



# GIUSTIZIA INSIEME

ISBN 978-88-548-2217-7

ISSN: 2036-5993

Registrazione: 18/09/2009 n. 313 presso il Tribunale di Roma

*Diritto e processo amministrativo, n. 1589 - 1 marzo 2021*

**L'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo (nota a Cons. st., sez. II, n. 8546/2020)?**

**di Marco Mazzamuto**

Sommario: 1. Premessa. – 2. I limiti tradizionali nelle classiche controversie di diritto pubblico. – 3. Le zone di intreccio col diritto privato. – 4. Il ritorno delle azioni dell'amministrazione contro il privato: la giurisdizione esclusiva e la responsabilità. – 5. Concorso di strumenti pubblicistici e privatistici. Rilievi critici. – 6. La subdola parità di fronte al giudice amministrativo. Rilievi critici. 7. Il caso della pronuncia in commento. 8. Conclusioni.

## **1. Premessa.**

Una recente pronuncia (Cons. st., sez. II, n. 8546/2020) costituisce l'occasione per fronteggiare un tema tradizionalmente poco approfondito, ma che è andato emergendo in modo significativo in questi ultimi venti anni: la ricorrenza di azioni della pubblica amministrazione contro un privato innanzi al giudice amministrativo.

Nulla impedisce in linea di principio che l'amministrazione possa promuovere un giudizio contro un privato, così come nulla impedisce in linea di principio che l'amministrazione possa presentare un ricorso al giudice amministrativo. E' sufficiente ricordare, nel primo caso, l'instaurazione di un giudizio civile<sup>[1]</sup>, e, nel secondo caso, l'impugnazione, in via principale o in via incidentale, di un atto di altra amministrazione<sup>[2]</sup>.

Ciò che si presenta oggi è tuttavia quella che sembrerebbe un'inusuale combinazione, ovvero sia che l'amministrazione agisca contro un privato, questa volta, non di fronte al giudice ordinario, bensì di fronte al giudice amministrativo, mentre il ricorso a quest'ultimo

tradizionalmente ha sempre sembrato presupporre che la parte resistente fosse una pubblica amministrazione, tanto è vero che, ancora alla fine del secolo scorso, si ricordava che “la dottrina ... la ritiene un'affermazione scontata e ciò, sia se si controverta in sede di giurisdizione generale di legittimità, sia in sede di giurisdizione esclusiva”, riconoscendo che in effetti “tutto il processo è organizzato intorno alla figura dell'amministrazione, parte resistente”<sup>[3]</sup>. Anche negli odierni manuali di questo ordine di problemi si continua ad avere ben poca traccia.

Non sarebbe però corretto affermare che siffatta inusuale combinazione costituisca un'assoluta novità. Nella storia del contenzioso amministrativo, come vedremo, se ne possono trovare riscontri, sia con riferimento alla tradizione francese, sia con riferimento alle vicende del nostro ordinamento.

## 2. I limiti tradizionali nelle classiche controversie di diritto pubblico.

Se si guarda alle classiche controversie pubblicistiche, che involgono cioè l'impugnazione di atti amministrativi, non è difficile comprendere perché non si trovino azioni dell'amministrazione contro il privato di fronte al giudice amministrativo.

In primo luogo, a parte di recente l'organo indiretto, a mente di una famosa pronuncia (Cass. s.u. n. 12221/1990), o più ampiamente i soggetti “equiparati” alla p.a.<sup>[4]</sup>, dove il privato viene comunque rivestito di una coloritura pubblica, e a parte il controinteressato che non può in effetti considerarsi in senso stretto un resistente<sup>[5]</sup>, il privato vero e proprio, che mantiene cioè integra tale sua qualità, non adotta atti amministrativi, sicché manca l'oggetto contro il quale rivolgere il ricorso. Per tale ragione non si può dunque dare il caso di un ente pubblico che impugni un atto amministrativo del privato, così come invece sarebbe possibile nei confronti di un atto amministrativo adottato da un'altra amministrazione.

In secondo luogo, l'amministrazione, per far valere una pretesa pubblicistica nei confronti del privato, non deve agire contro quest'ultimo passando per l'intermediazione del giudice amministrativo, ma esercita direttamente i poteri che le conferisce l'ordinamento.

Così, se intende adottare un provvedimento sfavorevole al privato, a seguito di un procedimento d'ufficio o ad istanza di parte, l'amministrazione non deve prima chiedere al giudice amministrativo di accertare la sussistenza dei relativi presupposti, bensì adotta *motu proprio* il provvedimento.

Anzi nella logica del sistema, l'amministrazione non solo non deve, ma anche *non può* adire il giudice amministrativo, poiché è ad essa che l'ordinamento attribuisce, quantomeno in prima battuta, la responsabilità di provvedere. Così non meno nella tradizione francese, ove “le autorità amministrative hanno l'obbligo di esercitare i poteri di cui sono investite”, sicché un loro ricorso al giudice amministrativo sarebbe irricevibile<sup>[6]</sup>.

Sul piano processuale ciò è ben rappresentato dal principio, sempre di origine francese, della cd. *décision préalable*, che si atteggia appunto a condizione di ricevibilità del ricorso, e che, tra i cugini d'oltralpe, continua a mantenere tutto il suo vigore, coinvolgendo anche le azioni di responsabilità o volte comunque ad ottenere il pagamento di una somma di danaro<sup>[7]</sup>. Anche nel nostro ordinamento, ciò trova da ultimo conferma, se mai ve ne fosse stato bisogno, nell'art. 34, comma 2, c.p.a. “in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a

poteri amministrativi non ancora esercitati”[\[8\]](#). Un analogo modello possiamo tutt’oggi ritrovare nella giustizia tributaria, pur sempre figlia della tradizione del contenzioso amministrativo[\[9\]](#).

Il principio della *décision préalable* è normalmente evocato con riguardo al ricorso del privato, ma, a ben vedere, *esso deve non meno riferirsi all’amministrazione*, costituendo il naturale corollario della suddetta responsabilità: non solo il privato, ma neanche l’amministrazione può presentare previamente un ricorso al giudice amministrativo in ordine all’esercizio dei poteri che le competono.

