

**\*Pubblicato su *Giustizia Amministrativa*, 2004, f. 4, 743**

## **LIMITI DELLA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA AMMINISTRATIVA**

di

Giovanni Maria di Lieto

1. Pretese di diritto comune del privato e attività materiale della P. A.;
2. Pubblici servizi e controversie relative alla esecuzione dei contratti d'appalto.

1. Le Sezioni Unite della Cassazione (sent. n. 494 del 14/7/2000), muovendo dalla nozione di urbanistica contenuta nell'art. 80 del D.p.r. n. 616/77, sottolineano che la materia "urbanistica" ha ad oggetto: a) l'aspetto conoscitivo dell'indagine del territorio; b) l'aspetto normativo della disciplina dell'uso del territorio, mediante adozione di scelte urbanistiche; c) l'aspetto gestionale dell'uso del territorio, mediante attuazione concreta degli strumenti pianificatori.

Pertanto, rimangono escluse dalla giurisdizione esclusiva del G. A. le controversie del privato con l'Amministrazione concernenti pretese di diritto comune inerenti alla tutela del diritto di proprietà, ai rapporti di vicinato, ecc., in questi casi non essendo in gioco l'esercizio di una funzione pubblica e perciò "specificata" dell'Amministrazione (si tratta di pretese di diritto comune inerenti alla tutela di diritti soggettivi riconosciuti dalla legge in capo ai titolari indipendentemente dalla disciplina del territorio).

Nella prospettiva del privato, che si ritiene leso da comportamenti della P. A., non viene in evidenza la censura della illegittimità di una potestà pubblica.

Né possono farsi rientrare, nel pur ampio concetto di urbanistica di cui all'art. 34 D.Lgs. n. 80/98 ("tutti gli aspetti dell'uso del territorio"), gli obblighi che derivano al proprietario (anche se soggetto pubblico) dal suo diritto sulla cosa, la nozione di urbanistica non potendo essere estesa fino ad includervi la facoltà di godimento di cui dispone il titolare del bene.

In altri termini, se il rapporto controverso è meramente privatistico, non regolato da norme urbanistiche o da atti amministrativi ma da disposizioni civilistiche a tutela del diritto di proprietà, resta ferma la giurisdizione del G. O. nell'ipotesi in cui parte del rapporto sia la P. A.

L'applicazione di tali principi si estende in tema di proponibilità contro la P. A. dell'azione di denuncia di danno temuto ex art. 1172 c. c.

Rientra nella giurisdizione del G. O. il giudizio tendente alla tutela del diritto di proprietà che il privato ritiene leso da una attività materiale della P. A. (non rileva una funzione pubblica, e perciò "specificata" della P. A., e la questione esula dalla materia "urbanistica").

E' evidente, pertanto, la proponibilità contro l'Amministrazione dell'azione di denuncia di danno temuto, secondo la previsione dell'art. 1172 c. c., vertendosi in tema di comportamenti materiali, non riconducibili all'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali, in relazione ai quali rientra - nelle attribuzioni del G. O. - la condanna dell'Amministrazione ad un *facere*.

Deve, al contrario, propendersi per la improponibilità - nei confronti della P. A., dinanzi al G. O. - delle azioni di nunciazione, laddove vi sia lesione di una posizione giuridica soggettiva del privato determinata da atti della P. A. (nell'esercizio di poteri pubblicistici) o comportamenti della P. A. (che involgano "aspetti dell'uso del territorio").

Facendo leva sulla nozione di urbanistica contenuta nell'art. 34 D.Lgs. n. 80/98 ("tutti gli aspetti dell'uso del territorio"), il Consiglio di Stato (sent. n. 3169 del 14/6/2001) estende tale ampia nozione ai procedimenti di esproprio, comprensivi sia della dichiarazione di pubblica utilità, sia degli atti di occupazione d'urgenza e relativi comportamenti esecutivi.

La conclusione si fonda sui legami strettissimi che esistono tra la materia urbanistica e la materia dell'espropriazione.

E' importante precisare cosa si intende per "atti, provvedimenti e comportamenti" delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica e edilizia le cui controversie

sono attribuite, dall'art. 34 D.Lgs. n. 80/98, alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.

Per "atti e provvedimenti" devono intendersi le attività espressione di poteri autoritativi della P. A. (quelle attività in cui l'esercizio del potere è censurato dal G. A. se lesivo di una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo). La nozione di "comportamenti" ricomprende tutti i fatti giuridici imputabili alla P. A., lesivi di una posizione giuridica soggettiva di diritto soggettivo (ivi compresi i comportamenti inerti della P. A. ed i fatti illeciti non riconducibili alla illegittimità di atti amministrativi).

La giurisdizione esclusiva non si arresta al giudizio di annullamento del provvedimento amministrativo e si estende al sindacato sul rapporto tra privato ed amministrazione nella sua portata più ampia, comprensivo dei comportamenti materiali che danno esecuzione o sono collegati con il provvedimento.

Al G. A. è riservata, pertanto, la giurisdizione sugli atti del procedimento espropriativo e sui comportamenti connessi.

