»⁴.

Pur scontando un certo grado di approssimazione, si può ritenere che il coordinamento tra gli art. 4 e 5 e l'art. 2 l.a.c.⁵ sia stato inteso con il fine specifico di tutelare i diritti soggettivi del privato lesi o comunque intaccati dall'esercizio del potere dalla pubblica amministrazione. Tale finalità ha segnato contemporaneamente non solo i limiti dell'istituto ma anche i confini della giurisdizione riconosciuta al giudice civile in ordine all'atto amministrativo⁶.

³ Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 191 ss. il quale, oltre ad essere stato tra i primi ad affrontare la questione dell'uso dello strumento della disapplicazione da parte del giudice amministrativo (su cui v., anche, A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, in «*Riv. trim. dir. pubbl.*», 1955, p. 870 ss.), ha identificato l'inapplicabilità quale condizione tipica dell'atto suscettibile di disapplicazione.

Per riferimenti giurisprudenziali, v. G.M. BERRUTI, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio civile*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 22 ss.

Da ultimo, si veda lo studio di M. D'ANGELOSANTE, *La disapplicazione degli atti amministrativi tra potere e prassi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, spec. p. 25 ss.

⁴ Sul concetto di applicazione di una norma giuridica e sui suoi limiti, v. G. PINO, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in «*Diritto & questioni pubbliche*», 2011, p. 797 ss.

⁵ Il cui 1° comma stabilisce: «Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa».

⁶ Cfr. Cass. 14 maggio 1998, n. 4854, in «*Foro it.*», 1998, I, c. 2850, con nota di C. DI IASI.

Addirittura, la disapplicazione è stata percepita alla stregua di un principio fondante del nostro ordinamento, su cui pure, ma non solo, riposerebbe il valore della separazione tra i poteri dello Stato⁷.

Secondo un'impostazione risalente all'epoca della l.a.c., la sottoposizione dell'attività amministrativa al sindacato del giudice ordinario costituisce un principio fondamentale degli ordinamenti liberali⁸.

Il potere degli «organi giurisdizionali» di disapplicare, nel caso concreto, l'atto amministrativo, seppur non di annullarlo con efficacia generale, prima ancora che sancito nella l.a.c., era ricavabile sulla «scorta e autorità di grandi principi»⁹, sicché nella teoria del c.d. affievolimento dei diritti e nella stessa distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi si ravviserebbe «l'incamminarsi dell'esperienza verso approdi autoritari»¹⁰ ovvero una manifestazione della «tendenza a creare alla Pubblica Amministrazione uno statuto particolare e privilegiato»¹¹.

Certamente, la riduzione al minimo del potere del giudice ordinario di sindacare l'attività della Pubblica Amministrazione e di sostituirvisi¹² è stata tradizionalmente giustificata dall'inopportunità che organi non forniti delle necessarie conoscenze ed esperienze, quali quelli giudiziari, possano

Come noto, e come meglio si dirà più avanti, negli ultimi decenni la giurisdizione ordinaria di legittimità dell'attività amministrativa ha goduto di un significativo ampliamento dei propri confini.

⁷ Cfr. G. VERDE, *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività della tutela (art. 5 l. 20 marzo 1965, n. 2248, all. E)*, in «*Riv. dir. proc.*», 1984, p. 42; E. CAPACCIOLI, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, *id.*, 1972, p. 411; v., anche, A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in «*Dir. proc. amm.*», 1994, p. 454, secondo cui «la risposta fornita con la legge del 1865, contiene, come una sorta di DNA, i caratteri di tutto il futuro sistema italiano di giustizia amministrativa».

⁸ La cui traccia può cogliersi anche dall'art. 1 delle preleggi, secondo cui «Sono fonti del diritto: 1) le leggi; 2) i regolamenti; 4) gli usi».

⁹ Cfr. P.S. MANCINI, *Discorso pronunciato durante i lavori preparatori della l.a.c.* in A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Utet, Torino, 1904, p. 329 ss.

¹⁰ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, Italcia, Pescara, 1979, p. 5 ss.

¹¹ Cfr. G. VERDE, *Rimozione*, *cit.*, p. 45.

¹² Sulla sostituzione del giudice ordinario, soprattutto con riferimento alle ipotesi in cui la legge gli attribuisce la giurisdizione di legittimità sull'attività amministrativa, v. P. CERBO, *Giudice ordinario e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, in «*Riv. trim. dir. proc. civ.*», 2012, p. 741 ss.; v., anche, L. MONTESANO, *Processo civile e pubblica amministrazione*, Morano Editore, Napoli, 1960, p. 18 ss., il quale osservava che sull'art. 4 l.a.c. si era fondata l'idea che fosse impedita al giudice ordinario l'adozione di provvedimenti che comportassero «coattive interferenze o modificazioni nell'attività pubblicistica dell'amministrazione».

sostituire le proprie valutazioni a quelle degli organi amministrativi.

La l.a.c. non si spingeva a regolare il potere di sostituzione del giudice alla P.A., ma aveva l'obiettivo di garantire un livello di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale omogeneo tra i casi in cui la controversia coinvolgesse solo i privati e quelli in cui il diritto «civile o politico» si intrecciasse con l'esercizio di poteri pubblici.

Senonché, all'indomani dell'entrata in vigore della l.a.c., non si registrò un significativo uso dei “nuovi” poteri che il giudice ordinario aveva ricevuto, un po' perché il Consiglio di Stato, organo meramente amministrativo, continuò, fino al 1877, ad essere il giudice dei conflitti di attribuzione, un po' perché la stessa l.a.c. appariva mancante di strumenti che garantissero l'esecuzione delle decisioni nei confronti della pubblica amministrazione, un po' perché, almeno sino al 1889, i giudici ordinari non mostrarono sufficiente ardimento per superare il tradizionale *metus* nei confronti della pubblica amministrazione.

Il divieto di annullamento del provvedimento amministrativo, stabilito quale limite al potere del giudice civile, pur evincendosi dal sistema, venne infatti ribadito nella l.a.c. e Santi Romano ha spiegato che, con l'abolizione degli organi del contenzioso amministrativo, il giudice civile aveva ereditato molte loro competenze, sicché quel legislatore voleva «rendere chiaro che non aveva inteso fargli ereditare anche i poteri annullatori, di cui almeno alcuni di essi erano dotati», per evitare un risultato che sarebbe stato paradossale: sarebbe stato almeno teoricamente possibile, altrimenti, che il giudice civile, nei confronti dei provvedimenti, «operando come i vecchi organi del contenzioso, si arrogasse anche poteri annullatori, ovvero sia poteri non solo non inferiori, ma addirittura maggiori di quelli di cui era dotato nei confronti dei negozi di diritto privato»¹³.

Nell'esercizio della giurisdizione ordinaria si insinuò, sin da subito, la convinzione circa l'impossibilità non solo di annullare il provvedimento stesso, ma, con una interpretazione assai riduttiva dei propri poteri, anche soltanto di disconoscere gli effetti in ordine al rapporto dedotto in giudizio, nonostante i pochi dubbi circa l'attribuzione espressa del potere di disapplicarlo.

A dispetto degli obiettivi di stampo liberale perseguiti con l'adozione della l.a.c., la tutela civile dei diritti in epoca post-unitaria è stata affetta da con i d'ombra¹⁴, i quali avrebbero costituito l'*humus* per la ben nota

¹³ Cfr. SANTI ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Società editrice libraria, Milano, 1901, p. 264 ss.

¹⁴ Il riferimento è al settore dei c.d. «affari amministrativi», su cui permaneva un vuoto di tutela (cfr. E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la p.a.*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 46).

bipartizione tra diritti soggettivi e interessi legittimi e per la costruzione del riparto di giurisdizione, quale immagine speculare di tale bipartizione¹⁵, definitivamente consacrata con la Costituzione repubblicana del 1948.

Basti considerare che l'art. 2 l.a.c. intendeva assicurare non solo la tutela dei diritti, ma anche la loro piena rilevanza «comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa»; si tratta di una disposizione che rispondeva ad una logica differente da quella della incompatibilità fra diritto soggettivo e provvedimento amministrativo, tanto che nella struttura della l.a.c. l'art. 5 identificava – e tuttora identifica – lo strumento processuale attraverso il quale il giudice civile avrebbe

Sul punto, vale la pena riportare il pensiero di Vittorio Emanuele ORLANDO, tratto dalle prime pagine della *Introduzione generale alla Giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo*, cit., III, p. 633 ss., (alle quali si rinvia *amplius*): «[...] la magistratura ha dimostrato, in generale, una considerevole timidità nell'esercizio delle attribuzioni che pareva limitassero la libertà del potere esecutivo» [...] «Vogliamo accennare all'evidente squilibrio tra il carattere formalmente liberale delle istituzioni vigenti in Italia e la sostanziale rispondenza di esse al grado di civiltà del popolo» [...] «Le leggi, in Italia, sono fatte da una classe dirigente imbevuta da un liberalismo dottrinario che è altrettanto intransigente circa le formule quanto indifferente per ciò che riguarda l'attuazione reale ed effettiva di esse».

¹⁵ Cfr. G.M. CHIODI, *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Laterza, Bari, 1969.

Come noto con la l. 3761/1877 fu risolta una criticità della l.a.c. relativa all'esigenza di garantire imparzialità nella composizione dei conflitti di attribuzione tra apparati burocratici e giurisdizione ordinaria. Tale obiettivo venne conseguito mediante la sottrazione del relativo potere al Consiglio di Stato e la contestuale attribuzione del medesimo alle sezioni unite della Corte di cassazione.

Con il r.d. 2 giugno 1889 n. 6166 fu istituita la IV sezione del Consiglio di Stato, inizialmente pensata come avente un carattere amministrativo, cioè di organo riferibile ad una sorta di autocontrollo amministrativo, ma in realtà dotata di funzioni giurisdizionali con riferimento alle controversie coinvolgenti gli interessi di cui all'art. 3 l.a.c.

Furono individuati i vizi dell'atto amministrativo che legittimavano il ricorso alla sezione neonata del Consiglio di Stato e, secondo una tripartizione ancora oggi in vigore, si distinsero l'incompetenza, la violazione di legge e l'eccesso di potere.

Accanto alla giurisdizione generale di legittimità si prevede che in determinate materie tassativamente indicate il Consiglio di Stato potesse spingersi sino a valutare l'opportunità dell'atto amministrativo impugnato e nacque così anche l'eccezionale giurisdizione di merito, di cui costituiva un significativo esempio la materia dei ricorsi volti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo di conformarsi al giudicato dei tribunali da parte dell'autorità amministrativa.

Con la legge 7 marzo 1907 n. 62 oltre ad introdursi la V sezione del Consiglio di Stato e a riservarle la giurisdizione di merito estesa peraltro ad altre materie, si prevede espressamente la ricorribilità per Cassazione per questioni di giurisdizione delle decisioni del Consiglio di Stato oltre che delle giunte provinciali amministrative.

potuto realizzare la sua funzione di tutelare pienamente i diritti anche rispetto all'autorità amministrativa, senza però comunque sostituire i suoi poteri a quelli tipici dell'amministrazione¹⁶.

L'impostazione ideologica della l.a.c. è stata abbandonata, come confermato, a mo' di esempio, dall'art. 113 Cost. e, tuttavia, anche grazie al fondamentale contributo teorico sistematico di Cannada Bartoli¹⁷,

¹⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in «*Riv. dir. proc.*», 1964, p. 536 ss.; M.S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 289 ss.; V. ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*, in «*Riv. trim. dir. proc. civ.*», 1965, p. 1264 ss.; G. MIELE, *La giustizia amministrativa*, in *Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi di unificazione amministrativa*, Neri Pozza, Vicenza, 1968, p. 9 ss., spec. p. 15 ss.

¹⁷ Il quale, nel volume *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., spec. p. 191 ss., pose in rilievo la distinzione fra i due modelli di tutela e l'esito che ciascuno dei due modelli comportava rispetto alla realizzazione degli effetti propri del provvedimento stesso. L'atto amministrativo era assoggettato a due diversi trattamenti, a seconda che rilevasse in un giudizio su diritti o in un giudizio d'impugnazione.

Con riguardo ai profili inerenti alle ragioni e alla portata della disapplicazione, CANNADA BARTOLI riconosceva le ragioni di continuità fra i due modelli principali di tutela nei confronti dell'amministrazione (quello avanti al giudice amministrativo e quello avanti al giudice civile): entrambi comportano una cognizione della illegittimità dell'atto amministrativo e riconnettono a tale illegittimità una paralisi negli effetti giuridici; soprattutto entrambi postulano una identità, anche sul piano pratico, della nozione di illegittimità amministrativa. Il dato sostanziale, insomma, rappresenta un substrato necessariamente condiviso e comune, come d'altra parte è imposto anche dall'art. 113, comma 1°, Cost., e su di esso si innestano modelli differenti solo quanto ai risultati. Su questa base si sviluppava la convinzione che la compatibilità reciproca di due modelli (e quindi la loro non sovrapponibilità) fosse rappresentata in ampia misura dalle diversità della cognizione del giudice sull'illegittimità dell'atto: in via principale nel caso del giudice amministrativo, in via solo incidentale nel caso del giudice civile. Tuttavia, la dimensione meramente incidentale della cognizione dell'illegittimità dell'atto amministrativo da parte del giudice civile non sembrava risolversi soltanto in un *deficit* di tutela: talvolta era anzi valorizzata alla stregua di quanto previsto nel processo amministrativo per la cognizione incidentale dei diritti soggettivi, in una sorta di parallelismo e di equilibrio reciproco. Il risultato complessivo, infatti, era rappresentato dalla completezza e autosufficienza di ciascuno dei due ordini di tutela: in particolare il giudice civile, se nella vertenza su diritti avesse dovuto confrontarsi con un atto amministrativo, non si sarebbe dovuto arrestare ad esso, ma avrebbe potuto decidere in modo pieno sui diritti, verificando in via incidentale l'illegittimità dell'atto e di conseguenza disapplicandolo, senza la necessità di un ulteriore giudizio avanti al giudice amministrativo. In questo modo la cognizione incidentale dell'atto amministrativo illegittimo, da parte del giudice civile, diventa anche lo strumento che, pur in un sistema fondato sulla pluralità delle giurisdizioni e rispettoso della loro distinzione, consente l'autosufficienza della tutela dei diritti.

La principale intuizione è consistita però nell'isolare l'applicabilità dell'atto amministrativo

la disapplicazione ha resistito alla forza del tempo, seppure, in misura variabile, in una condizione di perenne depotenziamento.

Tra le ragioni di questa condizione, pare giocare un ruolo di rilievo l'imperatività degli atti amministrativi, da cui discende il corollario della necessità di tutela delle esigenze dello Stato, intese come preminenti rispetto a quelle del singolo individuo.

In definitiva, le idee liberali della fine del XIX secolo, che hanno animato il legislatore della l.a.c., non sono riuscite a superare questa impostazione¹⁸, che ha determinato, per lo meno sino alle sez. un. 500/1999, la ragion d'essere della c.d. pregiudizialità amministrativa, cioè della necessità del previo accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo da parte del giudice speciale, al fine di proporre la successiva azione risarcitoria dinanzi al giudice ordinario.

Pietra d'angolo di un sistema, che è rimasto invariato per più di un secolo, e che, pur in condizioni profondamente mutate, ancora oggi permea l'interpretazione della disapplicazione da parte del giudice civile, è stata costituita dalla teoria della equiparazione: di fronte all'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione, la situazione giuridica di diritto soggettivo del privato si estingueva a prescindere dalla legittimità del provvedimento adottato, secondo il noto principio di equiparazione della fattispecie invalida a quella valida nella distribuzione del potere giurisdizionale tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo.

In pratica il provvedimento amministrativo invalido era inteso pur sempre quale atto del potere amministrativo ed era efficace, anche se invalido, fintanto che o la P.A., in virtù del suo potere di autotutela, o il giudice amministrativo lo annullassero.

Anche se invalido, l'atto produceva dunque i medesimi effetti del provvedimento valido e cioè effetti di perdita, estinzione o modificazione di diritti soggettivi dei privati, che diventavano, sulla base della cosiddetta teoria della degradazione dei diritti ad interessi legittimi, tutelabili solo innanzi la giurisdizione amministrativa¹⁹.

dai vizi che ne determinano la nullità o la annullabilità. Su questi aspetti, che sono alla base di un'interpretazione estensiva della portata degli art. 4 e 5 l.a.c., fondata sul potere del giudice ordinario di accertare l'inapplicabilità dell'atto *erga omnes*, v. A. DE SIANO, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, ESI, Napoli, 2018, p. 257 ss.

¹⁸ Per la quale v. G. VERDE, *op. cit.*, p. 44.

¹⁹ Per un'ampia ricostruzione, si rinvia a M.S. GIANNINI, *Discorso generale*, cit., p. 536 ss., il quale segnalava come in tal modo la giurisdizione del giudice ordinario diventa limitatissima e riferita solo alle seguenti situazioni: controversie relative a provvedimenti

In tempi più recenti, se si considerano il tumulto e i rivolgimenti che, in particolare a far data dal 1998²⁰, hanno interessato il sistema dualistico²¹

amministrativi produttivi di obblighi patrimoniali, controversie proposte dal terzo leso dall'effetto di un provvedimento amministrativo emesso in ordine ad altro soggetto, controversie rientranti in quella che la Cassazione chiama carenza di potere. Inoltre, nella giurisdizione ordinaria rientra anche la fattispecie della permanenza di un provvedimento amministrativo illegittimo ma solo se riferite ad un momento successivo alla sentenza di annullamento del Consiglio di Stato o alla disapplicazione del giudice ordinario o, ancora, alla pronuncia dichiarativa di resistenza emessa dal giudice ordinario.

Come ricordato da A. ROMANO, *L'attuazione dei giudicati da parte della pubblica amministrazione*, in «*Riv. trim. dir. proc. civ.*», 2001, p. 411 ss. emerge un «chiaro atteggiamento che ha tenuto il giudice civile, quando si è trovato a pronunciare i suoi *dicta* nei confronti dell'amministrazione: la sua evidente timidezza di fronte a questa, quando ha dovuto esercitare i poteri che gli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo gli avevano attribuito. In particolare, quelli di condanna: che sono quelli che qui rilevano di più, dal momento che è sulle relative sentenze che si basa il giudizio civile di esecuzione».

²⁰ Come noto, il d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80 ha dato l'avvio ad un disegno riformatore che, nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto rendere superata, obsoleta e priva di interesse la problematica delle situazioni giuridiche soggettive, attraverso l'introduzione del criterio dei blocchi di materie come nuovo criterio di riparto della giurisdizione e l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare l'Amministrazione al risarcimento dei danni. Con Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 (in «*Foro it.*», 1999, I, c. 2487, con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, nonché *ibid.*, c. 3201, con nota di E. SCODITTI, in «*Giornale dir. amm.*», 1999, p. 832, con nota di L. TORCHIA, in «*Danno e resp.*», 1999, p. 965, con note di V. CARBONE, P.G. MONATERI, A. PALMIERI, e di R. PARDOLESI, G. PONZANELLI, V. ROPPO) le sezioni unite affermarono la risarcibilità degli interessi legittimi, sul presupposto (della sussistenza della giurisdizione ordinaria e) dell'eliminazione della pregiudizialità del previo annullamento dell'atto illegittimo, rimedio (l'annullamento) che, nell'impianto della sentenza, fu sostituito da quello della disapplicazione, la quale garantisce l'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento. Nel 2000 le norme che ampliarono l'ambito delle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e che consentirono allo stesso di condannare anche al risarcimento del danno, originariamente recate dagli artt. 33, 34 e 35 del d. lgs. n. 80/1998, furono dichiarate incostituzionali per eccesso di delega da Corte cost. 17 luglio 2000 n. 292; furono però successivamente riprodotte dalla l. n. 205/2000, con l'eliminazione del riconoscimento della possibilità di condannare al risarcimento del danno nei soli casi di giurisdizione esclusiva, per poi essere infine trasfuse nel codice del processo amministrativo, il quale precisa che l'azione risarcitoria può essere proposta tanto per diritti soggettivi, quanto per interessi legittimi (v. F. FRANCIOSI, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in «*Dir. proc. amm.*», 2016, p. 1025 ss.).

²¹ Frutto del parziale abbandono della strada tracciata, appunto, dalla I.a.c. e delle riforme volute, sul finire del XIX secolo da Crispi, anche sulla base delle obiezioni mosse da S. SPAVENTA, nel celebre discorso tenuto a Bergamo, il 6 maggio 1880 nella sede locale dell'Associazione costituzionale e consultato da *La giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, a cura di A. Gargano, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Napoli, 2006.

del riparto di giurisdizione, occorre prendere atto che l'istituto della c.d. disapplicazione dell'atto amministrativo pare averli superati indenne²².

Il superamento della pregiudizialità amministrativa, consacrato dall'art. 30 c.p.a., avrebbe potuto rilanciare l'importanza della disapplicazione, ma un po' per via delle scelte legislative degli ultimi venticinque anni²³, un po' per il tradizionale fronteggiarsi di vari orientamenti giurisprudenziali²⁴ in tema di riparto, l'*habitat* della disapplicazione è stato ulteriormente eroso senza, al contempo, ricevere dalla giurisprudenza civile una sistemazione soddisfacente.

La premessa – per così dire – ideologica del presente lavoro consiste nella convinzione che il giudice ordinario, con il suo catalogo di poteri e assistito dalle garanzie offerte dall'attuale ordinamento, rappresenti lo strumento migliore rispetto gli arbitri dell'azione amministrativa²⁵; al contempo, l'azione esperita davanti al giudice civile è percepita ancora²⁶

Si rinvia, anche, agli studi di G. COSTANTINO, *La ricreazione è finita. Note introduttive sugli effetti delle sentenze n. 204 e n. 281 della Corte costituzionale*, Relazione introduttiva alla giornata di studio del C.N.F. - Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati, Roma 7 ottobre 2004, sul tema «Situazioni giuridiche soggettive e riparto di giurisdizione», pubblicata in «*Riv. dir. proc.*», 2005, p. 377 ss. e in «*Rassegna forense*», 2005, p. 219 ss.; ID., *Note a prima lettura sul Codice del processo amministrativo. Appio Claudio e l'apprendista stregone*, in «*Foro it.*», 2010, V, c. 237; ID., *C'era una volta un re. Postilla a «Il giudice amministrativo come risorsa» di G. Montedoro ed E. Scoditti*, in «*Questione giustizia*», 2021, p. 63.

²² Sul sistema del contenzioso amministrativo, sulla sua abolizione e sulla reintroduzione del sistema di giustizia amministrativa, gli studi sono numerosissimi e stratificati in un lungo arco temporale, motivo per il quale si ritiene opportuno, per ora, rinviare solo ad alcuni dei contributi che maggiormente si sono espressi rispetto al ruolo della disapplicazione; tra questi, v. P. AIMO, *La giustizia nell'amministrazione dell'Ottocento ad oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 109 ss.; A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in «*Dir. proc. amm.*», 1994, p. 661; L. MONTESANO, *Principii costituzionali e sindacato del giudice civile sull'atto amministrativo*, in «*Riv. dir. proc.*», 1981, p. 15 ss.; ID., *Processo civile e pubblica amministrazione*, cit.; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1954, p. 47 ss.; V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in «*Riv. dir. pubb.*», 1931, I, p. 407.

²³ Relative, in sintesi, all'allargamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui diritti soggettivi, cui fa da contrappeso l'incremento delle ipotesi di c.d. giurisdizione di legittimità del giudice ordinario.

²⁴ Si vedano, sin d'ora, A. TRAVI, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, in «*Dir. proc. amm.*», 2018, p. 3 ss. e, prima ancora, F. ROSELLI, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nella giurisprudenza della Cassazione civile*, in «*Giur. it.*», 1986, I, 1, c. 703 ss.

²⁵ V., in tal senso, E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., p. 9.

²⁶ Sebbene occorra prendere atto che le controversie su diritti rientranti nella giurisdizione

il rimedio migliore e più completo, per il privato cittadino, rispetto all'esercizio del potere pubblico²⁷.

Il fatto che il diritto amministrativo deroghi al diritto comune e che, una volta esercitato il potere, la fonte regolatrice della fattispecie sia affidata al potere amministrativo (*id est*, all'insieme di regole sostanziali che lo disciplinano) «senza che il diritto civile possa avere alcuno spazio»²⁸, deve e non può non fare i conti con il dato positivo ricavabile dagli art. 2, 4 e 5 l.a.c.

esclusiva del giudice amministrativo sono controversie su diritti soggettivi in senso tecnico. Come evidenziato da G. MONTEDORO – E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *La giurisdizione plurale*, cit., p. 14 s. «la riconducibilità mediata all'esercizio del potere degli atti o comportamenti della pubblica amministrazione che ricadono in tali controversie, secondo la descrizione contenuta nell'art. 7 cpa, delinea un quadro, sostanziale e processuale, in base al quale il rapporto amministrativo costituisce un elemento esterno rispetto al rapporto di diritto comune, dedotto in giudizio, e tuttavia in relazione di pregiudizialità (tecnica) rispetto a quest'ultimo. La collocazione del rapporto amministrativo rispetto a quello di diritto comune è la stessa che si avrebbe nelle ipotesi di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario. Il senso della giurisdizione esclusiva è pertanto quello che in una serie di materie previste dalla legge, nelle quali ricorre in concreto la dipendenza del rapporto di diritto comune dal rapporto amministrativo, la giurisdizione è del giudice amministrativo e non del giudice ordinario. Non c'è dunque spazio per la disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario nelle materie astrattamente riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, perché se i presupposti del sindacato (incidentale per il giudice ordinario) sull'atto vi fossero, vorrebbe dire che nel caso concreto vi sarebbe la dipendenza del rapporto di diritto comune da quello amministrativo e dunque la ricorrenza della giurisdizione del giudice amministrativo».

²⁷ Come osservato da G. VERDE, *op. cit.*, p. 59, con specifico riferimento alla disapplicazione del provvedimento amministrativo, nei rapporti tra privati, il diritto soggettivo si attua meglio nel processo civile, senza altro termine che non sia quello di prescrizione e senza la necessaria partecipazione della pubblica amministrazione.

²⁸ V. G. MONTEDORO – E. SCODITTI, *op. cit.*, p. 17, i quali però non possono fare a meno di ricordare che «Cons. Stato, ad. plen., n. 5 del 2018, ha ricondotto l'esercizio dell'attività autoritativa, nella fase antecedente all'aggiudicazione nella procedura di evidenza pubblica, al dovere civilistico del comportamento secondo buona fede, riaprendo le porte a quella scuola di pensiero che ricostruisce il rapporto fra amministrazione e privato in termini di obbligazione in senso tecnico e minando così le basi della stessa distinzione fra le due giurisdizioni – con gli ulteriori effetti di un allargamento della giurisdizione del giudice ordinario mediante la “categoria” della violazione della buona fede (su cui, da ultimo, Cass., sez. unite, n. 8236/2020)».

Delimitazione dell'oggetto dell'indagine e suo scopo. Gli art. 4 e 5 l.a.c. circoscrivono e regolano i poteri del giudice ordinario nei processi in cui sia chiesto l'accertamento con autorità di giudicato di un diritto soggettivo perfetto, nella cui fattispecie acquisitiva rileva – in misura che costituisce l'oggetto della presente indagine – un atto-provvedimento amministrativo.

Tale delimitazione incide sulla cognizione e sulla decisione.

L'art. 4 dispone il divieto di annullamento o di riforma dell'atto amministrativo, i cui effetti sono conosciuti dal giudice ordinario con esclusivo riferimento alla situazione soggettiva dedotta in giudizio e limitatamente ad essa.

L'art. 5 attribuisce al giudice ordinario il potere di verificare la conformità alla legge del provvedimento o del regolamento amministrativo, la cui efficacia condizioni l'esistenza e il contenuto del diritto sostanziale oggetto del processo.

Nonostante autorevoli opinioni contrarie²⁹, non sembra affatto che l'esercizio del potere di disapplicazione sia destinato ad operare soltanto nelle controversie che contrappongono il privato alla pubblica amministrazione; come si vedrà meglio oltre, non secondarie questioni relative ai confini e alle modalità di esercizio del potere si pongono e storicamente si sono poste anche nelle controversie tra privati, in cui rilevi l'atto amministrativo.

Occorre però effettuare alcune precisazioni e delimitare il campo di indagine, che costituisce una premessa per una rinnovata riflessione sui temi posti dagli art. 4 e 5 l.a.c.

In particolare, non si affronteranno le questioni poste dal riparto di giurisdizione e dalle *rationes* ispiratrici, se non nella misura in cui siano funzionali allo scopo dell'indagine né gli aspetti, che negli ultimi anni appaiono essere stati ampiamente dibattuti, relativi all'operatività della disapplicazione davanti al giudice amministrativo³⁰.

²⁹ Cfr. S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, V. Giuffrè, Milano, 2003, p. 4892 ss.

³⁰ Senza pretesa di completezza, si v., tra quelli più risalenti, gli studi di A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, cit., p. 870 ss., spec. p. 939 ss., e ID., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1958, 460 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., p. 191 ss. Con riferimento alla giurisdizione esclusiva, v. V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in «*Jus*», 1983, p. 153 ss.; con riferimento, invece, alla giurisdizione amministrativa *tout court*, S. BACCARINI, *Disapplicazione dei regolamenti nel processo amministrativo: c'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico*, in «*Foro amm.*», 1993, p. 466 ss.; G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in «*Dir. proc. amm.*», 1997, p. 661 ss.; S. GIACHETTI, *Disapplicazione? No, grazie, id.*, 1997, p. 716 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *In tema di atti*

Parimenti, sono esclusi dallo spettro della presente indagine il tema relativo all'esercizio del potere di disapplicazione da parte del giudice ordinario nella materia penale, così come quello relativo al riconoscimento dell'analogo potere agli arbitri³¹.

Neppure si considererà l'intersezione tra potere amministrativo e potere giudiziario nell'ambito dell'esecuzione forzata che coinvolga la P.A. dal lato attivo e passivo.

Si ritiene, generalmente, che i limiti introdotti dagli art. 4 e 5 l.a.c. riguardino soltanto i casi in cui all'amministrazione siano attribuiti dalla legge sostanziale poteri autoritativi e il giudice ordinario sia chiamato a valutare atti o provvedimenti che di quei poteri costituiscono l'esercizio; se, dunque, si pone la questione delle modalità di esercizio del potere di disapplicazione soltanto nei casi in cui esista un atto-provvedimento dell'amministrazione frutto di un'azione *jure imperii*, si deduce che non dovrebbero rilevare – salvo quanto si dirà *infra*³² – i poteri di disapplicazione in presenza di atti paritetici o di gestione, cioè tutte le volte in cui la pubblica amministrazione non agisce nell'esercizio di un pubblico potere, ma *jure privatorum*³³.

generali e disapplicazione amministrativa, in «Giur. it.», 1998, p. 611 ss.; G. ROMEO, *La disapplicazione dei regolamenti illegittimi: una pratica giudiziale dagli esiti incerti*, in «Dir. proc. amm.», 1998, p. 10 ss.; D. TREBASTONI, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, in «Foro amm.», 2000, p. 675 ss. e p. 1119 ss.; F. ANCORA, *La disapplicazione da parte del giudice amministrativo: disapplicazione provvedimentoale e disapplicazione normativa*, in «Giur. merito», 2000, p. 944; A. GIUSTI, *La disapplicazione nel processo amministrativo: un problema ancora aperto*, in «Rass. giur. Umbra», 2002, p. 724 ss.; F. CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in «Dir. amm.», 2003, p. 43 ss.; A. ALBÉ, *La disapplicazione di atti amministrativi da parte del giudice amministrativo*, in «Urb. app.», 2004, p. 697 ss.; G. MONTEDORO, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'«insostenibile leggerezza» del processo impugnatorio)*, in «Riv. it. dir. pubbl. com.», 2008, p. 519 ss.; F. CINTIOLI, *Disapplicazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir. Annali*, III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 269 ss.; R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011; T. CAPPABIANCA, *Il potere di disapplicazione del giudice amministrativo, tra orientamenti dottrinali, giurisprudenziali e legislativi, con particolare riferimento agli artt. 21-octies l. 241/90 e l'art. 34 c.p.a.*, in «Riv. Neldiritto», 2013, p. 1299; P. GOTTI, *Spunti di riflessione in tema di disapplicazione d'ufficio dei regolamenti illegittimi da parte del giudice amministrativo*, in «Foro amm.», 2015, p. 85 ss.

³¹ Su cui si è interrogato, con riguardo alle controversie di lavoro pubblico, S.A. VILLATA, *Controversie di pubblico impiego, arbitrato e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi*, in «Riv. dir. proc.», 2000, p. 773 ss., spec. 785 ss.; per l'opinione favorevole v. F.G. SCOCA, *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 107.

³² Cfr. *infra*, Cap. II.

³³ Pare comunque opportuno precisare che il sindacato del giudice ordinario sull'atto

Nella presente indagine preliminare si considereranno i casi in cui l'attività amministrativa incide sui diritti soggettivi dei privati, senza distinguere il caso in cui la controversia contrapponga il privato alla pubblica amministrazione da quelli in cui l'atto amministrativo rilevi nell'ambito di una controversia tra privati³⁴.

È doveroso precisare, inoltre, che si considererà la nozione di atto amministrativo assimilata a quella di provvedimento amministrativo, nell'accezione più comunemente intesa, con un grado di approssimazione variabile, ma funzionale al punto di osservazione prescelto; analogamente, all'atto/provedimento sono assimilati i regolamenti generali³⁵, espressamente menzionati dall'art. 5 l.a.c.

Nel corso della trattazione non si affronteranno, se non in modo incidentale, le questioni relative all'esistenza di un obbligo della P.A. di annullamento dell'atto disapplicato dal giudice civile³⁶, così come quelle

può condurre anche ad un accertamento di carenza di potere, sicché quella che potrebbe apparire come disapplicazione, in realtà può essere frutto di un equivoco: il vizio, a seconda delle diverse impostazioni, può, una volta accertato, determinare anche l'inesistenza dell'atto amministrativo; cfr. R. CARANTA, *Inesistenza dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1990, cui si rinvia per ampie ulteriori indicazioni.

³⁴ Non si tratta di una notazione scontata, giacché, come è noto, l'evoluzione che sta interessando il modo di intendere l'amministrazione della giustizia amministrativa fatica ad abbandonare l'impostazione secondo cui sullo sfondo del processo amministrativo resta pur sempre l'interesse generale dell'intera collettività «ad una corretta gestione della cosa pubblica» (Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5); come evidenziato da E. SCODITTI, *Introduzione*, in *La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*, cit., p. 9, «il passaggio dall'ottica oggettiva del controllo della legalità dell'azione amministrativa a quella soggettiva della tutela della pretesa sostanziale del privato è soltanto uno step verso uno stadio ulteriore. Fra la concezione oggettiva del giudizio amministrativo e quella soggettiva può farsi spazio infatti una terza concezione, quella della tutela della giustizia nell'amministrazione».

³⁵ Sono controversi i criteri di applicazione dei regolamenti emessi dagli enti locali, ai quali l'art. 117, comma 6°, Cost. attribuisce potestà regolamentare.

Nel senso che «il giudice non è tenuto a conoscerne né a ricercarne d'ufficio il contenuto», v. Cass. 7 giugno 2006, n. 13336; ma nel senso che «le norme dei regolamenti comunali edilizi sono, per effetto del richiamo contenuto negli art. 872 e 873 c.c., integrative delle norme contenute nel codice in materia di distanze tra costruzioni, sicché il problema della scienza ufficiale di tali norme che il giudice è tenuto ad applicare si pone negli stessi termini di quello delle norme del codice civile», v. Cass. 25 novembre 1996, n. 10450.

³⁶ Il dibattito sulla natura solo incidentale della cognizione funzionale alla disapplicazione ha suscitato dubbi circa la compatibilità con altri principi della l.a.c. e, in particolare, con l'obbligo per l'amministrazione di ottemperare al giudicato, ai sensi dell'art. 4 l.a.c. Come indicato da A. TRAVI, *op. cit.*, p. 10, è parso infatti che tale obbligo dovesse implicare anche il dovere di procedere all'annullamento d'ufficio dell'atto ritenuto illegittimo dal giudice civile

relative ai limiti del potere di disapplicazione qualora la legittimità dell'atto amministrativo, i cui effetti incidono sul diritto soggettivo, sia stata oggetto di un giudizio da parte del giudice amministrativo; in particolare, considerando che il privato, oggi, ha a disposizione, oltre alla domanda di annullamento (art. 29 c.p.a.) e a quella di nullità (art. 31, comma 4°, c.p.a.), anche *a*) l'azione avverso il silenzio, per mezzo della quale è richiesto l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere (art. 31, commi 1°, 2° e 3°, c.p.a.); *b*) l'azione di condanna, la quale può avere ad oggetto, oltre a pretese al pagamento di somme pecuniarie, in particolar modo dovute a titolo di risarcimento del danno (artt. 30, comma 1°, e 34, comma 1°, lett. c, c.p.a.), anche ogni misura idonea a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio (art. 34, comma 1°, lett. c, c.p.a.); *c*) l'azione di adempimento, avente per contenuto la condanna al rilascio di un provvedimento richiesto, nei limiti di cui all'art. 31, comma 3°, c.p.a., da esercitarsi contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio (art. 34, comma 1°, lett. c, c.p.a.) 3; *d*) l'azione costitutiva di adozione di un nuovo atto, ovvero di modifica o riforma di quello impugnato, nei soli casi di giurisdizione di merito (art. 34, comma 1°, lett. d, c.p.a.), non si affronteranno le questioni poste dai limiti del potere di disapplicazione dei provvedimenti adottati in ottemperanza al provvedimento del giudice amministrativo.

Da ultimo, vale la pena precisare che la proposta per la definizione di nuove coordinate del potere di disapplicazione da parte del giudice civile si fonderà su alcune soluzioni interpretative che, pur meritevoli di

(cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, p. 730 ss.), e tale dovere sembrava difficile da conciliare con il carattere solo incidentale della cognizione dell'illegittimità dell'atto. Se infatti «il dovere di eseguire la sentenza ha come perimetro il giudicato, non si può ammettere che essa produca un dovere dell'amministrazione di intervenire sull'atto, se non si riconosce innanzi tutto che la cognizione dell'illegittimità dell'atto sia una componente del giudicato».

A seconda di come si interpreta la nozione di atto presupposto rispetto alla pretesa, se cioè, l'accertamento dell'illegittimità dell'atto integri una componente dell'oggetto del processo o se invece, integri una questione solo pregiudiziale, decisa incidentalmente, si può porre la questione relativa all'esistenza di un dovere dell'amministrazione di procedere all'annullamento d'ufficio di tale atto. Come rilevato dallo stesso A. TRAVI, «alla stregua di questo ragionamento, si assegna al dovere di ottemperare anche un contenuto (quello di annullare l'atto disapplicato dal giudice) che in realtà non si ricava in alcun modo dall'art. 4 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo e si assume che un elemento (la verifica dell'illegittimità dell'atto) sia oggetto del giudicato, senza però che ne sia fornita la dimostrazione. D'altra parte, pare significativo che anche nella disciplina dell'annullamento d'ufficio inserita nel 2005 nella l. n. 241/1990 manchi qualsiasi accenno a un annullamento d'ufficio con carattere di doverosità, tanto meno in casi del genere».

più approfondita trattazione, saranno considerate, in questa sede, come funzionali all'oggetto della presente indagine.

In particolare, si considererà ammissibile il potere del giudice civile di condannare la pubblica amministrazione ad un risarcimento in forma specifica, che si traduca in un *facere* o *non facere*, nei casi in cui venga in rilievo l'esercizio di un potere pubblico; si riproporrà una lettura, altrove elaborata, circa il vincolo, per il giudice civile, derivante dal provvedimento amministrativo reso dall'Autorità garante per la concorrenza e il mercato che abbia accertato la condotta illecita *antitrust*³⁷.

Fatte queste premesse, è possibile tracciare un massimo comun denominatore della nozione di disapplicazione da parte del giudice civile³⁸, per poi individuare le questioni che saranno oggetto della presente trattazione e che sono ritenute preliminari per una nuova stagione di riflessione.

Secondo l'art. 5 l.a.c., qualora la controversia abbia ad oggetto un diritto soggettivo che si pretenda leso o comunque condizionato nella sua esistenza o nel suo modo di essere da un provvedimento amministrativo, le autorità giudiziarie «applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alla legge».

A mente delle delimitazioni del campo d'indagine poc'anzi indicate, si può affermare che il giudice ordinario ha il potere di scrutinio del provvedimento che è frutto dell'esercizio del pubblico potere, del quale deve valutare la «conformità alla legge»³⁹ e il sindacato del giudice non può riguardare l'annullamento⁴⁰, ma, qualora sia accertata l'illegittimità dell'atto, lo (deve) disapplicare, nel senso che il giudice non (deve) tener conto dei suoi effetti ai fini della decisione della causa.

Stabiliti questi punti fermi, le questioni su cui si concentrerà la presente indagine sono:

³⁷ Su cui, da ultimo, v. lo studio svolto da D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, ESI, Napoli, 2022, spec. p. 46 ss.

³⁸ Fermo restando che la Corte costituzionale ha precisato che la limitazione del potere del giudice ordinario alla sola disapplicazione non costituisce regola di valore costituzionale, atteso che «resta rimesso alla scelta discrezionale del legislatore ordinario — suscettibile di modificazioni in relazione ad una valutazione di esigenze della giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti sostanziali — il conferimento ad un giudice, sia ordinario, sia amministrativo, del potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della p.a. o di incidere sui rapporti sottostanti, secondo le diverse tipologie di intervento giurisdizionali previste» (Corte cost. 23 luglio 2001 n. 275).

³⁹ Perché, come detto, nei casi in cui la P.A. agisce *jure privatorum*, non sembra esserci spazio per la disapplicazione, salve le precisazioni riportate *infra*, Cap. II, § 6.

⁴⁰ Con l'eccezione, sempre più rilevante, dei casi di giurisdizione di legittimità del giudice ordinario e con l'esclusione del caso in cui a rilevare sia un provvedimento dell'AGCM.

- a) l'identificazione dei rapporti sostanziali controversi nell'ambito dei quali è destinato a rilevare il potere di disapplicazione, il che presuppone una riflessione sugli effetti sostanziali prodotti dagli atti amministrativi;
- b) l'inquadramento teorico-sistematico del potere di disapplicazione⁴¹;
- c) come le diverse soluzioni siano condizionate dalla qualificazione della nozione di pregiudizialità dell'atto-provvedimento amministrativo rispetto alla pretesa azionata davanti al giudice civile.

⁴¹ A mente di quanto stabilito dall'art. 63, comma 1°, d. lgs. 165/2001, che si riferisce al potere di disapplicazione di «atti amministrativi presupposti», su cui v. *infra*, Cap. II, § 8.

CAPITOLO I

L'oggetto del potere di disapplicazione

SOMMARIO: 1. L'impellenza di rimeditare la portata precettiva degli art. 4 e 5 l.a.c. – 2. L'esegesi degli art. 4 e 5 l.a.c. al fine di indicare alcune coordinate circa i confini della loro operatività – 2.1. *Segue*. L'interpretazione restrittiva proposta da Luigi Montesano – 2.2. *Segue*. Alcune precisazioni rispetto alla conoscibilità dell'illegittimità dell'atto amministrativo da parte del giudice civile, con riguardo alla ipotesi di nullità/inesistenza e al concetto di illiceità – 2.2.1. *Segue*. La disapplicazione dell'atto nullo e del comportamento – 3. L'oggetto del potere di disapplicazione. Gli atti amministrativi e i regolamenti generali – 3.1. I connotati degli atti amministrativi: il profilo funzionale e gli atti vincolati – 3.2. Gli atti autoritativi e quelli non autoritativi – 3.3. Gli atti costitutivi di rapporti giuridici tra privati e con i privati – 3.3.1. Gli effetti riflessi dell'atto amministrativo e la qualificazione dell'atto come mero fatto – 4. L'irrintracciabilità di limitazioni alla estensione dello scrutinio da parte del giudice civile di conformità dell'atto amministrativo alla legge.

1. L'impellenza di rimeditare la portata precettiva degli art. 4 e 5 l.a.c.

A fronte delle diverse sfumature interpretative stratificatesi nel corso dei decenni, dovute soprattutto al mutamento dei contesti legislativi ai quali la l.a.c. è, sino ad oggi, sopravvissuta¹, si ritiene proficuo operare secondo l'impostazione suggerita già da Luigi Montesano, volta a concentrare l'attenzione sull'esegesi testuale degli art. 4 e 5 l.a.c.².

Sembra anche utile chiarire sin d'ora che l'obiettivo è valutare la

¹ Tanto da indurre G. VERDE, *op. cit.*, p. 51 a sostenere che i problemi posti dagli art. 4 e 5 l.a.c. non sono interpretativi, ma attengono a opzioni e giudizi di valore circa il modo e il grado di protezione da riconoscere all'amministrazione nello svolgimento della sua azione.

² Cfr., infatti, L. MONTESANO, *op. ult. cit.*, p. 45, in cui si legge: «io ritengo – non perché non voglia tener conto delle varie teorie autorevolmente ed elegantemente elaborate in materia, ma solo per prudenza di interprete – di dover porre in rilievo che per individuare il significato di questa come di ogni altra disposizione legislativa è necessario muovere “dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore” (art. 12 preleggi)».

tenuta dell'approccio metodologico maggiormente diffuso³, consistente nell'interpretare gli art. 4 e 5 l.a.c. come norme "di serie B" e quindi sottordinate a quelle, "di serie A", regolanti il riparto di giurisdizione.

Come è noto, il principale ostacolo ad una piena operatività delle regole *de quibus* è stato costituito, ed è tuttora rappresentato, dal rischio che l'elisione degli effetti dell'atto amministrativo finisca per integrare uno sconfinamento, non solo vietato, ma anche inopportuno⁴, del giudice ordinario dagli argini imposti dalle regole del riparto⁵.

³ Di cui dà conto già A. LUGO, *La dichiarazione incidentale d'inefficacia dell'atto amministrativo*, in «*Riv. trim. dir. proc. civ.*», 1957, p. 634, secondo il quale, appunto, «il significato della regola, in se stesso abbastanza univoco [...] è apparso meno chiaro dopo l'introduzione delle leggi sulla giustizia amministrativa, essendosi posto il problema [...] se i principi stabiliti dalle nuove leggi non abbiano ristretto la sfera della sua applicazione. Tali quesiti [...] possono trovare adeguata soluzione soltanto sulla base di una più generale considerazione sistematica, giacché rappresentano aspetti particolari del problema della distinzione fra giurisdizione civile e quella amministrativa».