E’ vero che può ravvisarsi una deroga nel caso del silenzio, almeno da quando nel nostro ordinamento quest’ultimo è stato inteso, sviando dalla tradizione francese sin lì seguita, come silenzio-inadempimento e non più come diniego tacito, nonché da ultimo, ma a certe condizioni, nella sopravvenuta possibilità di accertare la “fondatezza della pretesa” (art. 31, comma 3, c.p.a.). Deve tuttavia ritenersi che siffatte deroghe, che comunque confermano il principio, possano valere soltanto in caso di ricorso del privato, *mentre il principio dovrebbe mantenere del tutto integra la sua portata interdittiva riguardo ad un’azione dell’amministrazione*.

L’amministrazione non può dunque chiedere un accertamento su un potere non ancora esercitato né in via di azione, né in via di reazione ad un ricorso presentato dal privato.

I poteri pubblicistici non si fermano al primo provvedere e ciò refluisce nuovamente nella prospettiva processuale.

Se intende annullare d’ufficio un proprio provvedimento, l’amministrazione non deve, ma anche *non può* chiedere previamente al giudice amministrativo di accertare la sussistenza dei relativi presupposti, bensì adotta *motu proprio* il provvedimento di autotutela.

Ciò vale, anche qui, sia in via di azione, sia in via di reazione, e similmente al sistema francese[\[10\]](#): se, ad es., un concorrente impugna la graduatoria lamentando una clausola del bando, l’amministrazione, a differenza di un controinteressato, non potrebbe, con ricorso incidentale e al fine di rimuovere il parametro evocato dal ricorrente principale, impugnare siffatta clausola, bensì, trattandosi di un proprio atto (il discorso sarebbe diverso se si trattasse di atto di altra amministrazione), avrebbe dovuto provvedere con i poteri di autotutela[\[11\]](#).

I poteri pubblicistici non si fermano neanche al provvedere, di primo o di secondo grado, ma investono altresì l’esecuzione del provvedere.

Come è noto, grazie al principio di esecutorietà, unitamente al potere pubblicistico di emanare propri titoli esecutivi, l’amministrazione non deve[\[12\]](#), ma di regola, parimenti alla tradizione francese del *privilege du préalable*[\[13\]](#), anche *non può* a tal fine rivolgersi previamente al giudice amministrativo, ma porta direttamente ad esecuzione i propri provvedimenti.

La proiezione sulle vicende dell’esecuzione costituisce in qualche misura un’inevitabile conseguenza della logica del sistema. Ciò fa comprendere perché negli ordinamenti giurispubblicistici, anche in prospettiva comparata, non abbia mai avuto risultati apprezzabili l’idea di riportare l’esecutorietà ad un principio di tipicità normativa. Non diversa sorte ha avuto, nel nostro ordinamento, l’art. 21-ter della legge n. 241/1990[\[14\]](#), la cui previsione, non a caso, è stata sostanzialmente tralasciata dalla giurisprudenza[\[15\]](#).

Ma allora, se non quelle pubblicistiche, quali dovrebbero essere mai le controversie nelle quali l'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo?

Qui il discorso si complica e la linearità dello schema appena rappresentato viene investito dalle ambiguità che caratterizzano quelle *zone di confine* nelle quali le fattispecie pubblicistiche rimesse alla giurisdizione del giudice amministrativo vengono esposte ad un ritorno di odori privatistici.

### 3. Le zone di intreccio col diritto privato.

Sono proprio queste zone di confine il luogo elettivo di eventuale emersione delle azioni delle amministrazioni contro il privato, come se, qua e là, possano attivarsi meccanismi che riconducono in qualche misura alla dinamica, anche processuale, dei rapporti privatistici.

Da lungo tempo nella tradizione francese questo fenomeno è emerso nell'ambito del ricorso di piena giurisdizione, dove entravano in campo vicende contrattuali o attinenti alla responsabilità. Ovviamente ciò presupponeva la competenza del contenzioso amministrativo in quel percorso che conduceva alla enucleazione della categoria dei *contrats administratif*, distinti dai meri contratti di diritto privato, nel contesto dunque di una pubblicizzazione, che però lasciava evidentemente aperto qualche spazio a logiche processuali privatistiche.

Significativo al riguardo è anche il rapporto col principio della *décision préalable*. La coloritura pubblicistica del modello processuale è sempre stata invero prevalente, tanto che, come ricorda già Laferrière, il suddetto principio vale anche per gli *actes de gestion*, oggetto di piena giurisdizione, e non solo per gli atti *actes de puissance publique*, ma vi erano delle eccezioni, come nel caso delle domande d'indennità per danni causati nei *travaux publics* o dell'estrazione dei materiali<sup>[16]</sup>. Possono anche ricordarsi le azioni dell'amministrazione relative alle cd. *contraventions de grande voirie* per danni cagionati dal privato al demanio, risalenti alla legge 29 floréal anno X e ancora contemplate nel diritto vigente (L774-1 ss CJA)<sup>[17]</sup>.

Non si può qui approfondire una materia alquanto complessa, anche dal punto di vista storico, bastando confermare che nella giustizia amministrativa francese ben possono ravvisarsi svariate azioni dell'amministrazione contro il privato, e anche in via riconvenzionale. Per qualche esempio: azioni di responsabilità dell'amministrazione per i danni causati al Comune dall'impresa incaricata di lavori pubblici (CE 30/10/1964, *Cne Usse*), azioni di condanna del privato ad evacuare il demanio pubblico (CE 4/2/1976, *Elissonde*), azioni di condanna ad un *facere* che l'amministrazione non ha il potere di imporre al contraente o concessionario (CE 13/7/1956 *Office HLM de la Seine*, 30/10/1963, *Sonetra*), azioni riconvenzionali dell'amministrazione contro le pretese di un contraente privato (CAA Paris, VII, 29/12/2017, 16PA01978) o chiamate in garanzia da parte dell'amministrazione per il risarcimento dei danni (CAA Lyon, VI, 26/11/2009, 06LY02008) o ancora azioni di rivalsa nei confronti dei funzionari amministrativi (*action récursoire*), come nel caso di una *faute personnelle* (CE 12/12/2008, n. 296982; già CE 28/07/1951 *Laruelle et Deville*). Anzi, sembra che, nei tempi recenti, persino l'ordinamento francese non sia rimasto del tutto immune alle sirene della "civiltà". Se significativa era già l'esistenza di una eccezione risalente per i crediti di origine contrattuale<sup>[18]</sup>, è andata emergendo una tendenza ad espandere questa eccezione, sino a farvi rientrare un'azione di risarcimento per responsabilità precontrattuale in ragione dell'attitudine dolosa dell'impresa<sup>[19]</sup>.