Alla stregua di tale *iter* argomentativo, sembrano potersi specificamente attribuire alla giurisdizione esclusiva del G. A. (oltre alle controversie che hanno per oggetto atti o provvedimenti emanati dalla P. A. nell'ambito del procedimento espropriativo) le controversie relative a comportamenti inerti della P. A. dai quali sia derivata la illegittimità della occupazione d'urgenza per mancata emanazione, nei termini, del decreto di esproprio - fenomeno della c. d. accessione invertita (caso in cui il privato fa valere il diritto al risarcimento del danno); le controversie relative all'uso "di mero fatto" del territorio da parte della P. A., ad es. per annullamento della dichiarazione di p. u. (illecito permanente: caso in cui il privato fa valere il diritto alla restituzione del bene o il diritto al risarcimento del danno).

Tale interpretazione dell'art. 34 D.Lgs. n. 80/98 si colloca nella prospettiva introdotta dal legislatore con l'art. 53 del Dpr n. 327/2001 ("Testo unico delle disposizioni in materia di espropriazione per pubblica utilità"), che devolve alla giurisdizione esclusiva del G. A. "le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi ed i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei

soggetti ad esse equiparati, conseguenti alla applicazione delle disposizioni del Testo Unico”, ad eccezione (co. 3) delle controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione dell’indennità.

Il legislatore ha inteso porre una deroga alla giurisdizione esclusiva soltanto per l’indennità di espropriazione (come, del resto, già l’art. 34 D.Lgs. n. 80/98), mentre espressamente ricomprende nella giurisdizione esclusiva del G. A. “i comportamenti delle amministrazioni pubbliche ... conseguenti alla applicazione delle disposizioni del Testo Unico” (è appena il caso di rilevare che le controversie per accessione invertita o per uso “di mero fatto” sono fonte di un obbligo di risarcimento o di restituzione, non di indennità).

I principi sopra descritti, riferiti alla materia “urbanistica” (e alla materia dell’espropriazione), sono confermati dal legislatore in materia di pubblici servizi.

Invero, l’art. 33 D.Lgs. n. 80/98 devolve alla giurisdizione esclusiva del G. A. tutte le controversie in materia di pubblici servizi ed in particolare quelle riguardanti “le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell’espletamento di pubblici servizi”; esclude dalla giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di pubblici servizi le controversie “meramente risarcitorie” che riguardano il danno alla persona o a cose e quelle concernenti i rapporti individuali di utenza. La norma esprime il principio che la giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di pubblici servizi non si estende alle controversie di valenza meramente civilistica, anche se parte del giudizio sia un soggetto pubblico (risarcimento dei danni prodotti alla persona da un illecito riconducibile ad attività materiale della P. A. che non si collega direttamente all’esercizio di un potere pubblico). Altrimenti, nel caso in cui l’esercizio del pubblico servizio si pone in rapporto di causalità necessaria con l’evento dannoso, la controversia è di competenza del G. A.

L’ampiezza del dato testuale (“attività e prestazioni di ogni genere...”) consente di ricomprendere nella formula diritti di ogni genere, compresi diritti primari del cittadino quale il diritto alla salute (sempreché la lesione del diritto si colleghi direttamente all’esercizio di un potere pubblico).

**2.** L'art. 33 del D.Lgs. n. 80/98 introduce la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo per le controversie in materia di servizi pubblici.

Si tratta di stabilire se tutte le controversie concernenti pubblici servizi - ivi comprese quelle relative all'esecuzione dei contratti di appalto - spettano alla cognizione del G. A., senza che rilevi la precedente distinzione tra fase procedimentale (anteriore alla conclusione del contratto di appalto) e fase negoziale ed esecutiva del contratto medesimo.

Per stabilire la portata della devoluzione al G. A. delle controversie in materia di pubblici servizi è opportuno affrontare due questioni di ordine preliminare: a) cosa debba intendersi per "pubblici servizi", ai fini dell'applicazione della norma in esame; b) quale sia l'ampiezza della giurisdizione esclusiva, posto che la norma devolve al G. A. "tutte le controversie in materia di pubblici servizi".

Riguardo al primo punto, l'art. 33 D.Lgs. n. 80/98 non precisa il concetto di servizio pubblico, contenendo un elenco meramente esemplificativo di ipotesi ("compresi quelli afferenti...") e lasciando all'interprete il compito di delimitare la nozione e la materia dei servizi pubblici.

Sul servizio pubblico esistono due teorie: quella soggettiva e quella oggettiva.

La prima ritiene servizio pubblico ciò che è erogato da soggetti pubblici, assegnando rilievo determinante al fatto che il servizio sia di competenza di un soggetto pubblico.

La seconda si fonda sul disposto degli artt. 41 e 43 Cost., ponendo in rilievo l'attività e la sua attitudine a soddisfare un interesse di carattere generale. Tale interpretazione è confermata dall'art. 22 della L. n. 142/90, la cui definizione di servizio pubblico ("produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali") è una specificazione della nozione dell'attività avente carattere di preminente interesse generale di cui all'art. 43 Cost.