⁴ Cfr., per esempio, M. CLARICH, *Riflessioni sparse sul dualismo giurisdizionale non paritario*, in *La giurisdizione plurale*, cit., p. 124, secondo cui «l'esperienza concreta dal passaggio dalla giurisdizione amministrativa alla giurisdizione ordinaria operato con il d.lgs 31 marzo 1998, n. 80 sembra dimostrare, secondo molti commentatori, che il giudice ordinario abbia a sua volta una minor dimestichezza nell'apprezzare la specificità di un contenzioso che coinvolge una pubblica amministrazione non soltanto come datore di lavoro controparte contrattuale del dipendente pubblico, ma anche in relazione ad atti amministrativi di tipo organizzativo, che il giudice ordinario può eventualmente disapplicare».

⁵ Basti considerare le incertezze derivanti tra le possibili interferenze tra potere di annullamento attribuito, di regola, al giudice amministrativo e potere di disapplicazione dei provvedimenti illegittimi, del quale è investito il giudice ordinario. Da un lato, il giudice amministrativo ha affermato il proprio potere di disapplicare i regolamenti contrastanti con disposizioni di legge anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, e ciò in base al principio della gerarchia delle fonti e, dunque, ritenendo recessiva la dimensione formale di atti amministrativi, che sono soggettivamente imputabili a un apparato amministrativo ancorché idonei a produrre norme giuridiche di rango secondario (da ultimo, Cons. Stato, sez. II, 9 gennaio 2020, n. 219). Dall'altro, il giudice ordinario, con particolare riferimento alle sanzioni pecuniarie della Banca d'Italia, ha affermato la propria giurisdizione e il proprio potere di disapplicare gli atti di natura regolamentare aventi per oggetto il procedimento di irrogazione delle sanzioni impugnate innanzi al giudice amministrativo, in quanto considerate come atti meramente presupposti rispetto al provvedimento sanzionatorio oggetto di un parallelo giudizio di opposizione innanzi alla Corte d'appello di Roma (Cass., sez. un., 18 febbraio 2020, n. 4365), andando di contrario avviso rispetto a quanto sostenuto dal Consiglio di Stato, che aveva affermato la propria giurisdizione in considerazione del fatto che il ricorrente risultava titolare di una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo a ottenere l'annullamento dei regolamenti impugnati (Cons. Stato, VI sez., 9 ottobre 2018, n. 5800); cfr. M.A. SANDULLI, *Riflessioni sull'istruttoria fra procedimento e processo*, in «*Dir. società*», n. 2/2020, p. 195 ss., spec. nota 38.

Il timore di questa evenienza, già emerso all'indomani dell'entrata in vigore della l.a.c. e cioè, approssimativamente, da quando sono state attribuite funzioni giurisdizionali al Consiglio di Stato, ha continuato a serpeggiare nella giurisprudenza civile e a condizionarne gli approdi; per questo, il presente capitolo è dedicato a:

- riscoprire l'interpretazione letterale degli art. 4 e 5 l.a.c.⁶, in modo da ridurre il ricorso alle molte interpretazioni sistematiche stratificatesi nel corso dei decenni e che hanno condizionato in negativo la chiarezza delle idee sulla disapplicazione;
- porre le basi della nozione di «atto amministrativo presupposto», per identificare gli effetti sostanziali che condizionano l'esistenza del diritto soggettivo⁷.

Infatti, che l'impostazione secondo cui il potere di disapplicazione troverebbe, ontologicamente, i propri limiti nelle regole del riparto di giurisdizione abbia dato pessimi frutti è dimostrato, prima ancora dell'analisi del *case law*, da una sorta di paradosso logico⁸, che ha ingenerato confusione e scarsa intelligibilità delle conclusioni cui è pervenuta e perviene la giurisprudenza civile.

Per circa un secolo, si è ritenuto che a fronte del provvedimento frutto del cattivo esercizio del potere, e dunque illegittimo, fosse necessario, per conseguirne l'annullamento, l'impugnativa davanti al giudice amministrativo, senza alcuno spazio per la disapplicazione, operata dal giudice ordinario: il rischio, che la giurisprudenza ha inteso evitare, era quello di dar luogo ad un sistema di doppia tutela, considerato irragionevole.

In caso di carenza di potere e a fronte della possibilità di affermare

⁶ Secondo quanto suggerito da A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in «Dir. proc. amm.», 1983, p. 28 ss.

Nel senso che il c.p.a. non ha di certo abrogato neppure implicitamente l'art. 5 l.a.c., v. M.M. FRACANZANI, *Per un giudice amministrativo veramente speciale*, in *La giurisdizione plurale*, cit., p. 56.

⁷ Cfr., infatti, F. CINTIOLI, *sub art. 5 legge 20 marzo 1865, n. 2248*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di Morbidelli e Cintioli, Cedam, Padova 2015, p. 1430, secondo il quale «La disapplicazione è istituto processuale e nel processo trova il suo naturale svolgimento. Essa però è influenzata dalle esigenze e problemi che nascono e si giustificano nell'ambito del diritto sostanziale. È un istituto che, pur previsto in origine quasi come una forma di tutela minore predisposta a vantaggio del giudice ordinario per compensare il divieto di annullamento e riforma del provvedimento posto dall'art. 4 legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E, ha assunto poi crescente importanza nel processo amministrativo addirittura presentandosi come parte di un modello evoluto di tutela nei confronti della pubblica amministrazione».

⁸ Evidenziato, *inter alios*, da G. VERDE, *op. cit.*, p. 45 ss.

la giurisdizione del giudice ordinario sui diritti soggettivi a valle, il provvedimento era (ed è) considerato nullo o inesistente, il che escluderebbe *in radice* ogni spazio per l'esercizio del potere di disapplicazione.

Con il riconoscimento della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi davanti al giudice ordinario e poi con l'abbandono, nel c.p.a., della pregiudiziale amministrativa, il quadro avrebbe potuto considerarsi mutato e cioè favorevole alla disapplicazione «in questo caso» (art. 5 l.a.c.), vale a dire nel caso di provvedimento immediatamente lesivo della situazione soggettiva del privato.

L'analisi della giurisprudenza più recente mostra però un elevatissimo grado di resistenza all'uso della disapplicazione, per lo più derivante dalla convinzione che, là dove sussista un potere esercitato dall'amministrazione, si determini quasi sempre il c.d. affievolimento o la c.d. degradazione delle situazioni di vantaggio del privato: la conseguenza è che di fronte al giudice civile si innalza il confine del riparto e la preclusione di qualunque forma di sindacato, anche di quella incidentale, sull'atto amministrativo⁹.

Pare emblematico di una sorta di "stato confusionale", il richiamo ad alcune recenti decisioni di legittimità: secondo Cass., sez. un., 12 aprile 2021, n. 9543, «il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice ordinario può essere esercitato unicamente nei giudizi tra privati e nei soli casi in cui l'atto illegittimo venga in rilievo come mero antecedente logico, e non già come fondamento del diritto dedotto in giudizio»¹⁰; e però, nell'ambito di una controversia tra privati, e cioè tra occupante *sine titulo* di un alloggio di edilizia residenziale pubblica

⁹ Fatte salve, ovviamente, le ipotesi di giurisdizione di legittimità del giudice ordinario.

¹⁰ In senso analogo, v. Cass. 2 novembre 2018, n. 28053, in «*Foro it.*», 2019, I, c. 1321, secondo cui «Con riferimento alle controversie devolute all'a.g.o., relative a canoni, indennità o altri corrispettivi concernenti prestazioni sanitarie rese in regime di accreditamento, allorché la p.a. eccepisca l'insussistenza del credito azionato in ragione di un proprio provvedimento autoritativo, al giudice si delineano due ipotesi: se il provvedimento è impugnato e *sub iudice*, giusta la sussistenza della giurisdizione esclusiva del g.a. sul provvedimento, egli deve sospendere il giudizio *ex art.* 295 c.p.c.; diversamente, se il provvedimento deve ancora essere impugnato, egli deve decidere la controversia dando rilievo al provvedimento stesso non potendo disapplicarlo ai sensi art. 5 l. n. 2248/1865 all. E. Tale potere di disapplicazione dell'atto illegittimo, infatti, non può essere esercitato dal Giudice Ordinario nei giudizi in cui sia parte la p.a. ma unicamente nei giudizi tra privati»; Cass. 4 luglio 2018, n. 17485, secondo cui «Il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice ordinario non può essere esercitato nei giudizi in cui sia parte la Pa, ma unicamente nei giudizi tra privati e nei soli casi in cui l'atto illegittimo venga in rilievo, non già come fondamento del diritto dedotto in giudizio, bensì come mero antecedente logico, sicché la questione venga a prospettarsi come pregiudiziale in senso tecnico».

e precedente assegnatario, Cass. 19 dicembre 2019, n. 33773 ha escluso che l'occupante senza titolo di un alloggio di edilizia residenziale pubblica possa contestare la domanda di rilascio proposta dall'assegnatario, deducendo la decadenza dell'istante dall'assegnazione, perché «esula dai poteri del giudice ordinario il sindacato, sia pure incidentale, sugli atti amministrativi attinenti all'eventuale decadenza del precedente assegnatario in relazione alla menzionata regolarizzazione, vertendosi in tema di interventi discrezionali dei competenti organi dell'ente assegnante, a fronte dei quali non sono ravvisabili posizioni di diritto soggettivo dell'occupante stesso».

È sufficiente compulsare la giurisprudenza di legittimità per accorgersi che, in realtà, i confini dell'esercizio del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo, da parte del giudice civile, sono mobili e di difficile individuazione¹¹, tanto da indurre l'interprete a chiedersi se davvero tale

¹¹ Cfr. Cass., sez. un., 20 settembre 2019, n. 23536, secondo cui «La domanda con cui una concessionaria di un pubblico servizio sanitario chieda la condanna al pagamento di somme dovute quali corrispettivi per l'espletamento delle prestazioni a favore di soggetti provenienti da una regione diversa da quella ove operi, chiedendo la disapplicazione (e non l'annullamento) dei provvedimenti e delle delibere che, nel regime dei tetti di spesa sanitaria, vi hanno compreso anche l'espletamento di dette prestazioni, va proposta, secondo il criterio del *petitum* sostanziale, innanzi all'A.G.O., poiché la disapplicazione è potere in astratto interno alla sua giurisdizione, sebbene nella specie non esercitabile; il giudice ordinario deve decidere, pertanto, la controversia considerando validi ed efficaci i citati provvedimenti e delibere se ed in quanto non impugnati o non utilmente contestati presso l'A.G.A., titolare di giurisdizione esclusiva al riguardo, mentre, qualora siano *sub iudice*, è tenuto a sospendere il processo ex art. 295 c.p.c.»; se la giurisdizione è ordinaria, occorre chiedersi perché mai il giudice ordinario non possa conoscere incidentalmente della legittimità del provvedimento amministrativo con cui sono state determinate le tariffe e, dunque, in definitiva, in quali casi la disapplicazione possa trovare il proprio spazio.

Sotto altro profilo, Cass. 21 maggio 2019, n. 13580, ha stabilito che «Le controversie relative al canone per il servizio di scarico e depurazione delle acque reflue appartengono, *ratione temporis*, alla giurisdizione del giudice ordinario, a partire dal 3 ottobre 2000, per effetto dell'innovazione introdotta dall'art. 31, comma 28°, della l. n. 448 del 1998 e del differimento della sua iniziale decorrenza (primo gennaio 1999) disposto dall'art. 62 del d. lgs. n. 152 del 1999 (modificato dall'art. 24 del d. lgs. n. 258 del 2000), ciò nondimeno la giurisdizione ordinaria va esclusa se il fruitore del servizio non ha dedotto il suo rapporto di utenza bensì ha investito direttamente scelte discrezionali dell'amministrazione, in particolare contestando l'organizzazione del servizio sotto vari profili; in tal caso non viene censurato *incidenter tantum* il provvedimento amministrativo come illegittimo, chiedendone la disapplicazione ai fini della tutela del diritto soggettivo al pagamento di un canone contrattualmente stabilito, ma vengono contestate in via principale le scelte discrezionali dell'ente, in ordine alla determinazione del canone, facendo valere una situazione giuridica qualificabile come interesse legittimo correlato ad un atto adottato dall'ente territoriale come autorità nell'esercizio di una potestà amministrativa, al di fuori di un rapporto negoziale di tipo paritetico»; in questo caso, la Cassazione ha lasciato

potere esista o se le disposizioni in questione siano un mero simulacro, pressoché prive di concreta portata precettiva.

Per questo, occorre ripartire dal dato testuale e provare a focalizzare l'attenzione sulla tutela civile dei diritti, cioè sulla funzione per la quale gli art. 4 e 5 l.a.c. furono concepiti¹².

2. *L'esegesi degli art. 4 e 5 l.a.c. al fine di indicare alcune coordinate circa i confini della loro operatività*

L'art. 4 l.a.c. dispone che «Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.

L'atto amministrativo non potrà essere rivocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso».

L'art. 5 l.a.c. dispone che: «in questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi»; il «caso» cui allude l'art. 5 sembra essere quello dell'art. 4, che, occupandosi dei poteri del giudice ordinario chiamato a decidere su di una controversia riguardante un diritto «leso da un atto amministrativo», stabilisce, appunto, che l'unico potere del giudice consiste nel conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.

intendere che il rapporto tra P.A. e privato è condizionato dall'esercizio di una «potestà amministrativa» il che equivale ad escludere che l'amministrazione abbia operato *jure privatorum* e, per questa ragione, non v'è spazio per invocare il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo: ma, se la controversia avesse avuto ad oggetto un rapporto paritetico regolato dal diritto civile tra amministrazione e privato, non vi sarebbe stato bisogno alcuno di invocare la disapplicazione dell'atto.

¹² Proprio con riferimento al potere di cognizione incidentale v., nel senso che «detta cognizione incidentale e il conseguente potere di disapplicazione non risultano inibiti neppure verso gli atti amministrativi che sono (furono) attratti alla giurisdizione esclusiva del g.a.: la decadenza, lo spirare dei termini di impugnazione, può travolgere al più la cognizione in via diretta di tali atti, ma non certo quella in via incidentale: essi restano nel mondo giuridico e vi producono effetti, anche in momenti successivi, eventualmente pregiudizievoli e dannosi per qualcuno o più d'uno, che deve avere un giudice a cui rivolgersi: se non (più) il g.a. che possa annullarli, (almeno) l'a.g.o. che possa disapplicarli», M.M. FRACANZANI, *Per un giudice amministrativo veramente speciale*, cit., p. 56.

Il 2° comma dell'art. 4 sancisce che all'autorità giudiziaria ordinaria non compete alcun potere di annullamento o di revoca, ma, comunque, le autorità amministrative, pur sottratte al potere di controllo del giudice ordinario, vi si sottomettono quando entra in gioco il giudicato sul caso di specie, al quale sono tenute a conformarsi.

L'art. 5 stabilisce a carico del giudice ordinario il dovere di applicare gli atti amministrativi e i regolamenti generali e locali, in quanto siano conformi alla normativa vigente.

In sintesi, il giudice ordinario può conoscere degli effetti dell'atto amministrativo in relazione all'oggetto dedotto in giudizio; inoltre, in qualunque caso in cui l'atto amministrativo, *id est* i suoi effetti, rilevino in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, e quindi in qualunque caso in cui il giudice, nel decidere, deve «applicare» l'atto amministrativo, è chiamato ad una valutazione di compatibilità tra tali effetti e la legge.

Si possono enucleare alcuni punti fermi.

Non si rintracciano dalle disposizioni in esame, e nemmeno si evincono dagli art. 2 e 3 l.a.c., limitazioni di sorta rispetto al tipo di effetti, prodotti dall'atto amministrativo, che possono essere conosciuti dal giudice ordinario; l'«applicazione» dell'atto amministrativo e del regolamento è ricondotta alla pretesa oggetto del processo, fermo restando che oggetto del processo può essere soltanto un diritto «civile o politico»; poiché il giudice ordinario non può revocare o annullare l'atto amministrativo, può soltanto applicarlo quando, invocata dinanzi a lui la tutela di un diritto soggettivo, gli effetti – non meglio specificati – dell'atto rilevino al fine di decidere sulla domanda; questo dovere di applicazione incontra un limite, che è quello della previa verifica di compatibilità «alle leggi»¹³.

¹³ Secondo M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 19, la disapplicazione fu un «autentico miracolo giuridico che risolve il problema dell'illegittimità di un atto amministrativo in quello della sua inefficacia relativa», perché nel contesto storico della l.a.c., l'esercizio di poteri autoritativi della P.A. era idoneo a degradare il diritto civile o politico e la disapplicazione costituiva l'unica strada attraverso la quale ottenere un sindacato giurisdizionale (di legittimità e comunque incidentale, cioè non produttivo di effetti costitutivi di annullamento o revoca) sull'atto.

Dunque, con l'introduzione degli art. 4 e 5 l.a.c., la sussistenza dell'atto amministrativo, di tipo autoritativo, non era più considerata sufficiente a far venir meno la giurisdizione, ma, qualora dalla illegittimità dell'atto derivasse quale conseguenza la lesione di un diritto, allora si sarebbe potuto adire il giudice ordinario e invocare la tutela piena del diritto (pur con limitazione legate, per esempio, all'impossibilità di condannare la P.A. a comportamenti positivi) grazie al potere, di quel giudice, di conoscere l'illegittimità dell'atto (cfr. V.E. ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, in *Dig. it.*, VIII, parte II, Utet, Torino, 1895-1898, p. 884 ss.; V. ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1865*, n. 2248 *all. E*, cit., p. 1622 ss.); ovviamente, qualora dalla illegittimità dell'atto non scaturisse

Il potere *ex art. 5 l.a.c.* del giudice ordinario consiste dunque in questo scrutinio, il cui esito può essere di due tipi:

- la piena conformità alle leggi, sicché il giudice dovrebbe decidere la controversia sul diritto soggettivo, considerando la produzione di tutti gli effetti rilevanti per il caso di specie che l'atto, appunto conforme alla legge, è in grado di produrre;
- la non conformità alle leggi e, in tal caso, il giudice dovrebbe decidere la controversia sul diritto soggettivo escludendo che l'atto sia produttivo di effetti¹⁴.

un diritto soggettivo, non vi era alcuna strada per ottenere tutela giurisdizionale (cfr. il discorso del procuratore generale del re, G. DE FALCO, *Discorso pronunciato presso la Corte di cassazione di Roma nell'assemblea generale del 3 gennaio 1884*, Roma, 1884, secondo cui una delle maggiori lacune della legge del 1865 era il «difetto di ogni guarentigia per la giustizia degli atti amministrativi sottratti alla competenza dell'autorità giudiziaria»). Con l'istituzione delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e con l'avvento del sistema del riparto di giurisdizione fu, per un verso, colmata tale grave lacuna e per l'altro fu dato l'avvio al ridimensionamento, sul piano pratico, dell'istituto della disapplicazione (per ulteriori riferimenti si rinvia a V. FANTI, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria dell'interesse legittimo davanti al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 39 ss.).

I confini del riparto si assestarono con il c.d. concordato giurisprudenziale del 1930 (di cui vi era traccia già in M. D'AMELIO e SANTI ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in «*Riv. dir. pubb.*», 1929, I, p. 181), che, come noto, identifica un tritico di decisioni (Cass., sez. un., 15 luglio 1930, n. 2680, in «*Giur. it.*», 1930, I, 1, c. 964 e in «*Foro it.*», 1930, I, c. 1146, Cons. Stato, ad. plen., 14 giugno 1930, n. 1, in «*Giur. it.*», 1930, III, c. 149, e in «*Foro it.*», 1930, III, c. 169 e Cons. Stato, ad. plen., 28 giugno 1930, n. 2, in «*Giur. it.*», 1931, III, c. 9 e in «*Foro it.*», 1930, II, c. 930) con cui si definì il criterio del c.d. *petitum* sostanziale: per individuare la giurisdizione occorre combinare l'analisi della tutela domandata (*petitum*) e la situazione giuridica soggettiva, diritto soggettivo o interesse legittimo, della quale si richiede la tutela (*causa petendi*).

Come anticipato *supra*, la diffusione della c.d. teoria dell'equiparazione dell'atto invalido a quello valido, che determina comunque l'estinzione, la perdita o la riduzione dei diritti soggettivi incisi e l'insorgenza dell'interesse legittimo, ridusse significativamente gli spazi della giurisdizione ordinaria.

Alla luce del principio del c.d. *petitum* sostanziale, le uniche controversie devolute alla cognizione del giudice ordinario in cui questi poteva sindacare l'attività della P.A. restarono quelle in cui questa avesse agito in carenza di potere e quelle in cui si rilevava l'inefficacia dell'atto amministrativo (cfr., *amplius*, R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione, in La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 169 ss.).

¹⁴ È stato evidenziato che la disapplicazione degli effetti dell'atto amministrativo sarebbe di ostacolo al riconoscimento del risarcimento del danno derivante dall'attività della P.A., in quanto presupporrebbe di ritenere non prodotti, cioè *tamquam non essent*, gli effetti pregiudizievoli che fonderebbero la domanda di risarcimento per equivalente

Il potere di disapplicazione degli atti amministrativi parrebbe comportare che il giudice ordinario possa decidere sul caso concreto sottoposto non già prescindendo dall'atto amministrativo, che deve considerarsi comunque esistente (*rectius*, non annullabile), ma dai suoi effetti¹⁵.

(cfr. Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in «*Riv. giur. edilizia*», 2008, p. 1331 ss.; Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2007, n. 2822); sennonché vi sono casi in cui è proprio il venir meno degli effetti dell'atto amministrativo a poter fondare la domanda risarcitoria (come, per es., nel caso di espropriazione per pubblica utilità cui non sia seguito, nei termini di legge, il compimento dell'opera, con conseguente declaratoria di inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità emessa dal giudice ordinario investito della domanda di risarcimento del danno per c.d. occupazione usurpativa; cfr. Cass. 3 maggio 2005, n. 9173; o nel caso di illegittimo annullamento d'ufficio di una procedura di affidamento pubblico, dalla quale scaturisca l'inadempimento della P.A. e la conseguente pretesa risarcitoria del privato; cfr. Cass. 19 gennaio 2007, n. 1142, che, però, ha sancito che «quando viene esercitato il potere di annullamento d'ufficio della procedura di affidamento, il contratto è radicalmente nullo per violazione di norme di ordine pubblico. Pertanto, dedotto l'inadempimento quale conseguenza di un illegittimo annullamento d'ufficio, il provvedimento non si pone quale antecedente logico al tema in contestazione ma costituisce esso stesso la causa unica del dedotto inadempimento e la relativa cognizione esula dalla giurisdizione del g.o.»); più in generale, la disapplicazione dovrebbe funzionare secondo uno schema per cui all'accertamento della illegittimità (senza efficacia di giudicato) consegua la neutralizzazione degli effetti ostativi al risarcimento; d'altronde, anche l'annullamento elide gli effetti dell'atto, in modo certamente più radicale e stabile rispetto alla disapplicazione, ma di regola non lo si ritiene ostativo al risarcimento del danno.

In senso restrittivo, v. però Cass. 27 marzo 2003, n. 4538, in «*Foro it.*», 2003, I, c. 2073, secondo cui «va respinta la domanda di risarcimento dei danni causati da un provvedimento illegittimo (nella specie, esclusione di socio di cooperativa a contributo statale), se non siano stati esperiti i rimedi specifici apprestati dall'ordinamento per contestare quel provvedimento; infatti, l'antigiuridicità del provvedimento non può essere accertata in via incidentale e il giudice non può qualificare come fatto illecito una situazione che, non essendo stata rimossa mediante gli specifici rimedi, l'ordinamento riconosce e garantisce come produttiva di effetti».

¹⁵ Secondo L. MONTESANO, *op. ult. cit.*, p. 43, è necessario precisare «che cosa significhi, nel processo civile, “applicare o disapplicare un atto amministrativo”».

Questa locuzione è viziata dalla confusione – frequente nel nostro ordinamento – tra l'atto e la disciplina giuridica che esso detta. Invero, se il giudice pronuncia sull'atto, non lo applica, ma gli applica le norme che gli son proprie; se, invece, si deduce in causa una fattispecie, su cui l'atto comunque incida, potrà sorgere il quesito se il giudice debba o non debba, nella ricostruzione e valutazione giuridica di quella fattispecie, tenere conto del regolamento posto dall'atto. È chiaro, dunque, che l'art. 5 prevede questa seconda ipotesi, e con le parole “atti amministrativi”, si riferisce sia, propriamente, agli atti che devono essere esaminati sotto il profilo della legittimità, sia – con dizione impropria – alle disposizioni che, contenute negli atti medesimi, devono essere o non essere applicate [...]. «In virtù dell'art. 5, il giudice civile non pronuncia, dunque, sull'atto amministrativo, non applica, in altri termini, le norme che lo regolano; ma, per decidere

Quanto all'oggetto della domanda, sembra abbastanza chiaro che, nei casi di cui all'art. 4, comma 1°, l.a.c., questo non sia l'illegittimità dell'atto amministrativo, come estrinsecazione del potere pubblico, ma «il diritto che si pretende leso dall'atto»¹⁶.

La locuzione «i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio» sembra indicare che la lesione scaturisce dagli effetti che l'atto produce¹⁷.

D'altronde, già durante i lavori preparatori della l.a.c. e specialmente con riferimento alla redazione delle norme che sarebbero confluite nell'art. 4, si evidenziò che, statuendo espressamente «l'impotenza del giudice civile» e l'esclusivo potere dell'amministrazione di intervenire sull'atto lesivo, non si sottraeva comunque l'amministrazione stessa ad alcuno «dei vincoli e delle soggezioni propri del giudicato civile»¹⁸.

Da un lato gli art. 4 e 5 l.a.c. sembrano attribuire al giudice ordinario il potere di sindacare la legittimità dell'atto; dall'altro, tale sindacato, che è incidentale, non può mai determinare la demolizione dell'atto, fermo restando però che la P.A. è comunque soggetta al giudicato civile.

La scelta di privilegiare la portata precettiva di un elemento della norma, anziché l'altro, sembrerebbe davvero legata a giudizi di valore.

2.1. Segue. *L'interpretazione restrittiva proposta da Luigi Montesano*

Secondo l'opinione di Luigi Montesano, se dichiarare la lesione del diritto significa accertare l'illegittimità dell'atto lesivo, questo dovrebbe essere disapplicato, ma ciò sarebbe impossibile, in quanto disapplicare l'atto significa non tener conto della sua efficacia per la configurazione giuridica della fattispecie dedotta in causa, mentre «i lineamenti della lesione prevista nell'art. 4 sono segnati [...] proprio dagli effetti dell'atto. È pertanto

se la domanda si fonda in diritto, deve applicare o non le disposizioni dell'atto, a seconda che esso sia o non legittimo».

¹⁶ Ne consegue che la cognizione sull'atto e sui suoi effetti deve intendersi incidentale; sulla qualità di tale cognizione e sui confini si dirà meglio *infra*, Cap. II, §§ 3 ss.

¹⁷ In questo senso è l'opinione, ripresa da L. MONTESANO, *op. ult. cit.*, p. 46, risalente a G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. III, Barbera, Firenze, 1880-1882, p. 215.

¹⁸ Cfr. A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, Giuffrè, Milano, 1962, con specifico riguardo alle dichiarazioni dell'On.le Mancini, riportate al num. 5 nota 6; su questa scorta sembra essersi sviluppata l'opinione, rimasta minoritaria, secondo la quale la disapplicazione da parte del giudice ordinario facesse sorgere l'obbligo per l'amministrazione di annullare l'atto (cfr. ID., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 730 s.).

confermato che nelle cause, alle quali si riferisce l'art. 4, gli atti illegittimi da disapplicare non sono quelli lesivi di diritti».

In altri termini, quando un atto viene allegato come fonte del diritto dedotto in causa, la funzione del processo civile non sarebbe quella di accertare la legittimità o la validità dell'atto, ma semplicemente quella di consentire al giudice di conoscere, *incidenter tantum*, se l'atto risponde ai requisiti di legge «perché sia produttivo di quel diritto»¹⁹.

Le conclusioni cui perviene Montesano sono nel senso che gli atti amministrativi cui si riferisce l'art. 4 l.a.c. non sarebbero quelli la cui lesività consiste nella violazione delle leggi che li regolano, perché, in questi casi, la lesione deriva dagli effetti propri dell'atto.

In tali casi, il giudice civile, quando accoglie la domanda, accerta in via principale che l'efficacia del provvedimento amministrativo «in quanto tale» lede il diritto dedotto in giudizio, sicché non ci sarebbe alcun effetto da disapplicare.

L'art. 4 non opererebbe in tutti i casi in cui un privato lamenti che l'atto amministrativo disponga l'eliminazione del rapporto, perché o l'atto non esiste, ed in tal caso i diritti inerenti al rapporto non saranno intaccati, o l'atto esiste e in tal caso si deve decidere se l'eliminazione è legittima oppure no.

Montesano ammette, peraltro, le azioni di mero accertamento ogni qual volta l'atto amministrativo renda incerta l'esistenza del diritto soggettivo e in questi casi non rileva che l'atto sia contrario alle norme che lo regolano.

L'art. 4, comma 1°, l.a.c. opererebbe anche nei casi in cui un provvedimento dell'autorità, sebbene conforme alle norme che lo regolano, comporti, con la sua efficacia, la violazione di un obbligo che lo Stato o altro ente ha assunto con un atto di autonomia privata.

Tali conclusioni, che finiscono per escludere ogni possibilità di sindacato sulla legittimità dell'atto amministrativo, non paiono del tutto persuasive²⁰,

¹⁹ Nel senso che l'atto amministrativo non possa essere esaminato dal giudice civile rispetto alla illegittimità, v. E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 334 ss.

²⁰ Secondo l'autorevole opinione di L. MONTESANO, *op. ult. cit.*, p. 51 s., «ove un atto amministrativo incida – in violazione delle norme che lo regolano – su di un bene che è pure oggetto di un diritto, *tertium non datur* tra le seguenti possibilità:

a) o la difformità dallo schema normativo è tale» [...] che l'atto può dirsi affetto da nullità assoluta o da inesistenza;

“b) o si ha un atto amministrativo, e questo, [...] sacrifica il diritto soggettivo [...] e tale sacrificio si verifica, io credo, purché sul bene del cittadino incida un atto identificabile, nel significato già riferito, come provvedimento.

Se nei casi testé richiamati non è dato ottenere dalla giurisdizione civile la rimozione dell'atto illegittimo “che lede un diritto soggettivo”, ciò avviene, dunque, non perché

perché, in fin dei conti, elidono la portata precettiva dell'art. 5.

La tesi, di cui lo stesso Montesano ammetteva la natura minoritaria²¹, sembra considerare la sola ipotesi in cui l'atto amministrativo, e quindi gli effetti propri secondo la legge sostanziale che lo regola, integrino la fattispecie acquisitiva del diritto alla reintegrazione della situazione soggettiva lesa²², mentre non pare sufficientemente valorizzato l'*incipit* dell'art. 5 («in questo, come in ogni altro caso»), il quale adotta una formula che sembra superare il «caso» indicato dall'art. 4²³.

Nel senso che l'ipotesi considerata dall'art. 5 l.a.c. non è solo quella in cui la lesione del diritto soggettivo deriva «immediatamente»²⁴ dall'atto amministrativo, cui pure si riferisce il 2° comma dell'art. 4, là dove sancisce il dovere della pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato reso dal giudice ordinario.

Dall'art. 4 e dall'*incipit* dell'art. 5 sfuggono²⁵ altre rilevanti ipotesi, comprese nell'espressione «come in ogni altro caso», quali quelle delle azioni esercitate da privati contro l'amministrazione in base ad un atto amministrativo dal quale pretendono derivare diritti e in cui l'amministrazione intende eccepirne l'illegittimità ai sensi dell'art. 5, o quelle delle controversie tra privati, uno dei quali fondi la propria pretesa sull'illegittimità dell'atto amministrativo.

L'impostazione di Montesano sembra escludere tutte le diverse forme di tutela invocabili rispetto ad atti costitutivi di rapporti giuridici e ai loro effetti riflessi, così come esclude tutti i casi in cui dalla invalidità/illegittimità dell'atto amministrativo possa scaturire un diritto soggettivo²⁶.

alla giurisdizione stessa siano segnati limiti peculiari riguardo all'amministrazione, ma semplicemente perché, in forza di quell'atto, il diritto soggettivo, che si suol dire leso, è venuto meno, sia pure *contra ius*».

²¹ Cfr. L. MONTESANO, *op. ult. cit.*, p. 46, richiamando, appunto, le opinioni contrarie all'epoca già espresse da E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., p. 153 e da M.S. GIANNINI, *La giustizia*, cit., p. 141 ss.

²² Ed infatti MONTESANO dedica i paragrafi dal 16 al 22 della Parte Seconda del volume *Processo civile e pubblica amministrazione* ad individuare negli strumenti risarcitori e indennitari il rimedio civilistico nei confronti dei provvedimenti amministrativi che non siano stati rimossi perché non impugnati e perché non potrebbe operare, ontologicamente, la disapplicazione.

²³ Su cui comunque si dirà meglio nei §§ seguenti.

²⁴ Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *op. ult. cit.*, p. 115.

²⁵ Già secondo E. CANNADA BARTOLI, *op. ult. cit.*, p. 117.

²⁶ Cfr., per esempio, Cass. 12 dicembre 2019, n. 32505, che ha escluso che il giudice ordinario possa esercitare tale potere nei giudizi in cui è richiesto il pagamento di prestazioni sanitarie erogate oltre il *budget* assegnato, giacché la legittimità di

2.2. Segue. *Alcune precisazioni rispetto alla conoscibilità dell'illegittimità dell'atto amministrativo da parte del giudice civile, con riguardo alla ipotesi di nullità/inesistenza e al concetto di illiceità*

Sembra opportuno, a questo punto, effettuare almeno quattro precisazioni, che fungono anche da premessa rispetto al tentativo di ridefinizione della portata precettiva degli art. 4 e 5 l.a.c.

In primo luogo, sia il potere di annullamento, proprio del giudice amministrativo, ma anche del giudice ordinario nei casi di giurisdizione di legittimità sull'atto amministrativo, che quello della disapplicazione, proprio, invece, del giudice ordinario²⁷, possono definirsi “a contenuto negativo”: entrambi si riferiscono allo scrutinio di legalità dell'atto amministrativo. Può essere utile, ai limitati fini del presente lavoro, porre in evidenza una differenza di fondo consistente nel fatto che, mentre l'annullamento, secondo l'orientamento prevalente, incide direttamente sull'atto, che è venuto ad esistenza, e successivamente, ove ne ricorrano i presupposti, può essere demolito dal giudice amministrativo (o da quello ordinario, nei casi previsti dalla legge), la disapplicazione riguarda solo gli effetti dell'atto in relazione alla fattispecie concreta dedotta in giudizio, senza che peraltro la sua esistenza venga intaccata²⁸.

tali provvedimenti è una questione che dovrebbe essere conosciuta non *incidenter tantum*, ma in via principale: ciò che il giudice ordinario non può fare, in quanto solo il giudice amministrativo può sindacare in via principale la legittimità di un atto amministrativo; Cass. 31 agosto 2021, n. 23615, che pare escludere la possibilità dell'accertamento incidentale sulla sussistenza del rapporto di lavoro e secondo la quale «va data continuità ai principi affermati da Cass. n. 6229 del 2019, secondo cui, in tema di indennità di disoccupazione agricola, l'iscrizione negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli costituisce presupposto per l'attribuzione della prestazione previdenziale, che, pertanto, non può essere riconosciuta in difetto di impugnazione del provvedimento amministrativo di esclusione da tali elenchi nel termine decadenziale di cui al D.L. n. 7 del 1970, art. 22, conv. con modif. in L. n. 83 del 1970».

²⁷ Ma mutuato da parte del giudice amministrativo; v., per indicazioni, G. MONTEDORO, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'“insostenibile leggerezza” del processo impugnatorio)*, cit., p. 519 ss. e soprattutto R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, cit.

²⁸ Secondo V. CERULLI IRELLI, *Le questioni di giurisdizione nella giurisprudenza della Cassazione di Roma*, in *Le riforme crispine*, Archivio I.S.A.P., II, Giuffrè, Milano, 1990, p. 499, il giudice ordinario potrebbe sindacare soltanto la legalità dell'azione amministrativa, cioè la sua conformità a norme giuridiche, con la conseguenza di escludere ogni forma di cognizione su materie discrezionali; vale a dire che soltanto la legalità estrinseca o formale dell'attività amministrativa sarebbe sindacabile dal giudice ordinario, anche a fronte di atti autoritativi, sempre che la situazione giuridica affermata

In secondo luogo, i casi in cui l'atto amministrativo sia completamente nullo o inesistente, ai sensi dell'art. 21 *septies* l. 241/1990 sembrano, a prima vista, sottrarsi all'operatività degli art. 4 e 5 l.a.c.; il «difetto assoluto di attribuzione», derivante dalla ben nota figura della «carenza di potere»²⁹ coniata da Cass. 4 luglio 1949, n. 1657³⁰, è oggi prevalentemente equiparato alla carenza di potere «in astratto», che, secondo un orientamento propugnato dalla giurisprudenza civile, ma avversato da quella amministrativa, si distinguerebbe dalla carenza «in concreto»³¹; quale che sia la nozione

del privato sia di diritto soggettivo.

Di conseguenza «gli atti tipicamente discrezionali, come ad esempio l'espropriazione per pubblica utilità, possono essere lesivi di diritto e quindi sindacati dal giudice ordinario nella parte in cui essi si assumono essere stati adottati in violazione delle norme che li concernono (per i loro elementi non discrezionali)» (p. 503).

Nel senso che disapplicare l'atto significhi eliminarne gli effetti, senza incidere sulla sua esistenza, G. VERDE, *op. ult. cit.*, p. 55; L. MONTESANO, *op. ult. cit.*, p. 43 ss.; A. LUGO, *op. cit.*, p. 638.

²⁹ Su cui, senza alcuna pretesa di completezza, ma ai limitati fini di una parziale ricostruzione, v. M.S. GIANNINI, *Discorso generale*, cit., p. 217; F. SATTI, *Giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1993, 27 ss.; F.G. SCOCA, *Riflessioni sul criterio di riparto delle giurisdizioni ordinaria e amministrativa*, in «*Dir. proc. amm.*», 1989, p. 578; ID., *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 103 ss.

³⁰ In «*Foro it.*», 1949, I, c. 926, che, introducendo la teoria della c.d. prospettazione, stabilì che non fosse rilevante l'esistenza, in capo al privato, di diritti soggettivi, ma «quello che occorre, volta per volta, è accertare se la legge conferisce all'autorità amministrativa il potere di incidere sugli stessi in nome e per la tutela di un interesse pubblico» [...]; la Corte sancì che in presenza di comportamenti dell'amministrazione che si presentano come propri di un'azione di diritto pubblico, se la controversia ha per oggetto l'esercizio di un potere effettivamente spettante all'amministrazione, la giurisdizione è del giudice amministrativo, mentre, se ha per oggetto la titolarità di un potere dell'amministrazione, è del giudice ordinario. La Corte, fissando quel criterio, riteneva che esso dovesse costituire proprio il più affidabile mezzo per diagnosticare la ricorrenza o meno del diritto soggettivo (sussistente solo nei casi di inesistenza del potere), considerando la distinzione fra le due figure soggettive come il criterio accolto dalla Costituzione stessa (cfr. L. ROVELLI, *Riflessioni sul tema del pluralismo delle giurisdizioni*, in *La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*, cit., p. 77). La giurisprudenza successiva ha dunque elaborato la nozione di comportamento senza potere, che si è evoluta nelle accezioni di carenza in astratto e in concreto.

³¹ In estrema sintesi, e senza alcuna pretesa di completezza, può essere utile tracciare alcune coordinate minime, tenendo presente che il dibattito e le dense questioni poste dalle distinzioni tra le varie forme di vizi che possono affliggere l'atto amministrativo rilevano soltanto, ai limitati fini di questo lavoro, alla stregua di un catalogo sul quale misurare l'operatività della disapplicazione.

Il cattivo esercizio del potere (integrato da vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere) si verifica qualora l'illegittimità del provvedimento non incide sulla

preferibile, ciò che conta è che, secondo l'opinione che pare più diffusa³², non vi sarebbe spazio per la disapplicazione dell'atto amministrativo nei casi in cui questo fosse nullo o inesistente³³.

Inoltre, stando alla lettera degli art. 4 e 5 l.a.c., dovrebbero esulare dalla operatività del meccanismo della disapplicazione, e quindi dalla

sua efficacia (finché il provvedimento non sia annullato) ed è configurabile solo una posizione di interesse legittimo, perché si è pur sempre in presenza dell'esercizio di un potere della P.A. Nel caso di carenza di potere (straripamento di potere o incompetenza assoluta, carenza di presupposti necessari), invece, il vizio si riverbera sulla stessa efficacia dell'atto e la situazione soggettiva del privato rimane quella originaria, cioè come se non fosse mai stata intaccata dall'azione amministrativa.

Secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità, si configura la carenza di potere non solo quando la P.A. agisca in difetto di una norma attributiva del potere, ma anche quando superi i confini del potere tracciati dalla norma. Poiché il potere amministrativo si fonda sul principio di legalità, di tipicità e di nominatività, il provvedimento - in assenza di una base normativa - non esiste. Ancora, così come specifica la Cassazione, non basta che la norma attribuisca il potere, ma è necessario che la P.A. si mantenga nei confini stabiliti dalla stessa: le norme attributive del potere, quindi, oltre a stabilirne l'attribuzione stessa, fondano anche i limiti individuativi e identificativi del potere, ne stabiliscono i limiti causali, contenutistici, oggettivi e soggettivi, in presenza dei quali il potere sussiste.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, in un sistema che non prevede la nullità virtuale dell'atto amministrativo, non vi sarebbe spazio per scindere tra norme di validità e norme di esistenza (*id est*, tra norme di legittimità, che tutelano l'interesse pubblico e che sono le c.d. norme di azione e norme qualificanti i presupposti di esistenza, che tutelano il diritto del privato, e che sono le c.d. norme di relazione); la violazione determina sempre l'annullabilità, se non appare una prescrizione che prevede espressamente la nullità del provvedimento.

³² Esemplicativamente, v. A. TRAVI, *La disapplicazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 13; V. FANTI, *op. cit.*, p. 45 ss.

³³ In tal senso già L. MONTESANO, *op. ult. cit.*, p. 51, che si richiama a M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 183 e 192.

Secondo una prima impostazione, il provvedimento nullo è inesistente, perché in caso di carenza di potere rileva l'esistenza di un diritto soggettivo azionabile dinanzi al g.o., nel caso in cui il provvedimento incida su interessi legittimi oppositivi (ovviamente, per gli interessi pretensivi il problema non sembra porsi).

L'equiparazione tra provvedimento nullo e inesistente si basa sulla teoria c.d. effettuale cioè sull'idea che nell'ordinamento giuridico l'esistenza o meno di un atto dipenda dalla sua rilevanza giuridica, che altro non è che la sua attitudine a produrre effetti rilevanti per l'ordinamento stesso; tale attitudine c'è solo se il provvedimento è efficace. Dall'inefficacia dell'atto si determina la sua inesistenza, e non il contrario. I riflessi rispetto alle regole del riparto sono tutt'altro che marginali, perché - soprattutto nei casi in cui il provvedimento incide su diritti preesistenti - quando il provvedimento è annullabile, esso affievolisce il diritto, mentre, quando è nullo, non si determina l'affievolimento, che dunque è un effetto tipico dell'atto esistente.

conoscibilità e dal potere di eliderne gli effetti, i comportamenti della P.A.³⁴.

Da ultimo, la prospettiva secondo cui la disapplicazione dell'effetto dell'atto illegittimo impone di considerare il potere del giudice ordinario esercitabile nelle sole fattispecie in cui gli effetti dell'atto ostano al riconoscimento del diritto soggettivo, non sembra ricavarsi da alcun elemento testuale e, a ben vedere, comporta un significativo rischio di restrizione delle maglie dell'art. 5 l.a.c.; infatti, se si esclude dall'area di incidenza dell'art. 5 l'ipotesi in cui il diritto è direttamente condizionato dall'atto amministrativo, cioè i casi in cui l'atto è costitutivo di diritti³⁵, si finisce – come in realtà avviene nella pratica – con il relegare l'esercizio del potere di disapplicazione ai soli casi in cui l'atto amministrativo, non nullo, sia un mero antecedente logico rispetto alla pretesa azionata³⁶.

2.2.1. Segue. *La disapplicazione dell'atto nullo e del comportamento*

Si ritiene di fornire subito un chiarimento rispetto alle questioni poste dalla nullità/inesistenza dell'atto amministrativo e dalla rilevanza dei comportamenti della P.A.

Con riferimento alla prima, occorre dar conto della opinione, tratteggiata e riportata nelle trattazioni in tema di disapplicazione, per cui la nullità o l'inesistenza (nei casi in cui si ammetta tale categoria) dell'atto amministrativo pongano fuori gioco, a rigor di logica, ogni possibilità di configurazione dell'esercizio del potere *ex art. 5 l.a.c.* da parte del giudice ordinario³⁷.

Se la gravità del vizio è tale da determinare la nullità o l'inesistenza, per

³⁴ Secondo la concezione strumentale, si ritiene che l'oggetto dell'interesse legittimo sia costituito dal comportamento della pubblica amministrazione e il bene della vita rimanga fuori dal perimetro della situazione giuridica (cfr., esemplificativamente, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 413); secondo la concezione sostanziale, si ritiene che l'oggetto dell'interesse legittimo sia costituito da un comportamento soddisfacente della pretesa azionata e il bene della vita rientri nel perimetro della situazione giuridica (cfr., esemplificativamente, G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in «*Dir. amm.*», 2014, p. 479 ss.).

³⁵ Cfr. L. MONTESANO, *op. ult. cit.*, p. 46 s.

³⁶ Per chiarezza, l'art. 63 d. lgs. 165/2001 riconosce al giudice del lavoro il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo «presupposto», perché gli atti costitutivi di diritti del lavoratore, adottati dalla P.A. datrice di lavoro, sono posti in essere *jure privatorum*; su questi aspetti, *amplius*, v. *infra*, cap. II, § 8.

³⁷ Come noto, tale opinione è stata aversata da E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit.; nel senso che la disapplicazione equivalga «a dichiarazione di inefficacia di quell'atto, pronunciata dal giudice ai fini del giudizio e nei limiti della domanda. Ond'è che l'istituto può essere inteso solo con riferimento all'esercizio della giurisdizione», v. A. LUGO, *op. cit.*, p. 46.

un verso, si esclude l'affievolimento, e, per l'altro, qualora venga azionato in giudizio un diritto soggettivo, la giurisdizione è certamente del giudice ordinario, il quale non avrà alcunché da disapplicare.

Senonché, mettendo da parte le ipotesi, tutt'altro che pacifiche, di inesistenza e concentrando l'attenzione sulla nullità dell'atto amministrativo, occorre prendere atto di un dato testuale: l'art. 31, comma 4°, c.p.a., stabilisce un caso di decadenza per far valere la nullità, in seguito non più contestabile, giacché impone un termine di centottanta giorni per impugnare davanti al giudice amministrativo l'atto affetto, appunto, da nullità.