A ben vedere, anche il nostro ordinamento, nel corso del XIX sec., si stava muovendo nel solco della medesima tradizione d'oltralpe e non a caso non manca una casistica di azioni dell'amministrazione contro il privato, già prima dell'unificazione, nelle "materie" del contenzioso amministrativo in senso stretto, ove i relativi organi esercitavano una funzione giurisdizionale (Real Patenti 31 dicembre 1842 e Real Editto 29 ottobre 1847): così, ad es., può ravvisarsi una causa promossa dalla Comunità di Monticelli contro dei privati in ordine al fatto che una strada rientri tra quelle comunali (Consiglio d'Intendenza Generale di Salluzzo, sentenza 30 giugno 1846, in *Rivista amministrativa del Regno*, 1850, 115); della Comunità di Giaveno contro degli imprenditori privati in ordine ad un'opera pubblica, se siano tenuti pei danni dipendenti dalla rovina dell'opera medesima (Consiglio d'Intendenza di Torino, sentenza 10 novembre 1849, *ivi*, 1851, 652). Tale possibilità non aveva dunque ostacoli di principio, per quanto ritenuta meno ricorrente rispetto all'azione del privato, rimanendo semmai ferma la necessaria presenza nella lite di una parte pubblica: "non si può neppure concepire contenzioso amministrativo, dove fra le parti contendenti non si trovi l'Amministrazione, e la questione non verta intorno a materia amministrativa, qual è, come il più spesso avviene, il reclamo di un privato che da un atto amministrativo pretendasi leso nei suoi diritti" (R. Camera dei conti, 2 aprile 1859, *ivi*, 1859, 405)[\[20\]](#).

Perché oggi si ha allora la sensazione di una novità, bisognosa di un'apposita disamina?

Quelle zone grigie iniziano a dissolversi a seguito della legge abolitiva del contenzioso del 1865. E' questo il vero *scrimen* che potrebbe giustificare storicamente la progressiva disparizione nel nostro ordinamento delle azioni dell'amministrazione contro i privati di fronte alla giustizia amministrativa. Se non ottenne alcun apprezzabile risultato sul versante del sindacato sui provvedimenti amministrativi – i quali, prima con la distinzione tra atti di impero e di gestione e poi *mutatis mutandis* con la degradazione dei diritti soggettivi, rimasero sostanzialmente fuori dalla porta dei tribunali-, il modello della giurisdizione unica determinò pur sempre un irrigidimento nella contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato, soprattutto nel tentativo di riportare nel proprio alveo fattispecie che, dai tempi della Rivoluzione francese, si riteneva fossero state strappate ai tribunali da parte del contenzioso amministrativo[\[21\]](#).

Non a caso nella nostra tradizione si acuirà la distinzione tra atti unilaterali e bilaterali ai fini qualificatori. Si abbandonerà così la possibile via francese dei *contrats administratifs*, in quanto il contratto è soltanto quello di diritto privato, e specularmente la qualificazione pubblicistica dovrà sempre comportare la presenza di un atto unilaterale, il provvedimento amministrativo. Ed infatti quando, a cavallo tra XIX e XX sec., ritornerà il vento della pubblicizzazione, non sarà sufficiente affermare che un contratto di locazione di un bene pubblico è un contratto di diritto pubblico, ma, più radicalmente, dovrà trasformarsi il titolo del rapporto in un provvedimento concessorio.

Ma proprio questo irrigidimento può far comprendere un ulteriore passaggio. Le zone grigie avrebbero potuto ricostituirsi con l'avvento nel 1923 delle materie di giurisdizione esclusiva, se non fosse che, a ben vedere, attraverso tali norme processuali sulla giurisdizione, non solo, come era inevitabile (similmente ai *contrats administratifs* rimessi al contenzioso amministrativo francese), si finì per avallare una pubblicizzazione sostanziale del rapporto[\[22\]](#), *ma non si lasciò alcuno spazio per significative contaminazioni privatistiche*. L'unica eccezione furono i "diritti patrimoniali conseguenziali", che, appunto per questo, rimanevano però fuori dalla giurisdizione del giudice amministrativo.

Si prenda il caso emblematico del pubblico impiego, sulla cui natura giuridica (pubblicistica, privatistica o mista) da decenni si disquisiva: non solo il titolo, ma anche gli atti di gestione del rapporto di lavoro divengono atti “amministrativi”. Il punto di equilibrio con l’origine privatistica, al fine di evitare che il mutamento della qualificazione potesse importare una diminuzione della tutela, ha soltanto bisogno di un piccolo accorgimento, ossia l’invenzione degli atti amministrativi “paritetici”, la cui impugnazione è sottratta al breve termine decadenziale. Niente di più.

In tal modo, la “materia” ha finito per essere attratta nello schema generale dell’esercizio dei poteri pubblicistici, anche se si parli di atti paritetici e diritti soggettivi, e soprattutto, nella prospettiva processuale, in una sostanziale riproduzione del principio della *décision préalable*. Anche per quegli aspetti del rapporto dove poteva risuonare l’origine privatistica, ad es. quelli di natura puramente patrimoniale, l’amministrazione non ha bisogno di rivolgersi ad un giudice, ma adotta una decisione, che verrà eventualmente impugnata dal privato, pur, nel caso di atto paritetico, con quella diversa modulazione del termine. Ancor oggi possiamo trovarne le tracce: l’amministrazione nega taluni emolumenti economici e l’interessato chiede l’annullamento degli atti paritetici, benché si osservi che si tratta di una sostanziale azione di accertamento (Tar Lazio Roma II quater n. 12821/2020).

In altre parole, la giurisdizione esclusiva, per lunghi decenni, non sembra aver dato occasione di fare emergere azioni dell’amministrazione contro il privato di fronte al giudice amministrativo, in quanto il modello delle controversie pubblicistiche, pur con delle modulazioni, ha costituito la cornice nella quale rigorosamente ambientare, anche in tali zone grigie, i rapporti tra privato, azione amministrativa e processo amministrativo.

Tutto questo fa comprendere come le vicende recenti possano in qualche modo apparire come una novità.

#### **4. Il ritorno delle azioni dell’amministrazione contro il privato: la giurisdizione esclusiva e la responsabilità.**

Le premesse per il ritorno delle azioni dell’amministrazione contro il privato di fronte al giudice amministrativo possono, grosso modo, collocarsi a partire dagli anni novanta del secolo scorso.