Dall'elenco contenuto nell'art. 33 D.Lgs. n. 80/98 si può ritenere che la nozione cui ha riguardo il legislatore sia quella oggettiva, facendosi riferimento ad attività

economiche pubbliche – a prescindere che siano poi gestite da società private – sottoposte a programmi e leggi idonei ad indirizzarle a fini sociali.

Riguardo al secondo punto, l'art. 33, co. 1, D.Lgs. n. 80/98 ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie che riguardano i servizi pubblici.

Si tratta di stabilire se la nozione di servizio pubblico in senso oggettivo comprenda esclusivamente le prestazioni volte direttamente al soddisfacimento dei bisogni della collettività ovvero anche le prestazioni che raggiungano tale scopo in via strumentale.

Le Sezioni Unite della Cassazione aderiscono alla tesi restrittiva, ritenendo che “il servizio si qualifica come pubblico allorquando l'attività, in cui esso consiste, sia indirizzata istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'amministrazione pubblica” (SS.UU. 71/2000).

In applicazione di tale principio, attribuiscono la giurisdizione al G. O. per le controversie relative alla fornitura di prodotti sanitari e farmaceutici effettuata direttamente ad un'azienda sanitaria locale (SS.UU. 71/2000) e per quelle relative alla risoluzione del contratto avente ad oggetto la preparazione e la consegna dei pasti per scuole comunali (SS.UU. 72/2000), la prestazione dei privati rivestendo carattere di strumentalità rispetto al servizio pubblico (in sé considerato).

La sentenza delle SS.UU. n. 72/2000 propende per la tesi restrittiva anche in virtù di considerazioni di legittimità costituzionale, l'interpretazione estensiva ponendo problemi di violazione dell'art. 103 Cost., che legittima l'attribuzione al Giudice amministrativo della cognizione di diritti soggettivi nell'ambito di controversie correlate all'interesse generale (senza possibilità di indiscriminata estensione a controversie coinvolgenti esclusivamente diritti patrimoniali).

Sulla giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di pubblici servizi è intervenuta anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (ord. n. 1/2000), dichiarando la giurisdizione del G. A. nelle controversie intercorrenti tra il titolare della farmacia ed il servizio sanitario nazionale.

L'Ad. Pl. distingue la controversia oggetto della decisione da quella dell'appaltatore di fornitura di medicinali destinati al servizio sanitario nazionale (per la quale la sentenza delle SS.UU. n. 71/2000 dichiarava la giurisdizione del G. O.), così argomentando:

- "l'appaltatore di forniture risulta creditore in base all'esecuzione di un contratto di appalto di fornitura, caratterizzata dalla consegna della merce all'Amministrazione";
- "il titolare della farmacia risulta creditore in base ad un rapporto giuridico di diritto pubblico, che non si basa su un contratto e in base al quale è tenuto a fornire i farmaci agli assistiti, per conto del servizio sanitario nazionale";
- "le farmacie, anche quelle di cui sono titolari i soggetti privati [...] svolgono un servizio pubblico in senso tecnico, quello sanitario, sulla base di regole pubblicistiche che costituiscono attuazione dell'art. 32 della Cost. e riguardano ogni aspetto della loro attività";
- "neppure può affermarsi che manca qualsiasi connessione tra il diritto di credito del titolare della farmacia e l'interesse pubblico sotteso alla organizzazione ed alla gestione del servizio farmaceutico";
- "... ogni aspetto del rapporto intercorrente tra l'Amministrazione e il titolare della farmacia è disciplinato dal diritto amministrativo: l'inadempimento degli obblighi di una delle parti si ripercuote, inevitabilmente, sull'efficienza del servizio e sugli interessi pubblici coinvolti".

Secondo le SS.UU. e l'Adunanza Plenaria, il servizio pubblico soddisfa direttamente le esigenze della collettività, restando fuori da tale categoria ogni attività strumentalmente utilizzata per erogarlo.

Consegue da tale impostazione che la specifica menzione, sub lett. f), art. 33, D.Lgs. n. 80/98, delle controversie riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, risulta suscettibile di una interpretazione restrittiva, volta a circoscrivere la cognizione del G. A. al novero delle controversie - anche di natura patrimoniale - semprechè direttamente collegate all'espletamento del servizio.

Se l'appalto - strumentale al pubblico servizio - è attratto nella giurisdizione amministrativa esclusiva, le controversie relative alla mera esecuzione del contratto - strumentale all'appalto di pubblico servizio - rimangono devolute alla cognizione del G. O.

Così, ad es., la domanda - di carattere patrimoniale - volta alla determinazione del *quantum* della revisione prezzi, è priva di correlazione diretta con l'interesse generale all'espletamento del servizio pubblico, non mettendo in discussione l'interesse pubblico connesso alla organizzazione e gestione del servizio.

In conclusione, la giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi, attribuita al G. A. dall'art. 33 D.Lgs. n. 80/98, deve ritenersi estesa alle controversie relative alla fase successiva all'affidamento o alla stipula del contratto d'appalto, esclusivamente in ragione della diretta ed effettiva incidenza delle controversie sull'espletamento del pubblico servizio.

Giovanni Maria di Lieto