La decadenza comminata rispetto all'impugnativa per nullità costituisce un elemento per affermare che l'atto amministrativo, pur nullo, sia comunque idoneo a produrre effetti.

Il tema è certamente di straordinaria complessità, ma, dal punto di osservazione dal quale ci si pone, interessa porre in evidenza come non paia poter dubitarsi che, rispetto a situazioni di diritto soggettivo preesistenti all'adozione dell'atto amministrativo ipoteticamente nullo, il privato possa subire gli effetti, anche pratici, derivanti dall'atto e voglia e possa reagire rivolgendosi all'autorità giudiziaria ordinaria; si pensi all'adozione di un decreto di esproprio al quale, pur emesso in carenza di potere, e quindi astrattamente nullo, segua un'occupazione d'urgenza, che leda la posizione del titolare di diritto dominicale; o ancora, al caso di un'azione di accertamento dell'usucapione su un bene oggetto di un procedimento di esproprio viziato per la mancata adozione di determinate formalità nel sub-procedimento notificatorio, cui segua dunque l'adozione di un provvedimento nullo e pur tuttavia regolarmente trascritto dall'amministrazione espropriante³⁸; tra i casi più recenti, alla disapplicabilità di un provvedimento, emesso in autotutela, dichiarativo della nullità dell'atto amministrativo con cui una P.A. aveva deliberato di concludere un contratto di *collar swap* con un istituto di credito³⁹.

Simmetricamente, l'atto affetto da nullità potrebbe anche generare diritti soggettivi, al risarcimento o alle restituzioni; si pensi all'adozione di concessioni in deroga a strumenti urbanistici relativi alle distanze tra costruzioni, in ottemperanza delle quali al privato è preclusa la realizzazione di un'opera architettonica o consegua l'ordine di demolizione di un fabbricato o, ancora, che determinino una controversia tra privati relativa al rispetto dei parametri stabiliti⁴⁰.

³⁸ Cfr. Trib. Roma, sez. II, 17 luglio 2022, inedita.

³⁹ Da ultimo, v. Cass., sez. un., 27 maggio 2022, n. 17245.

⁴⁰ Cfr., indicativamente, Cass. 4 settembre 2020, 18499, secondo cui «In tema di

Mettendo, per un momento, da parte le obiezioni relative all'ambito di operatività della disapplicazione nelle controversie tra privati e P.A., e ipotizzando che questa sia ammissibile, occorre chiedersi se è ragionevole riconoscere al giudice ordinario il potere di disapplicare gli effetti dell'atto qualora il vizio riscontrato determini l'annullabilità e, al contrario, negarlo qualora l'atto debba essere dichiarato nullo.

Probabilmente, la distinzione non è ragionevole, vuoi perché anche l'atto amministrativo nullo può essere, esattamente come quello annullabile, produttivo di effetti in grado di incidere sui diritti soggettivi; vuoi perché, sul piano pratico, il giudice ordinario è comunque chiamato a conoscere l'atto e a valutarne la legittimità, sicché sarebbe assurdo impedirgli di accordare la tutela invocata nel caso di nullità dell'atto; vuoi, da ultimo, ma non certo per importanza dell'argomento, perché nessun elemento testuale degli art. 4 e 5 l.a.c. sembra invocabile per sostenere la limitazione del potere di verifica di conformità alla legge dell'atto amministrativo ai soli casi in cui la non conformità accertata integri un vizio che determina l'annullabilità e non anche la nullità dell'atto.

Anzi, rispetto a tale ultimo aspetto, l'espressione «in quanto conformi alle leggi», riferita agli atti amministrativi, pare sufficientemente ampia per comprendere ogni tipo di violazione di norma, tanto di quelle di azione quanto di quelle di relazione⁴¹.

Da questo punto di vista, anche la teoria risalente agli studi di Guicciardi circa la distinzione tra norme di azione e norme di relazione, ripresa da A. Romano⁴², secondo cui al giudice ordinario competerebbe il potere di disapplicare gli atti amministrativi illeciti, cioè adottati in violazione delle norme di azione, non trova alcun fondamento positivo⁴³.

violazione delle distanze legali, ove sorga questione tra privati circa la legittimità di una concessione rilasciata in deroga alla relativa disciplina dettata dallo strumento urbanistico, il giudice ordinario deve esercitare un sindacato incidentale sull'atto amministrativo, al solo fine della sua eventuale disapplicazione»; da ultimo, v. P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice ordinario: il caso del permesso edilizio illegittimo*, ESI, Napoli, 2023.

⁴¹ In tal senso, l'opinione di A. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 22; ID., *Esistenza e legittimità di esercizio del potere*, in «*Foro amm.*», 1981, p. 2162.

⁴² Cfr. A. ROMANO, *La disapplicazione*, cit., spec. p. 31 ss.

⁴³ Cfr. G. VERDE, *op. cit.*, p. 52, pone in evidenza il rischio che questa teoria, i cui risultati finiscono per sovrapporsi alle soluzioni fondate sulla distinzione tra vizi dell'atto per carenza di potere e vizi per cattivo esercizio del potere, trasferisca nella sede esecutiva «questioni che usualmente si ritiene di dover risolvere prima».

Le questioni cui allude VERDE sono quelle poste rispetto all'esecuzione del provvedimento reso dal giudice civile che abbia operato la disapplicazione dell'atto amministrativo,

Con riferimento ai comportamenti della P.A., questi, pur giuridicamente rilevanti, si distinguono e, in un certo senso, si contrappongono all'atto; ma a quest'ultimo, che ordinariamente consiste in una dichiarazione espressa, in talune ipotesi, viene equiparato un tipo di comportamento, il «silenzio», che, *ope legis*, deve essere considerato alla stregua di un atto.

Infatti, secondo il disposto dell'art. 20, commi 1° e 3°, l. 241/1990 (salve le eccezioni previste dallo stesso articolo o da altre leggi ed a parte i casi in cui il provvedimento può essere sostituito da altre forme di dichiarazioni, quale, ad es., la c.d. d.i.a.), a fronte dell'istanza per ottenere un provvedimento, «il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda» - silenzio-assenso⁴⁴, tanto che può essere oggetto di un provvedimento di annullamento d'ufficio o di revoca. Analogamente, in determinate ipotesi, la legge dispone espressamente che il silenzio debba invece considerarsi equivalente al rifiuto del provvedimento richiesto (silenzio-rifiuto).

Resta fermo, però, che, al di fuori delle ipotesi in cui il silenzio equivale ad assenso o a rifiuto del provvedimento richiesto nonché delle altre ipotesi per le quali è prevista una dichiarazione unilaterale, il silenzio, pur protratto oltre il limite entro il quale avrebbe dovuto essere emanato il provvedimento espresso, non acquista di per sé alcun significato diverso dall'inadempimento dell'amministrazione rispetto all'obbligo di adottare il provvedimento (silenzio-inadempimento).

Nei casi, però, di silenzio-assenso, il comportamento dell'amministrazione è equipollente all'emanazione di un atto amministrativo ed è produttivo dei medesimi effetti, tanto da poter essere oggetto di annullamento d'ufficio e revoca.

Non sembrano cogliersi ragioni ostative all'equiparazione, circa la subordinazione al potere di disapplicazione *ex art. 5 l.a.c.*, tra atto

entrando nella sfera di valutazioni che l'amministrazione riserva a sé stessa.

Ad una maggior ampiezza di poteri cognitivi corrisponde però il “collo di bottiglia” dei limiti della eseguibilità di provvedimenti che comportino un obbligo di *facere* o *non facere* a carico dell'amministrazione e che coinvolgono valutazioni che, fisiologicamente, sono estrinsecazione del potere riconosciuto all'amministrazione.

Da questo punto di vista, però, oltre a dover considerare l'ipotesi tipica e, a tutto voler concedere, eccezionale dell'art. 63 d. lgs. 165/2001, occorre prendere atto che il contesto attuale appare mutato e che la resistenza all'eseguibilità di prestazioni diverse dal pagamento di somme di denaro, in danno della P.A., non sembra più invincibile (cfr. Cass. 23 settembre 2021, 25843, in «*Arch. giur. circ. ass. e resp.*», n. 12/2021).

⁴⁴ Su cui v., indicativamente, F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1971; A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Cedam, Padova, 1985.

amministrativo e comportamento che, secondo la legge sostanziale, ne sia equivalente quanto agli effetti⁴⁵.

3. *L'oggetto del potere di disapplicazione. Gli atti amministrativi e i regolamenti generali*

Sembra utile, a questo punto, individuare alcuni punti fermi, sui quali basare la proposta di sistemazione teorica del potere di disapplicazione del giudice civile.

Gli atti amministrativi possono essere lesivi di diritti soggettivi; il giudice ordinario ha il potere di decidere sulla domanda avente ad oggetto⁴⁶ la tutela del diritto soggettivo, conoscendo degli effetti dell'atto amministrativo, e non ha – salvo che la legge glielo attribuisca espressamente – il potere di annullare o revocare l'atto amministrativo⁴⁷.

⁴⁵ Non si sono rinvenuti precedenti editi in cui si sia dato conto della disapplicazione del silenzio-assenso e, tuttavia, l'ammissibilità della cognizione incidentale ai sensi degli art. 4 e 5 l.a.c. pare desumersi da T.A.R. Latina 22 marzo 2005, n. 328, in «*Foro amm. Tar*», 2005, 3, p. 753, secondo cui «Anche la domanda di risarcimento del danno subito dal ritardo dell'amministrazione nel provvedere richiede, ai fini di un suo esame da parte del g.a., l'accertamento pregiudiziale della illegittimità del comportamento omissivo dell'azione amministrativa, per violazione della norma procedimentale che stabilisce l'obbligo di provvedere entro un certo termine, mediante l'attivazione, da parte del privato, del procedimento di formazione (e della conseguente impugnazione) del silenzio rifiuto, il che fa sorgere l'obbligo giuridico di provvedere in capo all'amministrazione e l'interesse legittimo pretensivo (risarcibile) in capo al privato; ciò anche in considerazione della preclusione imposta al g.a. (ricavata *de plano* dagli art. 4 e 5, l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, c.d. legge abolitrice del contenzioso amministrativo) di conoscere in via meramente incidentale della illegittimità dell'azione amministrativa».

⁴⁶ Ai fini della presente indagine, si ritiene che le questioni relative all'oggetto della domanda e del processo non rilevino, se non nei termini che si diranno *infra*, Cap. II, §§ 2 ss., e che saranno funzionali ad affrontare le questioni poste dalla natura incidentale del potere di disapplicazione.

⁴⁷ Il che costituiva, nell'impianto del 1865, la regola, che, però, oggi, va armonizzata con le numerose eccezioni frutto dell'evoluzione del sistema dualistico.

Sul punto, può essere utile tener presente che i confini della giurisdizione amministrativa sono segnati dall'art. 7 c.p.a., per il quale i giudici amministrativi esercitano una giurisdizione «generale» di legittimità; nei casi previsti dalla legge e dall'articolo 134 c.p.a. possono anche sindacare il merito degli atti amministrativi e in quelli, pure previsti dalla legge e dall'articolo 133 c.p.a., possono conoscere anche dei diritti soggettivi.

In ogni caso, anche la giurisdizione esclusiva implica la contestazione dell'esercizio di un pubblico potere. La valutazione di quest'ultimo è riservata, in generale, al giudice

Dal canto suo, l'autorità amministrativa ha il dovere di conformarsi al giudicato reso dal giudice civile⁴⁸ e l'art. 4 l.a.c., come evidenziato da

amministrativo; in alcune ipotesi, espressamente previste dalla legge, il giudice speciale può anche sindacare il merito; in altre ipotesi, pure espressamente previste dalla legge, può giudicare sui diritti soggettivi.

Sono numerosi i casi nei quali il sindacato sugli atti amministrativi è attribuito al giudice ordinario. Basti pensare all'opposizione alle sanzioni amministrative di cui alla l. 25 novembre 1981, n. 689, regolata dal rito di cui agli artt. 414 ss. c.p.c., ai sensi degli artt. 6 ss. d. lgs. 1° settembre 2011, n. 150; all'opposizione ai provvedimenti di recupero di aiuti di Stato, ai sensi dell'art. 9 dello stesso decreto; alle controversie in materia di applicazione delle disposizioni del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al successivo art. 10; all'impugnazione dei provvedimenti in materia di registro dei protesti, ai sensi dell'art. 12; all'opposizione ai provvedimenti in materia di riabilitazione del debitore protestato, ai sensi dell'art. 13; all'impugnazione dei diversi provvedimenti in materia di immigrazione; all'espulsione dei cittadini extracomunitari, ai sensi degli artt. 18, comma 2°, d. lgs. 1° settembre 2011, n. 150, e 13, comma 5° *bis*, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (nel testo modificato dall'art. 34, comma 19°, lett. a) d. lgs. 1° settembre 2011, n. 150); all'impugnazione dei provvedimenti sul diritto di soggiorno dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari, ai sensi dell'art. 16 d. lgs. 1° settembre 2011, n. 150; all'impugnazione dei provvedimenti sull'allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari, ai sensi dell'art. 17 dello stesso decreto; all'opposizione all'ingiunzione amministrativa di cui all'art. 2 r.d. 14 aprile 1910, n. 639, all'opposizione alla stima in materia di espropriazione per pubblica utilità, ai sensi dell'art. 29 d. lgs. 1° settembre 2011, n. 150; alle controversie sugli atti dello stato civile di cui agli artt. 95 ss. d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396.

Ampiamente condivisa è la distinzione, da un lato, dei casi di c.d. giurisdizione piena di prima generazione, in cui il sindacato giurisdizionale su determinazioni amministrative è frutto di una mera attività di accertamento; si tratta, in particolare, dei casi in cui il giudice civile esercita una verifica relativa alla formazione di atti pubblici, registri, elenchi o albi da cui dipende la possibilità degli interessati di esercitare determinati diritti (si pensi alla rettificazione degli atti dello stato civile, al contenzioso c.d. elettorale etc.); dall'altro, dei casi di giurisdizione piena di c.d. seconda generazione, in cui il giudice civile non solo verifica la regolarità del rapporto giuridico tra amministrazione e titolare della situazione soggettiva tutelata, ma può anche intervenire sull'atto, annullandolo, revocandolo o sospendendolo (si pensi, appunto, alle impugnative delle sanzioni amministrative, alla tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti con riferimenti all'ingresso, al trattenimento, all'espulsione dal territorio nazionale, alla tutela nei confronti dei provvedimenti emessi dall'autorità garante per la protezione dei dati personali). Sul punto, si rinvia agli studi di F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 73 ss.; ID., *sub art. 1-4 l. n. 2248/1865, in Codice della giustizia amministrativa*, a cura di Morbidelli e Cintio, cit., p. 1412 ss.

⁴⁸ È noto che, anche per le ragioni storiche prima ricordate, si attribuisce all'art. 4 l.a.c. e all'art. 7 c.p.a. il valore di principio generale e fondamentale dell'ordinamento, ignorando vuoi gli artt. 102, comma 1°, Cost. e 1 c.p.c., vuoi l'art. 2 della stessa l.a.c. Si considerano eccezionali i casi, né limitati, né sporadici, in cui, per espressa previsione normativa, il giudice ordinario, ai sensi dell'art. 113, comma 3°, Cost., (ai sensi del quale

Montesano, dispone soltanto per il caso in cui un atto amministrativo leda direttamente un diritto soggettivo e prevede che il giudice ordinario possa conoscere di tali effetti al fine di accordare la tutela richiesta⁴⁹.

La portata precettiva dell'art. 5 si riferisce, invece, al potere di scrutinio della compatibilità tra gli «atti amministrativi e i regolamenti generali», da un lato, e «le leggi», dall'altro; tale potere riguarda due gruppi di ipotesi: a) quella dell'art. 4, in cui l'atto «fonte del diritto dedotto in causa»⁵⁰ (o un comportamento) integra la fattispecie acquisitiva del diritto alla ricostituzione del patrimonio del danneggiato; b) ogni altro caso in cui l'autorità giudiziaria ordinaria è chiamata ad applicare un atto amministrativo al fine di valutare la fondatezza della domanda.

Il rapporto tra l'esercizio di tale potere del giudice ordinario e l'oggetto di questo potere impone di fissare le categorie di riferimento, con l'avvertenza che, anche in questo caso, il tema affrontato riguarda aspetti di straordinario spessore teorico-sistematico e che tale analisi è svolta come mera premessa, suscettibile di ampio approfondimento, meramente funzionale agli obiettivi della presente indagine preliminare.

L'art. 5 si riferisce gli atti amministrativi e ai regolamenti generali, senza ulteriore specificazione, e l'art. 4 soltanto all'atto dell'autorità amministrativa, che nel 2° comma viene indicato come «atto amministrativo».

Si ritiene utile individuare, pur con un certo grado di approssimazione, le macro-categorie di atti e regolamenti che possono incidere su diritti soggettivi e che possono essere suscettibili di disapplicazione, con qualche avvertenza: a) oltre ad individuare una nozione «di base», occorre verificare come l'atto o il regolamento possono rilevare rispetto ad un rapporto giuridico dal quale scaturiscono diritti soggettivi; b) il rapporto giuridico in cui può rilevare

«la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa»), e dell'art. 2908 c.c., può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

L'inutile costruzione di un principio generale e l'istituzione di un rapporto regola – eccezione, tuttavia, sono indici dei criteri ideologici di approccio alle questioni.

Sul piano positivo, la giurisdizione speciale, amministrativa e contabile, appunto perché speciale, sussiste soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge. La regola generale è nel senso della affermazione della giurisdizione ordinaria.

⁴⁹ Esulano dall'oggetto della presente indagine le questioni relative ai limiti delle forme di tutela conseguibili nei confronti della P.A. nei casi in cui sia convenuta davanti al giudice ordinario e rilevi un'attività posta in essere con l'esercizio di un potere autoritativo.

⁵⁰ Cfr. L. MONTESANO, *op. ult. cit.*, p. 47, il quale, come già riferito, ritiene che in tal caso il potere del giudice ordinario consista, esclusivamente, nel conoscere se l'atto medesimo «risponde ai requisiti impostigli dalla legge perché sia produttivo di quel diritto».

l'atto o il regolamento ben può riguardare il privato e l'amministrazione che quell'atto ha adottato, a condizione che un diritto soggettivo venga in gioco; c) in quest'opera di macro-categorizzazione non si porrà attenzione alla distinzione tra rapporti assoggettati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e rapporti devoluti alla cognizione del giudice ordinario, perché, in premessa, ai fini della presente indagine, già è stata chiarita la limitazione al potere di scrutinio e disapplicazione del secondo.

3.1. *I connotati degli atti amministrativi: il profilo funzionale e gli atti vincolati*

La locuzione «atto amministrativo» viene generalmente usata secondo tre accezioni diverse, nel senso di atto di cui è autrice un'amministrazione pubblica, cioè atto «di una» o «della» o «delle» amministrazione/i; nel senso di un atto riconducibile alla funzione di amministrazione pubblica e, infine, di atto sottoposto ad un particolare regime giuridico pubblicistico definito di diritto amministrativo⁵¹.

La qualificazione dell'amministrazione come «pubblica» consente di indicare l'attitudine a curare interessi ritenuti comuni ad una pluralità di soggetti presi in considerazione nel loro insieme, in quanto formanti un gruppo sociale non costituito per perseguire finalità specifiche.

La nozione di atto amministrativo è il riferimento necessario per stabilire il significato di amministrazione pubblica in senso soggettivo e quindi di atto amministrativo inteso come atto della o di una amministrazione pubblica, con la precisazione che, ai fini della presente trattazione, ad amministrazione pubblica si ritiene equiparabile l'ente pubblico.

Con riguardo al profilo funzionale degli atti amministrativi, si suole distinguere tre generi di atti: le leggi (e gli atti con forza di legge); gli atti, di varie specie, attuativi e specificativi delle scelte politiche legislative, ma non costituenti decisioni concrete; gli atti - non necessariamente individuali - costituenti decisioni concrete di tipo attuativo degli indirizzi politici, ma implicanti, talvolta, ulteriori scelte finali fra interessi, possibili soltanto in relazione alla fattispecie concreta e comunque salva, sovente, la possibilità di diverse opzioni tecniche e/o organizzative.

Mettendo da parte le leggi, per atti attuativi di indirizzi politici superiori

⁵¹ Sono state consultate le principali voci enciclopediche e di digesto, nonché alcune opere dedicate a questi temi; in particolare, v. E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in «*Riv. trim. dir. pubbl.*», 1957, p. 293 ss.; ID., *Attività amministrativa*, in «*Dig. disc. pubbl.*», I, Utet, Torino, 1987, p. 522.

si intendono, secondo l'accezione più comunemente intesa, i regolamenti, nonché pure altri atti quali, per esempio, certi tipi di programmi; il potere di cui costituiscono esercizio è talvolta definito discrezionalità «politico-amministrativa». I regolamenti vengono comunque correntemente denominati atti amministrativi, nel senso che è loro applicabile il particolare regime giuridico dei c.d. «atti di alta amministrazione»⁵².

Gli atti amministrativi sono espressione di un'autorità che ha il potere di incidere su una fattispecie concreta, selezionando interessi meritevoli sulla base di una valutazione discrezionale (c.d. discrezionalità amministrativa).

Diversamente, un atto è considerato vincolato quando la legge, i regolamenti o comunque altri atti, quali piani e programmi, descrivono con precisione una fattispecie e stabiliscono con altrettanta precisione le conseguenze giuridiche che debbono derivare dall'esistenza di tale fattispecie, così che all'apparato amministrativo, privo di qualsiasi potere di scelta fra interessi, non resta che verificare l'esistenza dei fatti previsti ed eventualmente affermare le conseguenze che ne derivano.

Rispetto agli atti amministrativi vincolati, la giurisprudenza ritiene generalmente esercitabile il potere di scrutinio del giudice ordinario⁵³, ai fini dell'eventuale disapplicazione degli effetti, qualora venga in rilievo un diritto soggettivo.

Tale scrutinio, però, è limitato alla verifica del rispetto, da parte dell'autorità che quell'atto ha adottato, dei parametri fissati dalla fonte che regola l'esercizio del potere a monte.

Così, «in tema di cessione dei complessi aziendali nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza, le disposizioni di cui agli artt. 62 e 63 del d.lgs. n. 270/1999, disciplinando le attività preparatorie ed autorizzatorie, pongono al commissario straordinario ed al Ministro dello sviluppo economico una serie di vincoli diretti a salvaguardare una pluralità di interessi, tra cui quello

⁵² Tali atti sono comunque diversi dagli «atti politici», intesi come atti provenienti dagli organi politici di massimo livello privi della veste della legge o degli atti con forza di legge e tuttavia diretti alla tutela degli interessi pubblici di massima importanza

⁵³ Secondo una parte degli interpreti, quando il potere è totalmente vincolato, sia in ordine all'*an*, sia rispetto al contenuto, non si è in presenza di una situazione di potere, configurandosi, piuttosto un rapporto obbligatorio tra privato e amministrazione (v., senza pretesa di completezza, A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in «*Riv. trim. dir. proc. civ.*», 1988, p. 3 ss., spec. p. 39 ss.; D. SORACE, *Atto amministrativo*, in «*Enc. dir.*», Agg., III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 46 ss., spec. p. 66 ss.; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ed accertamento giudiziale*, Cedam, Padova, 1996, p. 37 ss.; A. PROTO PISANI, *Intervento breve per il superamento della giurisdizione amministrativa*, in «*Riv. dir. civ.*», 2000, I, p. 775 ss., spec. 781).

dei creditori, dei lavoratori, nonché quello generale alla salvaguardia delle unità produttive; tali disposizioni hanno il carattere di norme imperative, alla cui violazione consegue la nullità, e non la mera inefficacia, dell'attività negoziale conclusiva della procedura di vendita e la illegittimità degli atti prodromici. L'asserita violazione dei parametri valutativi dettati dal predetto art. 63 radica comunque la giurisdizione del giudice ordinario, restando escluso che i diritti soggettivi lesi dall'atto di liquidazione (nella specie, il diritto dei creditori aventi ipoteca sui beni immobili facente parte del complesso liquidato) possano ritenersi degradati ad interessi legittimi, e ciò anche qualora risultino travalicati i limiti del potere discrezionale spettante alla P.A., con la conseguenza che gli atti posti in essere dovranno essere considerati viziati per violazione di legge, e le relative autorizzazioni dovranno essere disapplicate *ex art. 5 della legge n. 2248 del 1865, All. E.*⁵⁴.

Ancora, in materia di trattamento contributivo agevolato per i soci lavoratori di cooperative di lavoro, il provvedimento con cui l'amministrazione procede all'iscrizione delle cooperative nei relativi registri «non ha contenuto discrezionale, ma di atto di certazione a contenuto interamente vincolato, che può essere sindacato *incidenter tantum* dal giudice ordinario e disapplicato in quanto non conforme a legge, atteso che il giudice ha il potere di verificare l'esistenza dei requisiti per il sorgere della detta obbligazione *ex lege* indipendentemente dall'accertamento compiuto in sede amministrativa»⁵⁵.

In materia di impugnativa dell'espulsione prefettizia, disciplinata dall'art. 18 d. lgs. 150/2011, l'atto è ritenuto di contenuto vincolato, sicché «il giudice ordinario è tenuto unicamente a controllare, al momento dell'espulsione, l'assenza del permesso di soggiorno perché non richiesto (in assenza di cause di giustificazione), revocato, annullato ovvero negato per mancata tempestiva richiesta di rinnovo, mentre è preclusa ogni valutazione, anche ai fini dell'eventuale disapplicazione, sulla legittimità del relativo provvedimento del questore trattandosi di sindacato che spetta unicamente al giudice amministrativo»⁵⁶.

L'interpretazione, che pare prevalente, secondo cui si esclude, in presenza di atti di natura vincolata, l'esercizio del potere di disapplicazione,

⁵⁴ Cfr. App. Ancona 28 aprile 2014, in «*Isocietario.it*» del 31 luglio 2014.

⁵⁵ Cfr. Cass. 23 maggio 2003, n. 8218.

⁵⁶ Cfr. Cass. 22 giugno 2016, n. 12976; si tratta, come noto, di un'ipotesi di giurisdizione di legittimità del giudice ordinario, chiamato ad esercitare un potere di cognizione in via principale sull'atto amministrativo, nell'ambito di un giudizio impugnatorio; in questo caso, il carattere vincolato del decreto prefettizio determina una restrizione dei margini di apprezzamento da parte del giudice.

sembra confortare l'esistenza di un forte nesso tra annullamento e disapplicazione. Al restringersi o all'allargarsi degli spazi del sindacato del giudice amministrativo – a seconda della natura vincolata o meno dell'atto – corrisponde un'equivalente restrizione o allargamento di quelli di scrutinio di compatibilità del giudice ordinario⁵⁷.

3.2. *Gli atti autoritativi e quelli non autoritativi*

Accanto alla distinzione tra atti discrezionali e vincolati, viene in rilievo la questione relativa alla funzione amministrativa c.d. di regolazione⁵⁸.

Una pubblica amministrazione può imporre limitazioni ad un diritto di libertà personale (per esempio la libertà di circolazione: v. art. 16 Cost.) o ad altri diritti; può sottrarre al soggetto il bene oggetto di suoi diritti di godimento e disposizione, come avviene per esempio con l'espropriazione di un bene, di cui all'art. 42, comma 3°, Cost.; può imporre l'obbligo di una prestazione patrimoniale, come è possibile in base all'art. 23 Cost., e può definire il contenuto di un diritto (per esempio, con un provvedimento che stabilisce i possibili usi di un suolo, sulla base dell'art. 42, comma 2°, Cost.).

Anche gli atti cosiddetti autorizzatori, se discrezionali, sono ritenuti riconducibili a questa categoria, se si considera che ne viene imposta la richiesta per rendere possibile il rifiuto, sostanzialmente corrispondente ad un divieto di esercizio della libertà o del diritto in gioco, oppure il rilascio corredato da clausole tali da sortire un effetto conformativo.

Questa tipologia di provvedimenti, correntemente definiti imperativi o autoritativi, non è affatto caratterizzata dalla produzione di effetti sfavorevoli nei confronti dei destinatari, perché tali effetti possono essere di segno

⁵⁷ In materia di locazione di immobili urbani, le norme dettate per la determinazione del canone con riferimento alla categoria catastale degli alloggi non attribuiscono agli atti amministrativi inerenti alla classificazione catastale un valore tassativo e vincolante, sicché è riconosciuto «al giudice ordinario il potere di disapplicare l'atto di classamento dell'unità immobiliare e di determinare, in via incidentale, la categoria catastale da attribuire all'unità immobiliare oggetto della controversia, avendo riguardo alla consistenza dell'immobile oggetto della locazione, quale risulta dal contratto dedotto in giudizio, al limitato scopo di accertare la soggezione o meno del contratto di locazione alla disciplina dell'equo canone e di quantificare il canone locatizio dovuto»; v. Cass. 10 agosto 2004, n. 15422.

⁵⁸ Si possono considerare un gruppo di atti che la Costituzione impone, o consente, alla legge di prevedere, talvolta esplicitamente, talvolta implicitamente, anche evocandoli col richiamo ad attività che li presuppongono o a particolari procedimenti; v., ad es., gli artt. 13, comma 3°, 14, commi 2° e 3°, 16, comma 1°, 17, comma 3°, 18, comma 1°, 23, 32, comma 2°, 41, comma 2°, 42, commi 2° e 3°, 43, 47, comma 1°, Cost.

positivo, come, per esempio, in caso di provvedimenti conformativi della proprietà che, in materia urbanistica, ben possono essere anche ampliativi del suo contenuto; in ogni caso, l'effetto, quale che sia, è ottenuto senza che abbia alcun rilievo non soltanto il dissenso, ma neppure il consenso del soggetto titolare del diritto sul quale l'effetto, appunto, si produce⁵⁹.

Si tratta di atti limitativi «della sfera giuridica dei privati» (art. 21 *bis* l. 241/1990), nel senso che, nell'ambito in cui operano, ne escludono la capacità di determinare o almeno di condizionare le modificazioni giuridiche che li riguardano.

Si considerano, peraltro, assimilabili a questi atti anche la revoca e l'annullamento d'ufficio, giacché, tramite la loro adozione, si possono ottenere effetti analoghi a quelli di alcuni degli atti autoritativi, mediante l'eliminazione di altri atti emanati precedentemente, da cui origina la situazione giuridica tutelata, eventualmente anche consistente in un diritto.

Questo sembra essere l'ambito prevalente di ricorso al potere di disapplicazione del giudice ordinario.

Nella Costituzione – per esempio agli art. 31, comma 1°, 34, comma 4°, 38, comma 4°, 44, comma 2°, 47, comma 2°, 51, 1° e 2° comma – sono menzionati altri atti delle amministrazioni, mediante i quali si svolge la funzione di amministrazione definibile prestazionale o, secondo altro punto di vista, redistributiva e comunque diretta, nella prospettiva costituzionale, alla promozione ed agevolazione della effettività delle libertà e dei diritti dei cittadini.

Si tratta di provvedimenti genericamente definibili concessori⁶⁰, *id est* gli atti con i quali un'amministrazione trasferisce ad un terzo che ne fa richiesta (cosiddetta concessione traslativa) poteri relativi ad un bene o ad un'attività della quale essa dispone (talvolta in regime di riserva, come è il caso dei beni demaniali) ovvero lo costituisce titolare di un diritto (cosiddetta concessione costitutiva), esercitando propri poteri esclusivi (come avviene anche nei casi,

⁵⁹ Cfr. invece F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., p. 301, per il quale l'autoritatività non è un carattere dell'atto ma del potere ed «attiene alla non coincidenza tra i soggetti che dettano il regolamento degli interessi ed i soggetti titolari di questi ultimi», sicché è «eteroregolazione». Qualità del provvedimento è invece l'imperatività, «intesa come quella particolare forza giuridica dell'atto, o, meglio ancora della sua efficacia». La capacità di incidere sulle situazioni giuridiche altrui unilateralmente deriva dall'attribuzione all'amministrazione del potere e dunque preesiste al suo esercizio, secondo A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 223. Sulla problematica del potere v., esemplificativamente, G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Cedam, Padova, 1989 e G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1992.

⁶⁰ Cfr. F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in «Dir. amm.», 2002, p. 431.

peraltro peculiari, dell'attribuzione della cittadinanza o di un'onorificenza). Nella categoria rientrano anche quelle che sono chiamate più correntemente sovvenzioni, con funzioni, a seconda dei casi, economiche o sociali.

In questi casi, il consenso, sotto forma di richiesta e/o di accettazione è un presupposto essenziale perché il relativo potere possa essere esercitato dall'amministrazione⁶¹.

Un'altra categoria di atti assimilabile, ma comunque contraddistinta da caratteristiche ben diverse da quelle dei primi, è quella degli atti unilaterali delle pubbliche amministrazioni prodromici alla instaurazione di rapporti contrattuali, che si incontrano molto di frequente soprattutto nell'ambito della c.d. amministrazione aziendale pubblica, la quale in gran parte si svolge non mediante atti unilaterali, ma utilizzando strumenti giuridici consensuali.

In tali casi, prima di procedere alla stipula, le amministrazioni definiscono, in primo luogo, l'esigenza da soddisfare; poi stabiliscono di utilizzare a tal fine un contratto con un certo contenuto; infine, scelgono tra gli interessati il soggetto con il quale stipularlo.

Le prime due attività, che non hanno, di regola, rilevanza per gli interessi dei singoli cittadini⁶², rispondono soprattutto ad esigenze organizzative dell'amministrazione – anche in funzione di controllo – e gli atti relativi svolgono verso l'esterno essenzialmente la funzione di «evidenza pubblica» nel significato comune dell'espressione, in quanto servono a dare attuazione al principio di trasparenza.

Da ultimo, occorre precisare che il termine «provvedimento», usato per indicare gli atti di amministrazione considerati come momento di esercizio di un potere autoritativo, è abitualmente utilizzato in locuzioni nelle quali è accompagnato dall'indicazione dell'oggetto cui si riferisce il potere con i suoi specifici effetti (ad es: provvedimento di espropriazione, di autorizzazione,

⁶¹ Per altro verso, il rifiuto di accogliere la domanda di un unico richiedente o le domande di quanti fra più richiedenti risultino pretermessi, per quanto possa essere per costoro economicamente pregiudizievole (così come avviene nel caso dell'esercizio di un diritto di un privato in una direzione diversa da quella auspicata da un terzo), non può considerarsi avere un effetto analogo a quello degli atti della categoria considerata precedentemente, se ed in quanto gli aspiranti non vantino un diritto ad ottenere quanto richiesto. In tale secondo caso, infatti, il rifiuto di accoglimento della richiesta (se legale) sarebbe possibile soltanto in quanto esercizio di un potere sostanzialmente ablatorio conferito dalla legge, e dunque con un atto effettivamente ascrivibile alla categoria precedente.

⁶² Salve le questioni poste dalla rilevanza ed eventuale tutelabilità di interessi diffusi, su cui sia consentito rinviare a A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Jovene, Napoli, 2013, p. 159 ss.

di concessione ecc.).

In passato, si riteneva che non fosse sinonimo di «atto», ma ne indicasse una specie; dopo l'introduzione della disciplina generale sul procedimento amministrativo, il provvedimento amministrativo indica, nell'uso più frequente, l'atto individuabile come conclusivo di un procedimento diretto a prendere una «decisione»⁶³.

Dunque, quanto alla rilevanza rispetto ad una fattispecie acquisitiva di diritto che divenga controversa davanti ad un giudice ordinario, pare ragionevole intendere la portata del potere di disapplicazione riferita, indifferentemente, ad atti e a provvedimenti amministrativi.

Analogamente, sembra plausibile considerare inclusi nella nozione di «atto amministrativo» degli art. 4 e 5 l.a.c. gli atti di amministrazione pubblica adottati da soggetti privati⁶⁴.

3.3. *Gli atti costitutivi di rapporti giuridici tra privati e con i privati*

Alcune precisazioni si impongono rispetto alla categoria di atti costitutivi di rapporti giuridici⁶⁵ tra privati e con i privati, rispetto ai quali è assai frequente l'instaurazione di una controversia sul diritto soggettivo davanti al giudice civile.

In particolare, ci si riferisce, *in primis*, ad atti, provvedimenti e regolamenti che siano espressione di un potere autoritativo e che siano idonei a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici tra privati.

⁶³ Per indicazioni, v. F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., p. 257 ss.

⁶⁴ V. art. 1, comma 1 *ter*, l. n. 241/1990; art. 2, comma 2 *bis*, d. lgs. n. 82/2005, inserito dall'art. 36, comma 5°, l. n. 69/2009; v. il riferimento ai «soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative» (art. 22, comma 1°, lett. e) l. 241/1990), mentre, già precedentemente, si era parlato di «soggetti [...] equiparati» alle amministrazioni pubbliche (art. 34, comma 1°, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80). In dottrina, v. F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Cedam, Padova, 2000; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Giappichelli, Torino, 2005; ID., *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla P. A. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della l. n. 241/90*, in *Le esternalizzazioni*, Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli, Genova, 25-27 maggio 2006), a cura di C. Mignone, G. Pericu e F. Roversi-Monaco, BUP, Bologna, 2007, p. 353.

⁶⁵ Su cui v. l'ampio studio di G. GRECO, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, Giuffrè, Milano, 1977; v., anche, ID., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in «*Dir. amm.*», 2002, p. 413 ss.; ID., *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in «*Dir. proc. amm.*», 2007, p. 326 ss.

Pur nella consapevolezza della eterogeneità che contraddistingue gli atti/provedimenti dai regolamenti, occorre tener presente che questi ultimi, quanto agli effetti, possono talora non differire affatto dai primi; si pensi, a mo' di esempio, alle norme dettate da un regolamento edilizio e a quelle di un piano regolatore: in entrambi i casi possono incidere sui rapporti di vicinato, tra titolari di diritti dominicali; peraltro, assumono medesimo contenuto e sono assimilabili anche rispetto al procedimento di formazione.

Non è certamente questa la sede per indagare l'ampissimo tema delle differenze tra atti e regolamenti amministrativi, ma si ritiene proficuo accomunarli, soffermando l'attenzione sulla categoria dei regolamenti che incidono direttamente e immediatamente su situazioni giuridiche (c.d. «volizioni azioni») e mettendo da parte gli altri che invece disciplinano l'emanazione di atti amministrativi singoli, i quali soli regolano rapporti.

Qualche considerazione si impone per chiarire, seppur a grandi linee, in che senso gli atti amministrativi possono considerarsi costitutivi di rapporti giuridici tra privati.

Si tratta dei casi in cui i provvedimenti amministrativi si configurano come causa efficiente di una vicenda del rapporto tra privati, il che esclude l'evenienza in cui il provvedimento costituisca il presupposto di fatto al quale la legge ricolleggi un determinato effetto⁶⁶.

L'atto amministrativo negoziale è inteso come «la dichiarazione di volontà diretta a conseguire fini determinati protetti dalla legge»⁶⁷, cioè come volontà degli effetti espressa e corrispondente al contenuto dell'atto.

Pur dando per scontato che l'atto amministrativo, essendo idoneo ad incidere unilateralmente sulla sfera soggettiva dei destinatari, sembri più

⁶⁶ Un esempio può essere utile per chiarire il concetto di atto che rileva come fatto: si pensi al giudizio su un'indennità di esproprio, rispetto al quale è certamente rilevante la destinazione urbanistica dell'area espropriata, che risulta impressa dallo strumento urbanistico vigente all'epoca dell'atto ablatorio: il privato che proponga opposizione all'indennità non potrebbe metter in discussione lo strumento urbanistico, che è il presupposto di fatto sul quale è stata esercitata l'espropriazione sicché ai fini della determinazione dell'indennità di esproprio è rilevante il contenuto della previsione urbanistica vigente.

Si tratta di casi in cui l'atto amministrativo è ritenuto porsi in rapporto di «pregiudizialità tecnica» rispetto alla pretesa a valle e che, secondo l'impostazione prevalente, si sottraggono ad ogni spazio di operatività del potere di disapplicazione da parte del giudice civile (cfr. A. TRAVI, *op. cit.*, p. 17 ss.). Come meglio si vedrà *infra*, § seguente e Cap. II, §§ 3 ss., non si ravvisano argomenti sufficientemente solidi per aderire a questa impostazione.

⁶⁷ In concordanza con la teoria volontaristica e con la teoria del negozio come dichiarazione di volontà, risalente a F.K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. da Scialoja, Utet, Torino 1886, p. 40 ss.

vicino agli atti normativi, è ben possibile sovrapporlo al negozio privato.

Sotto questo profilo, per provvedimento costitutivo si intende un atto che nel nesso di condizionalità norma-fatto-effetto si pone sul piano della norma e funge così da causa efficiente delle vicende dei rapporti che disciplina. Tale caratteristica si manifesta in modo identico tanto nei casi in cui l'atto sia discrezionale quanto in quelli in cui il suo contenuto sia vincolato.

Per atti, provvedimenti e regolamenti, funzionali a costituire (modificare o estinguere) rapporti giuridici tra privati o tra privati e P.A., non si ravvisa alcuna ragione di esclusione dal soggiacere allo scrutinio di compatibilità con la legge indicato dall'art. 5 l.a.c.

L'unico limite parrebbe costituito proprio dall'adozione dell'atto *jure privatorum*, cioè dal caso in cui l'atto sia idoneo ad integrare una fattispecie negoziale tra il privato e la P.A., in cui, per un verso, non sia ravvisabile un contenuto vincolato e, per l'altro, in cui la finalità perseguita dalla P.A. nulla abbia a che vedere con la tutela degli interessi pubblici che la legge, a seconda dei casi, le assegna.

3.3.1. *Gli effetti riflessi dell'atto amministrativo e la qualificazione dell'atto come mero fatto*

Negli studi che si sono occupati degli atti amministrativi costitutivi di rapporti tra privati si suole rintracciare l'inserimento in tale categoria delle «dichiarazioni di volontà aventi effetto costitutivo, alle quali però la legge annette effetti giuridici ulteriori, rispetto a rapporti privati, indipendenti dalla volontà dell'Amministrazione»⁶⁸: si tratta, in sintesi, di casi in cui l'effetto costitutivo di un rapporto giuridico, dovuto ad un atto amministrativo, condiziona il modo di essere di altri rapporti giuridici che legano la parte privata a terzi.

Si pensi, a mo' di esempio, al venir meno dei rapporti di locazione o di usufrutto intercorrenti tra locatari o usufruttuari e proprietario di un bene espropriato⁶⁹.

Le diverse impostazioni teoriche suggerite per regolare queste ipotesi – tra cui quella dei c.d. effetti riflessi dell'atto amministrativo – non sembrano rivestire una particolare utilità pratica⁷⁰ ai fini della presente trattazione, tranne una.

È stato sostenuto infatti che il provvedimento amministrativo possa

⁶⁸ Cfr. G. TREVES, *Gli atti amministrativi costitutivi di rapporti tra privati*, in «*Riv. trim. dir. pubb.*», 1954, p. 318; M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., p. 186.

⁶⁹ Per ulteriore casistica, si rinvia a G. GRECO, *Provvedimenti amministrativi*, cit., p. 62 s.

⁷⁰ Si rinvia ancora a G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 65 ss.

fungere, nel nesso di condizionalità che lega causa ad effetto, ora come precetto o norma, ora come mero fatto, in ossequio all'applicazione del principio di convertibilità della norma in fatto⁷¹; si tratta di un'impostazione frutto dell'influenza che la *Stufenbautheorie* di Kelsen⁷² ha esercitato sul *modus sentiendi* negli ordinamenti continentali, ma che non sembra essere stata utilizzata per chiarire i casi in cui il provvedimento vale come un precetto o un comando e quindi si identifica con la produzione degli effetti, voluti dall'Autorità che lo ha adottato, da quelli in cui, invece, rileva come mero fatto.

Il criterio suggerito, consistente nella valutazione dell'*iter voluntatis* della P.A., cioè nella ricerca delle conseguenze immediatamente volute e rappresentate come frutto degli effetti propri dell'atto, non sembra utile, soprattutto nei casi in cui la volontà – *id est*, lo stato soggettivo – dell'Amministrazione risulta del tutto irrilevante (come è ogni qual volta eserciti pubbliche funzioni e nei casi di atti c.d. vincolati).

Peraltro, la scissione tra effetti voluti dall'agente ed effetti voluti dalla legge, rispetto all'attività vincolata, appare, ai fini dell'esercizio del potere del giudice civile chiamato a giudicare sul diritto soggettivo condizionato dall'atto amministrativo, del tutto irrilevante.

Si vedrà meglio *infra* come la collocazione dell'atto amministrativo in posizione di pregiudizialità rispetto al rapporto di diritto privato possa incidere sull'estensione del potere di disapplicazione, ma, quel che preme, in questa sede, rilevare è l'incompatibilità ontologica tra la tutela del diritto del privato e la qualificazione dell'atto come mero fatto, alla luce degli art. 2, 4 e 5 l.a.c.

Dando per acquisito il valore della tutela del diritto soggettivo come preminente rispetto alla conservazione degli effetti dell'agire dell'amministrazione, a) l'attribuzione all'atto amministrativo di effetti riflessi, b) la sua identificazione con quelli non voluti e c) la qualificazione del rapporto tra l'atto e i terzi titolari di situazioni soggettive originate da rapporti condizionati da tale atto come condizionato da un mero fatto⁷³, delineano una prospettiva non pienamente convincente, per le ragioni qui di seguito esposte.

⁷¹ Cfr. G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 28 ss.

⁷² Propugnata, come è noto, per la prima volta, in *Allgemeine Staatslehre*, J. Springer, Berlino, 1925.

⁷³ Come noto, per la sentenza, il dibattito sulla sua qualificazione alla stregua di mero fatto è stato animato, nel Novecento, a partire da E. ENRIQUES, *La sentenza come fatto giuridico*, Cedam, Padova, 1937 e sino agli studi di C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, Giappichelli, Torino, 1997.

Ogni qual volta l'atto amministrativo si ponga come antecedente logico rispetto alla fattispecie acquisitiva del diritto, in grado di condizionarne l'esistenza o il modo della sua esistenza, si sarebbe al cospetto – utilizzando la terminologia indicata – di effetti riflessi, cioè di effetti non direttamente voluti dall'Amministrazione, e quindi l'atto varrebbe alla stregua di un mero fatto, sottratto ad ogni spazio di valutazione da parte del giudice civile.