Invero, già in precedenza, si era mosso qualcosa di significativo, ma dettato da esigenze pratiche specifiche e non tale ancora da determinare un mutamento di paradigma sul piano sistematico, anche perché non frutto di condivisione tra le giurisdizioni. Si trattò, non a caso, di un’iniziativa della Cassazione in materia di pubblico impiego, che, da un lato, affermò che l’ente pubblico datore di lavoro, per la ripetizione di somme, o non potendo o non volendo avvalersi degli strumenti di attuazione coattivi conferiti dall’ordinamento, è facultato ad esperire i rimedi giurisdizionali ordinari, d’altro lato, che, sussistendo la giurisdizione esclusiva, tali rimedi vanno presentati al giudice amministrativo, ivi compreso il procedimento ingiuntivo (Cass. S.U. n. 1580/1970, n. 6442/1979, n. 8207/1987, n.14215/2002). Posizione invece non condivisa dal Consiglio di Stato, che dichiarerà il proprio difetto di giurisdizione, statuendo altresì che l’amministrazione non può proporre azioni dinanzi al giudice amministrativo (Cons. st. VI n. 991/1987)[23].



La ragione fondamentale per un più deciso ritorno delle azioni dell'amministrazione è, a nostro avviso, da ravvisare nella forte pressione, specie al livello dottrinario, esercitata in vista di una qualche "civilizzazione", più o meno intensa, del diritto amministrativo e della giustizia amministrativa, cui ha anche concorso il sopravvenire di tematiche nuove, come quella della responsabilità, nel nostro ordinamento tradizionalmente ricondotta all'ambito degli istituti privatistici e alla giurisdizione del giudice ordinario. Tutto questo a partire dall'indimostrato ed errato presupposto che la civilizzazione comporterebbe un rafforzamento della tutela del cittadino<sup>[24]</sup>, mentre vi sarebbe semmai da temere esattamente il contrario.

Si determina così un evidente salto di qualità sia rispetto a quell'irrigidimento determinato dalla legge del 1865, sia rispetto ad una assorbente colonizzazione pubblicistica delle materie di giurisdizione esclusiva. Non si tratta più e soltanto di utilizzare, qua e là, frammenti di origine privatistica, opportunamente assorbiti, con eventuali modulazioni, nel "sistema" giuspubblicistico. In quella che oggi viene indicata come una "osmosi" tra diritto pubblico e diritto privato (ad es. di recente Cons. st II n. **7237/2020**), l'interferenza dei riferimenti privatistici inizia ad assumere, quantomeno rispetto al passato, una maggiore densità e autonomia: non si ha così remore, per fare un esempio, ad affermare che, nonostante una convenzione di lottizzazione abbia natura pubblicistica, siano applicabili gli istituti privatistici della risoluzione contrattuale (Tar Lazio Roma IIbis n. 13229/2020). Ben inteso: tutto ciò va misurato e circoscritto nella sua effettiva portata, non potendosi in alcun modo accedere a certe vulgate dottrinarie che molto superficialmente ritengono con un tratto di penna di poter cancellare o ridurre al lumicino la contrapposizione tra sistema pubblicistico e sistema privatistico.

Un punto di partenza potrebbe essere ravvisato nella previsione degli "accordi" della legge sul procedimento (artt. 11 e 15 L. n. 241/90), rimessi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Tali accordi, da un lato, spezzano la rigida contrapposizione tra atti unilaterali (pubblicistici) e atti bilaterali (privatistici), riaprendo la porta ai contratti di diritto pubblico, d'altro lato, contengono un espresso rinvio al codice civile ("si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili").

Sul finire degli anni novanta si allunga l'elenco delle materie di giurisdizione esclusiva e si attribuisce al giudice amministrativo il risarcimento dei danni, ampliando così le potenziali zone di confine. La legge n. 205/2000 diviene anche occasione per rivedere più ampiamente la disciplina del processo amministrativo con primi momenti di apparentamento col processo civile.

E' il caso della previsione che introduce il decreto ingiuntivo: "Nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale, si applica il capo I del titolo I del libro IV del codice di procedura civile" (art. 8 L. n. 205/2000). In applicazione della legge, si conferma da subito che possa essere anche l'amministrazione ad agire, come si evince ad es. nel caso di un Comune che chiede il decreto ingiuntivo nei confronti di un concessionario (ad es. Tar Lazio Roma II n. 6525/2002), con ciò riprendendo l'orientamento già emerso in Cassazione. Specularmente emerge altresì la possibilità che l'amministrazione non solo si opponga al decreto ingiuntivo chiesto dal privato, e sin qui, come è noto, nella veste, in quanto opponente, di convenuto sostanziale, ma possa altresì, e questa volta nella veste di attore anche sostanziale, unire

all'opposizione una domanda riconvenzionale (ad es. Tar Lazio Roma II n. 8581/2001; Tar Toscana II n. 613/2002).

Si incomincia così a respirare una nuova aria, come testimonia l'avvento di scritti più decisamente aperti all'ingresso di azioni dell'amministrazione. E', ad esempio, il caso della dottrina già citata<sup>[25]</sup> che, alla luce del D.lgs. 80/98 (poi dichiarato incostituzionale), guarda all'intero versante delle materie di giurisdizione esclusiva e pone, a tal fine, l'esigenza di una rivisitazione strutturale della disciplina processuale. Emblematico è anche lo scritto di un giudice amministrativo<sup>[26]</sup> che si interroga espressamente sulla possibilità di applicare nell'ambito della giurisdizione esclusiva e dei giudizi risarcitori istituti processualcivilistici, ed in particolare la domanda (ed eccezione) riconvenzionale e la chiamata in giudizio del terzo. Non si nega il dubbio sulla "ammissibilità di una domanda che venga proposta dinanzi al giudice amministrativo da una amministrazione contro un privato; e ciò con specifico riferimento alla tradizionale nozione della giustizia amministrativa quale strumento di «tutela nei confronti della pubblica amministrazione» (art. 103 cost.)", ma, significativamente, si afferma che "l'attuale stato di evoluzione della giustizia amministrativa, con attribuzione di giurisdizione esclusiva su «tutte le controversie» relative a materie amplissime (ad es., servizi pubblici ex art. 33, d. lg. n. 80 del 1998) e la trasformazione della nozione di giurisdizione esclusiva quale «giurisdizione piena» sui rapporti, consente, a mio avviso, di superare tale rilievo preliminare".