Sul punto, si ritiene utile riportare uno stralcio del pensiero autorevolmente espresso da Aldo Travi⁷⁴: «Vi sono infatti casi rispetto ai quali l'atto amministrativo 'presupposto' (in senso tecnico) rileva solo come 'fatto', e cioè si presenta in termini analoghi ad altre circostanze materiali dalle quali dipende la concreta connotazione del diritto soggettivo fatto valere in giudizio. In questi casi le previsioni dell'atto amministrativo sono rilevanti per identificare i contenuti del diritto soggettivo su cui verte il giudizio civile (tant'è vero che possono determinare l'esito del giudizio), ma la questione della legittimità di tale atto non lo è assolutamente. Si pensi, per esempio, al giudizio su un'indennità di esproprio, rispetto al quale è certamente 'rilevante' la destinazione urbanistica dell'area espropriata, che risulta impressa dallo strumento urbanistico vigente all'epoca dell'atto ablatorio: il privato che proponga opposizione all'indennità non può invocare l'illegittimità di questo strumento urbanistico per ottenerne la disapplicazione da parte del giudice e pretendere, sulla base di una disciplina urbanistica più favorevole, un'indennità più elevata. Ai fini della determinazione dell'indennità di esproprio è rilevante il contenuto della previsione urbanistica vigente: è alla stregua di esso che, in base alla legge, va liquidata l'indennità. La questione della legittimità di tale previsione è pertanto irrilevante nel giudizio civile.

Si noti che in casi del genere non è identificabile una deroga al potere del giudice civile di disapplicare l'atto amministrativo 'presupposto'. L'esclusione della disapplicazione non dipende da una norma processuale che limiterebbe i poteri del giudice civile; dipende invece dalla disciplina sostanziale, in forza della quale solo la previsione urbanistica stabilita nell'atto amministrativo può implementare il contenuto pratico di quel diritto.

Tutto ciò significa, proseguendo nell'esempio proposto, che il privato che intenda contestare la legittimità delle previsioni urbanistiche, ai fini della sua pretesa a conseguire una indennità di esproprio più elevata, deve necessariamente aver posto in discussione tali previsioni urbanistiche, impugnandole (tempestivamente) avanti al giudice amministrativo. È ragionevole ammettere che, quando sia stata proposta una impugnazione

⁷⁴ Cfr. A. TRAVI, *op. ult. cit.*, p. 17 ss.

del genere, in linea di principio il coordinamento fra i due giudizi si attui secondo le regole generali, e cioè applicando l'istituto della sospensione del processo civile [...]; alla nota 34, Travi precisa: «Allo stesso modo, a ben vedere, non troverebbe riconoscimento una pretesa al rilascio di un permesso di costruire in contrasto con le previsioni dello strumento urbanistico, ancorché illegittimo. Una pretesa del genere potrebbe ammettersi solo dopo che le previsioni urbanistiche illegittime siano state annullate, perché solo in tal caso verrebbe meno il contrasto con la disciplina urbanistica».

Mettendo da parte la confusione in cui talvolta la giurisprudenza è incorsa nella valutazione dell'atto come mero fatto⁷⁵, non sembra che questa impostazione contribuisca a chiarire come e quando il giudice civile possa disapplicare l'atto amministrativo.

Infatti, prima ancora di addentrarsi nella questione relativa alla qualifica di atto «presupposto», il che pone quella della sussumibilità dello scrutinio di compatibilità con la legge nella previsione dell'art. 34 c.p.c.⁷⁶, su cui *amplius* si dirà più avanti, sembra rilevare un'obiezione, di tipo sostanziale.

Se chi invoca la tutela del diritto soggettivo davanti al giudice civile è legittimato ad invocare la tutela dell'interesse legittimo rispetto all'atto presupposto illegittimo, davanti al giudice amministrativo, non si vede perché, qualora agisca solo davanti al primo non possa confidare nel suo potere di disapplicazione dell'atto viziato.

Considerando l'atto posto in rapporto di pregiudizialità rispetto alla fattispecie acquisitiva del diritto soggettivo, pare davvero arduo distinguere i casi in cui rilevi come mero fatto, cioè i casi in cui l'atto amministrativo «implementa il contenuto pratico di quel diritto»⁷⁷, dai casi in cui, invece, sia qualcosa di altro e diverso e, dunque, sia conoscibile, *incidenter tantum*,

⁷⁵ Cfr. Cass. 10 gennaio 2017, n. 276, secondo cui «Il potere di disapplicazione del giudice ordinario riguarda esclusivamente gli atti aventi valore provvedimentoale, seppure illegittimi, emessi dall'Amministrazione-autorità, dotata di un potere conferitole dalla legge, mentre gli atti amministrativi emessi in carenza di potere o nell'ambito di rapporti di diritto privato sono privi del valore suddetto e rilevano come mero fatto, sicché non necessitano di disapplicazione»; nella specie, la Cassazione ha corretto, *ex art. 384, comma 4°, c.p.c.*, la motivazione della sentenza impugnata nella parte in cui aveva erroneamente affermato la disapplicazione della dichiarazione di pubblica utilità in sanatoria resa in carenza di potere e rilevante, invece, come mero fatto da valutare nell'ambito della fattispecie illecita di occupazione illegittima.

⁷⁶ Sin d'ora, v., nel senso invece che l'art. 63, comma 2°, cit. esprima un principio generale, e rispecchi cioè il potere del magistrato di conoscere tutte le questioni del processo (cfr. art. 34 c.p.c.), v. S. MENCHINI, *Accertamenti incidentali*, in «Enc. giur.», IV, Treccani, Roma, 1995, p. 7 ss., e ID., *La tutela del giudice ordinario*, cit., p. 4915.

⁷⁷ Cfr., testualmente, A. TRAVI, *op. ult. cit.*, p. 18.

dal giudice civile.

Peraltro, è possibile considerare tutte le ipotesi in cui l'adozione di un provvedimento amministrativo o di un regolamento non sia in grado di incidere su situazioni soggettive rilevanti di un privato entro il termine previsto per la proposizione dell'impugnativa e, invece, a distanza di tempo, il privato manifesti invece l'interesse ad agire davanti al giudice civile per tutelare un diritto soggettivo che da quell'atto o regolamento o dalla sua illegittimità è inciso o condizionato.

Una dimostrazione della non del tutto convincente tenuta sistematica di questa impostazione si ricava dalla difficoltà di indicare quando, invece, l'atto amministrativo presupposto non sia un mero fatto e dai disorientamenti della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale, ogni qual volta si è al cospetto di un caso di c.d. pregiudizialità logica del rapporto amministrativo realizzato dall'atto rispetto al diritto soggettivo controverso, il giudice civile, in genere, dovrebbe arrestarsi ad accertare di quell'atto amministrativo solo la vigenza e le previsioni, senza spingersi a verificarne anche la legittimità, giacché l'atto amministrativo così rileverebbe sempre come "fatto".

In particolare, nelle controversie tra privato e P.A., diverse da quelle in cui la legge attribuisce al giudice ordinario la giurisdizione sull'impugnativa di atti amministrativi⁷⁸, ogni qual volta venga in gioco un atto amministrativo presupposto, nella sequenza di atti e rapporti che conducono alla esistenza del diritto soggettivo, allora l'atto rileverebbe come mero fatto, precludendo al giudice ordinario l'esercizio dello scrutinio *ex art. 5 l.a.c.*⁷⁹.

⁷⁸ V., ad es., Cass. 11 marzo 2021, n. 6895, secondo cui «la regolamentazione degli orari degli esercizi commerciali appartiene - salvo il potere di adozione, da parte del Sindaco e sulla base di un'adeguata motivazione che ne individui le sottese ragioni di tutela del pubblico interesse, di ordinanze contingibili ed urgenti, *ex art. 50*, comma 5°, del d. lgs. n. 267 del 2000, con limitati effetti spaziali e temporali - alla competenza esclusiva dello Stato, *ex art. 117*, comma 2°, lett. e), Cost., afferendo alla materia della tutela della concorrenza; ne consegue l'obbligo, per il giudice ordinario, di disapplicare le disposizioni degli enti locali che, in contrasto con l'art. 31, comma 1°, del d.l. n. 201 del 2011, modificativo dell'art. 3, comma 1°, lett. d-*bis*), del d.l. n. 223 del 2006, ai sensi del quale le attività commerciali sono svolte senza limiti e prescrizioni, anche per quanto concerne l'obbligo della chiusura, introducono limiti a tali orari. (Nella specie, la S.C., cassando la decisione impugnata e decidendo nel merito, ha annullato l'ordinanza ingiunzione emessa nei confronti di una società titolare di un locale per la somministrazione di alimenti e bevande, disapplicando le previsioni contenute nel regolamento del Comune di Ferrara, disciplinante tali attività ed asseritamente violato, che, sulla base della l.r. Emilia Romagna n. 14 del 2003, aveva imposto agli esercenti in detto settore il rispetto di fasce orarie di chiusura obbligatoria)».

⁷⁹ Cfr., da ultima, Cass. sez. un., 6 febbraio 2023, n. 3496, secondo cui «la responsabilità della pubblica amministrazione per il danno derivante dalla lesione dell'incolpevole affidamento - nella specie, ingenerato in relazione alla legittimità del piano provinciale

L'impressione è di trovarsi al cospetto di un artificio interpretativo utilizzato al solo fine di evitare il rischio di addentrarsi nel vaglio di legittimità dell'atto amministrativo, il che, però, sembra essere proprio quanto prescritto dalla lettera degli art. 2, 4, e 5 l.a.c.: secondo queste disposizioni, lo scrutinio di compatibilità tra atto amministrativo e legge, da parte del giudice civile, non incontra limitazioni di sorta, nel senso che la portata precettiva del combinato disposto delle norme *de quibus* parrebbe consistere nel garantire l'esercizio del relativo potere, nel processo civile, ogni qual volta l'esistenza o il modo in cui esiste il diritto soggettivo posto a fondamento della domanda "dipenda" da un atto amministrativo.

In altre parole, poiché non sembra affatto che il legislatore della l.a.c. abbia voluto porre un limite di scrutinabilità dell'atto amministrativo, qualora venga in gioco davanti al giudice civile come elemento condizionante il diritto soggettivo, non sembra ragionevole che la giurisprudenza si trinceri dietro lo "scudo" del fatto, per evitare di confrontarsi con l'esercizio dei poteri attribuiti dall'art. 5.

Come meglio si vedrà oltre, una specie di prova indiretta della bontà di questa riflessione si coglie dalla collocazione sistematica dei provvedimenti dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, nei casi in cui accertino la violazione di norme antitrust⁸⁰.

4. L'irrintracciabilità di limitazioni all'estensione dello scrutinio da parte del giudice civile di conformità dell'atto amministrativo alla legge

Dal combinato disposto degli art. 21 *octies* e 21 *nonies* l. 241/1990 si ricava che è «illegittimo» il provvedimento «adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza»; già M.S. Giannini⁸¹

delle attività estrattive, poi oggetto di annullamento in sede giurisdizionale - rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, in quanto il pregiudizio individuato non si pone quale diretta e immediata conseguenza dell'illegittimità di un atto o dello stesso esercizio del potere pubblico, bensì come effetto di un comportamento (attivo o omissivo) della pubblica amministrazione in cui il provvedimento amministrativo non rileva in sé (quale elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria), ma come mero fatto che ha dato causa all'evento dannoso»; Cass., sez. un., 12 aprile 2021, n. 9543, cit.; Cass., sez. un., 2 novembre 2018, n. 28053, cit.; Cass., sez. un. 6 febbraio 2015, n. 2244; Cass. 13 settembre 2006, n. 19659.

⁸⁰ Cfr., *infra*, Cap. II, § 9.1.

⁸¹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., p. 157 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, II, p. 235 ss.; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica*

aveva notato il farsi strada di una concezione secondo la quale l'illegittimità fosse «uno stato viziato tipico degli atti di pubblici poteri, costituiti dagli atti normativi e dagli atti amministrativi, compresi, tra questi, gli atti che lo stesso diritto positivo assimila loro», al contrario dell'«illegalità», che indicherebbe il contrasto dell'atto privato con la legge, cioè una situazione che può verificarsi soltanto in casi specifici, giacché è sufficiente, per escludere una violazione del diritto, che l'atto in regime di diritto privato sia conforme alla (idonea) volontà del suo autore o autori⁸²; l'«illegittimità», invece, tradizionalmente indicherebbe non solo la non conformità al diritto dell'atto amministrativo, ma, più specificamente, la rottura di un rapporto tra atto e legge del quale non è ammissibile una soluzione di continuità.

In altre parole, l'illegalità riguarda un atto che incontrerebbe nella legge soltanto un limite, mentre l'illegittimità concernerebbe un atto che nel rapporto con la legge ha il suo fondamento.

Come noto, anche le conseguenze sul piano sanzionatorio si configurano in modo differente e il loro esame esula dai limitati fini di questo studio.

È utile però ricordare che la formula rinveniente dagli art. 21 *octies* e 21 *nonies*, relativa alle possibili cause di illegittimità degli atti, sebbene introdotta nella l. n. 241/1990 solo in epoca recente, riprende, con moltissime similitudini, quella originariamente utilizzata nella l. 31 marzo 1889, n. 5992, per indicare i motivi per i quali era possibile ricorrere alla (allora) nuova IV sezione del Consiglio di Stato contro «atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante».

La violazione di legge è considerato un vizio di tipo residuale, nel senso che viene integrato ogni qual volta non ricorre un'ipotesi di incompetenza né di eccesso di potere; alla violazione di legge è generalmente ricondotta la contrarietà all'ordinamento eurounitario, anche nel caso in cui sia la legislazione interna a porvisi in contrasto.

La categoria della «violazione di legge», proprio per la sua residualità, comprende quella relativa ad una categoria di vizi sostanziali, ravvisabili

amministrazione, Giappichelli, Torino, 1967, p. 140, con il quale concorda G. CORSO, *Validità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1993, XLVI, p. 94; ma v. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., p. 92, per il quale, se la legalità è intesa in senso ampio e comprensivo, coincide con la legittimità, altrimenti vi è compresa. V. anche E. CANNADA BARTOLI, *Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in «*Foro it.*», 1955, IV, c. 201 ss.

⁸² Tradizionalmente, poi, alla illegittimità di un atto si fa corrispondere la lesione di un interesse legittimo ed alla illegalità la lesione di un diritto soggettivo, che, sola, poteva dare origine a responsabilità risarcitoria secondo la giurisprudenza precedente rispetto a Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, cit.

ogni qual volta le amministrazioni, quali che siano gli atti mediante i quali agiscono, violino il generale obbligo di rispettare le leggi, che le pone alla pari dei soggetti privati, anche quando un tale obbligo non corrisponda all'osservanza del principio di legalità nella valenza dell'indirizzo né evidenzi specifici profili di garanzia dei cittadini.

La formulazione letterale dell'art. 5 l.a.c. ha consentito di far coincidere il potere di disapplicazione con quello di annullamento, riconosciuto in via generale al giudice amministrativo.

Non si ravvisano, infatti, elementi sufficienti ad escludere che qualsiasi tipo di atto, regolamento o comportamento (con le precisazioni *supra* effettuate) possa essere oggetto dello scrutinio di compatibilità con la legge, di cui all'art. 5 l.a.c. e che tale scrutinio abbia la stessa sostanza di quello cui è chiamato *principaliter* il giudice amministrativo.

L'esercizio del potere di disapplicazione, però, si svolge *incidenter tantum*, il che impone di indagare: a) sul nesso di condizionamento che intercorre tra atto amministrativo e diritto soggettivo; b) sulla conoscibilità, da parte dell'autorità giudiziaria, del vizio che lo affligge.

Se l'atto, la sua esistenza, il suo vizio condizionano l'esistenza o l'inesistenza di un diritto soggettivo e questo condizionamento diventa controverso, nell'esercizio del potere giurisdizionale sui diritti soggettivi, proprio del giudice ordinario, deve essere compreso quello di disapplicazione.

CAPITOLO II

La funzione e il contenuto del potere di disapplicazione

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La cognizione del giudice civile sull'atto amministrativo *ex art. 5 l.a.c.* – 3. La disapplicazione dell'atto amministrativo la cui controversa legittimità è un fatto costitutivo, integrante un punto pregiudiziale, del diritto soggettivo azionato – 3.1. *Segue.* La disapplicazione nelle controversie sui diritti soggettivi tra privato e P.A. come soluzione al problema dell'estensione degli effetti della cosa giudicata alle questioni pregiudiziali in senso logico – 4. La disapplicazione dell'atto amministrativo presupposto. La c.d. disapplicazione incidentale – 5. Breve riepilogo dei risultati sinora raggiunti e alcune precisazioni – 6. La configurabilità del potere di disapplicazione nelle controversie su diritti soggettivi originate da attività *jure privatorum* della P.A. – 7. Le caratteristiche dello scrutinio operato dal giudice civile relativamente alla compatibilità dell'atto e del regolamento con la legge – 8. La disapplicazione dell'atto amministrativo presupposto nelle controversie del c.d. pubblico impiego privatizzato – 9. Alcune precisazioni sul rapporto tra il processo amministrativo sulla legittimità dell'atto e il processo civile in cui il giudice ordinario eserciti i poteri *ex art. 4 e 5 l.a.c.* – 9.1. *Segue.* La chiave sostanziale, gli spazi per l'applicazione della sospensione necessaria e una proposta finale.

1. *Premessa*

Gli art. 102, comma 1°, Cost., 1 c.p.c. e 2 l.a.c. forniscono elementi interpretativi sufficienti ad affermare la centralità del diritto soggettivo nel sistema della tutela giurisdizionale nell'ordinamento italiano.

La regola generale è nel senso dell'attribuzione della funzione giurisdizionale al giudice ordinario, ferma restando la possibilità che altri organi speciali esercitino la giurisdizione.

In un sistema che non conoscesse il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, probabilmente, non vi sarebbe necessità alcuna di previsioni come quelle degli art. 4 e 5 l.a.c.¹.

Nel nostro ordinamento, i casi di attribuzione del potere di

¹ Infatti, negli ordinamenti che ignorano il sistema del riparto e si fondano sulla giurisdizione unica, non si pone neppure la questione della disapplicazione.

annullamento dell'atto amministrativo al giudice speciale impongono l'adozione di accorgimenti, quali, appunto, il riconoscimento del potere di disapplicazione al giudice civile, funzionale a garantire la tutela del diritto soggettivo inciso dall'azione amministrativa².

Sennonché, come è stato *supra* ricordato, l'art. 4 l.a.c. e l'art. 7 c.p.a. non possono essere considerati espressione di un principio generale – quello dell'attribuzione della giurisdizione di legittimità al giudice amministrativo – vuoi sotto il profilo “quantitativo”, giacché ai sensi dell'art. 113, comma 3°, Cost., e dell'art. 2908 c.c. «la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa», e molte sono le ipotesi in cui può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici nei confronti delle pubbliche amministrazioni; vuoi sotto il profilo “qualitativo”, giacché, appunto, l'art. 5 l.a.c. attribuisce al giudice civile il potere di conoscere della compatibilità tra atto amministrativo e «legge», seppur ai fini del riconoscimento della tutela del diritto soggettivo.

Sotto il primo profilo, vengono in rilievo i casi, non sporadici, di c.d. giurisdizione piena del giudice ordinario sugli atti della pubblica amministrazione, vale a dire quei casi in cui il giudice civile decide con pieni poteri, e quindi con decisioni idonee al giudicato nei confronti della P.A., controversie aventi ad oggetto «determinazioni di pubblici poteri»³; d'altronde, non sembra neppure necessario riprendere le dense questioni relative all'evoluzione del pluralismo giurisdizionale, per cogliere come il giudice ordinario abbia visto accrescere, nel corso del tempo, gli spazi della giurisdizione piena nei confronti degli atti amministrativi, quasi di pari passo rispetto all'allargamento dei confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di diritti soggettivi.

Sotto il secondo, ma non secondario profilo, può essere utile tentare di indagare se il giudizio di conformità alla legge, cui è tenuto il giudice ordinario *ex art.* 5 l.a.c., possa dirsi qualitativamente analogo a quello che è chiamato a compiere il giudice amministrativo nei casi in cui eserciti l'azione di annullamento.

In questo contesto, il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo, anziché operare come elemento da cui trarre l'immanenza del riparto di giurisdizione, merita di essere inteso come indice della preminenza della

² Il potere di disapplicazione riconosciuto dagli art. 4 e 5 l.a.c. costituisce la prova della centralità della tutela del diritto soggettivo nel sistema della tutela giurisdizionale, quale portato dell'art. 2 l.a.c.

³ Cfr. F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena*, cit., p. 73 ss.; ID., *sub art. 1-4 l. n. 2248/1865*, cit., p. 1412 ss.

tutela del diritto soggettivo anche rispetto all'esercizio del potere pubblico; in altri termini, l'esistenza del potere di disapplicazione è funzionale a garantire la centralità, nell'ordinamento, della tutela giurisdizionale dei diritti affidata al giudice ordinario⁴.

In questa prospettiva si collocano le affermazioni secondo cui la P.A., «pur se svolge funzioni di imperio, è un soggetto di diritto come tutti gli altri e deve operare secondo principi di legalità e imparzialità (art. 97 Cost.): di fronte al potere giudiziario, ossia nel momento della tutela dei diritti e degli interessi, essa è in posizione di parità con gli altri soggetti dell'ordinamento, per cui deve essere assicurata al cittadino anche contro gli atti pubblici la completezza della protezione, mediante il controllo pieno, da parte degli organi giurisdizionali, della liceità delle scelte compiute (art. 24, co. 1, 103, co. 1, 113 cost)»⁵.

Il precedente capitolo è stato dedicato a tratteggiare il ruolo che gli art. 4 e 5 l.a.c. giocano sul versante della tutela civile dei diritti; l'obiettivo del presente capitolo consiste nell'individuare le modalità con le quali si compie la cognizione del giudice civile sull'atto amministrativo e i casi in cui l'art. 5 l.a.c., invece, non ha spazio (o si ritiene non abbia spazio), vuoi perché precluso da un'espressa previsione di legge, speciale e successiva, incompatibile, vuoi perché messo fuori gioco dalla necessità di tutelare diritti c.d. costituzionalmente perfetti (es. il diritto alla salute).

2. La cognizione del giudice civile sull'atto amministrativo ex art. 5 l.a.c.

Si è dato conto, nel precedente capitolo, della possibilità di applicare il potere di scrutinio ex art. 5 l.a.c. tanto nelle ipotesi in cui l'atto amministrativo costituisca il risultato dell'esercizio di prerogative pubbliche (atto *jure imperii*), quanto in quelle in cui la P.A. abbia agito *jure*

⁴ Secondo A. TRAVI, *La disapplicazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 4 s., «statisticamente risultano più frequenti i contributi sulla possibilità di ammettere una disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio amministrativo, profilo che appare di indubbia importanza per ricostruire la disciplina complessiva del processo amministrativo, ma che certamente è tutto interno ad essa e non riveste un rilievo più generale. Invece la disapplicazione da parte del giudice civile ha un rilievo più generale, se non altro perché rappresenta lo strumento istituzionale attraverso il quale il giudice civile esercita una cognizione anche sulla legittimità dell'azione amministrativa».

⁵ Cfr. S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, cit., p. 4896 s.

*privatorum*⁶.

In questo secondo gruppo di ipotesi, il rapporto giuridico sostanziale, di cui la P.A. è parte, ha origine con l'espressione di una volontà mediante un atto o un comportamento (che può essere anche di segno negativo, come, per esempio, in caso di silenzio dell'amministrazione). Si tratta dei casi in cui un atto amministrativo o un comportamento è esso stesso fonte del diritto soggettivo, nel senso che può essere costitutivo di un diritto soggettivo nei confronti della P.A. o, simmetricamente, può incidere su una situazione soggettiva di vantaggio già perfetta, provocandone la lesione e quindi la responsabilità civile dell'ente pubblico.

Inoltre, da un atto amministrativo possono nascere diritti anche in capo alla medesima P.A. che quell'atto ha posto in essere, come avviene, per esempio, qualora l'atto (o il comportamento) si inquadri in un negozio giuridico dal quale scaturisca l'obbligo di prestazioni corrispettive.

In questi casi, la funzione del processo civile non è di accertare la legittimità o la validità dell'atto, alla stregua delle regole sostanziali che sovrintendono alle modalità di sua estrinsecazione, ma quella di decidere sulla domanda di parte avente ad oggetto il diritto e quindi il rapporto da cui quel diritto scaturisce.

Oggetto della domanda e del conseguente giudicato sostanziale, in questi casi, non è l'atto amministrativo (*rectius*, la sua legittimità o validità), ma il diritto che si pretende lesa o la pretesa che da quel diritto scaturisce, e la lesione o la pretesa non sono date dalle norme disciplinanti l'atto o le regole per la sua adozione, ma dagli effetti che questo produce⁷. Il rapporto giuridico è inquadrato nell'ambito della disciplina sostanziale civilistica che lo regola e l'atto o il comportamento amministrativo sono valutati dal giudice ordinario, previa loro allegazione⁸, alla stregua delle norme civilistiche che a quel rapporto sono applicabili.

Sembra però ragionevole sostenere che, una volta affermata la centralità della tutela del diritto soggettivo, spetti al giudice ordinario, salve le ipotesi di giurisdizione esclusiva su diritti, accertarne l'esistenza e se per farlo occorre scrutinare la compatibilità tra atto amministrativo e legge che ne regola l'emanazione, l'ordinamento deve garantire questa possibilità.

A ben vedere, che l'atto sia (*jure imperii*) o non sia (*jure privatorum*) espressione del potere autoritativo della P.A., dovrebbe essere irrilevante,

⁶ Su questo profilo, v., *amplius, infra*, Cap. II, § 6.

⁷ Cfr. L. MONTESANO, *op. ult. cit.*, p. 45.

⁸ Ma per la riconducibilità al principio *iura novit curia* dei regolamenti, v. *supra* i riferimenti contenuti nel Cap. I, alla nota 35.

giacché comunque il giudice civile, investito della domanda sul diritto soggettivo, è chiamato a compiere lo scrutinio di conformità «alle leggi» sostanziali che regolano il rapporto e che disciplinano l'esercizio del potere o la manifestazione della volontà negoziale dell'ente.

Considerando l'amplissima formulazione dell'art. 5 l.a.c. e l'assenza di qualunque limitazione allo scrutinio, spettante dal giudice civile, di compatibilità rispetto alla legge, può forse rivestire qualche utilità formulare una classificazione, certamente suscettibile di ampliamento e ulteriori precisazioni.

Nelle controversie in cui l'atto o il comportamento sono fonte del diritto soggettivo, nelle accezioni appena indicate, la verifica del giudice avviene alla stregua delle norme civilistiche che regolano il rapporto e nei limiti della domanda e delle eccezioni proposte dalle parti.

In conformità con il pensiero espresso da Montesano⁹, sembra ragionevole affermare in capo al giudice civile il potere di valutare – secondo Montesano solo in via incidentale – se l'atto o il comportamento rispondano ai requisiti impostigli dalla legge perché sia produttivo di quegli effetti dai quali originano le conseguenze sostanziali.

Senonché, in relazione alla geometria del rapporto sostanziale che vede parte la P.A. e in cui rileva il diritto soggettivo oggetto della controversia civile, lo scrutinio di legalità rispetto alle norme che sovrintendono al potere di emanazione dell'atto o di adozione del comportamento può essere compiuto in via principale o incidentale.

Dall'analisi della giurisprudenza, la prima possibilità ricorre soltanto qualora, a fronte di un atto espressione dell'esercizio di un potere della P.A., la situazione soggettiva del privato sia comunque di diritto soggettivo e tale diritto scaturisca non dall'annullamento o dalla nullità dell'atto, ma dalla carenza di potere in concreto.

Nella pratica questi casi – definiti di disapplicazione in via principale – hanno prevalentemente riguardato la c.d. occupazione usurpativa¹⁰, in cui

⁹ Cfr. MONTESANO, *op. ult. cit.*, p. 47, il quale si limita a sostenere che tale scrutinio debba essere compiuto in via incidentale.

¹⁰ Sul punto, v. Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191, in «*Foro it.*», 2006, I, 1625, con nota di A. TRAVI e P. DE MARZO, *ibid.*, I, 2277, con nota di L. MARZANO, in «*Corriere giur.*», 2006, 922, con nota di A. DI MAJO, che ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, comma 1°, testo unico delle espropriazioni per pubblica utilità (d. lgs. 325/2001, trasfuso nell'art. 53, comma 1°, d.P.R. 327/2001), nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie relative ai comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati, non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere (in particolare, pertanto, è costituzionalmente illegittima la devoluzione alla giurisdizione esclusiva delle

per la tutela del diritto soggettivo il giudice civile è chiamato a compiere, in via principale, uno scrutinio relativo alle norme che disciplinano il *quomodo* dell'esercizio del potere, per ravvisarne la carenza¹¹.

Il giudice civile, chiamato ad accordare la tutela¹² del diritto soggettivo

controversie relative all'occupazione usurpativa, ma non anche quelle nascenti da ipotesi di occupazione acquisitiva). La Corte ha precisato che questa pronuncia riguarda l'art. 53, cit. esclusivamente nella sua valenza di norma attributiva della giurisdizione al g.a. e, pertanto, senza che in alcun modo possa esserne coinvolta la norma nella parte in cui - essendo applicabile l'art. 43 d.P.R. 327/2001 - presuppone la possibilità che sia sindacato dal g.a. l'esercizio, da parte della P.A., del potere di acquisire al suo patrimonio indisponibile l'immobile modificato.

¹¹ Sulla giurisdizione ordinaria in materia, v., da ultima, Cass., sez. un., 22 settembre 2022, n. 27748, secondo cui «in tema di conflitto di giurisdizione avente a oggetto una controversia relativa a un'ipotesi di c.d. sconfinamento — ossia nel caso in cui la realizzazione dell'opera pubblica abbia interessato un terreno diverso o più esteso rispetto a quello considerato dai provvedimenti amministrativi di occupazione e/o di espropriazione, oltre che dalla dichiarazione di pubblica utilità — ovvero di cattiva esecuzione dell'opera che abbia determinato un impedimento alla possibilità di utilizzo di terreni circostanti, l'occupazione, la trasformazione o comunque l'impossibilità di utilizzo costituiscono comportamenti di mero fatto, perpetrati in carenza assoluta di potere, che integrano un illecito a carattere permanente, lesivo del diritto soggettivo del privato (c.d. occupazione usurpativa), onde l'azione ripristinatoria e risarcitoria per il danno che ne è conseguito rientra nella giurisdizione del giudice ordinario»; in senso conforme, v. T.A.R. Salerno, sez. II, 15 novembre 2021, n. 2444, secondo cui «Nella materia dei procedimenti di espropriazione per pubblica utilità, ad eccezione delle ipotesi in cui l'amministrazione abbia agito nell'assoluto difetto di una potestà ablativa, sono devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva tutte le controversie nelle quali si faccia questione di attività di occupazione e trasformazione di un bene conseguenti ad una dichiarazione di pubblica utilità e con essa congruenti (peraltro, anche se i relativi provvedimenti siano stati annullati); restano invece attratte nella cognizione del giudice ordinario le ipotesi residuali in cui l'amministrazione abbia agito nell'assoluto difetto di una potestà ablativa, ossia i casi di occupazione c.d. usurpativa (nei quali manca la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera in ragione della quale è stata disposta l'occupazione di un fondo) oppure i casi di c.d. sconfinamento (che ricorre qualora la realizzazione dell'opera pubblica abbia interessato un terreno diverso o più esteso rispetto a quello considerato dal presupposto provvedimento di approvazione del progetto), poiché tali fattispecie non sono in alcun modo riconducibili all'esercizio di una potestà amministrativa, trattandosi, in altre parole, di meri comportamenti materiali tenuti in carenza assoluta di potere».

¹² Per equivalente o in forma specifica, consistente nel ripristino della situazione di fatto o nella restituzione, a mente dell'art. 1 del Protocollo addizionale della Cedu, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui, a fronte di un comportamento illegittimo della P.A., fonte di responsabilità aquiliana, deve riconoscersi al proprietario, rimasto tale, la tutela reale e cautelare apprestata nei confronti di qualsiasi soggetto dell'ordinamento (restituzione, riduzione in pristino dello stato dell'immobile,

leso dall'occupazione illegittima, per farlo deve verificare la compatibilità tra l'atto o il comportamento e le norme che quell'atto o quel comportamento disciplinano e limitano.

In questi casi, l'effetto, cioè la lesione del diritto soggettivo, dipende direttamente dalla violazione di legge, *sub specie* di carenza di potere in concreto, che affligge l'atto o il comportamento e l'oggetto della domanda si estende anche all'accertamento dell'inesistenza del potere pubblico e agli effetti pregiudizievoli che l'atto – illegittimo perché appunto adottato in carenza di potere – ha prodotto nei confronti del privato.

La definizione di «disapplicazione in via principale»¹³ opera nel senso che l'illegittimità dell'atto è un fatto costitutivo del diritto azionato con la domanda proposta davanti al giudice civile e, quindi, dovrebbe essere coperta dal relativo giudicato¹⁴.

provvedimenti di urgenza per impedirne la trasformazione ecc.), oltre al consueto risarcimento del danno, ancorato ai parametri dell'art. 2043 c.c. (cfr. T.A.R., Firenze, sez. I, 15 febbraio 2022, n. 174, in «*Riv. giur. edilizia*», 2022, I, p. 561; v., anche, Cass. 26 maggio 2022, n. 17017, secondo cui «In tema occupazione di terreno per finalità di edilizia residenziale pubblica, sovvenzionata e convenzionata, l'art. 3 l. 458 del 1988 (ancora applicabile alle fattispecie anteriori all'entrata in vigore del d.P.R. n. 327 del 2001), nella parte in cui prevede solo il risarcimento del danno, e non la restituzione del fondo, in caso di decreto di esproprio dichiarato illegittimo o di procedimento ablativo concluso in violazione dei termini e delle forme di legge, deve essere reinterpretato alla luce dei principi enunciati dalla cedu sull'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione, oltre che dell' art. 42 Cost. , sicché, a fronte della impossibilità di configurare un potere di acquisizione indiretta, non può ritenersi ancora operante il divieto di restituzione del bene al privato che lo richieda»).

¹³ Cfr. S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, cit., p. 4909; F. MATTASSOGLIO, *sub art. 5 Legge 20 marzo 1865, n. 2248 All. E.*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa: commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, a cura di G. Bonilini e M. Confortini, Utet, Torino, 2007, p. 211 ss.; in senso contrario, v. F. SATTA, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in «*Riv. trim. dir. proc. civ.*», 1965, p. 567 ss.; S. CASSARINO, *Problemi della disapplicazione degli atti amministrativi nel giudizio civile*, *id.*, 1985, p. 864 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 198 ss.; la convinzione di fondo di questi Autori riposa sulla considerazione per cui l'art. 4 l.a.c. non possa mai originare l'esercizio della disapplicazione, in modo conforme al pensiero di L. MONTESANO, il quale però non affronta espressamente il tema della disapplicazione in via principale ma, implicitamente, afferma che questa possa essere solo incidentale. Il giudice civile non potrebbe mai avere cognizione diretta del provvedimento amministrativo, perché la degradazione del diritto soggettivo conseguente all'esercizio del potere imporrebbe il controllo di legittimità esclusivamente in capo al giudice speciale. L'unica forma di disapplicazione sarebbe quella c.d. incidentale, su cui v. *infra*, Cap. II, § 4.

¹⁴ In effetti, se non si ritenesse assoggettabile al giudicato civile la questione relativa alla carenza di potere quale vizio dell'atto amministrativo, non si spiegherebbe quanto statuito

Si tratta di una interpretazione che impone di considerare delle conseguenze sistematiche: se si ammette che il giudice ordinario, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, possa conoscere con efficacia di giudicato della illegittimità, derivante da carenza di potere, dell'atto o del comportamento della P.A., seppur ai fini di pronunciarsi su una domanda avente ad oggetto un diritto soggettivo, dovrebbe ammettersi – per banali ragioni di coerenza – che, se il giudice ravvisasse il legittimo esercizio del potere, alla stregua delle norme che lo istituiscono e che lo regolano, sarebbe tenuto a rigettare la domanda e gli effetti del giudicato sulla legittimità dell'atto, che assurge a questione pregiudiziale logica, dovrebbero prodursi

da Cass., sez. un., 17 febbraio 2014, n. 3661, secondo cui «il giudicato amministrativo, di rigetto della domanda di annullamento di un decreto di espropriazione, non preclude al privato di far valere dinanzi al giudice ordinario la responsabilità dell'amministrazione, per danni cagionati da un comportamento materiale di apprensione e trasformazione del bene posseduto, compiuto in carenza assoluta di potere, in ragione della dedotta giuridica inesistenza della dichiarazione di pubblica utilità, dal momento che il giudicato, per quanto copra sia i vizi dedotti che quelli deducibili, si forma, normalmente, sulla mancanza nel ricorrente del diritto ad ottenere l'annullamento (costituente il bene della vita cui tendeva la domanda), non anche sulla inesistenza giuridica del medesimo atto, derivante dall'essere stato adottato dalla P.A. in carenza di potere, salvo il caso in cui il giudice si sia pronunciato anche su tale questione pur difettando, eventualmente, di giurisdizione»; Cass. 11 marzo 2021, n. 6895, cit., secondo cui «la regolamentazione degli orari degli esercizi commerciali appartiene - salvo il potere di adozione, da parte del Sindaco e sulla base di un'adeguata motivazione che ne individui le sottese ragioni di tutela del pubblico interesse, di ordinanze contingibili ed urgenti, ex art. 50, comma 5°, del d. lgs. n. 267 del 2000, con limitati effetti spaziali e temporali - alla competenza esclusiva dello Stato, ex art. 117, comma 2°, lett. e), Cost., afferendo alla materia della tutela della concorrenza; ne consegue l'obbligo, per il giudice ordinario, di disapplicare le disposizioni degli enti locali che, in contrasto con l'art. 31, comma 1°, del d.l. n. 201 del 2011, modificativo dell'art. 3, comma 1°, lett. d-*bis*), del d.l. n. 223 del 2006, ai sensi del quale le attività commerciali sono svolte senza limiti e prescrizioni, anche per quanto concerne l'obbligo della chiusura, introducono limiti a tali orari»; v., anche, Cass. 15 febbraio 2022, n. 4927, secondo cui «L'attività di meretricio non è illecita e, anzi, rientra tra le attività economiche, per cui non può esserne vietato l'esercizio se non attraverso una normativa statale. Deriva da quanto precede, pertanto, che non risponde alla finalità di regolamentare la circolazione stradale degli autoveicoli, onde evitare gli intralci alla circolazione mediante la eventuale imposizione del divieto di fermata degli stessi in una determina strada o zona (come consentito dagli articoli 6 e 7 del CdS), l'ordinanza sindacale con la quale si vieta la fermata su tutto il territorio comunale, se effettuata al fine di contrattare prestazioni sessuali a pagamento. (In applicazione del riferito principio la Sc ha confermato la pronuncia del giudice del merito che aveva ritenuto viziata per eccesso di potere e, quindi, disapplicato, annullando l'ordinanza ingiunzione irrogata per violazione dell'ordinanza stessa, atteso che il Comune non ha il potere di bloccare una attività che non può considerarsi illecita, adducendo che si vuole tutelare la sicurezza del cittadino, in quanto deborderebbe in una competenza esclusiva dello Stato, cui gli enti locali non possono sostituirsi)».

secondo le regole ordinarie¹⁵.

Il fondamento della disapplicazione, in queste ipotesi, risiede nella convinzione che solo nei casi di carenza di potere della P.A. l'atto o il comportamento origini un diritto soggettivo perfetto, sicché si ritiene ragionevole riconoscere al giudice civile il potere di disapplicare direttamente, cioè di conoscere direttamente della illegittimità – *rectius*, di questa sola speciale forma di illegittimità – dell'atto amministrativo e quindi, per le parti, la possibilità di ottenere un giudicato di annullamento, da parte del giudice civile, per inesistenza dell'atto.

Nella maggioranza degli altri casi, in cui l'atto amministrativo si ponga come fonte del diritto soggettivo, la giurisprudenza, anche quella che ammette l'esercizio del potere *ex art. 5 l.a.c.* nelle controversie tra privati e P.A., esclude l'esercizio del potere di disapplicazione perché, in realtà, la configurazione sostanziale del rapporto imporrebbe al giudice ordinario di conoscere in via principale della legittimità dell'atto¹⁶.

A ben vedere, la ragione che fonda la scelta della giurisprudenza civile di escludere – salvo rari casi – il potere *ex art. 5 l.a.c.* nelle controversie tra P.A. e privato pare consistere proprio nel corto circuito cui condurrebbe ammettere la cognizione del giudice ordinario sulla legittimità dell'atto amministrativo che si ponga in rapporto di pregiudizialità logica rispetto al diritto soggettivo azionato; per evitare di correre il rischio che il giudice conosca con efficacia di giudicato della legittimità dell'atto amministrativo, si finisce per ritenere vincolato il giudice al contenuto dell'atto, ora giustificando tale vincolo con l'impossibilità di travalicare i confini della propria

¹⁵ Su questi aspetti, legati alla struttura impugnatoria del giudizio riguardante la legittimità degli atti amministrativi, v. *infra*, il § successivo.

¹⁶ Cfr. Cass., sez. un., 31 dicembre 2018, n. 33688, secondo cui nel giudizio tra un privato e una P.A. non è precluso il potere del giudice ordinario di «esaminare incidentalmente il provvedimento amministrativo ai fini della sua eventuale non applicazione. Allo scopo - peraltro - devono ricorrere due condizioni oggettive: a) il provvedimento amministrativo non può venire in rilievo come fondamento del diritto dedotto in giudizio, bensì deve configurarsi quale mero antecedente logico, sicché la questione della sua legittimità si prospetti come pregiudiziale in senso tecnico; b) il provvedimento deve essere affetto da vizi di legittimità lesivi di diritti, mentre il sindacato è escluso con riguardo alle valutazioni di merito attinenti all'esercizio del potere discrezionale della P.A.»; sembra critica verso questa impostazione V. FANTI, *op. cit.*, p. 62 ss., la quale prende spunto dagli studi di R. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 45 ss., nonché dalla dottrina in tema di pregiudizialità, per affermare che, in realtà, ogni qual volta la legittimità dell'atto amministrativo si ponga in rapporto di pregiudizialità logica rispetto al diritto soggettivo, in realtà debba inquadrarsi tale questione nell'ambito delle questioni di giurisdizione.

giurisdizione, ora considerando l'atto alla stregua di un mero fatto¹⁷.

Senonché, questa impostazione soffre di alcune incoerenze.

La prima è rappresentata – come poc'anzi visto – dall'ammissibilità dello scrutinio di compatibilità tra atto amministrativo e legge nei casi in cui il fatto costitutivo del diritto sia l'esistenza di un vizio integrante una carenza di potere in concreto¹⁸.

La seconda è rappresentata dall'impossibilità di approntare una tutela effettiva per i diritti soggettivi derivanti da atti illegittimi della P.A., ogni qual volta l'atto non sia affetto da carenza di potere in concreto e non sia stato previamente annullato dal giudice amministrativo.

La terza consiste nel ricorso al labile criterio classificatorio dei diritti

¹⁷ Cfr. Cass., sez. un., 20 settembre 2019, n. 23536, cit.

¹⁸ Come ricordato da B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in «Dir. proc. amm.», 2011, p. 269 ss., «continuano ad appartenere al giudice ordinario “le controversie nelle quali l'atto nullo abbia preteso di incidere su un diritto soggettivo preesistente, mentre rimangono radicate innanzi al giudice amministrativo i casi in cui a fronte dell'atto nullo sussista un interesse legittimo pretensivo” (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 19/11/2008, n. 5456).

Di fronte alla praticabilità della via giurisdizionale ordinaria, occorre peraltro chiedersi se residui la facoltà di domandare in via principale al giudice amministrativo il riconoscimento della nullità dell'atto, quale forma di tutela aggiuntiva. In altri termini: se il privato possa scegliere di ottenere dal giudice amministrativo una sentenza dichiarativa della nullità malgrado la possibilità di far valere il proprio diritto soggettivo davanti ai tribunali ordinari. La risposta positiva discende dall'osservazione [...] secondo cui alla declaratoria della nullità consegue una vera eliminazione dell'atto non meno intensa e significativa del suo annullamento: l'interesse alla cancellazione dalla scena giuridica dell'atto, con tutto quel che ciò comporta in termini di impatto sul rapporto corrente con l'amministrazione, e la sicura possibilità di impiegare la tutela dell'ottemperanza per fronteggiare manovre elusive del titolare del potere [...], ben configurano l'interesse ad agire davanti al giudice amministrativo.

Questa conclusione è rafforzata dalla considerazione che anche i terzi possono dolersi della nullità di un provvedimento, e che, per essi, ha poco o punto valore la distinzione più su vista tra interesse pretensivo (giurisdizione ordinaria) e interesse oppositivo (giurisdizione amministrativa): si pensi soprattutto al caso del terzo che lamenta pregiudizio da provvedimento (concessorio, ammissivo, autorizzatorio ecc.) a favore di altro soggetto (confinante, concorrente ecc.). Malgrado che qui gli interessi fatti valere assumano tutti la forma dell'interesse oppositivo, non si vede come possa negarsi al terzo la legittimazione all'azione dell'art. 31 u. c. c.p.a. Ad esso poco gioverebbe, evidentemente, l'esercizio dei suoi eventuali diritti davanti al giudice ordinario in assenza di iniziative volte a rimuovere ufficialmente e definitivamente il provvedimento lesivo. Un provvedimento che non è tenuto per valido ed efficace solo dall'amministrazione, ma che, come tale, viene assunto da un altro privato, rispetto al quale la tecnica della disapplicazione mal funzionerebbe».

costituzionalmente protetti e non degradabili¹⁹, rispetto ai quali, invece, sempre sussisterebbe il potere del giudice ordinario di conoscerli e di disapplicare l'atto amministrativo²⁰.

¹⁹ Come ricordato già da G. VERDE, *op. cit.*, p. 66 s., a partire da Cass., sez. un., 9 ottobre 1979, n. 5172, in «*Foro it.*», 1979, I, c. 2302 ss., che, però, in realtà, utilizzò l'argomento della tutela del diritto alla salute per riconoscere in via mediata la tutelabilità dell'ambiente; v., anche, A. CARRATTA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in «*Riv. dir. proc.*», 2010, p. 27 ss.

²⁰ Cfr. Cass, sez. un., 8 novembre 2006, n. 23735, in «*Giust. civ.*», 2006, I, p. 2692, secondo cui «l'inibitoria con la quale il privato chieda nei confronti della pubblica amministrazione o dei suoi concessionari l'emanazione da parte del giudice di un ordine di interrimento della linea elettrica costruita e messa in esercizio a ridosso della sua abitazione per il pericolo alla salute derivante dall'esposizione al campo elettromagnetico, a causa della breve distanza, è devoluta alla cognizione del giudice ordinario: atteso che la pubblica amministrazione è priva di qualunque potere, ancorché agisca per motivi di interesse pubblico, di affievolire o di pregiudicare indirettamente il diritto alla salute, il quale, garantito come fondamentale dall'art. 32 cost., appartiene a quella categoria di diritti che non tollerano interferenze esterne che ne mettano in discussione l'integrità»; Cass. 29 marzo 2005, n. 6598, in «*Ragiufarm*», 2006, 92, p. 14 e in «*Rass. dir. farmaceutico*», 2006, p. 731, secondo cui «Il diritto alla somministrazione dei farmaci è attribuito agli utenti del S.s.n. dall'art. 8, commi 9 ss., l. 24 dicembre 1993 n. 537, con la mediazione del provvedimento, a carattere generale e conformativo (espressione di discrezionalità amministrativa e non meramente tecnica, considerata la valutazione del rapporto costi - benefici demandata all'amministrazione), dell'organo collegiale del Ministero della sanità (ora della salute) denominato Commissione unica del farmaco, competente alla formulazione del giudizio circa il carattere essenziale di un farmaco o la sua significativa efficacia terapeutica ai fini dell'inserimento nelle classi a) o b), comportante, rispettivamente, la somministrazione gratuita e il concorso dell'assistito alla metà della spesa, ovvero c), comportante, in linea generale e salva diversa previsione delle normative regionali, l'onere economico a carico dell'assistito. Pertanto, nel sistema delineato dalla legge - rispettoso del disposto dell'art. 32 cost., nella parte in cui, imponendo alla Repubblica la tutela della salute anche garantendo cure gratuite agli indigenti, contempla un diritto fondamentale condizionato, ai fini della determinazione dei suoi contenuti, alle scelte del legislatore, rispettose del nucleo irriducibile del diritto alla salute - il provvedimento amministrativo a carattere generale può essere disapplicato, ai sensi dell'art. 5 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, a tutela del diritto soggettivo alla prestazione dedotto in giudizio, ove risulti affetto da vizi di legittimità, restando preclusa alla giurisdizione, tanto ordinaria quanto amministrativa, la sostituzione delle valutazioni dell'amministrazione mediante un sindacato non circoscritto alla legittimità».

V., anche, nel senso che l'amministrazione deve essere convenuta davanti al giudice ordinario in tutte le ipotesi in cui l'azione costituisca reazione alla lesione di diritti incompressibili, come la salute, Cass. 7 febbraio 1997 n. 1187; 8 agosto 1995 n. 8681; 29 luglio 1995 n. 8300; 20 novembre 1992 n. 12386; 6 ottobre 1979 n. 5172; con riferimento all'integrità personale, v. Cass. 13 giugno 2006, n. 13659.

Peraltro, pronunciando nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., in una vicenda relativa alla emergenza rifiuti in Campania, la Cassazione ha affermato che, nelle

3. *La disapplicazione dell'atto amministrativo la cui controversa legittimità è un fatto costitutivo, integrante un punto pregiudiziale, del diritto soggettivo azionato*

Nei casi in cui la controversia intercorre tra P.A. e privato, la giurisprudenza esclude il potere di disapplicazione da parte del giudice civile; questi, in difetto di impugnazione davanti al giudice speciale, si limita a prendere atto dell'esistenza del provvedimento amministrativo e a decidere sulla tutela invocata senza metterlo in discussione²¹.

Come detto, questa impostazione sembra orientata ad evitare che la conoscenza dei vizi del fatto generatore del diritto soggettivo da parte del giudice ordinario finisca per fargli acquistare un potere di annullamento dell'atto, preclusogli dal sistema del riparto, cui in effetti concorre la stessa l.a.c.²².

materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice speciale, questo ha giurisdizione anche qualora siano coinvolti diritti fondamentali, quale, appunto, il diritto alla salute: v. Cass. 28 dicembre 2007, n. 27187.

²¹ Cfr. Cass., sez. un., 12 aprile 2021, n. 9543, cit.; Cass., sez. un., 2 novembre 2018, n. 28053, cit., che, come già ricordato, in caso di eccezione della P.A. relativa all'esistenza di un provvedimento autoritativo idoneo ad integrare un fatto estintivo, modificativo o impeditivo del diritto azionato dal privato nei suoi confronti, hanno escluso ogni margine di apprezzamento da parte del giudice civile in ordine alla sua illegittimità ed hanno quindi escluso l'esercizio del potere di disapplicazione.

²² Rispetto a quest'ultimo profilo, occorre effettuare una precisazione: tanto negli studi più risalenti quanto in quelli più recenti sugli art. 4 e 5 l.a.c., pare essere stato assunto, come punto di partenza, esplicito o implicito, la convinzione che la disapplicazione inerisca ai limiti interni della giurisdizione civile; di conseguenza, la sua operatività postula che la controversia in cui rileva tale potere abbia ad oggetto un diritto soggettivo, la cui tutela sia demandata al giudice ordinario; se, però, la pretesa scaturisce da un atto amministrativo, la cui legittimità integra una questione in rapporto di pregiudizialità logica (su cui si dirà meglio *infra*) rispetto al riconoscimento del diritto azionato davanti al giudice ordinario, questi deve arrestarsi perché non può sostituirsi a quello amministrativo; se la pretesa è qualificata alla stregua di diritto soggettivo, il giudice ordinario, secondo la giurisprudenza, si deve limitare a prendere atto dell'esistenza o dell'inesistenza dell'atto-provvedimento amministrativo e a giudicare se il diritto soggettivo esiste oppure no, al fine di decidere sulla domanda; diversamente, se la pretesa – alla luce della qualificazione sulla base del c.d. *petitum* sostanziale – è qualificata alla stregua di un interesse legittimo, allora ricorre un difetto di giurisdizione; secondo un'impostazione che pare consolidata in giurisprudenza e su cui v., per alcune indicazioni, A. TRAVI, *op. cit.*, p. 14 s., se l'atto amministrativo rileva nella causa nei termini della pregiudizialità «logica», rispetto al potere esercitato dall'amministrazione con tale atto, il privato è titolare di un interesse legittimo e pertanto la sua tutela giurisdizionale è demandata al giudice amministrativo; l'illegittimità dell'atto amministrativo, in questo caso, è l'oggetto del processo: v. Cass. 12 dicembre 2019, n. 32505, cit., dalla quale è stato escluso che il giudice ordinario

Infatti, la legittimità o la illegittimità del provvedimento devono essere intese, in questi casi, come la *causa petendi*, il rapporto giuridico dal quale nasce l'effetto dedotto in giudizio o, secondo altra convergente accezione, il fatto costitutivo del diritto fatto valere davanti al giudice, integrante il «punto pregiudiziale»²³.

Sennonché, qualora se ne ammettesse la conoscibilità da parte del giudice ordinario (*rectius*, si ammettesse il potere del giudice ordinario di trarre dai fatti allegati l'effetto caducatorio/demolitorio dell'atto), dovrebbe ammettersi anche l'estensione del relativo giudicato²⁴, in conformità con l'orientamento dominante che ne estende i confini oggettivi al rapporto giuridico fondamentale, dal quale trae origine la pretesa fatta valere²⁵.

possa esercitare tale potere nei giudizi in cui è richiesto il pagamento di prestazioni sanitarie erogate oltre il *budget* assegnato. La legittimità di tali provvedimenti è infatti una questione che dovrebbe essere conosciuta non *incidenter tantum*, ma in via principale: ciò che il giudice ordinario non può fare, in quanto solo il giudice amministrativo può sindacare in via principale la legittimità di un atto amministrativo; anche quando le sezioni unite hanno escluso che l'erroneo esercizio del potere di disapplicazione abbia determinato un vizio riconducibile ad una violazione dei criteri di riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, l'affermazione per cui «il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice ordinario può essere esercitato unicamente nei giudizi tra privati e nei soli casi in cui l'atto illegittimo venga in rilievo come mero antecedente logico, e non già come fondamento del diritto dedotto in giudizio» cela in sé la convinzione che se rileva il potere della pubblica amministrazione e la pretesa azionata è un mero effetto della illegittimità nell'esercizio di questo potere, allora il g.o. non può sindacarlo; cfr. Cass. 12 aprile 2021, n. 9543, cit., secondo cui, appunto, «nel giudizio promosso dal privato per la determinazione dell'indennità di espropriazione, costituisce *error in procedendo*, e non involge una questione di giurisdizione, bensì d'illegittimo esercizio di un potere interno alla giurisdizione ordinaria, la disapplicazione da parte della Corte di appello del decreto di esproprio in ragione di una presunta inefficacia della proroga della dichiarazione di pubblica utilità, in quanto l'ente espropriante che ha emesso il decreto disapplicato è parte del giudizio e su di esso si fonda il diritto azionato, laddove il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice ordinario può essere esercitato unicamente nei giudizi tra privati e nei soli casi in cui l'atto illegittimo venga in rilievo come mero antecedente logico, e non già come fondamento del diritto dedotto in giudizio».

²³ Come è noto, si ritiene, con riguardo alla questione pregiudiziale in senso logico (o punto pregiudiziale), che l'efficacia del giudicato copra, in ogni caso e pure in assenza di un'apposita richiesta, non soltanto la pronuncia finale ma anche l'accertamento che si presenta come necessaria premessa o come presupposto logico-giuridico della pronuncia medesima.

²⁴ Cfr., in tal senso, R. VILLATA, «Disapplicazione» dei provvedimenti amministrativi, cit., p. 78 ss.

²⁵ Si distingue in dottrina e anche in giurisprudenza tra pregiudizialità tecnica e pregiudizialità logica (cfr. S. SATTA, *Nuove riflessioni in tema di accertamenti incidentali*,

in «*Foro it.*», 1948, I, c. 65 ss.; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, I, Casa Editrice dott. Francesco Vallardi, Milano, 1959-60, p. 149) a seconda che il nesso di condizionamento sussista tra diversi rapporti giuridici ovvero tra singoli effetti di una medesima fattispecie più ampia. In base a tale impostazione, tra le due, soltanto la prima rientra nelle previsioni dell'art. 34 c.p.c.; di conseguenza, il giudicato si forma sulla questione pregiudiziale nella (sola) ipotesi in cui questa, per volontà della legge o delle parti, si trasformi in causa pregiudiziale, altrimenti la *cognitio* del giudice spiega un'efficacia limitata all'oggetto principale del processo; invece, la seconda determina un allargamento della sfera del giudicato (v. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 6° ed., Napoli, Jovene, 2021, p. 67 ss.; ID., *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in «*Riv. dir. proc.*», 1990, p. 386 ss, spec. 395 ss. e per riferimenti anche E. VULLO, *La domanda riconvenzionale*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 145 ss.).

In particolare, ove sia dedotto in giudizio un singolo diritto rientrante nell'ambito di una più ampia fattispecie, l'accertamento relativo al diritto si estende anche al rapporto fondamentale, automaticamente (v. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., p. 107, 120 ss., il quale, posto che «la pregiudizialità logica non rientra nell'art. 34 poiché non concerne l'accertamento che sta al di fuori dell'oggetto della pronuncia», indica quale esempio quello della domanda relativa ad un singolo debito o credito e quella relativa all'obbligo di restituire la cosa, che coinvolgono nell'oggetto del giudizio l'accertamento, rispettivamente, della esistenza e validità del rapporto giuridico dal quale traggono origine il credito o il debito, e l'esistenza del rapporto reale dal quale sorge l'obbligo alla restituzione) ovvero a seguito di contestazione del fatto costitutivo (v. S. SATTA, *Accertamento incidentale*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 243 ss.; ID., *Accertamenti incidentali, intervento e principi generali del diritto*, in «*Foro it.*», 1947, I, c. 29 ss.; ID., *Nuove riflessioni sugli accertamenti incidentali*, id., 1948, I, c. 64; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 146, secondo il quale conferma in tal senso proviene dagli artt. 12 e 13 c.p.c.).

Quello dei confini oggettivi del giudicato è comunque un problema di straordinario spessore teorico (cfr. G. VERDE, *Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità*, in «*Riv. dir. proc.*», 1989, p. 179, secondo cui «c'è anche da valutare con attenzione dove finisca [...] l'oggetto del giudizio e dove cominci la pregiudizialità (anche perché il tema si collega a quello, assai delicato, del giudicato implicito)» e ID., *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività della tutela*, cit., p. 48, secondo cui «le incertezze derivano dall'inesistenza di un metro obiettivo in base al quale possiamo stabilire dove è che finisce il merito della controversia e dove ha inizio la serie dei punti o delle questioni pregiudiziali»); sulla distinzione tra pregiudizialità logica e giuridica, v. già F. MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, (Wien, 1903), Giuffrè, Milano, rist. 1963, p. 103, secondo cui «la dipendenza logica tra due giudizi non è ancora la pregiudizialità; essa è soltanto un presupposto della pregiudizialità. [...] La pregiudizialità giuridica nasce dall'unirsi di un nuovo elemento alla pregiudizialità logica: e il nuovo elemento è l'eguale natura del giudizio pregiudiziale e del finale. Da ciò segue che tutto quello che è giuridicamente pregiudiziale è tale anche logicamente, ma non viceversa»; v., anche, L. MONTESANO, *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del codice di procedura civile*, in «*Riv. dir. proc.*», 1988, p. 303 ss. In giurisprudenza, nel senso che la questione pregiudiziale in senso logico è accertata con efficacia di giudicato, considerando che «un rilievo autonomo, in quanto destinato a proiettare le sue conseguenze giuridiche, oltre il rapporto controverso, su altri rapporti, al di fuori della causa, con la formazione della cosa giudicata a tutela di un interesse giuridico

L'oggetto del processo è rappresentato dalla declaratoria del modo di essere del rapporto sostanziale, mentre la questione relativa all'effettiva esistenza del potere e/o alla validità dell'atto hanno valore meramente pregiudiziale²⁶.

Quando il nesso tra un rapporto regolato dal potere amministrativo e gli effetti che da questo potere (*rectius*, dal suo cattivo uso) scaturiscono, dando origine a diritti soggettivi, diviene controverso, la giurisprudenza civile nega la conoscibilità del vizio dell'atto e, argomentando con l'impossibilità di utilizzare la disapplicazione nella controversia tra P.A. e privato (senza che tale affermazione abbia alcun addentellato positivo), in realtà sembrerebbe voler evitare di fronteggiare il vero problema, costituito dall'estensione oggettiva del giudicato sul diritto soggettivo²⁷ al rapporto

concreto, che trascende quello inerente alla soluzione della controversia nel cui ambito la questione è stata sollevata», v. Cass. 8 agosto 2022, n. 24427; Cass. 29 dicembre 2021, n. 41895, secondo cui «Qualora due giudizi tra le stesse parti si riferiscano al medesimo rapporto giuridico ed uno di essi sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento così compiuto in ordine alla soluzione di questioni di fatto e di diritto relative ad un punto fondamentale comune ad entrambe le cause, formando la premessa logica indispensabile della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza, preclude il riesame dello stesso punto accertato e risolto, senza che, ai fini della formazione del giudicato esterno sullo stesso, sia necessaria una domanda di parte volta ad ottenere la decisione di una questione pregiudiziale con efficacia di giudicato, atteso che la previsione dell'art. 34 c.p.c. si riferisce alla sola pregiudizialità in senso tecnico e non già a quella in senso logico giuridico. (In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto coperto da giudicato, pur in assenza della relativa eccezione, l'accertamento del contenuto di una convenzione, contenente il richiamo all'art. 2112 c.c., avente per oggetto la garanzia dei lavoratori ad essere riassunti da un Comune); Cass. 15 maggio 2018, n. 11754; Cass. 16 dicembre 2015, n. 25304, secondo cui «L'efficacia del giudicato copre anche la questione pregiudiziale in senso logico su cui si fonda la pronuncia, ossia il fatto costitutivo del diritto fatto valere, sicché ove il giudice abbia accertato la sussistenza di un credito, ancorché ceduto ed eccepito in compensazione, sussiste l'interesse ad impugnare della parte che contesti la sua qualità di debitrice ceduta».

²⁶ Cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 139 ss.; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 99 ss.; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in «*Riv. trim. dir. proc. civ.*», 1991, I, p. 215 ss., II, pp. 569 ss., specie 570 ss.; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 549 ss.

²⁷ È ovvio che il tema dei limiti oggettivi del giudicato e della loro estensione è amplissimo ed esula dai confini angusti della presente trattazione. In questa sede, si ritiene di far capo alla nozione di pregiudizialità logica accolta secondo l'orientamento dominante in giurisprudenza e maggiormente diffuso in dottrina, secondo cui la decisione del rapporto obbligatorio complesso, del quale è parte o dal quale trae origine il binomio pretesa-obbligo dedotto in giudizio, avviene, di regola, con autorità di cosa giudicata (sul punto, si rinvia ai noti studi di S. MENCHINI, *Limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 89 ss.;

Id., *Il giudicato civile*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, diretta da A. Proto Pisani, Utet, Torino, 2002, p. 81 ss.; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, cit., p. 215 ss., spec. p. 226 ss.; E. MERLIN, *Compensazione e processo. II. Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 133 ss.).

In particolare, ci si riferisce all'orientamento più estensivo, secondo il quale l'efficacia del giudicato copre l'accertamento, oltre che del singolo effetto fatto valere o della frazione del diritto per cui è domandata la tutela, anche del rapporto obbligatorio complesso, a condizione che il giudice, per decidere su quanto dedotto nel *petitum*, abbia preso posizione sull'elemento logicamente pregiudiziale.

Il criterio interpretativo è quello dell'antecedente logico necessario della pronuncia (secondo quanto riportato da F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Giuffrè, Milano, 2022, p. 156 ss.): «se il giudice, per statuire circa l'effetto fatto valere in giudizio, si è dovuto occupare dell'esistenza e qualificazione del rapporto a cui tale diritto appartiene, allora ciò che il giudice ha stabilito del rapporto forma giudicato ove venga in discussione, in un successivo processo, in altro diritto che appartiene allo stesso rapporto. Se però, per decidere del diritto, il giudice non ha avuto bisogno di occuparsi del rapporto, il giudicato non si forma».

Peraltro, se nel caso di giudicato di accoglimento la sentenza deve necessariamente esprimersi sul rapporto complesso, cioè sulla sua esistenza, validità e qualificazione, il che rende ragionevole l'estensione dei limiti della cosa giudicata, con le conseguenze in termini di effetto preclusivo e conformativo ben note, non è così nel caso di giudicato di rigetto, giacché è possibile che la tutela venga negata (sulla base del principio della ragione più liquida, ad es. accogliendo l'eccezione di prescrizione) senza che il giudice abbia avuto la possibilità o la necessità di occuparsi dell'esistenza, della validità e della qualificazione del rapporto complesso.

Chiaramente, i problemi si ridurrebbero se si dovesse propendere per l'orientamento restrittivo, che troverebbe espressa previsione nell'art. 34 c.p.c., secondo cui la cosa giudicata si forma soltanto sulla statuizione relativa al singolo diritto soggettivo fatto valere in giudizio come *petitum* e gli accertamenti relativi agli elementi integranti la fattispecie dell'effetto giuridico complesso, compreso il rapporto obbligatorio fondamentale dal quale il primo trae origine, sono compiuti *incidenter tantum*, ai soli fini della pronuncia sulla domanda proposta; questa impostazione risale al pensiero di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Jovene, Napoli, rist. 1960, p. 351 ss. e di F. MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., p. 33 ss., p. 99 ss. («L'uomo che ragiona costituisce determinati giudizi, sulla derivazione dei quali talvolta egli sa rendersi perfetta ragione e talvolta non sa, perché possono anche essere nati in lui quasi inconsciamente e in tal modo rappresentare la voce vaga d'un istinto. In logica diconsi pregiudiziali questi giudizi che formano il precedente della conclusione finale; e pregiudiziale è pure il raziocinio che il soggetto pensante si ponesse per giungere a loro», spec. p. 100); E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Cedam, Padova, 1937, p. 153 ss.; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Jovene, Napoli, 1979, I, p. 1013 ss.; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in «*Riv. dir. proc.*», 1991, p. 15 ss.; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in «*Riv. trim. dir. proc. civ.*», 1990, p. 475 ss., spec., p. 488 s.; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Cedam, Padova, 1985, p. 233 ss.; S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Cedam, Padova, 1999, p. 173 ss.; in tempi più recenti, anche per ampi

c.d. complesso, originato dal provvedimento amministrativo e dai vizi da cui è affetto.

La giurisprudenza erode, quindi, una porzione dell'oggetto della domanda e del giudicato sostanziale, stabilendo che il punto pregiudiziale è sottratto alla cognizione del giudice, il quale deve solo limitarsi a prendere atto dell'esistenza dell'atto amministrativo²⁸, senza poter trarre, dagli altri fatti integranti i suoi vizi, gli effetti che la legge prevede.

Leggendo "tra le righe" delle motivazioni, la scelta sembra giustificata dal fine di evitare le numerose e dense questioni²⁹ che si originerebbero ammettendo l'effetto di cosa giudicata civile, di tipo demolitorio o ripristinatorio, in una materia sottratta alla giurisdizione ordinaria³⁰.

In effetti, il rischio è alto, anche perché quella sulla legittimità e validità – così come sull'esistenza – del rapporto giuridico complesso, cioè quella che lega la P.A. al privato e da cui asseritamente origina il diritto soggettivo, potrebbe essere inquadrata nell'ambito delle c.d. fattispecie preliminari³¹ e, ove se ne ammettesse la conoscibilità (intesa nel senso di valutabilità) da parte del giudice civile, ben potrebbe essere oggetto di una sentenza su questione preliminare di merito riguardante non l'effetto giuridico in vista del quale è chiesta la tutela giurisdizionale, ma la «fattispecie giuridica» dalla quale l'effetto stesso trae fondamento³².

riferimenti, si rinvia a R. TISCINI, *Itinerari ricostruttivi intorno a pregiudizialità tecnica e logica*, in «*Giust. civ.*», 2016, p. 571 ss.

²⁸ Le questioni relative all'efficacia fidefacente dell'atto amministrativo e alla sua qualificazione alla stregua di prova (su cui v., da ultimo, M. GOLIA, *La circolazione dell'accertamento dall'atto amministrativo al processo civile: intorno alla categoria di «prova privilegiata»*, in «*Riv. trim. dir. proc. civ.*», 2021, p. 379 ss.) esulano dai profili relativi alla presente trattazione, giacché il tema degli effetti dell'atto è connesso con i requisiti di legittimità relativi alla sua formazione.

²⁹ Si pensi, ad es., al funzionamento della preclusione del dedotto e del deducibile nel successivo giudizio identico o dipendente da quello della sentenza della quale è fatta valere l'efficacia.

³⁰ Sebbene, per esempio, la parte rimasta estranea al giudizio sulla questione pregiudiziale possa sempre eccepire l'inopponibilità, nei propri confronti, del relativo giudicato (cfr., da ultima, Cass. 4 luglio 2022, n. 21089).

³¹ Tenendo presente che, qualora si considerasse il provvedimento amministrativo alla stregua di mero fatto, esso perderebbe la possibilità di essere oggetto autonomo del processo, giacché, come è noto, possono esserlo «soltanto situazioni soggettive sostanziali aventi la dignità e il rango di diritti soggettivi, mai meri fatti o norme (v. art. 24, primo comma, Cost.; art. 2907, primo comma, c.c.; artt. 81 e 99 c.p.c.)» (cfr. D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio delle fattispecie preliminari*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 145, ed ivi ulteriori riferimenti).

³² Sugli effetti del giudicato di questo tipo di pronunce, si rinvia allo studio di D.

Può essere utile a tal riguardo riprendere, seppur per rapidi cenni, il pensiero di Sassani³³, il quale, partendo dal presupposto per cui l'esercizio di una situazione potestativa esercitata dalla P.A. che adotta l'atto amministrativo *jure imperii* è assimilabile, sotto il profilo della effettività, a quella del privato, afferma che «l'efficacia della sentenza di annullamento si proietta in qualche modo sull'azione amministrativa, non risolvendosi esclusivamente nella demolizione dell'atto»; esistono effetti della sentenza ulteriori rispetto a quello meramente demolitorio conseguente all'accoglimento dell'impugnazione, «attraverso i quali in qualche modo incanalare il comportamento futuro dell'amministrazione» e sono ricondotti a quelli c.d. ripristinatori (comportanti l'obbligo di ricostruire l'assetto giuridico intercorrente tra l'amministrazione e il privato, «che sarebbe dovuto esistere se l'atto annullato non fosse stato emanato»), conformativi («fonte di vincoli e direttive per l'amministrazione a comportarsi per il futuro, provvedendo o non provvedendo in un dato modo») e preclusivi (idonei a «condizionare l'organo amministrativo sottraendogli la possibilità di riprodurre un atto affetto dagli stessi vizi già censurati dal giudice, con sostanziale vanificazione della decisione favorevole ottenuta dal ricorrente»).

In conformità rispetto a quanto affermato da Sassani, qualora la giurisprudenza civile non adottasse il predetto «sbarramento», sarebbe chiamata ad un accertamento giudiziale (nel senso di attività di «*positio inter partes* di una norma, di una *regula iuris*»), sulla base di una situazione di interesse e non di diritto soggettivo, quale oggetto immediato dell'accertamento stesso (p. 63 ss.); se «oggetto dell'accertamento dovrà considerarsi la *Normsituation*, vale a dire la regola (o regole) di qualificazione dei comportamenti delle parti secondo l'ordinamento e, di riflesso, la *Rechtslage*, vale a dire le reciproche posizioni delle parti», nell'ipotesi in cui sia stato giudicato dell'esercizio di una situazione potestativa di cui una delle parti risulta munita nei confronti dell'altra, il contenuto della sentenza non si esaurisce più nella sola rimozione dell'atto, ma si estende all'accertamento, che si pone come «norma *agendi* per le parti».

Se la sentenza di annullamento esprime anche un fenomeno di accertamento, che va ben oltre l'effetto meramente condizionante l'azione amministrativa o preclusivo, in quanto idoneo a porre e «giustificare gli obblighi positivi dell'amministrazione (obblighi di *facere*) e le corrispondenti pretese del privato, che trovano spesso fondamento nella sentenza di

DALFINO, *op. ult cit.*, p. 226 ss.

³³ *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Cedam, Padova, 1989, p. 107 ss.

annullamento e garanzia nel giudizio di ottemperanza», allora la sentenza, che abbia giudicato della legittimità della manifestazione di una situazione potestativa, proietta i propri effetti nell'avvenire e «fissa la concreta regola degli interessi in gioco», per ciò che riguarda sia il potere amministrativo sia quello privato; sicché, «fenomeni di accertamento sono da considerarsi anche la ricognizione della situazione di diritto assunta come fattispecie del potere (accertamento, questo, destinato a fare stato tra le parti, secondo la legge del giudicato), e la fissazione delle reciproche posizioni delle parti per ciò che riguarda i rispettivi, futuri obblighi e diritti».

La giurisprudenza, che non appare disposta ad affrontare il rischio di affidare la produzione di questi effetti al giudice civile chiamato a decidere sul diritto soggettivo nei confronti della P.A., nega che il giudice civile possa conoscere della legittimità dell'atto (con le eccezioni *supra* rappresentate) e, per giustificarlo, invoca l'impossibilità di disapplicare l'atto amministrativo.

3.1. Segue. *La disapplicazione nelle controversie sui diritti soggettivi tra privato e P.A. come soluzione al problema dell'estensione degli effetti della cosa giudicata alle questioni pregiudiziali in senso logico*

Lo “sbarramento” operato dalla giurisprudenza rispetto alla possibilità di conoscere della legittimità dell'atto amministrativo presupposto, nella controversia in cui questo (o il comportamento della P.A.) costituisca un antecedente logico necessario rispetto al diritto soggettivo controverso, sembra dipendere dal timore che il giudicato formatosi sulla coppia pretesa-obbligo dedotta in giudizio si estenda al rapporto complesso che lega la P.A. al privato e che dalla decisione scaturiscano obblighi conformativi a carico della P.A. soccombente.

Senonché, al di fuori dei casi in cui la legge attribuisce al giudice ordinario la giurisdizione di legittimità dell'atto amministrativo, le eccezioni³⁴ di matrice pretoria alla regola che sottrae la sindacabilità dell'atto amministrativo al giudice civile sembrano, per un verso, essere elementi sufficienti a dubitare della tenuta sistematica della soluzione offerta; per altro verso, l'indicazione della disciplina sulla disapplicazione quale motivo sul quale fondare l'impossibilità di sindacare l'atto amministrativo, nelle controversie sul diritto soggettivo che contrappongono P.A. e privato, sembra fraintenderne la portata.

Infatti, parrebbe essere proprio questo – quello, cioè, degli atti c.d. *jure imperii* dal cui vizio scaturisce un diritto soggettivo –, il contesto in cui

³⁴ V. *supra* il § precedente.

il combinato disposto degli art. 4 e 5 l.a.c. dovrebbe poter trovare piena operatività. Nel senso che, ogni qual volta il giudice civile, investito di una domanda sul diritto soggettivo, si trovi al cospetto di una fattispecie originata da un rapporto complesso tra P.A. e privato, da cui quel diritto asseritamente è originato³⁵, i poteri riconosciuti, in particolare, dall'art. 5 l.a.c. dovrebbero poter essere esercitati³⁶.

La locuzione «in questo, come in ogni altro caso» con cui si apre l'art. 5 l.a.c. dovrebbe poter contenere le ipotesi riconducibili all'art. 4 l.a.c., proprio cioè quelle in cui il giudice non può che limitarsi a conoscere degli effetti dell'atto, senza poterlo annullare («L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato»).

Il giudice civile dovrebbe poter esaminare la compatibilità dell'atto con la legge e rilevarne gli eventuali vizi, sulla base degli elementi emergenti *ex actis*, ove sia necessario ai fini dell'accertamento del diritto invocato.

La struttura che dovrebbe portare alla cognizione della questione relativa alla invalidità dell'atto amministrativo da cui origina il diritto potrebbe considerarsi assimilabile, *mutatis mutandis*, a quella che è stata affermata dalle sezioni unite n. 26242 e 26243 del 2014³⁷.

³⁵ Secondo i modelli *supra* classificati e che rientrano nella portata precettiva dell'art. 4 l.a.c.

³⁶ Nel senso che nel caso di «disapplicazione diretta», riferibile ai casi in cui il diritto soggettivo promana direttamente dall'atto amministrativo viziato, che ne è la fonte, occorra distinguere i casi in cui si sia in presenza di diritti fondamentali, quelli di «giurisdizione ordinaria esclusiva» e «i processi di condanna al risarcimento del danno provocato dall'illegittimo esercizio di pubbliche funzioni»; [...] «lo strumento della disapplicazione si risolve nel normale controllo di legittimità del provvedimento sotto il profilo dei canonici vizi; per contro, relativamente ad atti amministrativi che si affermano emanati al di fuori o in assenza di specifiche attribuzioni normative all'amministrazione, il sindacato consiste nella verifica della sussistenza dei presupposti legali per l'esercizio della funzione e, dunque, è circoscritto al vizio di carenza (o inesistenza) di potere», v. S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, cit., p. 4914.

³⁷ Cfr. Cass. 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in «*Foro it.*», 2015, I, c. 862 ss., con commento di S. MENCHINI, di A. PROTO PISANI, di A. PALMIERI – R. PARDOLESI, di S. PAGLIANTINI, di F. DI CIOMMO, di M. ADORNO; nonché in «*Giur. it.*», 2015, p. 71 ss. con commento di I. PAGNI, e *ibid.*, p. 1386 ss. con commento di M. BOVE, in «*Corriere giur.*», 2015, p. 225 ss., con commento di C. CONSOLO-F. GODIO; sul punto, v. anche A. GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato dalle sezioni unite*, in «*Riv. dir. proc.*», 2015, p. 1564 ss.; D. DALFINO, *Nullità del contratto e accertamento di fattispecie preliminari*, in AA.VV., *Studi in onore di Nicola Picardi*, a cura di A. Briguglio, R. Martino, A. Panzarola, B. Sassani, Pacini, Pisa, 2016, p. 769 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, in «*Riv. dir. proc.*», 2017, p. 41 ss.; per critiche rispetto all'orientamento precedente relativo all'estensione del giudicato nelle azioni di impugnativa negoziale, si rinvia a C. CONSOLO, *Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto: quanto*

Il giudice chiamato a decidere sul diritto soggettivo originato dall'atto amministrativo, se non ritenesse di rigettare la domanda sulla base di una ragione più liquida, avrebbe l'obbligo di rilevare d'ufficio – previa instaurazione del contraddittorio – l'esistenza di una causa di invalidità dell'atto amministrativo, anche per un motivo diverso da quello dedotto originariamente dalla parte.

Se il giudice civile dovesse ravvisare l'illegittimità dell'atto o del comportamento, dovrebbe poterne trarre tutte le conseguenze giuridiche, derivanti dal suo annullamento o dalla sua dichiarazione di nullità - come già avviene nei casi di carenza di potere in concreto indicati dalla giurisprudenza e nei casi in cui in gioco ci sia la tutela di un diritto costituzionalmente rilevante, quale quello alla salute -, in ordine all'esistenza e al modo di conformarsi del diritto, la cui tutela sia stata invocata.

Per evitare che la legittimità dell'atto o del comportamento amministrativo a monte e rientrante, al pari di una qualunque questione pregiudiziale in senso logico, nell'oggetto del processo sul diritto soggettivo a valle, rientri anche in quello del giudicato, gli art. 4 e 5 l.a.c. pongono un argine: in nessun caso l'accertamento della legittimità, validità, illegittimità, invalidità, annullabilità, nullità, inesistenza dell'atto amministrativo, su cui si fonda il *decisum* che abbia accolto o rigettato la domanda relativa al diritto soggettivo, può essere coperto dall'efficacia di giudicato che normalmente, invece, copre tutte le altre questioni pregiudiziali in senso logico³⁸.

A seconda dei casi, la domanda relativa al riconoscimento del diritto soggettivo potrà fondarsi sul preteso riconoscimento dell'attitudine dell'atto e produrre effetti oppur no e a seconda dei casi quegli effetti o la loro mancata produzione potranno incidere sull'esistenza e sul modo

e come devono essere ampi?, in «Corriere giur.», 2013, p. 184 ss.

³⁸ Come noto, nella impostazione di Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, cit., a seguito del rilievo officioso, il giudicato sulla invalidità del contratto si forma sia nelle ipotesi in cui le parti abbiano formulato esplicita domanda di accertamento incidentale, sia nel caso in cui le parti non abbiano richiesto l'accertamento della nullità e, in questa seconda ipotesi, il giudice può dichiarare la nullità del negozio, con l'eccezione delle nullità di protezione, nel caso in cui la parte dichiari di non volersene avvalere. Diversamente, nel caso in cui non vi sia stata rilevazione del motivo di nullità del contratto, non si forma alcun giudicato sulla validità del contratto.

È stato posto in evidenza come le sezioni unite abbiano evocato la *Begründungstheorie* del c.d. vincolo al motivo portante (cfr. A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen, der Rechtskraft im Rahmen Rechtlicher Sinnzusammenhänge: zur Lehre Über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozess*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1959, p. 75 ss.) su cui v. B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto*, cit., p. 158 ss.; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, cit., p. 226 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, cit., p. 50 ss.

di esistere del diritto soggettivo vantato dal privato: gli art. 4 e 5 l.a.c. sembrano funzionali a permettere al giudice civile l'esercizio pieno del proprio potere di accertamento sul diritto soggettivo, anche quando in gioco venga l'esercizio del potere autoritativo della P.A. e, per farlo e per evitare il rischio di sconfinamento, riducono i confini oggettivi della cosa giudicata – una volta formatasi – al mero binomio pretesa-obbligo³⁹.

Ai fini della concessione della tutela invocata per il diritto soggettivo del privato nei confronti della P.A., sembra ipotizzabile un sindacato pieno da parte del giudice civile funzionale ad accertare, *incidenter tantum*, a mente del funzionamento del comb. disp. degli art. 4 e 5 l.a.c., la sussistenza o l'insussistenza di vizi di ogni tipo, cioè sia formali che sostanziali, e quindi, a seconda dei casi, ad affermare l'effetto corrispondente⁴⁰.

³⁹ In senso contrario, però, v. A. TRAVI, *Recenti orientamenti della Cassazione in tema di disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice civile*, in «*Foro it.*», 2019, I, c. 1328 ss., secondo il quale «la distinzione fra pregiudizialità tecnica e pregiudizialità logica, richiamata in alcune pronunce della Cassazione per precisare che solo nel primo caso è consentita la disapplicazione, è utile e del tutto condivisibile, ma richiede una precisazione. Infatti, nel contesto che qui interessa non identifica una regola propria sulla disapplicazione, ma riconduce anch'essa al tema più basilare del riparto di giurisdizione. Se l'atto amministrativo rileva nella causa nei termini della pregiudizialità logica, rispetto al potere esercitato dall'amministrazione con tale atto il cittadino è titolare di un interesse legittimo, e pertanto la sua tutela giurisdizionale è demandata al giudice amministrativo. L'atto amministrativo, in questo caso, va impugnato, e non disapplicato, perché il giudizio lo concerne direttamente e pertanto con la contestazione della legittimità dell'atto viene fatto valere un interesse legittimo; [...]».

Senonché, questa impostazione parrebbe essere stata oggetto di rimeditazione, considerando quanto più recentemente sostenuto in Id., *La disapplicazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 21, in cui, rispetto alla disapplicazione disciplinata dall'art. 63 d. lgs. 165/2001, si legge: «In varie pronunce, infatti, è stata enunciata la distinzione fra il caso in cui la contestazione del dipendente, svolta nel giudizio civile a sostegno di una situazione di diritto soggettivo, si rivolga specificamente contro l'atto presupposto e il caso in cui tale atto rilevi in via meramente pregiudiziale: le contestazioni del dipendente che siano dirette in modo 'specifico' contro l'atto di macroorganizzazione dovrebbero essere fatte valere esclusivamente con il ricorso avanti al giudice amministrativo. Dal momento che in entrambi i casi si assume che sarebbe in corso una controversia su diritti, la distinzione a mio parere appare molto labile e rischia di diventare troppo sottile perché, invece di riguardare elementi oggettivi (la legittimità dell'atto amministrativo è contestata nell'uno come nell'altro caso), finisce col coinvolgere l'impostazione formale della domanda giudiziale, o addirittura i 'motivi' dell'azione. Certo è che, se si esamina la giurisprudenza civile, le situazioni fatte rientrare nel primo caso sono frequenti e viceversa le ipotesi di disapplicazione risultano più rare».

⁴⁰ Come ricordato da S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, cit., p. 221, «Il sindacato del giudice è pieno circa gli aspetti vincolati; questo è chiamato a compiere un controllo di legalità, che riguarda, oltre alle forme dell'atto e alle regole procedurali,

In nessun caso il giudice può sostituirsi all'amministrazione, esercitando direttamente il potere ed emettendo l'atto, giacché questi «dovrà limitarsi a verificare l'esistenza o meno del potere ed a controllare il rispetto o no delle modalità di esercizio del potere e, quindi, in caso di accertamento dell'inesistenza del potere o dell'esistenza della illegittimità, dichiarare l'inefficienza dell'atto a determinare il sorgere delle situazioni soggettive conseguenti, senza poter in alcun modo sostituire altra disciplina alla disciplina contenuta nell'atto illegittimo»⁴¹.

Esula dai confini di questa indagine preliminare lo studio delle tutele civili azionabili nei confronti della P.A. ma, in linea generale, sembra cogliersi un'interpretazione evolutiva nel senso che il giudice ordinario possa emettere contro le autorità pubbliche provvedimenti costitutivi e anche determinativi e non soltanto caducatori dell'atto, oltre che all'adempimento di obbligazioni pecuniarie, alla consegna di beni determinati o all'esecuzione di prestazioni di fare fungibili e infungibili, anche nelle forme inibitorie⁴².

È ovvio che l'affermazione della tutelabilità piena del diritto soggettivo ogni qual volta esso tragga origine o forma dal potere autoritativo della P.A. implica, secondo una visione prospettica, la necessità di arrivare ad ammettere l'esercitabilità di qualunque tipo di azione e la concedibilità da parte del giudice civile di qualunque tipo di rimedio.

È altrettanto evidente che la tutela del diritto soggettivo, a seconda dei casi, potrebbe passare – a titolo esemplificativo e non esaustivo – per l'eliminazione dell'atto amministrativo e per la surrogazione dell'amministrazione nell'emanazione di un nuovo atto o nella sua

i presupposti, ai quali la norma collega la nascita del potere, e la disciplina da essa predefinita. Per contro, gli spazi riservati alle valutazioni di opportunità dell'amministrazione sfuggono al sindacato diretto del giudice. La discrezionalità è soggetta al controllo giudiziale soltanto in modo mediato, tramite la figura sintomatica dell'eccesso di potere (compreso lo sviamento), sotto gli aspetti della ragionevolezza, della proporzionalità, della parità di trattamento, della coerenza con il fine pubblico tutelato dalla norma attributiva, ed altro ancora. Il merito amministrativo, nell'ambito del giudizio di legittimità, è del tutto insindacabile; non sono ammesse interferenze con gli spazi dell'azione amministrativa che la legge lascia liberi».

Su questi profili, v. anche *infra*, il § seguente.

⁴¹ Cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in «*Riv. dir. proc.*», 1991, p. 65; sul punto, pare sempre utile rinviare allo studio di R. ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, Cedam, Padova, 2003.

⁴² Si rinvia, sul punto, allo studio di S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, cit., p. 4900 ss.

modificazione; per la possibilità di emettere sentenze costitutive contro la P.A., funzionali vuoi alla rimozione o sostituzione dell'atto, vuoi alla surrogazione dell'amministrazione inerte; per l'emanazione di sentenze di condanna a prestazioni di *facere* o *non facere*, di consegnare o rilasciare beni determinati e in generale a mantenere un qualunque comportamento che sia funzionale a garantire al privato che ha ragione «tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire alla stregua della legge sostanziale».

Occorre comunque prendere atto che nella giurisprudenza civile si riscontra una nettissima chiusura rispetto alla possibilità che il giudice civile, esercitati i propri poteri di disapplicazione, sostituisca proprie valutazioni discrezionali a quelle dell'amministrazione⁴³, il che, al di fuori dei casi in cui l'attività amministrativa sia vincolata⁴⁴, pregiudica la concreta possibilità di conseguire rimedi diversi da quelli per equivalente.

Sotto altro profilo, sono ben note le relevantissime e dense questioni poste dalla correlazione tra esecutività della sentenza costitutiva e passaggio in giudicato formale nonché quelle relative ai rapporti tra statuizioni

⁴³ Cfr., tra le numerose, Cass. 12 luglio 2019, n. 18813, secondo cui «il provvedimento amministrativo di definizione della dotazione organica, necessario presupposto della misura di collocamento in disponibilità, è sindacabile da parte del giudice ordinario, e può essere disapplicato, nei casi in cui ne emerga l'illegittimità per violazione di legge o per eccesso di potere, al fine di valutarne l'idoneità ad incidere validamente sulle situazioni di diritto soggettivo che allo stesso risultano riconosciute, restando, tuttavia, insindacabili le scelte discrezionali relative alle esigenze di personale e alle corrispondenti qualifiche necessarie a soddisfarle»; Cass. 3 giugno 2015 n. 11487, secondo cui «Ai fini dell'esonero contributivo previsto dall'art. 40 r.d.l. 4 ottobre 1935 n. 1827, e dall'art. 36 *bis* d.p.r. 26 aprile 1957 n. 818, il requisito della stabilità dell'impiego è accertato, su domanda dell'interessato, dal ministro del lavoro con provvedimento che il giudice ordinario può disapplicare ove ne constati l'illegittimità, anche per eccesso di potere, sempreché non involga un sindacato sull'esercizio del potere discrezionale da parte della p.a.»; Cass. 2 agosto 2005 n. 16143, secondo cui, «Con riferimento al sindacato attribuito al giudice ordinario sugli atti posti in essere dalla p.a., il provvedimento amministrativo può essere disapplicato, ai sensi dell'art. 5 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, a tutela del diritto soggettivo alla prestazione dedotto in giudizio, ove risulti affetto da vizi di legittimità, restando preclusa alla giurisdizione ordinaria la sostituzione delle valutazioni dell'amministrazione mediante un sindacato non circoscritto alla legittimità; pertanto, in tema di violazioni del codice della strada, l'errore tecnico, imputato al ministero dei lavori pubblici nell'esercizio del potere di classificazione degli apparecchi elettronici di rilevazione della velocità può essere fatto valere dall'interessato solo per il tramite di un vizio di legittimità dell'atto (incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere), ma non domandando al giudice - eventualmente a mezzo di consulente tecnico - un sindacato di merito di tipo sostitutivo del giudizio espresso dalla p.a.».

⁴⁴ Il piano dei rimedi conseguibili esula dai limitati fini della presente indagine; v., comunque, *infra*, § 8.

condannatorie ed effetti costitutivi e, certamente, la proposta interpretazione degli art. 4 e 5 l.a.c. dovrebbe farvi i conti⁴⁵.

Nel senso che l'esclusione dell'attitudine al giudicato della risoluzione della questione pregiudiziale attinente al rapporto complesso tra P.A. e privato da cui scaturisce il diritto soggettivo di quest'ultimo potrebbe talora impedire, da un punto di vista pratico, la conseguibilità in forma coattiva del bene della vita accordato dal giudice ordinario, qualora si intendessero gli effetti esecutivi producibili solo con il passaggio in giudicato della pronuncia costitutiva.

Il tema appare di straordinaria complessità, ma può considerarsi

⁴⁵ Cfr., da ultima, Cass. 8 ottobre 2021 n. 27416, in «*Foro it.*», 2022, I, c. 662 ss., con commento di C.M. CEA, *L'esecutorietà della statuizione di condanna conseguente ad un capo costitutivo della sentenza: un problema in cerca di soluzione*, secondo cui «L'anticipazione in via provvisoria, ai fini esecutivi, degli effetti discendenti da statuizioni condannatorie contenute in sentenze costitutive, non è consentita, essendo necessario il passaggio in giudicato, soltanto nei casi in cui la statuizione condannatoria è legata all'effetto costitutivo da un vero e proprio nesso sinallagmatico (come nel caso di condanna al pagamento del prezzo della compravendita nella sentenza costitutiva del contratto definitivo non concluso) e nei casi in cui essa sia legata da un nesso di corrispettività rispetto alla statuizione costitutiva, potendo la sua immediata esecutività alterare la posizione di parità tra i contendenti; è invece consentita quando la statuizione condannatoria è meramente dipendente dall'effetto costitutivo, essendo detta anticipazione compatibile con la produzione dell'effetto costitutivo nel successivo momento temporale del passaggio in giudicato (nella specie, la Suprema Corte ha confermato la decisione di merito che aveva ritenuto valido titolo per l'esecuzione provvisoria del *dictum* giudiziale la condanna alla restituzione di un immobile pronunciata contestualmente alla declaratoria di nullità del relativo contratto traslativo)»; M.C. GIORGETTI, *L'esecuzione delle sentenze costitutive e considerazioni sulla reclamabilità dell'ordinanza ex art. 615, 1° comma, c.p.c.*, in «*Riv. esecuzione forzata*», 2019, p. 804; G. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Giuffrè, Milano, ed. agg. 2010, p. 308; ID., *Sentenze costitutive, condanne accessorie e provvisoria esecutorietà*, in «*Riv. trim. dir. proc. civ.*», 2005, 757; F. MARELLI, *L'esecutività della sentenza costitutiva è limitata ai soli capi di condanna accessori?*, in «*Riv. dir. proc.*», 2008, p. 1100 ss.; G. GUZZI, *Inadempimento a preliminare di compravendita ed effetti della sentenza di accoglimento della domanda ex art. 2932 c.c. non ancora coperta dal giudicato: un equilibrio difficile*, in «*Corriere giur.*», 2008, 350 ss.; C. CONSOLO, *Tipologie ed efficacia nel tempo delle sentenze costitutive - Il giudice civile e la pubblica amministrazione*, in *Spiegazioni di diritto processuale civile - vol. I: Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 51; M. FORNACIARI, *La provvisoria efficacia delle sentenze di accertamento e costitutive: una prospettiva possessoria*, in «*Giusto processo civ.*», 2012, p. 385; v., inoltre, l'ampio studio di R. ORIANI, *op. ult. cit.*; al tema, è stato dedicato anche il *Dialogos sulla giustizia civile* del 5 maggio 2012, organizzato dall'Università Roma Tre e intitolato *Provvedimenti costitutivi e capi di condanna* e avente ad oggetto *Provvedimenti costitutivi e capi di condanna Cass. 29 luglio 2011, n. 16737 e Cass. 22 febbraio 2010, n. 4059*.

plausibile che, qualora il giudice ordinario emetta nei confronti della P.A. una pronuncia costitutiva o comunque siano riconoscibili nella sentenza effetti costitutivi, derivanti dalla disapplicazione operata nei confronti dell'atto amministrativo, l'esecutività possa prescindere dal formarsi della cosa giudicata⁴⁶.