Non sorprende così che da quel momento prenderanno corpo svariati riscontri giurisprudenziali nel segno di riconoscere in linea generale la possibilità di un'azione dell'amministrazione contro il privato di fronte al giudice amministrativo. Ma non meno deve sorprendere che vi siano stati anche momenti iniziali di difficoltà o di rigetto di una siffatta prospettiva, come nel caso in cui si è recisamente affermato che la legge n. 205/2000 "non ha modificato affatto la struttura generale del processo amministrativo, che resta - come da tradizione inveterata - un processo ad azione unilaterale" (Tar Lazio Roma I n. 10442/2004).

Limitiamoci a qualche significativa esemplificazione, sino al coinvolgimento dello stesso giudice delle leggi.

In una lite definita nel 2007 (Cons. st. IV n. 6358/2007), un comune chiedeva la risoluzione per inadempimento di una convenzione e il risarcimento dei danni contro una cooperativa nell'ambito di interventi per l'edilizia economica e popolare. Ricondata la fattispecie alla giurisdizione esclusiva in materia di concessioni (art. 5 legge Tar) o anche di accordi di diritto pubblico (art. 11 l. n. 241/1990), il giudice accoglieva l'azione di risoluzione per inadempimento, qualificata ai sensi dell'art. 1454 c.c. e rigettava, nel merito, quella di risarcimento per mancata prova del danno.

In un caso definito nel 2010 (Cons. st. VI n. 20/2010), in materia di appalti, l'azione di risarcimento per responsabilità precontrattuale dell'impresa veniva fronteggiata da una speculare domanda riconvenzionale, tramite ricorso incidentale, dell'amministrazione. La pronuncia affronta direttamente la questione, e dando per scontato, secondo l'unanime giurisprudenza di allora (Cass., sez. un., n. 5084/2008), che la giurisdizione esclusiva in materia di procedimenti di affidamento dei contratti pubblici comprendesse anche la lesione di diritti soggettivi derivanti da atti o comportamenti amministrativi, si chiede se "se la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle procedure di affidamento abbracci pure le azioni a titolo di responsabilità precontrattuale proposte dalle amministrazioni



pubbliche nei confronti delle controparti private, per condotte scorrette nella fase delle trattative contrattuali”. Sulla scorta del precedente del 2007 si statuisce che “se la giurisdizione esclusiva abbraccia il rapporto tra p.a. e privato, essa non può essere unidirezionale e perciò riferita esclusivamente alle azioni del privato nei confronti della p.a., ma deve necessariamente essere bidirezionale ed estesa anche alle azioni della p.a. nei confronti del privato, che siano, come nella specie, conseguenza immediata e diretta delle prime”. In tale direzione si metteva in campo anche “il principio di concentrazione delle tutele”, atteso che “diversamente ragionando, una vicenda unitaria, come quella per cui è processo, che postula una cognizione unitaria, verrebbe in modo irrazionale e antieconomico portata alla cognizione di due diversi ordini giurisdizionali, con il rischio di contrastanti giudicati” e si evocava una non nuova giurisprudenza della Cassazione, secondo la quale, ad eccezione del principio della inderogabilità della giurisdizione per motivi di connessione, “se in una data materia sono proposte due azioni connesse, una rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l’altra in astratto rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario, la prima azione attrae anche la seconda alla giurisdizione del giudice amministrativo (Cass., sez. un., n. 14805/2009).

Il codice del processo amministrativo del 2010 conferma l’ammissibilità dell’azione riconvenzionale, dedicandovi un’espressa disciplina e risolvendo definitivamente il problema della forma di tale azione, che viene ricondotta allo schema del ricorso incidentale (art. 42 c.p.a.).

Di lì a poco sarà il turno dell’Adunanza plenaria (n. 28/2012), che, oltre ad asseverare la giurisdizione esclusiva su una controversia promossa dall’ente pubblico “concernente l’osservanza degli obblighi assunti dal privato nei confronti dell’ente locale, in connessione con l’assegnazione di aree comprese in un piano di zona, volti alla realizzazione di opere di urbanizzazione ed alla cessione gratuita all’ente delle aree stradali e dei servizi”, avrà modo significativamente di affermare:

-che, in sede di giurisdizione esclusiva, il g.a. “là dove vengano in discussione questioni su diritti, come è per l’appunto nel caso in esame, non può che garantire agli interessati la medesima tutela e, dunque, le medesime specie di azioni riconosciute dinanzi al giudice ordinario”, ritenendo così ammissibile l’azione della stessa amministrazione ai sensi dell’art. 2932 c.c., al fine di garantire il passaggio alla proprietà pubblica delle aree promesse dal privato;

-che non è accoglibile “la tesi secondo cui l’effetto dell’acquisizione delle aree in questione avrebbe potuto essere conseguito dall’amministrazione pubblica utilizzando i propri poteri autoritativi, quale l’acquisizione d’ufficio: a tacer d’altro, è sufficiente al riguardo rilevare che l’eventuale possibilità di esperire poteri amministrativi non rende di per sé inammissibile la proposizione di una domanda giudiziale”.

Questo orientamento non poteva non porre dubbi di costituzionalità, stante, almeno *prima facie*, il tenore letterale dell’art. 103 c. 1 cost.: “Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela *nei confronti della pubblica amministrazione*”. Ovviamente il punto non riguardava più l’ammissibilità di tale tutela nei confronti di soggetti “equiparati” all’amministrazione, sulla quale vi era stato già l’avallo del giudice delle leggi (C. cost. n. 204/2004), bensì *una tutela esperita dall’amministrazione nei confronti di un privato vero e proprio*.

Anche in tal caso, tuttavia, il giudice delle leggi ha concesso il suo beneplacito:

-“sebbene gli artt. 103 e 113 Cost. siano formulati con riferimento alla tutela riconosciuta al privato nelle diverse giurisdizioni – da ciò non deriva affatto che tali giurisdizioni siano esclusivamente attivabili dallo stesso privato, né che la giustizia amministrativa non possa essere attivata dalla pubblica amministrazione; tanto più ove si consideri che essa storicamente e istituzionalmente è finalizzata non solo alla tutela degli interessi legittimi (ed in caso di giurisdizione esclusiva degli stessi diritti), ma anche alla tutela dell’interesse pubblico, così come definito dalla legge”;

-“l’ordinamento non conosce materie ‘a giurisdizione frazionata’, in funzione della differente soggettività dei contendenti. Elementari ragioni di coerenza e di parità di trattamento esigono, infatti, che l’amministrazione possa avvalersi della concentrazione delle tutele che è propria della giurisdizione esclusiva e che quindi le sia riconosciuta la legittimazione attiva per convenire la parte privata avanti il giudice amministrativo” (C. cost. n. 179/2016).

L’assist del giudice delle leggi viene subito colto dal Consiglio di Stato (III n. 3755/2016), che, a conferma della propria precedente giurisprudenza, ammette l’esperimento da parte dell’amministrazione o, come nel caso di specie, da parte di un organismo di diritto pubblico di un’azione di responsabilità precontrattuale contro il privato per la mancata stipula del contratto.

Significativa è altresì una successiva statuizione dell’Adunanza plenaria (n. 2/2017). Di contro a taluni precedenti, che ammettevano ex art. 2055 c.c. un’azione risarcitoria del privato non solo contro la p.a. ma, in solido, anche nei riguardi del controinteressato (Cons. st. VI n. 115/2012 e n. 529/2012), si pone un limite all’espansione, sotto il profilo soggettivo, della giurisdizione amministrativa, nel senso che essa non può comprendere liti *tra privati*, pur connesse a vicende pubblicistiche. La disciplina costituzionale non impedisce dunque azioni della p.a. contro il privato, ma esige pur sempre che nella controversia sia parte una pubblica amministrazione, evocando in tal senso anche la giurisprudenza della Cassazione che aveva poco prima affermato la giurisdizione del giudice ordinario in ordine ad un’azione risarcitoria avverso il funzionario, sul presupposto appunto che “l’art. 103 Cost. non consente di ritenere che il giudice amministrativo possa conoscere di controversie di cui non sia parte una P.A., o soggetti ad essa equiparati” (Cass., sez. un., n. 19677/2016).

Se non liti tra privati, come del resto già affermavano gli antichi organi del contenzioso amministrativo, ancora un volta si assevera, sul piano dei limiti costituzionali, la possibilità di un’azione dell’amministrazione contro un privato. Rimane impregiudicato, in mancanza di una domanda in tal senso, se la p.a. non potesse, di fronte allo stesso giudice amministrativo, esercitare un’azione di regresso nei confronti del controinteressato in ragione del risarcimento dovuto al ricorrente, ma sembrando lasciare intendere che una siffatta azione sarebbe stata ammissibile.

Tale pronuncia è non meno rilevante perché valorizza il giudizio di ottemperanza anche nei confronti del privato ai sensi dell’art. 112, c.1, c.p.a. (“I provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e *dalle altre parti?*”):

“La norma è coerente con la constatazione che in moltissimi casi l’esecuzione in forma specifica del giudicato richiede, in particolare se si tratta di attuarne gli effetti restitutori e

ripristinatori, oltre all'azione dell'amministrazione, l'ingerenza nella sfera giudica e materiale di soggetti privati, specie nel caso in cui sono stati destinatari di provvedimento favorevoli poi annullati e devono, per effetto del giudicato, adempiere ad obblighi – a ben guardare meramente consequenziali o riflessi – restitutori e ripristinatori.

Escludere in tali casi la giurisdizione amministrativa solo perché vi è il coinvolgimento indiretto (e inevitabile) di soggetti privati vanificherebbe la funzione del giudizio di ottemperanza e, con essa, il valore fondamentale dell'effettività del giudicato (corollario del principio, di rango costituzionale ed europeo, del diritto di azione in giudizio)".

E' vero che l'Adunanza sembra qui fare riferimento a ricorsi dei privati, ma è evidente che, una volta ricondotti gli stessi privati nel novero dei soggetti passivi dell'ottemperanza, si presta il fianco alla possibilità dell'esecuzione di una pronuncia frutto di un'azione dell'amministrazione.

Il cerchio potrebbe così chiudersi: l'amministrazione può agire contro il privato di fronte al giudice amministrativo sia in sede di cognizione, sia in sede di esecuzione, *rectius* di ottemperanza.

Va evidenziato al riguardo che anche nell'ordinamento francese è emersa di recente la possibilità che il giudice amministrativo emetta delle *astreintes* a carico del soggetto privato<sup>[27]</sup>.

Da ultimo, con la pronuncia in commento, il Consiglio di Stato, muovendosi sulla scorta della citata giurisprudenza, sviluppa con tutta ampiezza l'idea della "bilateralità direzionale delle tutele" (Cons. st., sez. II, n. 8546/2020). Se l'Adunanza plenaria (n. 5/2018) ha esteso la latitudine della responsabilità precontrattuale da comportamento dell'amministrazione, vorrà dire che la stessa azione di fronte al giudice amministrativo potrà essere esperita con la medesima latitudine dall'amministrazione contro il privato. Non solo: alla bilateralità si accompagna l'idea di una qualche specularità del regime giuridico, usata, nel caso di specie, a favore del privato sotto il profilo del requisito soggettivo della responsabilità. Si giunge così più generalmente ad affermare che "merita condivisione" e anzi "in un'accezione ancora più estesa" l'assunto del giudice di prime cure per il quale "al fine di dirimere una controversia che veda quale parte attrice l'Amministrazione, anziché il privato, debbano comunque essere utilizzate le categorie concettuali elaborate dalla giurisprudenza *a parti rovesciate*".

Ovviamente questo orientamento, nell'anfratto della responsabilità, dovrà fronteggiare le diverse propensioni emerse in materia di riparto di giurisdizione nella recente giurisprudenza del giudice della giurisdizione. Qui non si tratta tanto della possibilità che la Cassazione si mostri avversa alla sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo nei riguardi di un'azione dell'amministrazione contro il privato, sia perché è stata proprio la Cassazione che, come abbiamo visto, ha aperto questa breccia, sia perché il punto è stato affrontato e superato dal giudice delle leggi. La questione attiene ad altro angolo di visuale: stabilire cioè a chi spetti la giurisdizione sulla responsabilità precontrattuale. E se, a parte la responsabilità da provvedimento illegittimo, la Cassazione, di contro al giudice amministrativo, ritiene che la responsabilità da comportamento della p.a. spetti al giudice ordinario, lo stesso, nella logica del giudice della giurisdizione, non potrà *a fortiori* che affermare per il caso inverso, cioè della responsabilità da comportamento del privato nei confronti della p.a.. In altre parole, l'azione della p.a. per far valere la responsabilità precontrattuale nei confronti del privato dinanzi al

giudice amministrativo sarebbe da escludere non in quanto tale, sulla base cioè di presunti limiti generali che segnerebbero i presupposti soggettivi del processo amministrativo, bensì in quanto, in tale specifico ambito, quello appunto della responsabilità precontrattuale, ci sarebbe la giurisdizione del giudice ordinario<sup>[28]</sup>.