4. *La disapplicazione dell'atto amministrativo presupposto. La c.d. disapplicazione incidentale*

Qualora la controversia abbia ad oggetto un diritto soggettivo rispetto al quale la disciplina dettata dall'atto amministrativo costituisce un mero presupposto⁴⁷, nel senso che i suoi effetti, pur non essendone la fonte, ne condizionano l'esistenza e la morfologia, si ritiene generalmente operante il potere di disapplicazione *ex art. 5 l.a.c.*

L'espressione «in ogni altro caso» contenuta nell'art. 5 l.a.c. consente di affermare che tale potere riguardi non solo i casi in cui ci sia controversia «sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa», ma anche nei casi in cui la lite non verta in via principale sugli effetti dell'atto.

Si tratta quindi di tutte quelle controversie in cui le parti invocano la tutela di un diritto che si colloca in una catena di rapporti, uno dei cui anelli

⁴⁶ D'altronde, in assenza di un vincolo derivante dalla cosa giudicata, il potere della P.A. non si esaurirebbe e quest'ultima si troverebbe soltanto nella posizione di dover ottemperare all'ordine del giudice civile, in relazione alla tutela riconosciuta al privato. A ben vedere, anche il formarsi del giudicato di annullamento non è di per sé idoneo ad esaurire il potere della P.A., la quale, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche, può reiterare l'atto o la condotta annullata; su questi profili, specificatamente, cfr. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Cedam, Padova, 1989, p. 2 ss.; A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, in AA.VV., *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 46; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 595 ss.; F. SATTÀ, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 412, e, più di recente, lo studio di C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Cedam, Padova, 2005, p. 5 e di M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2018.

⁴⁷ Cfr. G. VERDE, *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività della tutela*, cit., p. 55; A. TRAVI, *La disapplicazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 11 s.; cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 255: «L'art. 5 [...] regola le ipotesi in cui, nella catena di questioni che il giudice ordinario deve risolvere per decidere una controversia, vi è anche la questione di legittimità di un atto amministrativo».

è rappresentato da un provvedimento amministrativo che, pur non essendo immediatamente lesivo o costitutivo del diritto oggetto della domanda, è rilevante per la definizione del giudizio: l'atto autoritativo, in altri termini, «fissa la disciplina e/o le condizioni di applicabilità del rapporto giuridico controverso», quindi rileva rispetto alla situazione giuridica del privato, ma non determina alcun tipo di affievolimento: in queste ipotesi, il provvedimento non integra il titolo della lesione subita dal privato, ma è soltanto un presupposto del fatto o del negozio che funge da elemento costitutivo, modificativo o estintivo del rapporto sottoposto al giudice civile, giacché è collocato alla base della condotta asseritamente illecita.

La questione di legittimità dell'atto amministrativo può qualificarsi pregiudiziale in senso tecnico e il meccanismo regolato dell'art. 5 l.a.c., con il suo corollario della dichiarabilità in via incidentale della non compatibilità con la legge, pare in armonia con quello dell'art. 34 c.p.c.

La disapplicazione c.d. incidentale riguarda i casi in cui l'atto amministrativo, ma anche il comportamento o il regolamento generale, danno origine a situazioni giuridiche soggettive che, a loro volta, possono rilevare come fatto costitutivo, modificativo, impeditivo o estintivo di altre situazioni giuridiche sostanziali, oggetto del processo⁴⁸.

La connessione sostanziale tra l'atto reso dalla P.A. e il rapporto giuridico controverso si realizza nel senso che la situazione originata dal primo rappresenta un fatto costitutivo del diritto azionato davanti al giudice ordinario, ovvero impeditivo, estintivo o modificativo: in un caso si è al cospetto della c.d. pregiudizialità-dipendenza, nell'altro della c.d. incompatibilità⁴⁹.

⁴⁸ Si tratta di un'impostazione già in parte anticipata da E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, cit., p. 178, secondo cui la disapplicazione opererebbe nelle controversie tra privato e amministrazione in cui il cittadino affermi di avere un diritto (in forza del quale si radica la giurisdizione) derivante da un provvedimento amministrativo, nelle liti tra privati determinate da concessioni di edificazione non rispettose delle norme sulle distanze, o ancora causate da attività svolte su conforme autorizzazione della pubblica amministrazione.

⁴⁹ Cfr. i tradizionali studi di S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., p. 87 ss.; ID., *Il giudicato civile*, cit., p. 76 ss.; G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 118 ss.; G. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Giuffrè, Milano, 1935, p. 68 ss.; S. SATTA, *Nuove riflessioni in tema di accertamenti incidentali*, cit., c. 65 ss.; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 149; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 62 ss.; ID., *Appunti sul giudicato civile*, cit., p. 395 ss. E. VULLO, *La domanda riconvenzionale*, cit., p. 145 ss.; A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, cit., p. 191 ss.

Nel senso che anche in caso di pregiudizialità logica sia applicabile il meccanismo dell'art. 34 c.p.c., v. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, cit., p. 233; ID.,

Come noto, nelle ipotesi di pregiudizialità c.d. tecnica, si è in passato⁵⁰ posto il problema se oggetto del processo e del relativo giudicato sia soltanto la situazione sostanziale dedotta in giudizio come *petitum* o se lo siano anche le situazioni soggettive che ne integrano la fattispecie.

L'interpretazione restrittiva propugnata da Chiovenda⁵¹ e, prima ancora, da Menestrina⁵², già rispetto al vigore del c.p.c. del 1865, è risultata prevalente⁵³ e recepita dal legislatore del 1940 con l'adozione dell'art. 34 c.p.c.

Dunque, fermo restando che il giudice civile ha il potere di esaminare ogni questione della quale dipenda la decisione della causa, quando l'oggetto del suo esame è costituito dall'atto/provvedimento amministrativo presupposto, nel senso *supra* indicato, l'accertamento non è coperto dall'autorità di cosa giudicata e la sua efficacia rimane circoscritta all'oggetto del giudizio nel quale è stato reso.

L'operatività della disapplicazione secondo lo schema dell'art. 34 c.p.c. consente di affermare che la questione relativa alla legittimità/validità dell'atto amministrativo, decisa *incidenter tantum*:

Domanda giudiziale, in *Digesto civ.*, VII, Utet, Torino, 1991, p. 36 ss., spec. p. 67; ID., *Il cumulo condizionale di domande*, I, cit., p. 481 ss.; S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale*, cit., p. 173 ss.; F. CARBONARA, *Questioni di merito e idoneità al giudicato*, in «*Riv. trim. dir. proc. civ.*», 2003, p. 683, spec. p. 688 s.; per una rassegna delle questioni che «possono sì condizionare l'ulteriore svolgimento del processo e il concreto soddisfacimento delle pretese fatte valere nel giudizio, ma non sono da sole sufficienti a determinare la definizione, seppur parziale», v. C. PUNZI, *Le questioni incidentali nel processo civile*, in «*Riv. dir. proc.*», 1987, p. 430 ss.

⁵⁰ Per la ricostruzione estensiva, funzionale cioè ad estendere i confini oggettivi del giudicato sino a comprendere la questione o lo stato pregiudiziale, v., con riferimento alla disciplina del codice del 1865, L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi della procedura civile*, IV ed., Casa Editrice dott. Francesco Vallardi, Milano, 1922, p. 99 ss.

⁵¹ Cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1965, p. 1153 ss.; ID., *Istituzioni*, I, cit., p. 351 ss.

⁵² Cfr. F. MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., p. 33 ss., p. 99 ss.

⁵³ Cfr. F. CARNELUTTI, *In tema di accertamento incidentale*, in «*Riv. dir. proc. civ.*», 1943, II, p. 17 ss.; S. SATTA, *Accertamenti incidentali, intervento e principi generali del diritto*, cit., c. 29 ss.; ID., *Nuove riflessioni sugli accertamenti incidentali*, cit., c. 64 ss.; L. MONTESANO, *In tema di accertamento incidentale e di limiti del giudicato*, in «*Riv. dir. proc.*», 1951, I, p. 329 ss.

A favore di ricostruzioni estensive, oltre a G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, p. 786 ss., spec. 866 ss., v. M. TARUFFO, *Collateral estoppel e giudicato sulle questioni*, I, in «*Riv. dir. proc.*», 1971, p. 651 ss. e II, *id.*, 1972, p. 272 ss., spec. 282 ss.; L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, II, Cedam, Padova, 1982, p. 119 ss., spec. 129 ss.; A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in AA.VV., *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, p. 188 ss.; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., I, p. 484 ss.

- resta impregiudicata e può essere oggetto di autonoma domanda davanti all'autorità giudiziaria amministrativa;
- qualora si ponga come pregiudiziale rispetto alla decisione sulla domanda, in un nuovo processo sul diritto soggettivo, nessun vincolo opererà per il secondo giudice dalla soluzione offerta dal primo⁵⁴.

Rispetto, però, alle opzioni offerte dall'art. 34 c.p.c., pare scontato precisare che la questione pregiudiziale *de qua* non può essere oggetto di domanda di annullamento o nullità davanti al giudice civile, il quale, in caso di sua proposizione, dovrebbe declinare la propria giurisdizione⁵⁵.

Come evidenziato dalla giurisprudenza⁵⁶, anche nei giudizi tra un privato e una P.A, affinché il giudice eserciti il potere di scrutinio di legittimità dell'atto e di eventuale disapplicazione, è necessario che il provvedimento amministrativo non venga in rilievo come fondamento del diritto dedotto in giudizio, ma si configuri «quale mero antecedente logico, sicché la questione della sua legittimità si prospetti come pregiudiziale in senso tecnico».

L'irrilevanza circa la qualità soggettiva delle parti coinvolte nella controversia, predicata dalle sezioni unite del 2018⁵⁷, è però smentita dall'orientamento numericamente più rilevante⁵⁸, nonché dalle stesse

⁵⁴ Cfr. S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., p. 78; ID., *I limiti oggettivi*, cit., p. 77 ss.; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, cit., p. 215 ss., spec. 233 ss.

⁵⁵ Con le ovvie esclusioni dei casi in cui la legge attribuisca proprio al giudice ordinario il sindacato di legittimità dell'atto amministrativo.

⁵⁶ Cfr., in particolare, Cass., sez. un., 31 dicembre 2018, n. 33688, cit.; v., anche, T.A.R. Roma, sez. II, 4 dicembre 2019, n. 13898, secondo cui «nei casi di competenza c.d. occasionale, il giudice ordinario ha il potere di disapplicare l'atto amministrativo riscontrato illegittimo, cioè di non tenere conto degli effetti da esso prodotti, e di decidere la controversia *tamquam non esset*. Vale a dire che l'esistenza, o la mera eventualità, di un giudizio amministrativo tra un privato e una Pubblica Amministrazione, vertente sulla legittimità di un certo provvedimento amministrativo, non preclude affatto, di per sé (proprio ai sensi dell'art. 5, l. n. 2248 del 1865), il potere del giudice ordinario di esaminare incidentalmente, ai fini della sua eventuale non applicazione, quel provvedimento amministrativo, che sia presupposto da altro atto lesivo di diritto soggettivo».

⁵⁷ E sostenuta in dottrina già da R. ALESSI, *Rilievi in tema di diniego di applicazione di atti amministrativi non conformi alla legge da parte del giudice ordinario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, cit., p. 132, nonché confermata da A. TRAVI, *Recenti orientamenti*, cit., c. 1330 s.

⁵⁸ Cfr. Cass. 4 luglio 2018, n. 17485, secondo cui «Il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice ordinario non può essere esercitato nei giudizi in cui sia parte la Pa, ma unicamente nei giudizi tra privati e nei soli casi in cui l'atto illegittimo venga in rilievo, non già come fondamento del diritto dedotto in giudizio, bensì come mero antecedente logico, sicché la questione venga a prospettarsi

sezioni unite del 2021⁵⁹, che hanno escluso l'operatività dell'art. 5 l.a.c. nelle controversie tra privato e P.A.; questa prevalenza si spiega con una semplice analisi empirica, dalla quale emerge come assai più frequentemente nelle controversie che contrappongono la P.A. al privato l'atto amministrativo (*rectius*, la sua illegittimità) sia la fonte dalla quale scaturisce il diritto soggettivo a valle⁶⁰.

5. Breve riepilogo dei risultati sinora raggiunti e alcune precisazioni

Secondo i risultati dell'indagine preliminare svolta, l'esercizio del potere di scrutinio *ex art. 5 l.a.c.* del giudice civile trova la propria fonte esclusivamente nell'affermazione di un diritto soggettivo alla cui formazione l'atto o il regolamento concorrono.

Sembra ragionevole ipotizzare che il rapporto intercorrente tra la P.A. e la parte che afferma l'esistenza del diritto soggettivo sia irrilevante ai fini dell'esercizio del potere di disapplicazione; tanto qualora il risultato dell'esercizio del potere, vale a dire l'atto o il regolamento, costituisca la fonte del diritto soggettivo, quanto nel caso in cui sia un semplice presupposto, sembra ragionevole riconoscere al giudice civile il potere di valutare la legittimità dell'atto, con il corollario per cui tale valutazione è sempre resa *incidenter tantum*: in conformità con la regola dell'art. 34 c.p.c., nei casi in cui l'atto o il regolamento diano origine ad una situazione giuridica che integra un presupposto del diritto; sottraendola alla copertura derivante dalla cosa giudicata, nel caso in cui il rapporto regolato dal diritto amministrativo (o la sua patologia dovuta ad illegittimità dell'atto) integri una questione pregiudiziale in senso logico.

Questa impostazione prescinde dalle qualità soggettive delle parti, nel senso che delinea una proposta di funzionamento degli art. 4 e 5 l.a.c. operante nelle controversie che contrappongono il privato ad una P.A. quanto in quelle tra privati incisi dal potere amministrativo.

In nessun caso l'accertamento della legittimità o dell'illegittimità dell'atto amministrativo può essere oggetto di domanda, rispetto alla quale il giudice civile dovrebbe declinare la propria giurisdizione⁶¹, salve le

come pregiudiziale in senso tecnico».

⁵⁹ Cfr. Cass., sez. un., 12 aprile 2021, n. 9543, cit.

⁶⁰ Cfr., infatti, la giurisprudenza menzionata *supra* e richiamata nel precedente Capitolo.

⁶¹ Occorre tener presente la rigidità dell'orientamento giurisprudenziale che, a fronte

ipotesi in cui la legge non gliela attribuisca espressamente, ai sensi dell'art. 113, comma 1°, Cost.; è invece possibile che la legittimità o l'illegittimità dell'atto sia fatta valere in via di eccezione, come peraltro ammesso dalla giurisprudenza.

Non sembrano esserci dubbi rispetto all'operatività officiosa dello scrutinio di compatibilità degli art. 4 e 5 l.a.c., purché l'atto amministrativo sia stato allegato e purché pure rientrino nella conoscibilità del giudice civile gli elementi fattuali dai quali scaturisce l'effetto viziante.

Sebbene la cosa giudicata venga "schermata" dall'operatività degli art. 4 e 5 l.a.c., sembrerebbe arduo negare la sussistenza dell'interesse ad impugnare il capo della decisione che abbia deciso il punto pregiudiziale

di una pretesa avente ad oggetto un diritto soggettivo scaturente dall'illegittimità di un provvedimento amministrativo, afferma, sulla base della teoria della prospettazione, la giurisdizione ordinaria, salvo poi sancire l'impossibilità di conoscere della illegittimità del provvedimento (che non sia stato previamente annullato dal giudice amministrativo) e, di conseguenza, negare l'esistenza del diritto soggettivo, che viene artificialmente degradato ad interesse legittimo (cfr., indicativamente, Cass. 15 gennaio 2018, n. 743, secondo cui «Il giudicato interno sulla questione processuale relativa alla devoluzione della controversia alla giurisdizione ordinaria non incide in alcun modo sulle altre norme, processuali e sostanziali, applicabili alla controversia in ragione della natura della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio; pertanto, nel caso in cui quest'ultima sia qualificabile come interesse legittimo, operano i limiti posti al controllo del giudice ordinario sugli atti amministrativi dall'art. 5 della l. n. 2248 del 1865, all. E, confermati, nella materia del lavoro pubblico, dall'art. 63, comma 1°, del d. lgs. n. 165 del 2001, con la conseguenza che resta esclusa la possibilità di disporre l'annullamento o la modifica degli atti di esercizio del potere non conformi a legge, la cui rimozione farebbe assumere alla situazione giuridica azionata la consistenza di diritto soggettivo». Nella specie, la Cassazione ha rigettato il ricorso e ha affermato che il ricorrente, nel far valere il diritto all'assunzione censurava la scelta, discrezionale, della P.A. di non procedere allo scorrimento della graduatoria; si veda, anche Cass., sez. un., 2 novembre 2018 n. 28053, cit., secondo cui «Nelle controversie per la corresponsione di indennità, canoni o corrispettivi relativi a concessioni di pubblici servizi, rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario ex art. 133, comma 1°, lett. c), c.p.a., ove la P.A. concedente eccepisca che la domanda di pagamento non sia dovuta in tutto o in parte in ragione dell'esistenza di un proprio provvedimento autoritativo, adottato sulla base di una previsione normativa, il giudice ordinario ha un potere di accertamento incidentale limitato alla sola esistenza di tale atto, nonché al rilievo dell'eventuale non riconducibilità a quest'ultimo del comportamento tenuto dalla P.A., ma non può, invece, sindacare la validità ed efficacia del provvedimento, sia perché il potere di disapplicazione ex art. 5 della legge n. 2248 del 1865, all. E, è esercitabile unicamente nei giudizi tra privati, sia perché l'accertamento sulla materia oggetto dell'eccezione della P.A. è riservato alla giurisdizione amministrativa esclusiva, estesa anche alle situazioni di diritto soggettivo, ciò che impedisce comunque di giustificare il potere di disapplicazione assumendone come oggetto l'esercizio in funzione della tutela del diritto soggettivo vantato con la domanda»).

e che rechi la valutazione sulla legittimità dell'atto amministrativo, da cui è scaturito l'accertamento circa l'effetto sul diritto soggettivo azionato⁶²; fermo restando che questi aspetti potranno essere approfonditi in altra sede, non si scorgono – a prima vista – né argomenti per precludere il potere di impugnare la relativa statuizione, ancorché insuscettibile di acquistare l'incontrovertibilità della cosa giudicata, né ragioni per escludere che l'effetto “schermante” degli art. 4 e 5 l.a.c. possa protrarsi per tutti i gradi di giudizio, al fine di garantire il più alto grado di accuratezza della decisione sul diritto soggettivo.

In ogni caso in cui, al fine di riconoscere la fondatezza della domanda avente ad oggetto un diritto soggettivo, ovvero la fondatezza di una eccezione⁶³, venga in rilievo la necessità di compiere lo scrutinio di compatibilità tra l'atto amministrativo e la legge, deve ritenersi gravante sul giudice l'onere di stimolare il contraddittorio, ai sensi del novellato art. 101 c.p.c.

Ogni qual volta il giudice civile disapplichì l'atto amministrativo ravvisandone l'illegittimità, al fine di riconoscere la tutela del diritto soggettivo, si pone la questione del rimedio conseguibile e della sua eseguibilità; se infatti si ammette la possibilità di conseguire, previa disapplicazione dell'atto, anche rimedi in forma specifica, si deve ammettere *a)* che il giudice possa condannare la P.A. ad un *facere* o ad un *non facere* e *b)* che la P.A. debba considerarsi tenuta ad eseguire e la sua inerzia sia perseguibile con le forme del giudizio di ottemperanza⁶⁴.

⁶² In conformità con l'orientamento che ammette l'impugnabilità del capo che abbia deciso sulla questione pregiudiziale in senso logico (v., tra le tante, Cass. 16 dicembre 2015, n. 25304, secondo cui «L'efficacia del giudicato copre anche la questione pregiudiziale in senso logico su cui si fonda la pronuncia, ossia il fatto costitutivo del diritto fatto valere, sicché ove il giudice abbia accertato la sussistenza di un credito, ancorché ceduto ed eccetto in compensazione, sussiste l'interesse ad impugnare della parte che contesti la sua qualità di debitrice ceduta»).

⁶³ Cfr., ancora, Cass., sez. un., 2 novembre 2018, n. 28053, cit., in cui, appunto, si dà conto di una eccezione della P.A. convenuta davanti al giudice civile ed avente ad oggetto l'esistenza di un provvedimento autoritativo volto a paralizzare la pretesa creditoria del privato.

⁶⁴ A favore di questa impostazione, con riferimento però limitato alla disapplicazione nell'ambito delle controversie di lavoro pubblico, v. R. TISCINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni di fronte al giudice ordinario (l'art. 68 del d. lgs. n. 80/1998)*, in «Riv. dir. proc.», 2000, p. 467 ss., spec. p. 485 ss.; *contra*, v. S. MENCHINI, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi nel pubblico impiego privatizzato*, id., 2002, p. 430, spec. p. 443, secondo cui l'interpretazione che esclude la vincolatività del *decisum* sulla disapplicazione, in virtù della sua natura incidentale, pare decisamente preferibile sul piano sistematico e, tuttavia, impone di escludere che – quando venga in gioco l'esercizio

A ben vedere, considerando l'esiguità del termine per la proposizione dell'impugnativa del provvedimento amministrativo e considerando altresì che i fatti in grado di concorrere alla lesione del diritto soggettivo possono occorrere anche quando i termini per l'impugnativa o per l'esercizio degli altri rimedi demolitori del provvedimento siano spirati, l'esercizio del potere di disapplicazione potrebbe addirittura configurarsi come essenziale (forse anche a mente dell'art. 24 Cost.) per garantire la tutela effettiva del diritto soggettivo.

Un esempio proveniente dalla giurisprudenza può contribuire a chiarire il punto.

Nel caso deciso da Cass., sez. un., 20 settembre 2019, n. 23536⁶⁵, era controverso il diritto soggettivo al rimborso delle prestazioni sanitarie, da parte di una concessionaria di pubblico servizio, sorto a seguito dell'erogazione di prestazioni – da sottrarre alle delibere e ai provvedimenti istitutivi del c.d. “tetto di spesa” – in favore di pazienti non residenti nella regione interessata, avvenuta in un tempo assai distante dall'adozione dei provvedimenti amministrativi.

La decisione di ritenere precluso il potere di disapplicazione, basata sull'astratta possibilità di impugnare i provvedimenti amministrativi davanti al giudice amministrativo, ha determinato il diniego di tutela del diritto soggettivo, in considerazione del fatto che, al momento dell'adozione di quei provvedimenti, la concessionaria non avrebbe avuto interesse ad impugnarli, non avendo ancora erogato le prestazioni ai pazienti fuori regione.

Esistono casi in cui la condotta della P.A. è assoggettata a scrutinio da parte del giudice civile senza che l'atto o il comportamento possa essere oggetto di valutazione di compatibilità *ex art. 4 e 5 l.a.c.*: si tratta delle

del potere autoritativo della P.A. – sia conseguibile un rimedio diverso da quello per equivalente.

⁶⁵ Cit. secondo la quale «la domanda con cui una concessionaria di un pubblico servizio sanitario chieda la condanna al pagamento di somme dovute quali corrispettivi per l'espletamento delle prestazioni a favore di soggetti provenienti da una regione diversa da quella ove operi, chiedendo la disapplicazione (e non l'annullamento) dei provvedimenti e delle delibere che, nel regime dei tetti di spesa sanitaria, vi hanno compreso anche l'espletamento di dette prestazioni, va proposta, secondo il criterio del *petitum* sostanziale, innanzi all'A.G.O., poiché la disapplicazione è potere in astratto interno alla sua giurisdizione, sebbene nella specie non esercitabile; il giudice ordinario deve decidere, pertanto, la controversia considerando validi ed efficaci i citati provvedimenti e delibere se ed in quanto non impugnati o non utilmente contestati presso l'A.G.A., titolare di giurisdizione esclusiva al riguardo, mentre, qualora siano *sub iudice*, è tenuto a sospendere il processo *ex art. 295 c.p.c.*».

ipotesi in cui l'atto o il provvedimento sono stati già oggetto di valutazione da parte del giudice amministrativo, il che riduce, secondo l'orientamento dominante – e fermo restando che il tema dei rapporti tra giudicato amministrativo e processo civile è meritevole di altra e approfondita analisi – la condotta della P.A. a mero fatto⁶⁶.

Senonché, rispetto a questi casi, qualche dubbio residua, in quanto nella giurisdizione generale di legittimità è vietato, al giudice amministrativo, sostituirsi all'amministrazione sul versante dei poteri decisori⁶⁷.

Poiché il sistema processuale vigente non consente il trasferimento al giudice del potere ampliativo, nei casi in cui la soddisfazione dell'interesse finale del ricorrente in sede di giudizio amministrativo passi necessariamente per il rilascio da parte dell'amministrazione del provvedimento richiesto, forse potrebbe anche ammettersi lo scrutinio – compiuto dal giudice civile – di compatibilità del comportamento inerte o contrario al comando dell'autorità giudiziaria amministrativa, al fine di accordare, per esempio, la tutela per equivalente⁶⁸.

⁶⁶ Cfr., da ultima, Cass, sez. un., 6 febbraio 2023, n. 3496, secondo cui «La responsabilità della pubblica amministrazione per il danno derivante dalla lesione dell'incolpevole affidamento - nella specie, ingenerato in relazione alla legittimità del piano provinciale delle attività estrattive, poi oggetto di annullamento in sede giurisdizionale - rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, in quanto il pregiudizio individuato non si pone quale diretta e immediata conseguenza dell'illegittimità di un atto o dello stesso esercizio del potere pubblico, bensì come effetto di un comportamento (attivo o omissivo) della pubblica amministrazione in cui il provvedimento amministrativo non rileva in sé (quale elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria), ma come mero fatto che ha dato causa all'evento dannoso».

⁶⁷ Il che, ai sensi dell'art. 34, comma 1°, lett. d), c.p.a., è consentito solo nei «casi di giurisdizione di merito»: cfr., criticamente, G. VERDE, *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, in «Dir. proc. amm.», 2010, p. 797.

⁶⁸ Si tratta, comunque, di profili che esulano dall'oggetto della presente trattazione e sui quali si rinvia ai classici studi di F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1964, spec. p. 150 ss.; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Cedam, Padova, 2001, p. 365 s.; cfr., anche, C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., 273; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi alla cosa giudicata*, cit., p. 526; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., p. 98 ss.; L. MAZZAROLLI, *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in «Dir. proc. amm.», 1998, p. 463 ss., spec. p. 471; G. VERDE, *Considerazioni inattuali su giudicato e potere del giudice*, in «Riv. dir. proc.», 2017, p. 17 ss., spec. p. 33; F. FRANCIANO, *Inerzia ed ottemperanza al giudicato: spunti per una riflessione sull'atto di ottemperanza*, in «Foro amm.», 1985, p. 746 ss.; G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in «Foro it.», 1989, III, c. 434 s.; B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela esecutiva*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 114 s.; S. MENCHINI, *I limiti*

6. *La configurabilità del potere di disapplicazione nelle controversie su diritti soggettivi originate da attività jure privatorum della P.A.*

Nei casi in cui la P.A. abbia agito nell'ambito di un negozio di diritto privato o comunque *jure privatorum*, costituisce un dato acquisito la possibilità di esercitare, nei suoi confronti, qualunque tipo di azione⁶⁹, anche qualora abbia espresso la propria volontà con un atto/provvedimento che, in tali casi, si considera di mera gestione o «paritetico».

In questi casi, il giudice è chiamato a qualificare l'atto (così come il comportamento) espressione della volontà della P.A. alla stregua della disciplina privatistica applicabile al rapporto⁷⁰.

A ben vedere, però, l'atto o il comportamento espressione della volontà negoziale della P.A. devono pur sempre ritenersi assoggettati, quanto al presupposto genetico per la loro adozione e alle caratteristiche che ne disciplinano gli effetti, al complesso di leggi sostanziali che attribuiscono e regolano il potere di adottarlo.

Occorre chiedersi se anche in questi casi, in cui l'atto non è adottato con finalità di tutela degli interessi pubblici e quindi non è espressione del potere autoritativo della P.A., compete comunque al giudice civile indagare sulla legittimità dell'esercizio del potere che ha determinato le conseguenze negoziali su cui si fonda la controversia.

Il giudice civile, chiamato a decidere sulla produzione dell'effetto costitutivo, modificativo o estintivo del rapporto e sulla conseguente esistenza di un diritto soggettivo, oggetto della pretesa del privato, inquadrerà la fattispecie secondo la disciplina civilistica volta per volta

oggettivi, cit., p. 192 ss.

⁶⁹ Cfr., indicativamente, Cass, sez. un., 13 aprile 1992, n. 4484, secondo cui «l'impegno di adottare determinate misure a salvaguardia del fondo altrui, che la pubblica amministrazione abbia contrattualmente assunto in sede di realizzazione di un'opera di interesse generale, può essere fatta valere dal proprietario di quel fondo davanti al giudice ordinario, anche al fine di ottenere una pronuncia di condanna all'esecuzione di dette misure, in considerazione della non applicabilità del divieto di cui all'art. 4 della l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E rispetto ad obbligazioni costituite a carico dell'Amministrazione medesima *iure privatorum*».

⁷⁰ Con il solo ben noto limite del requisito della forma scritta *ad substantiam* per i contratti conclusi dalla P.A.; cfr., da ultima, Cass., sez. un., 25 marzo 2022, n. 9775, secondo cui «deve rispettare il requisito della forma scritta *ad substantiam* imposto per i contratti stipulati dalla P.A., ai sensi dell' art. 17 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, anche la convenzione accessoria alla concessione di occupazione di suolo pubblico che sia il frutto di due distinti atti scritti delle parti (secondo lo schema della proposta e dell'accettazione *ex art. 1326 c.c.*), non trasfusa in un documento unico sottoscritto dalle parti».

applicabile, giacché, a monte, non è ravvisabile l'esercizio di un potere autoritativo.

Il rapporto giuridico di diritto privato, ancorché intercorrente tra enti di diritto pubblico, conserva piena autonomia rispetto ai provvedimenti amministrativi occorrenti per la manifestazione del consenso negoziale⁷¹, così come rispetto a quelli che contravvengono il principio del *neminem ledere*.

Sembrirebbe quindi che gli atti attraverso i quali la P.A. esprime la propria volontà siano sottratti al sindacato di legittimità, proprio degli atti amministrativi, e anche la mancanza di motivazione risulti irrilevante⁷².

Peraltro, il dato testuale dell'art. 63 d. lgs. 165/2001, recante l'espressa previsione del potere di disapplicazione del giudice del lavoro nelle controversie del c.d. pubblico impiego privatizzato, parrebbe costituire un argomento per escludere, in via generale, la praticabilità – e forse anche l'utilità – del potere *ex art. 5 l.a.c.* nelle controversie civili che coinvolgono P.A. che abbiano agito *jure privatorum*.

Può però essere utile considerare che l'espressione della volontà dell'amministrazione è pur sempre avvenuta secondo regole stabilite dalla legge, sicché non si può escludere che l'*iter* che ha condotto all'adozione dell'atto/provvedimento, pur nell'ambito di una relazione *jure privatorum*, possa essere conosciuto dal giudice ordinario⁷³.

⁷¹ Cfr. Cass., sez. un., 30 maggio 1991, n. 6158.

⁷² Cfr. Cass. 7 luglio 2022, n. 21574, secondo cui «I contratti conclusi dalla P.A. *iure privatorum* sono assoggettati alla ordinaria disciplina civilistica - sebbene, per la loro validità, sia sempre richiesta la forma scritta - con la conseguenza che il recesso può essere validamente espresso dall'ente pubblico in qualsiasi forma, purché pervenga nella sfera di conoscenza del destinatario, ed è sottratto al sindacato di legittimità, riservato agli atti amministrativi, anche per quanto riguarda l'obbligo di motivazione, essendo necessario e sufficiente che risulti effettuato in presenza dei presupposti previsti per il suo esercizio»; Trib. Cosenza 28 febbraio 2022, n. 381, secondo cui «La Pubblica Amministrazione quale conduttrice di un contratto di locazione di immobile adibito ad uso non abitativo concluso *iure privatorum* - può recedere anticipatamente da tale contratto soltanto in presenza di avvenimenti imprevedibili, sopravvenuti alla costituzione del rapporto e tali da rendere oltremodo gravosa la prosecuzione di esso, non potendosi apprezzare la legittimità del recesso in base all'esclusivo rilievo della natura pubblicistica delle determinazioni assunte dal soggetto conduttore».

⁷³ Cfr., infatti, Cass., sez. un., 13 luglio 2006, n. 15899, in «*Foro amm. C.d.S.*», 2006, p. 3012, secondo cui «Posto che la giurisdizione del giudice ordinario o di quello amministrativo deve essere in concreto identificata non già in base al criterio della soggettiva prospettazione della domanda, ma alla stregua del *petitum* sostanziale, ossia considerando l'intrinseca consistenza della posizione soggettiva addotta in giudizio ed individuata dal giudice stesso con riguardo alla sostanziale protezione accordata a

Può valere la pena, in prospettiva, riflettere sul fatto che la sottrazione al potere di disapplicazione degli atti adottati *jure privatorum* dalla P.A. appare frutto di una massima tralatizia, che sconta la matrice ideologica che ha contraddistinto l'evoluzione dell'interpretazione della l.a.c., ma non sembra avere alcun solido addentellato positivo.

Residua, infatti, il dubbio circa l'interesse che le parti del rapporto regolato *jure privatorum* potrebbero nutrire a far accertare dal giudice civile, *incidenter tantum*, l'illegittimità dell'atto espressione della volontà negoziale e a far sussumere le conseguenze di tale illegittimità – *sub specie* di inattitudine a produrre effetti – nell'ambito di quelle sul piano civilistico.

In giurisprudenza non si rintracciano indicazioni utili, se non in un paio di pronunce rese in sede di regolamento di giurisdizione, che, in via di *obiter dictum*, affermano la trattabilità, davanti «allo stesso giudice ordinario, ove tempestivamente dedotta nel rispetto del contraddittorio, anche della cognizione, *incidenter tantum*, di eventuali atti amministrativi illegittimi»⁷⁴.

Sembrirebbe però che l'esercizio del potere di disapplicazione si rintracci, con difficoltà e “sotto mentite spoglie”, in qualche controversia in cui la P.A. ha tentato di riformare la propria volontà negoziale con l'adozione di atti autoritativi, al fine di sottrarsi agli obblighi scaturenti dal negozio giuridico concluso.

È il caso di Cass., sez. un., 29 marzo 1989, n. 1540⁷⁵, in cui è stata

quest'ultima dal diritto positivo, va dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario a conoscere della domanda riguardante l'accertamento relativo all'intervenuta cessazione o meno di un contratto di locazione (con correlata richiesta di rilascio dell'immobile costituente l'oggetto) stipulato *iure privatorum* tra una p.a. (la Provincia, nella specie) ed un privato, siccome attinente alla prospettazione di mere posizioni di diritto soggettivo, con devoluzione allo stesso giudice ordinario, ove tempestivamente dedotta nel rispetto del contraddittorio, anche della cognizione, *incidenter tantum*, di eventuali atti amministrativi illegittimi»; v., anche, conforme, Cass. 5 aprile 1993 n. 4054.

⁷⁴ Cfr. Cass., sez. un., 13 luglio 2006, n. 15899; v., anche, Cass., sez. un., 5 aprile 1993 n. 4054.

Non deve trarre in inganno il *decisum* di Cass., sez. un., 29 marzo 1989, n. 1540.

In quel caso, infatti, gli effetti dell'adozione del provvedimento di revoca e la riscontrata «carenza di potere» in realtà derivano dall'applicazione, al caso di specie, delle regole civilistiche rilevanti per la fattispecie.

⁷⁵ La quale ha stabilito che «Qualora un ente pubblico, con riguardo ad un bene del proprio patrimonio disponibile, stipuli, *iure privatorum*, un preliminare di vendita, le correlative posizioni di diritto soggettivo del promissario acquirente non sono degradabili, per carenza del relativo potere, in base ad un provvedimento di revoca della deliberazione a contrattare sul presupposto della svantaggiosità del contratto (revoca rilevante solo come pretesa civilistica di recesso o di impugnazione del negozio), e, pertanto, restano tutelabili

affermata l'esperibilità dell'azione *ex art.* 2932 c.c. nei confronti della P.A. inadempiente rispetto all'obbligo di adempimento di un preliminare di compravendita; il provvedimento di revoca della delibera che aveva autorizzato la P.A. a contrattare è stato disapplicato – previa verifica della sua non conformità alla legge che avrebbe potuto attribuirne il relativo potere – e la domanda del privato ha così potuto essere accolta.

Più di recente, Cass., sez. un., 27 aprile 2017, n. 10413, ha stabilito che «la responsabilità precontrattuale della P.A. è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'esso è tenuto, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c.; in particolare, il recesso dalle trattative è sindacabile, ai sensi dell'art. 1337 c.c., ove l'ente predetto sia venuto meno ai doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza, in rapporto anche all'affidamento ingenerato nel privato circa il perfezionamento del contratto, a prescindere dalle ragioni che abbiano indotto il primo ad interrompere le trattative o a rifiutare la conclusione nel contratto»⁷⁶.

Tanto gli atti, quanto i comportamenti della P.A. che sia parte di un negozio di diritto privato, in questi casi, sono stati conosciuti ed esaminati dal giudice ordinario, il quale, ravvisatane l'illegittimità, per carenza di potere, ha valutato che fossero improduttivi di effetti, al fine di riconoscere la tutela del diritto soggettivo.

Ferma l'assimilazione tra atto e comportamento, nei termini e con il grado di approssimazione indicato *supra*, l'art. 4 l.a.c. consente al giudice ordinario di conoscere della lesione del diritto soggettivo provocata dall'agire della P.A., cioè da come la P.A. manifesta il proprio intendimento di regolare un rapporto, mediante azioni, omissioni e quindi comportamenti.

Sembrirebbe che il *quomodo* della manifestazione della volontà della P.A. possa essere sindacato, dal giudice ordinario, non – o quanto meno, non solo – alla stregua delle regole, nel caso che qui rileva, civilistiche, applicabili al rapporto, ma anche rispetto al complesso di regole sostanziali che all'espressione di quella volontà sovrintendono.

Lo scrutinio di compatibilità con le regole che disciplinano il potere della P.A. di esprimere la propria volontà negoziale è volto a verificare se

davanti al giudice ordinario, anche con domanda di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. non incidendo la sentenza, che tenga luogo del contratto non concluso, su attività pubblicistiche dell'amministrazione».

⁷⁶ Pubblicata in «*Foro it.*», 2017, I, c. 3693 ss., alla cui nota si rinvia per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

quella volontà è espressa genuinamente e se è in grado di incidere sulla regolazione del rapporto⁷⁷.

Se, dunque, si ammettesse che gli atti e i comportamenti amministrativi con cui la P.A. opera nell'ambito dei rapporti *jure privatorum* fossero scrutinabili dal giudice ordinario anche rispetto alla loro compatibilità con le regole sostanziali che disciplinano la loro emanazione o adozione, non si riscontrerebbero difficoltà ad ammettere l'operatività degli art. 4 e 5 l.a.c. anche nei casi in cui ad agire sia la P.A.⁷⁸.

⁷⁷ Questa ricostruzione pare in consonanza con quanto sostenuto da S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in AA.VV., *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione - Atti del Secondo Colloquio Fiorentino di Diritto Amministrativo (Firenze, 31 maggio 2019)*, a cura di C. Cudia, Giappichelli, Torino, 2020, p. 219, secondo il quale, nelle ipotesi di attività vincolata, «non è errato ravvisare la sussistenza di un rapporto obbligatorio, riconoscendo in capo al privato un diritto al provvedimento (e al bene della vita) e in capo all'amministrazione un obbligo a provvedere (e a soddisfare l'interesse del cittadino), rilasciando la dichiarazione di volontà necessaria a conformare la situazione di diritto al fatto cui la parte vuole attribuire rilievo, mediante la produzione degli effetti stabiliti dalla norma».

⁷⁸ Nelle ipotesi esaminate da Cass., sez. un., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596, in «*Foro it.*», 2011, III, c. 2387, con nota di A. TRAVI (e su cui v. M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in «*www.giustamm.it*», 28.3.2011), come è noto, è stato stabilito che la controversia nella quale il beneficiario di una concessione edilizia, annullata d'ufficio o su ricorso di altro soggetto in quanto illegittima, chieda il risarcimento dei danni subiti per avere confidato nella apparente legittimità della stessa, che aveva ingenerato l'incolpevole convincimento di poter legittimamente edificare, rientra nella giurisdizione del g.o., avendo ad oggetto un comportamento illecito della P.A. per violazione del principio del *neminem laedere*, cioè di quei doveri di comportamento il cui contenuto prescinde dalla natura pubblicistica o privatistica del soggetto che ne è responsabile e che anche la P.A., come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare; egli, pertanto, non è tenuto a domandare al g.a. un accertamento della illegittimità del suddetto comportamento, che ha invece interesse a contrastare nel giudizio di annullamento da altri provocato e che può solo subire; in ipotesi siffatte, il provvedimento di annullamento della concessione edilizia, da parte della P.A. viene scrutinato dal giudice civile, alla stregua dell'art. 5 l.a.c., compiendo un giudizio di compatibilità con le regole civilistiche della responsabilità aquiliana.

7. *Le caratteristiche dello scrutinio operato dal giudice civile relativamente alla compatibilità dell'atto e del regolamento con la legge*

Una volta delineata la proposta di individuazione dei confini e dei modi dell'esercizio del potere di valutazione di compatibilità del provvedimento amministrativo alla legge, può essere utile qualche riflessione sulla qualità dello scrutinio cui l'art. 5 l.a.c. chiama il giudice civile.

Il provvedimento amministrativo è l'atto conclusivo di un procedimento regolato dalla legge e rappresenta l'espressione di un potere sostanziale⁷⁹, attribuito dalla legge all'ente che quel provvedimento adotta; produce gli effetti previsti dalla legge e questi costituiscono, estinguono o modificano un rapporto giuridico amministrativo tra il soggetto pubblico, titolare del potere, ed il soggetto privato.

Si distinguono casi in cui la legge si limita a prevedere i presupposti del potere e riserva all'amministrazione il compito di effettuare la scelta tra interessi pubblici e privati diversi e di determinare la disciplina delle posizioni in conflitto, sulla base di autonome valutazioni di opportunità.

Si tratta dei casi in cui rileva la discrezionalità, la quale può riguardare sia l'*an*, sia il contenuto dell'atto⁸⁰.

Il potere può essere anche totalmente vincolato⁸¹, nei presupposti, nell'*an* e nel contenuto e in tali casi all'amministrazione spetta esclusivamente verificare la sussistenza dei fatti costitutivi e, in caso di esito positivo di tale indagine, emettere il provvedimento, il cui contenuto è interamente prestabilito: si realizza così l'interesse del privato.

Al fine di individuare in cosa consista il giudizio di compatibilità dell'atto amministrativo – espressione del potere – con la legge, cui è

⁷⁹ Gli studi sul potere amministrativo sono vastissimi e non possono essere richiamati ai limitati fini della presente indagine; tra quelli consultati, v. S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Cedam, Padova, 1956, p. 200 ss.; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., p. 165 ss., 172 ss.; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 101 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, I, Giuffrè, Milano, 2003, p. 797 ss.

⁸⁰ Cfr., per ampi riferimenti, A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., p. 60 ss.

⁸¹ Nel senso che in queste ipotesi non si sarebbe in presenza di un potere ma di un atto che dà origine ad un rapporto obbligatorio, v. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 3 ss., spec. p. 39 ss.; D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., p. 46 ss., spec. p. 66 ss.; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ed accertamento giudiziale*, cit., p. 37 ss.; A. PROTO PISANI, *Intervento breve per il superamento della giurisdizione amministrativa*, cit., p. 775 ss., spec. 781).

chiamato il giudice civile, sembra condivisibile quanto autorevolmente sostenuto da Menchini, il quale, sulla base delle conclusioni cui perviene la giurisprudenza⁸², ricorda che «il controllo del provvedimento ad opera del giudice [civile, ndA] è quello che di solito è consentito in sede di legittimità; perciò, la conformità dell'atto alla legge o al regolamento deve essere valutata sotto i profili non soltanto della incompetenza e della violazione di legge, ma anche dell'eccesso di potere»⁸³; prima ancora, con riferimento alle questioni poste dal riparto di giurisdizione in materia di pubblico impiego, Sassani aveva escluso che il parametro sul quale il giudice deve valutare se disapplicare l'atto presupposto illegittimo possa essere «un ipotetico diritto comune (diverso dal diritto amministrativo) perché il riferimento alla categoria della legittimità dell'atto impone una verifica di correttezza dell'azione amministrativa che non può consistere in altro che nella verifica di sussistenza di violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere»⁸⁴.