### **5. Concorso di strumenti pubblicistici e privatistici. Rilievi critici.**

Costituisce una questione risalente lo stabilire se, in presenza di strumenti pubblicistici, l'amministrazione possa o meno ricorrere in alternativa a strumenti privatistici. Non si può dire che, in termini di diritto positivo, si sia mai formata al riguardo una regola uniforme, né ci appare che possa considerarsi dirimente la propensione di questi ultimi decenni ad asseverare in termini generali una siffatta alternatività, se non come ulteriore segno, tutto da misurare nei suoi effetti di diritto positivo, degli orientamenti (in sé discutibili) volti a valorizzare il diritto privato.

Ancor oggi ad es. l'amministrazione non potrebbe stipulare un contratto di diritto privato nelle categorie di dipendenti rimaste nell'alveo pubblicistico o non potrebbe dare in uso un bene demaniale tramite un contratto di locazione in luogo di un provvedimento concessorio<sup>[29]</sup>. Allo stesso tempo, invece, ai fini ad es. dell'acquisizione della proprietà di un immobile, l'amministrazione ancor oggi potrebbe esperire un procedimento pubblicistico di espropriazione, ma potrebbe anche, appunto in alternativa, stipulare un normale contratto di compravendita.

La risposta diviene ancor più complicata non appena si entri nei meandri del rapporto costituito, sia in ordine a momenti modificativi, sia in ordine a momenti esecutivi.

Così, in presenza di titoli privatistici, le vicende del rapporto possono vedere la presenza di poteri pubblicistici che si accompagnano all'ordinario strumentario privatistico (si pensi, ad es., ai poteri di autotutela in materia di contratti pubblici che concorrono con le cause privatistiche di risoluzione) o possono vedere, anche se l'origine dell'obbligo è privatistica, il ricorso a strumenti di esecuzione alternativi a quelli di diritto comune (ad es. le procedure amministrative di riscossione coattiva dei crediti erariali).

Allo stesso tempo, in presenza questa volta di titoli pubblicistici, le vicende del rapporto, anche in sede esecutiva, possono vedere la presenza di rimedi privatistici che si accompagnano all'ordinario strumentario pubblicistico. Addirittura, nel caso della responsabilità, stante la sua qualificazione tradizionale, il rimedio è solo privatistico.

E' proprio in quest'ultimo ambito che può entrare in campo il giudice amministrativo, sempre che abbia giurisdizione, poiché, ogni qual volta la presenza di momenti privatistici conduce alla giurisdizione ordinaria, usciamo fuori dal nostro tema, essendo d'altra parte tradizionalmente scontato che l'amministrazione possa agire contro il privato di fronte al giudice civile.

Due sono dunque i presupposti, a fini del nostro discorso, per l'entrata in campo il giudice amministrativo: l'emersione di istituti privatistici in rapporti di diritto pubblico e la giurisdizione del giudice amministrativo. Nel momento in cui ricorrono tali presupposti, potrebbe farsi avanti la logica processuale privatistica ed aprire così la porta, in via principale o riconvenzionale, alle azioni dell'amministrazione contro il privato.

Il primo presupposto esige che, nell'ambito di fattispecie pubblicistiche, si ritenga possibile l'applicazione di istituti privatistici *in quanto tali*.

Torniamo, per capirci, alle materie di giurisdizione esclusiva. Sin quando i rapporti concernenti tali materie, dove possono prospettarsi zone di confine, sono stati *in toto* assorbiti nel paradigma pubblicistico, non vi è stata ragione alcuna per prospettare azioni dell'amministrazione, ma, nel momento in cui quella tendenza alla "civilizzazione", cui si accennava, ha determinato in qualche misura una riesumazione *tout court*, non più cioè assorbita nel sistema pubblicistico, di istituti privatistici, le cose suonano diversamente.

Si prenda il caso citato del 2007. Siamo certamente nell'ambito di una fattispecie pubblicistica, e pur tuttavia si ritiene di poter applicare la risoluzione per inadempimento della convenzione ai sensi dell'art. 1454 c.c., sicché non si ha remore ad ammettere che la relativa azione possa essere esercitata anche dall'amministrazione.

E ancora, la nuova arrivata, la responsabilità, per come discutibilmente intesa ancor oggi, ha natura privatistica. Così, nel caso citato del 2010, non si ha remore ad ammettere, nel caso di specie in via riconvenzionale, che la relativa azione possa essere esercitata anche dall'amministrazione. Ovviamente la reciprocità tra privato e amministrazione potrà darsi riguardo alla responsabilità da comportamento, non anche per quella da provvedimento, poiché, come si è detto, il privato non adotta atti amministrativi.

Il secondo presupposto esige che, anche per tali aspetti, si ritenga sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo. Ove invece si neghi tale giurisdizione, come potrebbe essere riguardo all'attuale *querelle* in materia di responsabilità da comportamento, il nostro problema, come dicevamo, cade in radice, rientrandosi nel solco tradizionale di un'azione dell'amministrazione contro il privato di fronte al giudice ordinario.

Resta da chiedersi se, di fronte al giudice amministrativo, l'apertura ai rimedi privatistici nei rapporti di diritto pubblico, o, più esattamente, a rimedi privatistici che rimangono tali, e che proprio per questo inducono alla reciprocità delle azioni, sia la soluzione preferibile. A nostro avviso, deve darsi una risposta negativa sia per l'interesse pubblico, sia per i rapporti tra amministrazione e giustizia amministrativa, sia soprattutto per lo stesso interesse del cittadino, cui deve darsi primaria attenzione.

L'intermediazione giurisdizionale costituisce un sicuro fattore di rallentamento dell'azione amministrativa e potrebbe comportare un'alterazione dei tradizionali e delicati equilibri tra giustizia e amministrazione dagli esiti imprevedibili.