È ragionevole ritenere che tanto i vizi che determinano la nullità, la quale nel giudizio amministrativo può essere dedotta anche in via di eccezione ed è rilevabile d'ufficio (art. 31, comma 4°, c.p.a.), quanto quelli che attengono all'esistenza del potere e alle modalità del suo esercizio (veicolabili davanti al giudice amministrativo con l'azione di annullamento

⁸² Cfr. Cass. 15 febbraio 2022, n. 4927, cit.; Cass. 3 giugno 2015, n. 11487, cit.; Cass. 24 gennaio 2013, n. 1742, secondo la quale «Il g.o., nel giudizio di opposizione avverso ordinanza ingiunzione irrogativa di sanzione pecuniaria amministrativa, può sindacare sotto il profilo della legittimità, al fine della sua eventuale disapplicazione, il provvedimento cosiddetto presupposto, e cioè quello integrativo della norma la cui violazione è stata posta a fondamento di detta sanzione; tale sindacato tuttavia, anche sotto il profilo dell'eccesso di potere, deve restare circoscritto alla legittimità»; Cass. 18 dicembre 2008, n. 29728, in «Guida al dir.», 2009, fasc. 8, p. 63, secondo cui «Al fine della disapplicazione, in via incidentale, dell'atto amministrativo il giudice ordinario può sindacare tutti i possibili vizi di legittimità del provvedimento - incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere - ma non ha il potere di sostituire l'amministrazione negli accertamenti e valutazioni di merito che sono di sua esclusiva competenza»; Cass., sez. un., 26 maggio 1997, n. 4670, in «Foro it.», 1997, I, c. 2081 ss.; Cass., sez. un., 12 gennaio 1993, n. 270, in «Giur. it.», 1994, I, p. 102 ss.; tra le pronunce di merito, v. Trib. Perugia 27 giugno 2019, n. 1034, in «dejure.giuffrè».

⁸³ Cfr. S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, cit., p. 4913; in senso conforme, anche F. SATTA, *Giurisdizione ordinaria*, cit., p. 89; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 200; per una rassegna delle diverse posizioni sul punto, si rinvia allo studio di F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario*, cit., p. 73 ss.

⁸⁴ Cfr. B. SASSANI, *Giurisdizione ordinaria, poteri del giudice ed esecuzione della sentenza nelle controversie di lavoro con la pubblica amministrazione*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1999, p. 417.

ex art. 29 c.p.a.), possano essere accertati dal giudice civile, con le modalità *supra* indicate.

Poiché, però, l'accertamento compiuto *ex art. 5 l.a.c.* non è mai idoneo a determinare la formazione della cosa giudicata, in quanto per definizione reso *incidenter tantum*, ma è esclusivamente funzionale a garantire la tutela del diritto soggettivo, permettendo al giudice civile una cognizione piena sulla relativa fattispecie acquisitiva, non sembra proficuo, ai fini della indagine sulla disapplicazione, affrontare i complessi temi relativi all'oggetto del giudizio di legittimità⁸⁵.

Infatti, considerando la morfologia e la teleologia del combinato disposto degli art. 4 e 5 l.a.c., sembra ragionevole ritenere il potere di scrutinio di compatibilità con la legge, cui è chiamato il giudice civile, del tutto svincolato dall'onere di formulazione di motivi a carico delle parti⁸⁶, ma incentrato sulla tutela civile invocata rispetto al diritto soggettivo azionato.

D'altronde, anche nell'attuale contesto normativo del processo amministrativo è previsto un sistema di tutela che permette al ricorrente di modulare la domanda sulla base del contenuto della situazione soggettiva e della lesione da questa subita: si pensi all'art. 34, comma 3°, c.p.a., secondo cui «quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori»; si tratta di una disposizione avente portata generale e che può trovare applicazione ogni volta che il provvedimento abbia esaurito i suoi effetti, in relazione all'interesse del privato derivante dalla possibilità di ripetizione dello stesso atto⁸⁷.

Considerando che l'interesse materiale del privato consiste nel conseguimento delle utilità corrispondenti al diritto soggettivo, la cui esistenza è condizionata dalla legittimità o dalla illegittimità dell'atto amministrativo, la disapplicazione dovrebbe poter assurgere – *mutatis*

⁸⁵ Come noto, si contrappongono due principali teorie: secondo la prima, tradizionale, essendo il giudizio di annullamento di tipo costitutivo, oggetto del processo sarebbe il diritto potestativo – a necessario esercizio giurisdizionale - all'annullamento dell'atto; diversamente, il giudizio di annullamento avrebbe ad oggetto l'attività posta in essere dalla P.A.; si rinvia, in particolare, alle pagine di S. MENCHINI, *L'oggetto del giudizio*, cit., p. 226 ss. ed ivi per critiche ed ulteriori riferimenti.

⁸⁶ Secondo il modello di riferimento rappresentato da SU/26242/2014 e SU/26243/2014, cit.

⁸⁷ In questo modo, sembra avere trovato attuazione il principio di strumentalità: le tutele sono modellate sulla base del concreto atteggiarsi dell'interesse materiale fatto valere, essendo consentita l'emaneazione di ogni misura idonea alla piena reintegrazione della situazione sostanziale violata, compresa la condanna al rilascio di un provvedimento richiesto.

mutandis – al ruolo che il diritto potestativo⁸⁸ ha, secondo l'orientamento prevalente, nelle azioni di impugnativa di atti unilaterali, vale a dire quello di un mero strumento, che non è utile a tracciare i confini del giudicato sostanziale.

Se il motivo, nel contesto delle impugnative davanti al giudice civile, non è considerato – per lo meno non più – alla stregua di un elemento identificativo dell'azione⁸⁹, *a fortiori* può affermarsi che lo scrutinio di

⁸⁸ Cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., p. 324 ss.; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., p. 151 ss., 169 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti*, cit., p. 78 ss.; R. CAPONI, *Azione*, cit., p. 98-99; R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Limiti oggettivi del giudicato nelle azioni di impugnazione del licenziamento*, in «*Foro it.*», 2001, I, c. 3692 ss.; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 505 ss., spec. p. 537 ss.; nel senso che il diritto potestativo sarebbe un diritto meramente strumentale alla sottoposizione al giudice della cognizione sul rapporto e la cui funzione si esaurisce al momento dell'esercizio dell'azione, v. A. PROTO PISANI, *Appunti*, cit., p. 83 ss.; I. PAGNI, *op. ult. cit.*, p. 73 ss., p. 197 ss.; R. CAPONI, *L'azione di nullità*, in «*Riv. dir. civ.*», 2008, Supplemento, p. 59 ss., spec. p. 97; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., p. 189 ss.

⁸⁹ Anche nel contesto della giustizia amministrativa, l'evoluzione che ha condotto all'adozione del c.p.a. ha avuto come punto di partenza l'insoddisfazione per l'impostazione tradizionale che basava l'oggetto del giudicato sulla situazione giuridica del privato e sul motivo di annullamento, soprattutto nei c.d. giudizi di spettanza (cfr., sul punto, G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in «*Dir. proc. amm.*», 2001, p. 287 ss.; A. CARBONE, *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, *id.*, 2013, p. 864 ss.; M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in «*Dir. proc. amm.*», 2005, p. 557 ss.).

In particolare, a favore del processo amministrativo come processo sull'atto, con le conseguenze relative alla preclusione processuale del dedotto e del deducibile, collegata all'onere del ricorrente di dedurre tutti i vizi del provvedimento e alla preclusione procedimentale, che riguarda l'amministrazione, la quale, durante il procedimento preparatorio dell'atto, ha l'onere di allegare tutti i fatti costitutivi ed impeditivi che possono assumere rilievo, senza poter introdurli nel successivo processo giurisdizionale di annullamento del provvedimento ovvero a fondamento di un nuovo atto, v. M. CLARICH, *Giudicato*, cit., p. 115 ss., p. 124 ss., p. 181 ss.; *Id.*, *Tipicità delle azioni*, cit., p. 557 ss., spec. p. 572 ss.

Si possono individuare diverse impostazioni: secondo un primo orientamento, accanto all'effetto di annullamento, esiste un momento dichiarativo ed uno, dal contenuto corrispondente, ordinatorio. Pur senza giungere a sostenere l'ammissibilità di un provvedimento di condanna all'emanazione dell'atto (azione di adempimento), è stato valorizzato il contenuto di accertamento della pronuncia, allo scopo di porre un vincolo al futuro svolgimento dell'azione amministrativa, favorendo, in questo modo, il riconoscimento di una tutela pienamente soddisfattiva anche per le situazioni soggettive di carattere pretensivo (cfr. M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Atti del XXVII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*

compatibilità *ex art. 5 l.a.c.*, compiuto dal giudice civile, sia svincolato non solo dall'azione esercitata⁹⁰, ma anche dall'onere di specifica indicazione del vizio che determina l'illegittimità.

In altri termini, la mera allegazione delle circostanze di fatto in grado di determinare, quale conseguenza giuridica, l'illegittimità dell'atto amministrativo, dovrebbero considerarsi sufficienti affinché il giudice possa esercitare d'ufficio lo scrutinio di compatibilità dell'atto alla legge e, nel caso, disattenderne gli effetti sulla base dell'accertamento incidentale della sua illegittimità.

Di conseguenza, qualora la parte invochi l'esistenza di uno specifico vizio a fondamento del suo interesse a far disapplicare l'atto, non sembra essere affatto precluso al giudice il potere di accertarne l'illegittimità sulla base di altri e diversi elementi⁹¹, ferma restando, come già precisato, la necessità di rispettare il principio del contraddittorio *ex art. 101 c.p.c.*

(Varenna 17-19 settembre 1981), Giuffré, Milano, 1983, p. 63 ss., spec. p. 70; ID., *L'appello nel processo amministrativo*, Giuffré, Milano, 1960, p. 25 ss.; P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di un provvedimento*, in «*Riv. trim. dir. pubbl.*», 1981, p. 19 ss.).

Secondo un'altra visione, funzionale a dare stabilità al giudicato, è stato identificato il suo oggetto, anziché nel diritto potestativo, nel rapporto giuridico amministrativo ed è stata affermata la piena fungibilità dei motivi di ricorso, unitamente all'onere della pubblica amministrazione di dedurre tutti i fatti giuridici capaci di giustificare la legittimità del provvedimento, eventualmente integrando, anche nel corso del giudizio, la motivazione, mediante nuove ragioni e nuovi elementi di fatto già esistenti al momento dell'atto oppure sopravvenuti nel corso del processo, al fine di giustificare la preclusione del dedotto e del deducibile (cfr. A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Giuffré, Milano, 1960, p. 161 ss., 195 ss., 215 ss., 277 ss., 445 ss.).

Sulla scorta delle vicende giurisprudenziali e normative che hanno interessato la giurisdizione amministrativa a cavallo degli anni duemila, si è ritenuta ammissibile l'azione di condanna all'adozione del provvedimento illegittimamente negato e si è riconosciuto al giudice, in relazione agli interessi legittimi pretensivi, il potere di valutare la spettanza dell'atto, fermo restando il principio della preclusione del deducibile, collegato all'onere di addurre nel procedimento o, al più tardi, nel processo ogni motivo di diniego della pretesa dal ricorrente (cfr. G. FALCON, *op. cit.*, p. 287 ss.; A. CARBONE, *op. ult. cit.*, p. 864 ss.; M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 557 ss.; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Giuffré, Milano, 2002, p. 170 ss., 644 ss.).

⁹⁰ Nel senso che l'erroneo esercizio del potere di disapplicazione, al di fuori cioè delle controversie tra privati, integri un *error in procedendo*, v. Cass., sez. un., 12 aprile 2021, n. 9543, cit.

⁹¹ È ovvio che questo inquadramento pone il problema relativo alla collocazione della disapplicazione dell'atto amministrativo nell'ordine delle questioni; rinviando ad altra sede l'approfondimento di questo aspetto, v., per ora, G. FANELLI, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, Pacini, Pisa, 2020.

8. *La disapplicazione dell'atto amministrativo presupposto nelle controversie del c.d. pubblico impiego privatizzato*

Come è noto, il d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, all'art. 63, comma 1°, stabilisce che qualora, nel processo del lavoro pubblico «vengano in questione atti amministrativi presupposti» e «[...] siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo».

La norma si colloca nel contesto della c.d. privatizzazione del pubblico impiego, che determinò, all'esito di un lungo percorso⁹², il passaggio dalla giurisdizione speciale amministrativa a quella ordinaria delle controversie di lavoro pubblico.

La legge ha attribuito al giudice del lavoro non solo il potere di «disapplicare» l'atto presupposto che venga in rilievo ai fini della decisione, ma anche di soprassedere sulla sospensione del processo, qualora l'atto sia oggetto di impugnativa davanti al giudice amministrativo e, infine, ha stabilito che «il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati» (art. 63, comma 2°, d. lgs. cit.).

Sono numerose e di significativo spessore teorico-pratico le questioni

⁹² Cfr., per indicazioni, D. BORGHESI, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, Cedam, Padova, 2002; ID., *La giurisdizione nel pubblico impiego privatizzato*, in AA.VV., *Il processo del lavoro*, a cura di Borghesi, Utet, Torino, 2005, p. 34; F. CARINCI, *Spes ultima dea*, in «*Lav. p.a.*», 2001, supplemento al fascicolo 2, p. 1 ss. 2; v., anche, Cons. Stato, ad. gen., 31 agosto 1992, n. 146, in «*Foro it.*», 1993, III, c. 4, in cui emergono perplessità dovute al fatto che una generale privatizzazione del pubblico impiego non sarebbe stata possibile «non potendosi alterare la sostanza del rapporto di impiego pubblico che trae la sua qualificazione dalla natura degli interessi che sono implicati nell'attività amministrativa dei poteri dell'ente pubblico e delle strutture in cui i lavoratori sono inseriti»; R. VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in «*Arg. dir. lav.*» 1998, p. 719, il quale sottolineava che la scelta effettuata dal legislatore fosse non poco discutibile anche per i risultati incongrui a cui può portare una disforme valutazione della legittimità di un atto amministrativo presupposto rispetto a quella eventualmente effettuata dal giudice amministrativo. Il rischio evidenziato consiste nella disapplicazione di un atto in contrasto con un giudicato che ne ha invece determinato la conformità all'ordinamento. La conclusione appare estremamente problematica se si considera che il medesimo provvedimento (organizzativo) può costituire il presupposto di una serie indefinita di posizioni individuali conoscibili da altrettanti giudici del lavoro.

interpretative poste dalla disciplina *de qua* e tra queste, prima fra tutte, quella derivante dalla concentrazione delle tutele, perseguita con l'intento di attribuire al giudice del lavoro pieni poteri nei confronti della P.A., pur a fronte della giurisdizione residuale relativa all'impugnativa dell'atto davanti al giudice amministrativo⁹³, in caso di concorrenza tra diritto soggettivo e interesse legittimo; anche l'identificazione della nozione di «atto presupposto» ha generato dubbi; discussa è l'esclusione della sospensione del processo del lavoro in cui si ponga la questione pregiudiziale relativa all'impugnativa davanti al giudice amministrativo dell'atto presupposto e discusse le conseguenze in punto di coordinamento tra i *decisa* provenienti dalle due giurisdizioni; la portata stessa della disapplicazione e le modalità di esercizio del relativo potere sono di arduo inquadramento, così come l'estensione delle tutele conseguibili dal lavoratore⁹⁴ in relazione all'obbligo di conformarsi, a carico dell'amministrazione soccombente, alla statuizione del giudice del lavoro concernente l'accertamento – tramite disapplicazione

⁹³ Cfr. A. TRAVI, *La giurisdizione civile nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in «Dir. proc. amm.», 2000, p. 295 ss., spec. p. 314; F. SAITTA, *Contratti individuali di lavoro e graduatorie concorsuali alla ricerca di un (solo) giudice: senza la concentrazione delle tutele non può esservi effettività*, *id.*, 2010, p. 886 ss., spec. p. 914; nel senso che rispetto agli atti che segnano le linee fondamentali di organizzazione ed agli altri atti generali di cui all'art. 2, comma 1°, d. lgs. 165/2001, che non incidono sul rapporto di lavoro, la posizione del lavoratore pubblico non sia diversa da quella del comune cittadino interessato a che la P.A. operi nella legalità, mentre qualora il contenuto dell'interesse legittimo, cui l'atto amministrativo di macro organizzazione rechi pregiudizio (vale a dire ciò che lo differenzia dalla massa indeterminata degli interessi semplici facenti capo a chiunque) derivi proprio dal rapporto di lavoro con l'amministrazione che ha emanato l'atto, la tutela accordata dall'ordinamento nei confronti dell'interesse stesso viene assorbita dal previsto potere di disapplicazione del giudice del lavoro (in tal senso, v. D. BORGHESI, *op. ult. cit.*, p. 33 s.).

⁹⁴ Nel senso che il sindacato del giudice civile «rischia di essere meno penetrante di quello che è compiuto in sede di legittimità, essendo il magistrato ordinario culturalmente meno attrezzato di quello amministrativo, soprattutto per la ricerca delle figure di sviamento di potere», v. S. MENCHINI, *Il nuovo assetto delle tutele giurisdizionali avverso gli atti amministrativi illegittimi*, in «Dir. pubbl.», 2000, p. 123; nello stesso senso, con riferimento specifico alla disapplicazione dell'atto presupposto, da parte del giudice del lavoro, nelle controversie di pubblico impiego, v. G. TRISORIO LIUZZI, *Controversie relative ai rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2000, III, p. 1821 ss., spec. p. 1828 ss.; B. SASSANI, *Il passaggio alla giurisdizione ordinaria del contenzioso sul pubblico impiego: poteri del giudice, esecuzione della sentenza, comportamento antisindacale, contratti collettivi in cassazione*, in AA.VV., *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, a cura di Perrone e Sassani, Cedam, Padova 1999, p. 5 ss.; v., anche, la motivazione di Corte cost. 23 luglio 2001, n. 275, cit.

– dell’illegittimità dell’atto presupposto.

Le possibili soluzioni interpretative sinora proposte possono integrare ipotesi ricostruttive plausibili anche rispetto alla “speciale” disapplicazione dettata per le controversie del pubblico impiego. Con riguardo alla sospensione del processo civile il cui risultato sia pregiudicato dall’impugnativa dell’atto amministrativo davanti al giudice ordinario, nei paragrafi seguenti si indicano alcune possibili chiavi di lettura.

Ai limitati fini della presente indagine, sembra utile dedicare attenzione alla nozione di «atto presupposto», ampiamente controversa nella pratica applicazione, anche perché connessa al tema della concentrazione delle tutele, e al problema degli obblighi di conformazione a carico della P.A.; peraltro, le due questioni si prestano ad essere trattate congiuntamente, perché collegate.

Con riferimento alla prima, occorre in primo luogo sgombrare il campo dall’interpretazione, propugnata all’indomani dell’entrata in vigore del d. lgs. 165/2001, circa l’impossibilità di impugnare l’atto amministrativo per il lavoratore pregiudicato dall’atto presupposto.

La giurisprudenza ormai ammette la biforcazione della tutela del lavoratore pubblico e l’idea che il potere di disapplicazione assorba l’interesse ad impugnare l’atto amministrativo davanti al giudice speciale sembra essere, nonostante alcune resistenze nella giurisprudenza amministrativa, ormai superata⁹⁵.

⁹⁵ L’idea, sostenuta autorevolmente da D. BORGHESI, *op. ult. cit.*, p. 33 ss., ma anche da A. VALLEBONA, *Provvedimenti del giudice ed esecuzione nelle controversie di lavoro pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 218 e da D. PIZZONIA, *Incarichi dirigenziali e tutela giurisdizionale*, in *Lavoro giur.*, 2001, p. 576, è oggi superata dalla giurisprudenza civile; sul punto, v., *ex plurimis*, Cass., sez. un., 4 marzo 2020, n. 6076, secondo cui «spettano alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie nelle quali, pur chiedendosi la rimozione di un provvedimento di revoca di un incarico dirigenziale, previa disapplicazione degli atti presupposti, la contestazione investe direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo, mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti di macro organizzazione attraverso cui le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli stessi. Non può operare, pertanto, in tal caso, il potere di disapplicazione del giudice ordinario in quanto assume un peso decisivo l’impugnazione dell’atto di macro-organizzazione»; Cass. 28 febbraio 2019, n. 6040, secondo cui «[...] il principio di concentrazione delle tutele non consente, tuttavia, di sottrarre alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo l’impugnazione dell’atto di macro organizzazione, presupposto della procedura selettiva, con cui, contestando una scelta organizzativa conseguente all’esercizio del potere autoritativo da parte dell’amministrazione, si lamenti la lesione di una posizione di interesse legittimo»; v., soprattutto, Cass., sez. un., 15 dicembre 2016, n. 25837, in

Semmai, a mente del rigoroso e sempre tendenzialmente restrittivo ricorso al potere di disapplicazione, da parte del giudice ordinario, ribadito recentemente, *in subiecta materia*, da Cass., sez. lav., 17 gennaio 2022, n. 1307⁹⁶, residua qualche dubbio rispetto alle *chances* di tutela del lavoratore pubblico che abbia visto pregiudicare il proprio diritto da un atto di gestione del rapporto non affetto da vizi propri e quindi non disapplicabile

«*ilprocessocivile.it*», 3 febbraio 2017, con nota di C. ASPRELLA, secondo cui «Ai fini dell'individuazione di quale sia il giudice munito di giurisdizione in relazione alle controversie concernenti il diritto all'inserimento in una graduatoria ad esaurimento (già permanente), occorre avere riguardo al *petitum* sostanziale dedotto in giudizio. Se oggetto di tale domanda è la richiesta di annullamento dell'atto amministrativo generale o normativo, e solo quale effetto della rimozione di tale atto – di per sé preclusivo del soddisfacimento della pretesa del docente all'inserimento in una graduatoria – l'accertamento del diritto del ricorrente all'inserimento in quella graduatoria, la giurisdizione non potrà che essere devoluta al giudice amministrativo, essendo proposta in via diretta una domanda di annullamento di un atto amministrativo. Se, viceversa, la domanda rivolta al giudice è specificamente diretta all'accertamento del diritto del singolo docente all'inserimento nella graduatoria, ritenendo che tale diritto scaturisca direttamente dalla normazione primaria, eventualmente previa disapplicazione dell'atto amministrativo che detto inserimento potrebbe precludere, la giurisdizione va attribuita al giudice ordinario».

Però, nella giurisprudenza amministrativa, si rilevano contrasti: v. Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2018, n. 1550, secondo cui, «non esiste un doppio binario di tutela giurisdizionale per il dipendente privatizzato che afferma d'essere titolare di una pretesa nell'ambito del rapporto di lavoro, sulla quale in ipotesi incida in maniera mediata un atto amministrativo, ma unicamente la possibilità di accesso alla tutela giurisdizionale del giudice ordinario, cui è attribuito il potere di disapplicare tale atto amministrativo, ove illegittimo»; Cons. Stato, sez. VI, 1° dicembre 2017, n. 5634, secondo cui «Per la realizzazione della configurazione strutturale degli uffici, l'Amministrazione provvede attraverso atti organizzativi generali, anche di natura normativa, che sono espressione di una attività autoritativa. Questi rivestono il ruolo di atti presupposti rispetto agli atti di bassa organizzazione e gestione dei rapporti di lavoro. Tali atti presupposti possono essere impugnati davanti al giudice amministrativo, poiché l'art. 63 del d.lg. n. 165 del 2001 prevede espressamente l'eventualità della contemporanea pendenza del giudizio amministrativo sull'atto presupposto e del giudizio ordinario sulle determinazioni conseguenti dell'Amministrazione, escludendo la possibilità di sospendere il processo innanzi al giudice ordinario».

⁹⁶ Secondo cui «l'annullamento di un concorso pubblico in autotutela, ai sensi dell'art. 21-*novies* della l. n. 241 del 1990, per vizi di legittimità riscontrati dalla P.A. rispetto agli atti della selezione, determina la nullità originaria, rilevabile d'ufficio, sebbene accertata successivamente, del contratto di lavoro stipulato in esito alla conclusione del concorso stesso; nel giudizio instaurato dal lavoratore per la tutela del diritto soggettivo alla prosecuzione del rapporto conseguente a tale contratto il giudice ordinario ha il potere di disapplicare il provvedimento di annullamento solo se, ed in quanto, si ravvisino rispetto ad esso i vizi di legittimità propri degli atti amministrativi».

perché – in ipotesi – nemmeno annullabile dal giudice amministrativo⁹⁷.

Sempre in via preliminare, sembra utile ricordare che «mentre nei rapporti di lavoro tra privati le cose sono semplificate dalla sostanziale incensurabilità delle scelte organizzative (non è qui il caso di riepilogare il lungo dibattito conclusosi con la riaffermazione della preminenza del principio di libertà di iniziativa economica ricavato dall'art. 41 cost.), dove l'attività organizzativa del datore di lavoro è funzionalizzata (dove quindi il datore è pubblica amministrazione e non imprenditore), vige la regola opposta. Vigono cioè i principi di legalità, buon andamento e imparzialità sanciti dall'art. 97 cost., con il corollario della censurabilità giudiziaria delle relative violazioni»⁹⁸.

Venendo alla nozione di «atto amministrativo presupposto», sin dalle prime applicazioni dell'art. 63 d. lgs. 165/2001 si sono poste questioni interpretative relative alla individuazione della categoria e le incertezze tuttora permangono⁹⁹.

Gli atti amministrativi adottati dalle P.A. nell'esercizio del potere loro conferito dall'art. 2 del d. lgs. n. 165/2001, che hanno ad oggetto la fissazione delle linee e dei principi fondamentali della organizzazione degli uffici, nel cui quadro i rapporti di lavoro si costituiscono e si svolgono,

⁹⁷ Sembra comunque che il problema, segnalato da L. MENGHINI, *Tutela del lavoratore pubblico e disapplicazione degli atti amministrativi presupposti*, in «Lav. p.a.», 2006, p. 3 ss., sia stato solo sfiorato in rari casi dalla giurisprudenza: v. Trib. Taranto 16 giugno 2003, *id.*, 2003, p. 991 ss.

⁹⁸ Cfr. B. SASSANI, *Giurisdizione ordinaria*, cit., p. 415.

⁹⁹ Si pensi, ad esempio, all'atto conclusivo del procedimento di conferimento di incarico di dirigente di struttura complessa, rispetto al quale, da ultimo, T.A.R. Napoli, sez. V, 11 novembre 2022, n. 6978, in «D.&G.», 30 gennaio 2023, ha stabilito che avendo l'art. 63 d. lgs. 165/2001 «espressamente attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario anche le controversie in tema di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali nelle Pubbliche Amministrazioni, tali atti sono da considerarsi come mere determinazioni negoziali e non già atti di alta amministrazione, venendo in tal caso in considerazione come atti di gestione del rapporto di lavoro rispetto ai quali l'Amministrazione stessa opera con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro. In tali casi è consentita esclusivamente l'instaurazione del giudizio davanti al giudice ordinario, nel quale la tutela è pienamente assicurata dall'eventuale disapplicazione dell'atto presupposto e dagli ampi poteri riconosciuti al giudice ordinario medesimo dal comma 2° dello stesso art. 63 t.u. pubblico impiego. A ciò si aggiunge che il conferimento dell'incarico di direttore di unità operativa complessa non è assimilabile ai procedimenti concorsuali, trattandosi di procedura idoneativa preordinata all'attribuzione di incarico dirigenziale di natura fiduciaria e discrezionale, per cui manca la valutazione comparativa dei candidati ai fini della selezione dei candidati più capaci e meritevoli. Ne consegue che i relativi atti rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario e non di quello amministrativo».

sembrano integrare la nozione di atti presupposti; sono disapplicabili e impugnabili davanti al giudice amministrativo; diversamente, gli atti assunti dalle P.A., con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (c.d. atti di mera gestione) ai sensi dell'art. 5 d. lgs. 165/2001, di fronte ai quali sono configurabili solo diritti soggettivi, sono sottratti vuoi all'impugnativa di legittimità, vuoi allo scrutinio *ex art. 5 l.a.c.*¹⁰⁰.

La copiosa giurisprudenza sul punto, per la verità rinveniente dalla dubbia identificazione dei confini tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa, più che dalle questioni relative al potere di disapplicazione¹⁰¹, attesta però l'esistenza di non secondarie difficoltà interpretative: a mo' di esempio, gli atti della procedura d'interpello per il conferimento nazionale di incarichi dirigenziali che, sebbene aperta a soggetti esterni e caratterizzata da una pluralità articolata di fasi, abbia natura sostanzialmente non concorsuale, non sono stati considerati atti presupposti, al contrario del decreto ministeriale istitutivo di un ente e dettante le linee generali della sua organizzazione¹⁰².

La soppressione di una divisione o di un dipartimento nel quale il lavoratore è addetto è frequentemente sottoposta al vaglio della giurisprudenza ed è di difficile inquadramento, giacché il lavoratore che si duole della perdita del posto di lavoro o della illegittima riassegnazione ad altre mansioni, afferma la titolarità del diritto alla reintegra o al ripristino delle precedenti mansioni, ma la lesione della sua situazione soggettiva deriva direttamente dall'atto di macro-organizzazione.

Proprio la scarsa confidenza – di cui nella presente trattazione si dà conto – con lo strumento della disapplicazione e le difficoltà di concepire

¹⁰⁰ Anche a mente della distinzione ribadita da Cass., sez. lav., 26 giugno 2019, n. 17140.

¹⁰¹ Cfr., ad esempio, T.A.R. Reggio Calabria, sez. I, 27 febbraio 2020, n. 125, secondo cui «il ricorso avverso il silenzio inadempimento deve intendersi ritualmente esperibile solo se proposto a tutela di posizioni di interesse legittimo, implicanti l'esercizio in via autoritativa di una potestà pubblica, e non se l'inerzia è serbata a fronte di un'istanza avanzata per il riconoscimento di un diritto soggettivo, poiché in tal caso l'interessato ha titolo a chiedere l'accertamento del diritto al giudice competente, vale a dire al giudice ordinario, se la materia non rientra tra quelle di giurisdizione esclusiva. Nel caso di specie la pretesa azionata ha ad oggetto non una procedura concorsuale né un atto di macro-organizzazione bensì il diritto soggettivo all'inquadramento e rimane, pertanto, sottratta alla giurisdizione amministrativa ai sensi dell'articolo 63 del d.lg. 165/2001. Non è in contestazione, infatti, la avvenuta individuazione dei posti da ricoprire, bensì la concreta esecuzione della relativa delibera con il consequenziale inquadramento in ruolo, nei limiti dei posti disponibili già individuati, dei medici utilmente inseriti in graduatoria che la stessa delibera ha nominativamente indicato».

¹⁰² Cfr. Cass. 28 febbraio 2019, n. 6040, cit.

l'obbligo di conformarsi della P.A. al *decisum* reso dal giudice ordinario sembrano spiegare la quantità di pronunce in cui la Corte di cassazione è chiamata ad esercitare, *in subiecta materia*, la funzione di giudice regolatore della giurisdizione.

Provando a mettere ordine, la giurisprudenza di legittimità sembra orientata, ad oggi, in questo senso:

- a) al giudice ordinario spetta il potere di verificare, in via incidentale, la legittimità degli atti generali di autoregolamentazione dell'ente pubblico - per eventualmente disapplicarli -, qualora il giudizio verta su pretese attinenti al rapporto di lavoro e riguardi, quindi, posizioni di diritto soggettivo del lavoratore, in relazione alle quali i suddetti provvedimenti di autoregolamentazione costituiscono solamente atti presupposti¹⁰³;
- b) le controversie relative al conferimento degli incarichi dirigenziali, anche se implicanti l'assunzione a termine di soggetti esterni, sono attribuite al giudice ordinario, in applicazione dell'art. 63, comma 1°, d. lgs. 165/2001, purché la selezione del destinatario dell'incarico non abbia carattere concorsuale¹⁰⁴;
- c) spetta invece alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo la controversia nella quale la contestazione investe direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti organizzativi, attraverso i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli stessi¹⁰⁵.

In questi casi, ad orientare la giurisprudenza e a mettere fuori gioco il potere di disapplicazione del giudice del lavoro è la valorizzazione del *petitum* sostanziale del lavoratore, il quale contesta la legittimità degli atti, espressione di poteri pubblicistici, di cui all'art. 2 d. lgs. 165/2001; se il ricorrente deduce «una posizione di interesse legittimo, nella quale il

¹⁰³ Cfr., oltre ai *leading cases* Cass., sez. un., 5 giugno 2006, n. 13169 e sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3677, anche Cass., sez. un., 31 maggio 2016, n. 11387, in «*Lav. p.a.*», 2016, p. 544; nel senso che per la Corte, se la controversia è relativa ad un diritto soggettivo, rispetto al quale un atto amministrativo di organizzazione, consistente nella soppressione del dipartimento cui era preposto di cui si contesta la legittimità, è un mero atto presupposto, allora la giurisdizione spetta del giudice ordinario, che può disapplicarlo, v. Cass, sez. un., 17 dicembre 2018, n. 32625.

¹⁰⁴ Cfr. Cass., sez. un., 30 settembre 2014, n. 20571.

¹⁰⁵ Cfr. Cass., sez. un., 9 febbraio 2009, n. 3052; sez. un., 3 novembre 2011, n. 22733; sez. un., 16 dicembre 2015, n. 25210.

rapporto di lavoro non costituisce l'effettivo oggetto del giudizio, ma, per così dire, lo sfondo rilevante ai fini di qualificare la prospettata posizione soggettiva del ricorrente, derivando gli effetti pregiudizievoli direttamente dall'atto presupposto», allora la giurisdizione è riconosciuta in capo al giudice amministrativo¹⁰⁶.

Occorre però chiedersi la ragione per cui a fronte del potere del giudice del lavoro di adottare «nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati» e della possibilità di disapplicare gli atti amministrativi presupposti, i dipendenti pubblici continuano a rivolgersi alla giurisdizione amministrativa per l'annullamento di questi atti, pur quando l'utilità concreta perseguita – ancorché “sullo sfondo”, per usare le parole della Cassazione – riguardi la tutela di un diritto soggettivo.

A ben vedere, tale scelta non è a costo zero per il lavoratore, giacché una volta conseguito l'annullamento dell'atto, questi non può ambire ad ottenere le utilità derivanti dal diritto soggettivo in sede di ottemperanza, ma ha l'onere di instaurare *ex novo* un giudizio davanti al giudice ordinario¹⁰⁷.

L'articolazione di un'ipotesi di soluzione a tale quesito sembra poter dipendere dalla risoluzione della seconda questione, rappresentata dalla vincolatività della decisione resa dal giudice del lavoro nei confronti della P.A., nei casi in cui sia disapplicato un atto presupposto illegittimo.

Sul punto si aprono due scenari.

Secondo un'impostazione, l'atto amministrativo disapplicato rimarrebbe in vita, conserverebbe cioè pienamente la sua efficacia perché la cognizione del giudice del lavoro è meramente incidentale; l'accertamento incidentale dell'illegittimità dell'atto «non fa sorgere in capo all'amministrazione l'obbligo di conformarsi al giudicato, rimuovendolo, *ex art. 4 l.a.c.*, né determina per il giudice amministrativo il dovere di assicurare l'adempimento di siffatto obbligo mediante lo strumento dell'ottemperanza»¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cfr. Cass., sez. un., 8 novembre 2005, n. 21592; sez. un., 6 novembre 2006, n. 23605; sez. un., 1° dicembre 2009, n. 25254; sez. un., 31 maggio 2016, n. 11387, cit.

¹⁰⁷ Cfr. Cass., sez. un., 19 dicembre 2011, n. 27277, in «*Foro amm. C.d.S.*», 2012, p. 535, secondo cui «essendo devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie inerenti al rapporto mentre al giudice amministrativo quelle concorsuali strumentali alla sua costituzione, esula dalla giurisdizione amministrativa, esercitata in sede di ottemperanza, il ripristino dello stato giuridico del lavoratore».

¹⁰⁸ Cfr. S. MENCHINI, *La tutela dei diritti soggettivi*, cit., p. 442; ID., *Il nuovo assetto delle tutele*, cit., p. 123 ss.; E. CARDI, *Commento all'art. 4*, in *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo. Commento ai d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80 e 29 ottobre 1998 n. 387*, a cura di M. Dell'Olio – B. Sassani, Giuffrè, Milano, 2000, p. 60 ss., spec. 62 ss.; D. IARIA, *L'ambito oggettivo della giurisdizione del giudice del lavoro e del giudice amministrativo*, in

L'atto disapplicato non è annullato dal giudice del lavoro, a mente dell'art. 4 l.a.c., né in via di autotutela si scorgerebbe un obbligo di annullamento in capo all'amministrazione; non potrebbe neppure essere caducato dal giudice amministrativo in sede di ottemperanza.

Il ricorso alla disapplicazione non sarebbe mai in grado di garantire al dipendente pubblico le medesime utilità conseguibili con l'impugnativa dell'atto davanti al giudice amministrativo, il quale è l'unico depositario del potere di annullare l'atto di macro-organizzazione e di rimuoverne gli effetti.

Eppure, il giudice del lavoro è dotato degli amplissimi poteri riconosciutigli dall'art. 63, comma 2°, d. lgs. 165/2001, secondo cui, oltre a poter adottare nei confronti delle P.A. tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna richiesti dalla natura dei diritti tutelati, può riconoscere il diritto all'assunzione, ovvero accertare che l'assunzione sia avvenuta «in violazione di norme sostanziali o procedurali», e le sue pronunce hanno «anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro»; inoltre, può annullare o dichiara nullo il licenziamento e condannare l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, oltre che al pagamento di indennità risarcitorie in misure variabili e al versamento delle contribuzioni previdenziali e assistenziali arretrate.

Senonché, l'accoglimento della domanda proposta davanti al giudice del lavoro non sarebbe in grado di incidere sull'esistenza, con pienezza di effetti, del provvedimento astratto e generale (di macro-organizzazione) che ha modificato la struttura degli uffici e degli apparati e da cui frequentemente dipende il licenziamento o il demansionamento.

Ne conseguirebbe che il tribunale ordinario, ancorché possa disapplicarlo, non potrebbe disporre, mediante provvedimenti di condanna o costitutivi,

«Lav. p.a.», 1999, p. 293 ss.; D. BORGHESI, *La giurisdizione*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d. lgs. 29/1993 alla Finanziaria 1995*, Commentario diretto da F. Carinci, II, Giuffrè, Milano 1995, p. 1137; S.A. VILLATA, *op. cit.*, 781 ss.

Si consideri che, nell'ambito del più ampio tema dell'esecuzione delle sentenze del giudice del lavoro nei confronti della P.A., è stato, in un primo momento prevalentemente escluso il ricorso al giudizio di ottemperanza (per riferimenti, v. G. BORGHESI, *Rapporto di lavoro ed esecuzione in forma specifica*, in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, a cura di M. Barbieri – F. Macario – G. Trisorio Liuzzi, Giuffrè, Milano, 2004, p. 337 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *L'esecuzione delle decisioni del giudice civile nelle controversie di lavoro pubblico*, *ibid.*, p. 389 ss.; in giurisprudenza, v. T.A.R. Napoli, sez. IV, 10 aprile 2014, n. 2041, in «*Foro amm.*», 2014, p. 1256); in tempi più recenti, il ricorso all'ottemperanza sembra essere stato ammesso (cfr. T.A.R. Napoli, sez. V, 11 novembre 2022, n. 6978, cit.; T.A.R. Pescara, sez. I, 27 agosto 2022, n. 338, in «*Foro amm.*» 2022, II, p. 1016).

sanzioni o riparazioni che siano incompatibili con il contenuto e con gli effetti dell'atto presupposto; le tutele accordate dalla sentenza civile, emessa in favore del lavoratore dipendente pubblico, dovrebbero dunque essere compatibili con la situazione di fatto e di diritto relativa all'organizzazione dell'ufficio, determinata dal provvedimento autoritativo, che conserverebbe intatta la propria originaria portata precettiva.

Sebbene non sembri affatto essere la disapplicazione a precludere la possibilità del lavoratore di conseguire la tutela in forma specifica del proprio diritto¹⁰⁹, comunque, il giudice del lavoro, quando accoglie la domanda del dipendente pubblico, si limita ad accordare la tutela per equivalente o al più ad adattare i rimedi consoni alla situazione di fatto e di diritto rinveniente dagli effetti dell'atto di macro-organizzazione, ancorché, appunto, disapplicato.

Il risultato è: a) il depotenziamento della portata precettiva dell'art. 63, comma 2°, d. lgs. 165/2001; b) la contrazione della possibilità per il lavoratore di ottenere la tutela effettiva del proprio diritto davanti al giudice ordinario; c) l'insorgenza dell'onere del lavoratore di impugnare l'atto amministrativo presupposto davanti al giudice amministrativo qualora intenda, all'esito del giudizio demolitorio, conseguire dal giudice del lavoro un risultato giuridico consistente nella tutela in forma specifica del proprio diritto.

Proprio l'insoddisfazione per questa soluzione sembra suggerire la necessità di indagare le potenzialità del secondo scenario proposto e che valorizza la portata del potere di disapplicazione dell'atto presupposto in relazione agli scopi precisi indicati dall'art. 63 in parola¹¹⁰.

Il primo aspetto per il quale può valere la pena rivalutare una diversa lettura, risalente ormai a più di vent'anni orsono, riguarda la pienezza della tutela del diritto del dipendente pubblico, il quale, secondo la prima impostazione, potrebbe conseguirsi – nella maggioranza dei casi – solamente all'esito del successo dell'impugnativa dell'atto presupposto

¹⁰⁹ In tal senso, invece, parrebbe S. MENCHINI, *La tutela dei diritti soggettivi*, cit., p. 444, secondo cui «la disapplicazione, con corrispondente divieto di annullamento, della misura (generale) sovrastrutturale (atto presupposto) impedisce la reintegrazione in forma specifica dei diritti del dipendente, rendendo possibile soltanto la riparazione in forma generica, ossia mediante il risarcimento del danno».

¹¹⁰ V., in particolare, R. TISCINI, *op. ult. cit.*, p. 484 ss.; v., però, anche B. SASSANI, *Il passaggio*, cit., p. 5, secondo il quale alla disapplicazione consegue l'obbligo di annullamento dell'atto presupposto; D. BORGHESI, *La giurisdizione*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 1134, per il quale la tutela in forma specifica può essere riconosciuta al lavoratore anche qualora conservi la propria efficacia il provvedimento amministrativo presupposto.

davanti al giudice amministrativo¹¹¹.

Sennonché, talora è possibile che l'adozione dell'atto di macro-organizzazione avvenga in circostanze di tempo o con modalità per cui non sia configurabile un interesse legittimo del dipendente pubblico, il quale, dunque, non potrebbe o comunque non farebbe in tempo ad impugnare¹¹².

Per lo meno in questa ipotesi, nient'affatto remota, l'impossibilità pratica o giuridica di impugnare l'atto davanti al giudice amministrativo determinerebbe quella di ottenere una piena ed effettiva tutela del diritto davanti al giudice del lavoro.

Anche prescindendo dal caso appena indicato, se si considera comunque praticamente e giuridicamente impugnabile l'atto amministrativo presupposto davanti al giudice amministrativo, può essere utile valorizzare il potere di disapplicazione menzionato nel 1° comma dell'art. 63 in relazione ai poteri che il 2° comma attribuisce al giudice del lavoro.

Qualora non si ravvisino ragioni contrarie ad ammettere che il potere di disapplicazione del giudice del lavoro in materia di pubblico impiego abbia la medesima qualità ed estensione di quello riconosciuto in generale *ex* art. 4 e 5 l.a.c. a qualunque giudice civile, è ragionevole ritenere che l'atto possa essere disapplicato quando si ravvisi un vizio tale da determinarne l'annullamento o la nullità¹¹³.

Una volta individuato il vizio e disapplicato l'atto, il giudice del lavoro deve poter trarne le conseguenze e accordare la tutela di accertamento,

¹¹¹ Infatti, proprio secondo S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, p. 444 ss., ci sono dei casi in cui il dipendente pubblico «deve» impugnare l'atto presupposto se intende conseguire, in un secondo momento, la tutela del proprio diritto soggettivo davanti al giudice del lavoro (p. 445 «il dipendente, se vuole ottenere tutela in forma specifica, deve impugnare l'atto organizzativo di fronte al giudice amministrativo ed il conseguente atto paritetico dinanzi al giudice del lavoro; il ricorso ad entrambe le giurisdizioni, ossia il sistema della doppia giurisdizione, costituisce spesso una vera e propria necessità, per potere conseguire il bene della vita che, per disciplina sostanziale, spetta all'impiegato e non un semplice surrogato di esso (il risarcimento del danno)»).

¹¹² Si pensi ad un atto di riorganizzazione della pianta organica di un ente con l'istituzione di nuovi dipartimenti o alla scissione o alla creazione di un altro ente destinato ad assorbire – in futuro – le funzioni del primo alle dipendenze del quali sono i singoli lavoratori; sul punto, si rinvia alle critiche al sistema dualistico frutto della privatizzazione del pubblico impiego mosse in particolare da D. BORGHESI, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, cit., p. 32 s., secondo il quale rispetto ad atti di macro-organizzazione, la posizione del dipendente pubblico non è diversa da quella del comune cittadino, nel senso che «il suo interesse non è affatto differenziato o qualificato, ma finisce per coincidere con quello al corretto esercizio dell'attività amministrativa, che fa capo al *quivis de populo*».

¹¹³ Si rinvia alle argomentazioni spese *supra* nei precedenti §§.

costitutiva o di condanna, utile rispetto al diritto azionato e deve poter reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro in caso di nullità o annullamento del licenziamento.

A mente dell'art. 4 l.a.c., l'autorità amministrativa deve conformarsi «al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso»; ai sensi dell'art. 112, comma 2°, lett. c) c.p.a. (e del previgente art. 27, n. 4, r.d. 1054/1924) l'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione «delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato».

È allora ragionevole che il legislatore, corredando, nella materia del pubblico impiego, il potere di disapplicazione della possibilità di conseguire la tutela in forma specifica del diritto soggettivo¹¹⁴, abbia voluto sgombrare il campo dai dubbi circa il potere del giudice ordinario di emettere, nei confronti della P.A., qualunque rimedio¹¹⁵.

Ne deriva che nell'obbligo di conformarsi al giudicato civile, in capo alla P.A. datrice di lavoro soccombente, possa ritenersi compreso il necessario annullamento dell'atto amministrativo «quale modalità e forma dell'esecuzione del *decisum* civile»¹¹⁶.

¹¹⁴ Cfr., in tal senso, F. PATRONI GRIFFI, *Lavoro pubblico e giurisdizione*, in «*Lav. p.a.*», 2001, p. 211 ss., in cui si osserva che quella prevista nell'art. 63 d. lgs. 165/2001 non sarebbe una vera e propria disapplicazione, ma una forma di annullamento con cognizione diretta dell'atto da parte del giudice ordinario e quindi una deroga all'art. 4 l.a.c., da cui conseguirebbe il riconoscimento in capo al giudice del lavoro della giurisdizione esclusiva; v., anche, Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2018, n. 1550, cit., che ha escluso la configurabilità del c.d. doppio binario di tutela giurisdizionale per il dipendente privatizzato.

¹¹⁵ *Supra* si è dato conto dei dubbi circa la conseguibilità della tutela costitutiva e in forma specifica nei confronti della P.A. soccombente rispetto all'azione proposta dal privato e il cui esito favorevole sia dipeso dall'esercizio del potere di disapplicazione del giudice civile.

¹¹⁶ In tal senso, v. R. TISCINI, *op. ult. cit.*, p. 486 e, seppur in modo meno netto, D. BORGHESI, *op. ult. cit.*, p. 34, secondo cui il provvedimento del giudice civile dovrebbe sterilizzare, sia pur in modo relativo, gli effetti dell'atto amministrativo, «la cui sopravvivenza alla disapplicazione crea indubbiamente una disarmonia nel sistema, ma non reca alcun pregiudizio a chi ha ottenuto la pronuncia giudiziale».

Occorre tener presente che questa impostazione è già stata criticata da S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, p. 443, secondo il quale «a) il legislatore, consapevole della natura (pubblica) dell'atto presupposto, disponendo che esso viene «disapplicato se illegittimo», ha stabilito che i provvedimenti organizzativi sono oggetto di cognizione incidentale e non *principaliter* da parte del giudice civile, al quale non ha attribuito, di conseguenza, il potere

Sul piano pratico, l'obbligo, per la P.A. soccombente, di conformarsi al giudicato civile annullando l'atto amministrativo, rimuovendone gli effetti e ripristinando la situazione anteriore può certamente mettere a repentaglio valori quali la stabilità e la certezza dell'azione pubblica, nei casi in cui l'azione sia stata esercitata a distanza di molto tempo dall'adozione del provvedimento amministrativo.

L'aggiramento dei termini decadenziali, funzionali a garantire i predetti valori, cui condurrebbe ammettere che il risultato giuridico della disapplicazione operata dal giudice civile sia del tutto equivalente a quello dell'annullamento pronunciato dal giudice amministrativo, costituisce una questione di indubbio rilievo.

Però, anche valorizzando questa obiezione, si potrebbe ragionevolmente escludere l'inconveniente posto alla sua base ogni qual volta l'azione davanti al giudice civile sia stata proposta entro i termini decadenziali previsti dal c.p.a. per l'azione di annullamento, il che, quanto meno in materia di impugnativa del licenziamento del dipendente pubblico (contraddistinta dal noto regime decadenziale previsto dalla l. 183/2010), dovrebbe costituire un caso nient'affatto infrequente.

di annullamento; se fosse corretta la ricostruzione qui aversata, tutto ciò perderebbe significato, in quanto, nonostante le diverse tipologie di accertamenti e di poteri decisori, gli esiti della disapplicazione incidentale, compiuta dal tribunale del lavoro, e della statuizione principale sulla legittimità dell'atto, ad opera del giudice amministrativo, sarebbero alla fine gli stessi; invero, sebbene attraverso un percorso più articolato, alla disapplicazione conseguirebbe, comunque, l'eliminazione del provvedimento; b) considerato che la disapplicazione consente un controllo pieno sulla validità dell'atto, ove essa determinasse anche il suo annullamento, spontaneo o forzato, da parte della pubblica amministrazione, ci si chiede quale interesse avrebbe il dipendente a proporre l'azione costitutiva di fronte al giudice amministrativo; il ricorso a questa tutela si rivelerebbe superfluo, anzi dannoso, giacché i risultati perseguiti (la rimozione del provvedimento di organizzazione) potrebbero essere raggiunti mediante il processo civile promosso per il ristoro dei diritti soggettivi lesi dall'atto applicativo, senza che vi sia la necessità di adire anche la giustizia amministrativa nel rispetto del termine di decadenza (la mancata impugnazione in via principale non avrebbe, cioè, alcuna implicazione negativa per l'interessato); la disapplicazione finirebbe con l'essere, in realtà, un duplicato del giudizio amministrativo di legittimità, con conseguente superamento delle esigenze di stabilità dell'atto e di certezza dell'azione pubblica, che stanno alla base della previsione del termine di decadenza per l'esercizio della domanda davanti al tribunale amministrativo».

9. *Alcune precisazioni sul rapporto tra il processo amministrativo sulla legittimità dell'atto e il processo civile in cui il giudice ordinario eserciti i poteri ex art. 4 e 5 l.a.c.*

Il tema dei rapporti tra il giudizio amministrativo sull'annullamento dell'atto e quello civile sul diritto soggettivo nella cui fattispecie acquisitiva rilevi l'atto amministrativo deve essere inquadrato alla stregua degli art. 295 c.p.c. e 840 *ter*, comma 3°, c.p.c., dell'art. 79 c.p.a., dell'art. 63, comma 1°, ult. periodo, d. lgs. 165/2001 (secondo cui «l'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo») e, infine, degli art. 4, comma 8°, (ai sensi del quale ««Nei casi di cui al comma 4°, quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un procedimento davanti a un'autorità garante della concorrenza ed è necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza, il giudice può sospendere il giudizio fino alla chiusura del predetto procedimento con una decisione dell'autorità o in altro modo») e 7, comma 1°, d. lgs. 3/2017 (secondo cui «Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato»).

Ai fini della presente indagine non rilevano le questioni relative alla abolizione della c.d. pregiudizialità amministrativa¹¹⁷, per mano dell'art. 30 c.p.a.

Infatti, la regolazione del rapporto tra annullamento dell'atto e azione risarcitoria da lesione dell'interesse legittimo esula dall'oggetto di questo studio, perché, per quest'ultima, è espressamente stabilita la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 30, ult. comma, c.p.a.)¹¹⁸.

¹¹⁷ V., da ultimo, C. CIPRIANI, *La responsabilità civile*, in *Codice Amministrativo commentato*, diretto da F. Caringella, Giuffrè, Milano, 2022, p. 1800 ss.; P. POZZANI, *Proposte definitorie circa la pregiudizialità in senso sostanziale*, in «*Riv. trim. dir. proc. civ.*», 2018, p. 259 ss.; cfr., anche, le riflessioni di M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno*, cit.

¹¹⁸ Come noto, Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in «*Foro it.*», 2012, III, c. 31 ss., ha contribuito a chiarire alcuni punti controversi della disciplina di cui agli artt. 7 e 30 c.p.a.; il Consiglio di Stato ha stabilito che l'autonomia dell'azione risarcitoria è confermata, per un verso, dall'art. 34, comma 2°, secondo periodo, che considera il giudizio risarcitorio quale eccezione al generale divieto, per il giudice amministrativo, di conoscere della legittimità di atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con

Tuttavia, come tra breve si dirà, proprio dall'art. 30 c.p.a. può trarsi qualche indicazione sistematica utile ai fini di questa indagine.

Gli art. 295 c.p.c. e 79 c.p.a. regolano la sospensione necessaria del processo, civile e amministrativo.

L'art. 79 c.p.a., per la precisione, rinvia al codice di procedura civile con riferimento alla «sospensione del processo», il che abilita a ritenere che tale rinvio operi anche rispetto a tutte le altre ipotesi di sospensione contenute nel c.p.c., ma, ai fini del presente studio, è la sospensione necessaria per pregiudizialità¹¹⁹ a giocare il ruolo principale.

Dal punto di vista del giudice civile, l'art. 295 c.p.c., nel richiamare il caso in cui «altro giudice deve decidere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa» non sembra affatto escludere che la sospensione debba operare nel caso in cui sia un giudice speciale quello chiamato a decidere sulla causa pregiudiziale¹²⁰.

l'azione di annullamento. Il secondo riferimento è il comma 3° dello stesso art. 34 c.p.a., che consente l'accertamento dell'illegittimità a fini meramente risarcitori allorché la pronuncia costitutiva di annullamento non risulti più utile per il ricorrente (in conformità con quanto stabilito da Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n. 3849, in *«Foro amm. C.d.S.»*, 2009, p. 1495).

L'omessa impugnativa dell'atto amministrativo – al pari dei mancati ricorsi amministrativi o inviti all'annullamento in autotutela – rileva, ai sensi dell'art. 30 c.p.a., ai fini del riconoscimento del risarcimento per quegli effetti che la parte danneggiata avrebbe potuto ragionevolmente evitare se fosse stata diligente e avesse esercitato i rimedi demolitori previsti dall'ordinamento.

L'art. 124, comma 2°, c.p.a. rappresenta infatti un punto di equilibrio e consente di ritenere che l'omessa impugnazione sia un mero fatto da apprezzare, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, per escludere il risarcimento dei danni evitabili per effetto del ricorso per l'annullamento (per più ampi riferimenti, v. P. POZZANI, *op. cit.*, p. 259 ss.).

¹¹⁹ Cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Cacucci, Bari, 1987; F. CIPRIANI, *Sospensione del processo* (diritto processuale civile), in *Enc. giur.*, XXX, Treccani, Roma, 1993, p. 6; S. MENCHINI, *Sospensione del processo civile* (processo civile di cognizione), in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 38 s.; A. GIUSSANI, *Sospensione del processo*, in *Dig. disc. priv.*, XVIII, Utet, Torino, 1998, p. 611.

¹²⁰ Cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 1995, n. 12720, in *«Nuova giur. civ. comm.»*, 1997, I, p. 327 e ss., con nota adesiva di F. ROTA, *In tema di sospensione del processo civile in dipendenza da controversia amministrativa*, secondo cui «anche se nel testo dell'art. 295 c.p.c., modificato dall'art. 35 l. n. 353 del 1990, manca il riferimento ad una pregiudiziale «controversia amministrativa» (presente, invece, nella precedente formulazione), non può escludersi a priori la sospensione necessaria di giudizi civili in presenza di un giudizio amministrativo, quando questo verta su di un diritto soggettivo e la sua pronuncia conclusiva sia destinata a fare stato in altri giudizi; mentre, qualora il giudice amministrativo sia chiamato a decidere su interessi legittimi - su situazioni

In questo senso, chi si è occupato, in passato, della possibile sospendibilità del processo civile in caso di pendenza del processo amministrativo sul rapporto pregiudiziale, cioè sull'annullamento dell'atto amministrativo rilevante, ha concluso che l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. debba ritenersi esclusa in tutti i casi in cui può essere impiegato l'istituto della disapplicazione di cui agli artt. 4 e 5 l.a.c.¹²¹.

È ovvio, però, che il grado di efficienza di questa soluzione è direttamente proporzionale al grado di stabilità e certezza raggiunto dall'analisi sull'estensione del potere di disapplicazione da parte del giudice civile; inoltre, questa lettura non sembra contribuire a risolvere i dubbi posti dal rapporto tra giudicato di rigetto della domanda di annullamento/nullità dell'atto amministrativo e successivo processo civile sul diritto soggettivo condizionato dal medesimo atto¹²².

giuridiche, cioè, dalle quali, prima della loro tutela giurisdizionale, non possono derivare effetti costitutivi di diritti soggettivi - non c'è necessità di sospensione del giudizio civile, ancorché connesso in qualche modo con quello amministrativo».

Anzi, a mente di Cass. 3 marzo 2022, n. 6998, «La sospensione prevista dall'art. 295 c.p.c. può essere disposta anche quando il processo pregiudicante venga individuato nella proposizione di un ricorso straordinario al Capo dello Stato, al quale va riconosciuta, alla luce dell'evoluzione del sistema normativo - di cui sono indici significativi, da un lato, l'art. 69 della l. n. 69 del 2009 (laddove prevede la possibilità, per il Consiglio di Stato chiamato ad esprimere il parere sul ricorso straordinario, di sollevare incidente di costituzionalità ed abolisce la facoltà del Ministro di discostarsi dal parere dello stesso Consiglio di Stato) e, dall'altro lato, l'art. 112, lett. b), del codice del processo amministrativo (che configura la tutela mediante ottemperanza in relazione alla decisione resa dal giudice amministrativo sul ricorso straordinario) - natura di procedimento giurisdizionale con una marcata connotazione di specialità, in quanto semplificato, in unico grado ed imperniato sul sostanziale assenso delle parti».

¹²¹ Cfr. S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, p. 36 e ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *op. ult. cit.*, p. 545 ss.

¹²² Cfr. Cass. 12 febbraio 2021, n. 3666, emessa nell'ambito di una controversia di pubblico impiego, e secondo la quale nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, il giudicato non si estende - diversamente dal processo civile - anche ai vizi deducibili, ma solo a quelli dedotti, in relazione ai quali sia stata accertata la legittimità (o illegittimità) dell'atto amministrativo impugnato; conseguentemente, la sentenza del giudice amministrativo di annullamento di un provvedimento che abbia modificato le mansioni di un dipendente pubblico, a causa di un vizio procedimentale (nella specie, la violazione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, di cui all'art. 7 l. n. 241 del 1990), non può essere utilmente dedotta dinanzi al giudice ordinario ai fini della reintegrazione nel precedente profilo professionale e della ricostruzione della carriera; v., anche, Cass., sez. un., 13 novembre 2019, n. 29467, secondo la quale «il giudice ordinario non può esercitare il potere di disapplicazione di un atto amministrativo presupposto quando la legittimità del provvedimento stesso sia stata accertata, *inter partes* e con autorità di giudicato, dal giudice amministrativo competente». Sui profili relativi all'efficacia del giudicato amministrativo nel processo

Si impongono dunque alcune riflessioni, con la doverosa precisazione che, data la straordinaria complessità dei temi *de quibus*, ci si limita a tentare di porre le basi per una rimediazione.

La sospensione necessaria è, infatti, tema che «si presenta come estremamente arduo perché in esso si scontrano esigenze diverse e contrapposte, talune anche di rilevanza costituzionale»¹²³.

Tuttavia, a mente dell'art. 8 c.p.a. e di quanto indicato con riguardo alla individuazione della natura pregiudiziale del rapporto regolato dall'atto amministrativo, pare opportuno rilevare che se l'utilità della sospensione *ex art.* 295 c.p.c. risiedesse nell'evitare il contrasto teorico tra giudicati¹²⁴, tanto nel processo amministrativo, quanto in quello civile, la conoscibilità *incidenter tantum* della questione pregiudiziale rimessa alla cognizione del giudice ordinario, in un caso, di quello amministrativo, nell'altro, implicherebbe che tale utilità sia pressoché nulla.

Sul versante del processo amministrativo, con l'art. 79 c.p.a. è stato recepito l'orientamento della prevalente giurisprudenza che, nel periodo antecedente la sua emanazione, già ammetteva l'applicazione, da parte del giudice speciale, dell'istituto della sospensione necessaria del giudizio, previsto dall'art. 295 c.p.c.¹²⁵.

Senonché, sulla scorta degli studi di A. ROMANO¹²⁶, la tesi secondo la quale gli antecedenti dell'art. 8 c.p.a., e cioè l'art. 7 r.d. 2840/23, trasfuso nell'art. 28 r.d. 1024/1954, al quale si aggiunse l'art. 8 l. 1034/1971, poiché escludono il passaggio in giudicato delle decisioni del giudice amministrativo su questioni pregiudiziali inerenti a diritti, eviterebbero la necessità di sospendere i giudizi amministrativi ai sensi dell'art. 295 c.p.c. è emersa saltuariamente nella giurisprudenza amministrativa¹²⁷, anche in epoca successiva all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

Sul versante del processo civile, è noto che, partendo dall'analisi degli art. 40 e 274 c.p.c., i quali escludono che la riunione possa essere

civile, che esulano dalla presente trattazione, si rinvia, da ultimo a S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Giuffrè, Milano, 2016, spec. parte III.

¹²³ Cfr. A. PROTO PISANI, *Ancora sulla sospensione c.d. necessaria dei processi civili per pregiudizialità*, in «*Foro it.*», 2014, I, c. 950.

¹²⁴ Su cui v., da ultimo, M. GRADI, *Il contrasto teorico fra giudicati*, Cacucci, Bari, 2020.

¹²⁵ Cfr., con riferimento però alla disciplina antecedente l'adozione del c.p.a., G. MANFREDI, *Questioni pregiudiziali e sospensione del processo sull'amministrazione*, in «*Foro amm. C.d.S.*», 2008, c. 3510.

¹²⁶ Cfr. A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, cit., p. 405 s., nota 14.

¹²⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 luglio 2022, n. 5872, in «*Foro it.*», 2022, III, c. 615 e nella nota di E. BARILÀ, cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti.

disposta quando essa può pregiudicare la speditezza delle cause, è stata autorevolmente esclusa l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. al di fuori dei casi in cui per espressa previsione di legge (e.g. art. 124 c.c.) si imponga l'accertamento con autorità di giudicato¹²⁸.

Dunque, secondo questa interpretazione, l'accertamento incidentale della illegittimità dell'atto amministrativo, cui è chiamato ex art. 5 l.a.c. il giudice civile, metterebbe fuori gioco l'applicabilità *in subiecta materia* dell'art. 295 c.p.c.

Nei repertori di giurisprudenza non si rintracciano molti casi di decisioni civili che abbiano affrontato la questione dell'applicazione dell'art. 295 c.p.c. in ipotesi di contemporanea pendenza di un giudizio amministrativo su un atto della P.A. pregiudicante l'esistenza del diritto soggettivo oggetto del processo civile, il che attesta una certa disabitudine dei giudici ordinari a disporre la sospensione necessaria.

Comunque, si rinviene un orientamento più restrittivo, fondato sulla inammissibilità della sospensione al di fuori dei casi in cui il processo civile sulla causa dipendente e quello amministrativo sulla causa pregiudiziale possano dar luogo ad un contrasto pratico di giudicati ovvero abbiano ad oggetto entrambi diritti soggettivi¹²⁹.

¹²⁸ Cfr. F. CIPRIANI, *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in «Riv. dir. proc.», 1984, p. 239 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *I rapporti tra le sospensioni per pregiudizialità ex art. 295 e art. 337, 2° comma, c.p.c. al vaglio delle sezioni unite*, in «Foro it.», 2012, I, c. 771; in giurisprudenza, v., *inter alia*, Cass. 18 agosto 2004, n. 16137; Cass. 25 luglio 2003, n. 11571.

Questa impostazione pare essere stata seguita anche rispetto agli studi sul processo amministrativo; v., infatti, senza pretesa di completezza, P. CARPENTIERI, *Le questioni incidentali*, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di R. Caranta, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 494; G.A. PRIMERANO, *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 178; v. anche E. PARISI, *Le sospensioni del processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 140 ss.; in senso parzialmente difforme, v., però, C. CACCIAVILLANI, *Cognizione incidentale e questioni pregiudiziali*, in AA.VV., *Il codice del processo amministrativo*, a cura di B. Sassani e R. Villata, Giappichelli, Torino, 2012, p. 1007.

¹²⁹ Cfr. Cass. 19 settembre 2003, n. 13891, in «D. & G.», 2003, 39, p. 108, secondo la quale, benché nel testo dell'art. 295, c.p.c., modificato dall'art. 35, legge n. 353 del 1990, manchi il riferimento ad una pregiudiziale controversia amministrativa (presente, invece, nella precedente formulazione), non può escludersi, in via di principio, la sospensione necessaria del giudizio civile in pendenza di un giudizio amministrativo, che deve ritenersi ammissibile qualora sia imposta dall'esigenza di evitare un conflitto di giudicati, ipotesi che non ricorre se il possibile contrasto riguarda soltanto gli effetti pratici dell'una o dell'altra pronuncia e se tra i giudizi sussista diversità di *petitum* e di parti, essendo peraltro il g.o. competente a conoscere dei provvedimenti amministrativi eventualmente incidenti sui presupposti della domanda, ai fini e nei limiti di una loro eventuale

Più di recente, la Cassazione parrebbe aver invertito la rotta: Cass., sez. un., 20 settembre 2019, n. 23536¹³⁰, ha sancito che «la domanda con cui una concessionaria di un pubblico servizio sanitario chieda la condanna al pagamento di somme dovute quali corrispettivi per l'espletamento delle prestazioni a favore di soggetti provenienti da una regione diversa da quella ove operi, chiedendo la disapplicazione (e non l'annullamento) dei provvedimenti e delle delibere che, nel regime dei tetti di spesa sanitaria, vi hanno compreso anche l'espletamento di dette prestazioni, va proposta, secondo il criterio del *petitum* sostanziale, innanzi all'A.G.O., poiché la disapplicazione è potere in astratto interno alla sua giurisdizione, sebbene nella specie non esercitabile; il giudice ordinario deve decidere, pertanto, la controversia considerando validi ed efficaci i citati provvedimenti e delibere se ed in quanto non impugnati o non utilmente contestati presso l'A.G.A., titolare di giurisdizione esclusiva al riguardo, mentre, qualora siano *sub iudice*, è tenuto a sospendere il processo *ex art. 295 c.p.c.*».

Secondo Cass. 4 aprile 2019, n. 9500¹³¹, «la necessità del coordinamento fra la decisione sulla questione pregiudicante e la decisione sulla questione pregiudicata emergente dall'art. 34 c.p.c., induce a ritenere che, allorquando una questione sia inserita nel processo pregiudicato come eccezione, cioè costituisca un fatto che il giudice dovrà esaminare ai fini della decisione sull'oggetto della domanda, e contemporaneamente sia oggetto - in quanto

disapplicazione agli effetti della decisione sulla controversia relativa a diritti soggettivi; Cass. 21 febbraio 2003, n. 2738, secondo cui «In tema di sospensione necessaria del processo civile *ex art. 295 c.p.c.*, la pregiudizialità di una controversia amministrativa, è configurabile soltanto quando quest'ultima verta su di un diritto soggettivo e la pronuncia conclusiva sia destinata a fare stato in altri giudizi, mentre qualora il giudice amministrativo sia chiamato a decidere su interessi legittimi, non sussiste la necessità di sospensione del giudizio civile, ancorché connesso con quello amministrativo»; in senso conforme, v., anche, Cass. 19 febbraio 2000, n. 1907, nel cui caso di specie uno studio di progettazione aveva chiesto al comune il compenso revisionale per i lavori di costruzione di una strada. Il comune aveva eccepito che il compenso non poteva essere riconosciuto, siccome l'Assessorato regionale aveva annullato la deliberazione con la quale era stato approvato il progetto esecutivo dei lavori in questione. Il giudice aveva sospeso il giudizio civile in attesa della definizione del procedimento amministrativo scaturito dall'impugnazione, da parte del comune, dell'atto di annullamento regionale. La Cassazione, in applicazione dell'enunciato principio, ha cassato l'ordinanza di sospensione emessa dal giudice civile, rilevando che lo strumento concesso nella specie al giudice civile non è quello della sospensione *ex art. 295 c.p.c.*, bensì quello della disapplicazione, ai sensi degli art. 4 e 5 l.a.c.

¹³⁰ In «*Foro amm.*», 2020, p. 14.

¹³¹ In «*Giur. it.*», 2020, p. 1900, con nota critica, ma riferita ad altri profili, di A. TEDOLDI.

rappresenti un fatto costitutivo di un diritto azionabile con autonoma domanda - di una domanda avanti ad altro giudice in un altro giudizio, evidenti ragioni di interpretazione sistematica e di coerenza con il citato art. 34 c.p.c. impongano di avallare un'interpretazione dell'art. 295 c.p.c., per cui è irrilevante che nel processo pregiudicato, in cui è inserita l'eccezione, la relativa questione non debba essere decisa con efficacia di giudicato ed assume in ogni caso rilievo che nell'altro processo la questione deve essere decisa con efficacia di giudicato, onde deve reputarsi sussistente il rapporto di pregiudizialità supposto dall'art. 295 c.p.c.»¹³².

A ben vedere, sembra ragionevole ritenere che, *in subiecta materia*, l'utilità dell'art. 34 c.p.c. (e simmetrico discorso può sostenersi per l'art. 8 c.p.a.) risieda nell'evitare che il giudice amministrativo veda pregiudicata la sua decisione da quella del giudice ordinario, se già intervenuta, ma non pare in grado di impedire che il giudice amministrativo decida, con valore di giudicato esterno, sulla illegittimità (invalidità/nullità) dell'atto amministrativo in modo incompatibile con il bene della vita attribuito o negato dal giudice ordinario, che non abbia atteso il giudicato amministrativo.

In altri termini, non sembra che l'art. 34 c.p.c. sia idoneo ad escludere un possibile contrasto tra giudicati, rispetto al quale dunque l'esercizio dello scrutinio di cui all'art. 5 l.a.c. non sembra giocare un ruolo significativo.

9.1. Segue. *La chiave sostanziale, gli spazi per l'applicazione della sospensione necessaria e una proposta finale*

Tenendo a mente la ricostruzione recentemente svolta da Gradi¹³³, è preferibile ritenere che si abbia contrasto teorico (o logico) tra giudicati

¹³² V., rispetto alla generale questione dei limiti all'applicazione dell'art. 295 c.p.c., in senso conforme, Cass. 29 ottobre 2012, n. 18633; Cass. 23 gennaio 2012, n. 885; Cass. 6 marzo 2007, n. 5091; da ultima, nel senso che, «quando fra due giudizi esista un rapporto di pregiudizialità tecnica e quello pregiudicante sia stato definito con sentenza non passata in giudicato, la sospensione del giudizio pregiudicato (salvi i casi in cui essa sia imposta da una disposizione normativa specifica che richieda di attendere la pronuncia con efficacia di giudicato sulla causa pregiudicante) non può ritenersi obbligatoria ai sensi dell'art. 295 c.p.c. (e, se disposta, può essere proposta subito istanza di prosecuzione *ex art.* 297 c.p.c.), ma può essere adottata, in via facoltativa, ai sensi dell'art. 337 c.p.c., comma 2: il giudizio dipendente può essere sospeso sulla base di una prognosi della stabilità della decisione pregiudiziale impugnata (cfr. SU n. 21763 del 2021)», v. Cass. 17 marzo 2022, n. 8690.

¹³³ Cfr. M. GRADI, *op. cit.*, p. 75 ss., alle cui pagine si rinvia anche per ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

qualora sia mancato il coordinamento fra la decisione sulla causa pregiudiziale e quella sulla causa dipendente, nella quale la medesima questione pregiudiziale sia conosciuta solo *incidenter tantum*.

Nell'ipotesi di una decisione, resa dal giudice speciale, che annulli un provvedimento amministrativo e di una civile che, invece, riconosca l'esistenza del diritto soggettivo, accordando il bene della vita, proprio sulla base di un diverso esito dello scrutinio compiuto *ex art. 5 l.a.c.* dal giudice civile, i due giudicati, quello amministrativo e quello civile, non hanno deciso *in idem*, non hanno il medesimo oggetto e non si potrebbe configurare un contrasto pratico, ancorché la sentenza pregiudiziale «entri in conflitto con un fatto costitutivo del diritto dipendente».

In questi casi, l'esecuzione dei due provvedimenti è incompatibile sul piano logico e non su quello pratico.

Ai limitati fini di questo studio, pare dunque potersi negare il rapporto di reciproca esclusione, *supra* ricordato, tra potere di disapplicazione *ex art. 5 l.a.c.* e potere di sospensione *ex art. 295 c.p.c.*

Nel senso che, pur a fronte del potere del giudice civile di conoscere *ex art. 34 c.p.c.* la questione pregiudiziale relativa all'atto amministrativo condizionante il diritto soggettivo e di scrutinarla ai sensi dell'*art. 5 l.a.c.*, non potrebbe certo escludersi il contrasto teorico di giudicati - e quindi la necessità della sospensione *ex art. 295 c.p.c.* - ogni qual volta l'esistenza o il modo in cui esiste il diritto soggettivo dipenda dall'esistenza, oggetto di valutazione da parte del giudice amministrativo investito dell'azione di annullamento o di nullità, dell'atto amministrativo condizionante¹³⁴.

¹³⁴ In tal senso, v. Cass. 10 gennaio 2017, n. 278, che nel decidere sulla riassunzione di un processo civile sospeso per pregiudizialità rispetto ad un giudizio amministrativo, così si è espressa: «a seguito della sospensione del giudizio di opposizione avverso la determinazione dell'indennità definitiva di esproprio in attesa della definizione del procedimento amministrativo di impugnazione del relativo decreto, il termine per la riassunzione deve farsi decorrere non già dal deposito del decreto di estinzione o di improcedibilità di cui all'*art. 35 del d. lgs. n. 104 del 2010*, pronunciato dal Presidente del TAR ai sensi del successivo *art. 85*, ma dalla scadenza del termine di sessanta giorni previsto per il reclamo contro il menzionato provvedimento, ossia dopo aver assicurato il termine per il contraddittorio con l'Amministrazione e con tutte le altre parti presenti nel processo».

A ben vedere, ricorre un'ipotesi in cui il giudizio pregiudiziale è chiamato a realizzare, con sentenza costitutiva, una modificazione giuridica che interessa la fattispecie del diritto soggettivo, oggetto della lite dipendente; il giudice di quest'ultima non ha il potere di provocare, neppure incidentalmente, il mutamento, in altra sede domandato, necessario per il riconoscimento e per la tutela della pretesa azionata di fronte a lui, mutamento che può essere disposto soltanto *principaliter* dal giudice dinanzi al quale è stata proposta la domanda costitutiva; la controversia dipendente, ove non sia sospesa, produce una

Ne consegue che, ai fini dell'indagine sul potere di disapplicazione da parte del giudice civile, così come la sussunzione del potere di disapplicare l'atto amministrativo nell'ambito delle questioni *ex art. 34 c.p.c.* non esclude il contrasto teorico tra giudicato amministrativo e quello civile, così, di conseguenza, l'analisi sulla portata applicativa dell'*art. 295 c.p.c.* non pare contribuire a risolvere il problema della morfologia del potere *ex art. 5 l.a.c.*

Sembra preferibile impostare l'indagine sul rapporto tra potere di disapplicazione e necessità della sospensione, indagando, sul piano sostanziale, il rapporto tra atto amministrativo e diritto soggettivo.

È plausibile sostenere che:

- a fronte di un atto amministrativo dalla cui esistenza e validità dipenda il conseguimento del bene della vita riconosciuto dal diritto soggettivo, il giudice civile possa esercitare il potere di scrutinio *ex art. 4 e 5 l.a.c.* relativo alla compatibilità con la legge, al fine di riconoscere la fondatezza della pretesa; tale scrutinio avviene, di regola, *incidenter tantum*, ma se contemporaneamente pende in primo grado davanti al giudice amministrativo un giudizio relativo alla sua nullità o all'annullamento, è ragionevole ritenere che si configuri la necessità della sospensione *ex art. 295 c.p.c.*; infatti, in caso di giudicato amministrativo di annullamento o di nullità, sembrerebbe preferibile evitare il rischio di un giudicato civile contrastante, cioè che proprio su quell'atto amministrativo fondi il riconoscimento del diritto soggettivo;
- a fronte di un atto amministrativo dalla cui illegittimità dipende l'esistenza del diritto soggettivo, il giudice civile può certamente esercitare lo scrutinio *ex art. 5 l.a.c.*; qualora penda contemporaneamente un giudizio amministrativo volto a dichiararne l'illegittimità, la necessità della sospensione pare più dubbia, perché la struttura impugnatoria del giudizio amministrativo permette di considerare l'ipotesi in cui l'azione venga rigettata per i motivi dedotti davanti al giudice amministrativo, il che non esclude il potere del giudice civile di dichiarare incidentalmente l'illegittimità dell'atto per altri motivi: in questi casi, non si configurerebbe nessun contrasto teorico/logico di giudicati.

Implicita conferma della ragionevolezza di questa impostazione, che

sentenza che può rivelarsi ingiusta, in quanto non è in grado di tenere conto della realtà giuridica che soltanto con la sentenza costitutiva (pregiudiziale) verrà ad esistenza; la sospensione, allora, è necessaria per impedire una «ingiustizia annunciata»; in tal senso v. A. ATTARDI, *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in «*Giur. it.*», 1987, IV, c. 417 ss. nonché in *Studi in onore di E. Allorio*, Giuffrè, Milano 1989, I, p. 785 ss.

ammette la sospensibilità del processo civile dipendente, sembra potersi trarre, sul piano sistematico, dall'art. 63 d. lgs. 165/2001, nella parte in cui dispone «L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo»; la norma, infatti, ha il chiaro intento di tutelare la speditezza della controversia lavoristica in cui il lavoratore invoca la tutela del proprio diritto soggettivo, sacrificando sull'altare della rapidità nell'erogazione della tutela dei diritti oggetto delle controversie di lavoro il valore dell'armonia tra i giudicati¹³⁵.

Peraltro, tale sacrificio appare possibile proprio perché l'eventuale contrasto tra il giudicato amministrativo e quello reso dal giudice del lavoro non dà luogo ad un conflitto pratico, bensì teorico/logico.

La specialità della disposizione confermerebbe, dunque, la regola della necessità della sospensione al di fuori dei casi di sua applicazione.

Parrebbe possibile trarre ulteriore implicita conferma della tenuta sistematica di questa impostazione dalla previsione della sospensione facoltativa dell'azione di classe *ex art. 840 ter*, comma 3°, c.p.c., nonché pure dall'art. 4, comma 8°, d. lgs. 3/2017¹³⁶.

Entrambe le norme stabiliscono il potere del giudice, chiamato a decidere sulla domanda che presuppone l'accertamento di un illecito anticoncorrenziale, di sospendere il relativo processo; ma l'art. 840 *ter*, comma 3°, c.p.c. prevede questa speciale forma di sospensione facoltativa tanto qualora penda il procedimento amministrativo davanti all'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, quanto qualora penda il giudizio amministrativo di impugnativa del relativo provvedimento¹³⁷; l'art. 4, comma 8°, d. lgs. 3/2017 si limita invece a prevederla per il solo caso di contemporanea pendenza del procedimento davanti all'Autorità garante, sebbene la formulazione letterale, piuttosto ambigua¹³⁸, permetta di considerare plausibile l'estensione della sospensibilità del processo civile anche in caso di impugnativa della decisione.

Entrambe le disposizioni devono essere lette alla luce della previsione

¹³⁵ In tal senso, v. S. MENCHINI, *La tutela dei diritti soggettivi*, cit., p. 452; R. TISCINI, *op. ult. cit.*, p. 481 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *Controversie*, cit., p. 1831.

¹³⁶ Su cui sia consentito rinviare a A.D. DE SANTIS, *L'azione di classe prima e dopo il d. lgs. 3/2017*, in AA.VV., *Il private enforcement antitrust dopo il d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, a cura di B. Sassani, Pacini, Pisa, 2017, p. 263 ss., spec. § 5, ed ivi ulteriori riferimenti.

¹³⁷ La disposizione ricalca pedissequamente quanto previsto dall'abrogato art. 140 *bis*, comma 6°, cod. consumo, regolante l'azione di classe consumeristica.

¹³⁸ Che fa riferimento alla chiusura del procedimento «con una decisione dell'autorità o in altro modo».

contenuta nell'art. 7, comma 1°, d. lgs. 3/2017¹³⁹.

Altrove è stata proposta una interpretazione sistematica del vincolo derivante dal provvedimento dell'Autorità, che accerta la violazione, come mero fatto¹⁴⁰; questa lettura potrebbe, *in subiecta materia*, mettere

¹³⁹ Su cui si rinvia, da ultimo, a D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., p. 46 ss.; v. anche, A.D. DE SANTIS, *Intervento*, in *Quaderni dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Civile, Atti del Convegno di Messina, 27 e 28 settembre 2019*, BUP, Bologna, 2020, p. 474 ss.; come è noto, l'art. 7 è frutto del recepimento dei principii stabiliti dalla direttiva 2014/104/UE, sui cui v., senza pretesa di esaustività, A. GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *AIDA*, XXIV, Giuffrè, Milano, 2015, p. 251; S. VINCRE, *La Direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in «*Riv. dir. proc.*», 2015, p. 1153 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Il private enforcement ed il ruolo centrale della disciplina processuale, di nuovo conio legislativo o di nuova concezione giurisprudenziale*, in «*Int'l Lis*», 2015, p. 123 ss.; G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella Direttiva antitrust private enforcement*, in «*Dir. ind.*», 2016, p. 221 ss.; G. PITRUZZELLA, *La direttiva 2014/104/UE sul risarcimento del danno antitrust*, *ibid.*, p. 313; R. CHIEPPA, *Il recepimento in Italia della dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, *ibid.*, p. 314; A. HEIMLER, *Il risarcimento del danno antitrust: limiti e opportunità*, *ibid.*, p. 410 ss.; V. FALCE, *Il privilegio legale nella Direttiva 2014/104/UE sul private enforcement e possibili aperture in sede di recepimento*, *ibid.*, p. 505 ss.; E. CORAPI, *Danno antitrust e consumatore. Analisi comparatistica della normativa europea in Italia, Francia e Gran Bretagna*, in «*www.comparazionedirittocivile.it*»; F. ROSSI DAL POZZO, *La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust. Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement o occasione mancata?*, in *www.eurojus.it*; v., anche, *si vis*, A.D. DE SANTIS, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, in «*Riv. dir. proc.*», 2015, p. 1495 ss.

¹⁴⁰ Il d. lgs. n. 3/2017 riconosce alla decisione dell'autorità garante nazionale una forza superiore rispetto a quella di un qualunque atto o provvedimento amministrativo, nonché un'efficacia di accertamento che sembrerebbe travalicare i confini del fatto e sfociare nella loro qualificazione giuridica.

Una strada per tentare di conferire coerenza alla scelta tecnica del legislatore potrebbe partire dalla ricostruzione della fattispecie acquisitiva del diritto al risarcimento del danno da condotta antitrust: si tratterebbe di considerare la decisione con cui l'AGCM dichiara «definitivamente accertata la violazione del diritto della concorrenza» come un semplice fatto, in quanto tale costitutivo del diritto al risarcimento del danno azionato nei processi *follow-on*.

Soccorre, in tal senso, l'elaborazione dottrinale maturata rispetto alle controversie vertenti sul contenuto di una situazione giuridica, in cui è pacifico il criterio di imputazione; nel caso di provvedimenti costitutivi, la sentenza (*mutatis mutandis*, potrebbe valere analogo discorso per il provvedimento amministrativo) è un elemento della fattispecie acquisitiva (o estintiva) della situazione giuridica ed è appunto tale fattispecie (come un qualunque altro fatto di qualunque natura) a manifestare i propri effetti nei confronti dei terzi.

In altre parole, il provvedimento con cui l'Autorità indipendente accerta l'illegittimità della condotta e sanziona l'impresa ben potrebbe essere considerato come un fatto, che col suo modo di essere e con il suo venir ad esistenza, contribuirebbe a comporre la fattispecie acquisitiva del diritto del consumatore danneggiato.

fuori gioco il potere di disapplicazione del giudice civile e, al contempo, l'esclusione di ogni vincolo nel processo civile "a valle" nel caso di decisione di annullamento del provvedimento o di esclusione della condotta illecita, sembra giustificare la facoltatività della sospensione.

Se ne potrebbe trarre dunque la conclusione per cui, con le eccezioni delle controversie in materia di pubblico impiego e di quelle risarcitorie, individuali o di classe, in materia di *antitrust*, la sospensione *ex art. 295 c.p.c.* possa trovare spazio indipendentemente dal modo di intendere l'estensione del potere di disapplicazione da parte del giudice civile¹⁴¹.

Da questa prospettiva sostanziale si scorgerebbe in modo chiaro il rapporto di pregiudizialità/dipendenza fra situazioni giuridiche, *id est* quella oppositiva vantata dall'impresa nei confronti della AGCM che ne intende sanzionare l'operato e quella di diritto soggettivo del singolo consumatore che pretende di essere risarcito per gli effetti dannosi subiti dall'illegittimità dell'operato dell'impresa, là dove la prima è un elemento della fattispecie costitutiva della seconda.

Si potrebbe in tal modo giustificare la prevista inesistenza del vincolo nel caso in cui l'AGCM non ravvisasse gli estremi della violazione del diritto della concorrenza, perché, semplicemente, non vi sarebbe alcun fatto costitutivo, fermi restando: a) l'onere (o, meglio, la possibilità) per il danneggiato che intenda proporre la domanda risarcitoria, di allegare altri fatti costitutivi del suo diritto, quali quelli relativi alla configurabilità dell'intesa idonea a violare la legge; b) il dovere del giudice di pronunciarsi sulla loro sussistenza.

Il provvedimento amministrativo sarebbe un semplice fatto costitutivo del diritto, che dovrebbe essere conosciuto dal giudice a seguito di apposita allegazione da parte del presunto danneggiato, il quale potrebbe giovare di una considerevole facilitazione in ordine alla dimostrazione del proprio diritto; l'impresa, dal canto suo, potrebbe pur sempre difendersi, davanti al giudice civile, nella pienezza del contraddittorio, allegando tutti i fatti estintivi, modificativi e impeditivi, rispetto ai quali non potrebbe dirsi maturata alcuna preclusione.

Trovarebbe così giustificazione la mancata previsione di una sospensione del processo civile in caso di pendenza del procedimento davanti all'autorità, sarebbe risolta l'antinomia rispetto al potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo e non si porrebbero nemmeno i problemi relativi alla tutela del contraddittorio dovuti ad un accertamento svoltosi fuori del processo civile e tra diverse parti.

Non richiederebbe particolari sforzi ricostruttivi neppure il caso in cui, successivamente alla sentenza di rigetto della domanda risarcitoria proposta nell'ambito di un giudizio *stand-alone*, l'AGCM emettesse un provvedimento che invece accertasse la condotta illecita: il sopravvenire di un nuovo e non deducibile fatto costitutivo del diritto dovrebbe dirsi in grado di legittimare la proposizione di una nuova e non preclusa azione risarcitoria, fondata cioè su fatti parzialmente diversi rispetto a quelli sui quali ha deciso il giudice e si è formato l'eventuale giudicato di rigetto (per queste considerazioni, v. A.D. DE SANTIS, *Processo civile, antitrust litigation*, cit., p. 1495 ss. e ID., *Intervento*, cit., p. 481 ss.).

¹⁴¹ Nel senso che la pendenza davanti al Consiglio di Stato dei giudizi aventi ad oggetto l'impugnativa di delibere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sia causa di sospensione del giudizio di appello avente ad oggetto l'inibitoria di clausole abusive

Senonché, pur nella consapevolezza della vastità del tema dei rapporti tra giudicato amministrativo e processo civile e delle questioni poste dall'efficacia del primo rispetto al giudice civile, può essere utile considerare che se il legislatore, e prima ancora la giurisprudenza di legittimità¹⁴², hanno escluso la necessità del previo giudizio di annullamento dell'atto ai fini della riconoscibilità del risarcimento da lesione dell'interesse legittimo, davanti al medesimo giudice¹⁴³, debba dirsi quanto meno plausibile sostenere, sul piano sistematico, l'esclusione di ogni forma di dipendenza dell'accertamento del diritto soggettivo davanti al giudice civile dagli esiti di un giudizio amministrativo avente ad oggetto la legittimità dell'atto

contenute in contratti di consumatori, v. App. Milano 25 ottobre 2022, inedita; in senso contrario, però, App. Milano 3 novembre 2022, inedita; occorre considerare che la specialità delle disposizioni che abilitano il giudice a sospendere il processo in caso di pendenza di procedimento davanti ad Autorità indipendenti o della relativa impugnativa davanti al giudice amministrativo o comunque competente a conoscerne, dovrebbe costituire argomento sufficiente ad escludere l'ammissibilità della sospensione al di fuori di questi casi; da ultima, v. Cass, sez. un., 13 ottobre 2022, n. 30148, secondo cui, «benché nel testo dell' art. 295 c. p. c., modificato dall' art. 35 della l. n. 353 del 1990, manchi il riferimento ad una pregiudiziale controversia amministrativa (presente, invece, nella precedente formulazione), non può escludersi, in via di principio, la configurabilità di una sospensione necessaria del giudizio civile in pendenza di un giudizio amministrativo, che deve ritenersi ammissibile qualora sia imposta dall'esigenza di evitare un conflitto di giudicati, ipotesi che però non ricorre se il possibile contrasto riguardi soltanto gli effetti pratici dell'una o dell'altra pronuncia, e se, in particolare, tra i giudizi sussista diversità di parti, ostandovi in questo caso il rispetto del principio del contraddittorio. Peraltro, il giudice ordinario resta competente a conoscere dei provvedimenti amministrativi eventualmente incidenti sui presupposti della domanda, ai fini e nei limiti di una loro eventuale disapplicazione agli effetti della decisione sulla controversia relativa a diritti soggettivi».

¹⁴² L'orientamento a favore della necessità della pregiudiziale amministrativa è stato – come già anticipato e come è noto – intaccato da sez. un. 500/1999, le quali hanno escluso la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento rispetto a quello risarcitorio. In particolare, secondo la Cassazione la pregiudizialità non poteva trovare conferma alla luce del nuovo orientamento, che svincolava la responsabilità aquiliana della P.A. dal necessario riferimento alla lesione di un diritto soggettivo. Secondo la Suprema Corte, inoltre, l'autonomia tra le due giurisdizioni – ordinaria e amministrativa – risulta ancor più netta considerando il diverso ambito dei giudizi, ed in particolare l'applicazione, da parte del giudice ordinario, ai fini di cui all'art. 2043 c.c., di un criterio di imputazione della responsabilità non correlato alla mera illegittimità del provvedimento, bensì ad una più complessa valutazione, estesa all'accertamento della colpa, dell'azione amministrativa denunciata come fonte di danno ingiusto.

¹⁴³ Su cui si rinvia a P. POZZANI, *Premesse per lo studio della pregiudizialità amministrativa*, in «*Dir. amm.*», 2016, p. 365 ss. e EAD., *Proposte definitorie*, cit., p. 266 ss.

amministrativo rilevante ai fini dell'esistenza del diritto soggettivo¹⁴⁴.

L'unica chiave per ambire a raggiungere questo risultato parrebbe risiedere nell'estendere la portata vincolante, per la P.A. soccombente, della disapplicazione operata dal giudice civile, utilizzando la leva, suggerita rispetto alle controversie di lavoro pubblico, dell'art. 112, comma 2°, lett. c) c.p.a.

Se questa opzione interpretativa meritasse di essere coltivata, gli art. 295 c.p.c. e 79 c.p.a. potrebbero vedere grandemente ridotto il proprio rispettivo ambito di applicabilità ai rapporti tra processo civile e amministrativo.

¹⁴⁴ Ma v. Cass. 2 aprile 2015, n. 6788, secondo cui «L'atto presupposto - nella specie di sanzioni amministrative in tema di circolazione stradale, per violazione di una ordinanza sindacale - non può essere disapplicato quando la sua legittimità sia stata affermata dal giudice amministrativo nel contraddittorio delle parti e con autorità di giudicato».

Il presente volume ha ad oggetto l'analisi del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile. La premessa metodologica è costituita dalla centralità, nell'ordinamento italiano, della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi. L'importanza, da un punto di vista quantitativo e qualitativo, delle controversie civili che coinvolgono le pubbliche amministrazioni, suggerisce l'opportunità di rimeditare i modi e le forme attraverso le quali il giudice civile può verificare, *incidenter tantum*, la legittimità dell'atto amministrativo rilevante ai fini del riconoscimento del diritto soggettivo. L'opera si propone dunque di analizzare gli effetti sostanziali prodotti dagli atti amministrativi, con l'obiettivo di inquadrare, da un punto di vista teorico-sistematico, il potere di disapplicazione e, infine, di verificare come le soluzioni interpretative sinora offerte siano condizionate dalla qualificazione della nozione di pregiudizialità dell'atto-provvedimento amministrativo rispetto alla pretesa azionata davanti al giudice civile.

Angelo Danilo De Santis è professore associato di diritto processuale civile nell'Università degli Studi Roma Tre e avvocato. È autore di monografie, nonché di saggi, articoli e note a sentenze editi in riviste italiane e straniere e in opere collattanee. Ha tenuto conferenze nell'ambito di seminari e convegni organizzati da Enti e Università italiani e stranieri.