Ma andiamo, per quel che più importa, al cittadino. Potrebbe sembrare più vantaggioso che le pretese dell'amministrazione si colorino di venature privatistiche e passino per l'intermediazione giurisdizionale. A ben vedere vi è proprio da pensare il contrario.

Anzitutto, non ci stancheremo mai di ricordare che la qualificazione privatistica e la tanto vantata condizione di paritarietà determinano una caduta della tutela, poiché il regime privatistico non consente di sottoporre l'atto dell'amministrazione agli stringenti canoni della legalità pubblicistica. L'aggettivo "paritario" è tanto suggestivo quanto travicante, poiché ciò che conta è appunto il regime giuridico: vero è invece che la propensione a qualificare un atto come autoritativo (di per sé pura fantasia ontologica dei giuristi) o più semplicemente

come atto di diritto pubblico non è segno di autoritarismo, bensì è l'astuzia che consente di sottoporre l'amministrazione al (di gran lunga) più garantista regime di diritto pubblico. Il sistema giuspubblicistico costituisce invero un gigantesco diritto diseguale, sostanziale e processuale, volto a compensare la disuguaglianza di fatto che intercorre tra l'amministrazione e il cittadino.

Si potrebbe ancora opporre l'argomento della intermediazione giurisdizionale. Qui soccorrono già i motivi della dottrina francese a favore del principio della *décision préalable*: il cittadino potrebbe ottenere un risultato dall'amministrazione, evitando il processo; la vicenda che porta alla previa decisione amministrativa delimita i contenuti della lite, non solo facilitando il compito del giudice<sup>[30]</sup>, ma anche, a nostro avviso, evitando che il cittadino si ritrovi un reazione processuale soverchiante dell'amministrazione a tutto campo. Non dissimile è del resto la *ratio* garantista che ha condotto tradizionalmente ad affermare il divieto di integrazione processuale della motivazione.

Nell'insieme il punto è questo: è molto più facile per un cittadino contrastare, e con la stringente legalità pubblicistica, una decisione dell'amministrazione che incorpori l'*affaire*, quale che ne sia il suo contenuto, e senza pericolo di un allargamento del contenzioso, che difendersi direttamente in un giudizio dove amministrazione e cittadino lottano ad armi pari, con la logica sostanziale e processuale del diritto privato.

In questo, ci piace evocare una pregevole pronuncia del giudice amministrativo, le cui massime andrebbero valorizzate e che merita dunque di essere ampiamente rievocata:

“la pubblica amministrazione ha la possibilità di valersi, da un lato, di strumenti specifici attribuiti in virtù della potestà pubblica, e dall'altro, degli stessi sistemi di tutela del privato, che transitano necessariamente attraverso la verifica giurisdizionale della pretesa. E' necessario quindi procedere ad una valutazione del rapporto esistente tra le due opzioni operative, verificando quali siano i limiti di fungibilità tra le diverse procedure e se le eventuali diversità riverberino sul potere cognitivo del giudice adito.

Rileva la Sezione che non possa sostenersi una generale alternatività dei mezzi a disposizione della pubblica amministrazione.

In primo luogo, occorre evidenziare in generale la maggiore incisività dello scrutinio del giudice amministrativo nei casi di esercizio del potere, rispetto ai rapporti connotati da profili di pariteticità, quanto meno sotto il profilo della valutazione dell'effettiva funzionalizzazione dell'attività, che implica, tra l'altro, anche la considerazione dei motivi che spingono l'azione della Pubblica amministrazione. Il che permette di ritenere che l'eventuale preferenza per il modulo di tutela contro l'attività autoritativa risponda anche ad esigenze di tutela di maggiore incisività. La funzionalizzazione dell'attività pubblica permette la valorizzazione dei motivi del comportamento della Pubblica amministrazione ed il sindacato esterno sulla globalità dell'intervento, con uno schema di maggiore penetrazione nelle dinamiche decisionali dell'ente pubblico, venendo quindi a svolgere un compito che non necessariamente importa una diminuzione di tutela del privato. L'eventuale attribuzione di un doppio ordine di garanzie in favore della pubblica amministrazione, la quale potrebbe avvalersi dell'uno o dell'altro sistema in base ad una propria arbitraria decisione, non aumenterebbe quindi le garanzie del soggetto amministrato ma le diminuirebbe, permettendo alla parte pubblica di scegliere il modulo in relazione alla propria convenienza ed evitando eventualmente profili



di illegittimità o, come potrebbero emergere nel caso, di decadenza connessi al canale pubblicistico.

In secondo luogo, va considerato il valore cogente della normativa. In particolare, va sottolineato come, ove il legislatore abbia esplicitamente previsto l'utilizzo di un determinato procedimento, evidenziandone le garanzie connaturate, l'impiego di strumenti alternativi determini la messa in ombra della scelta medesima... L'attribuzione di un determinato potere alla parte pubblica e la contemporanea attribuzione di correlative posizioni soggettive ai privati non è senza esito, ma ne impone l'utilizzo in quanto, opinando diversamente, si renderebbe vana la predisposizione del modulo procedimentale da parte del legislatore.

Dalla serie di motivi sopra tratteggiati, emerge come non possa essere consentito alla pubblica amministrazione, in presenza di un potere pubblicistico, di agire anche ed indifferentemente alla stregua dell'operatore di diritto privato, quando ciò possa portare all'elisione di ulteriori garanzie procedurali e pubblicistiche. In questo senso, la presenza di una potestà per il raggiungimento di un determinato risultato impone alla parte pubblica l'utilizzo del modulo autoritativo attribuito e renda impossibile il ricorso alle ordinarie facoltà riservate ai privati". (Cons. st. IV n. 2618/2011)[31].

Ben vengano dunque a tutto campo, *de iure condito* o *de iure condendo*, le qualificazioni pubblicistiche, la non alternatività degli strumenti privatistici, il principio della *décision préalable* e l'estromissione, nella giustizia amministrativa, dell'uso di istituti privatistici *in quanto tali*.

## 6. La subdola parità di fronte al giudice amministrativo. Rilievi critici.

Se l'ingresso di una logica privatistica determina una caduta della tutela del cittadino, cui viene così sottratto il ben più potente armamentario pubblicistico, non va sottovalutato un altro, e per certi versi, più sottile pericolo, e cioè che quel potente armamentario venga rivolto contro il cittadino.

In altre parole, nel primo caso, il cittadino si ritrova gli spuntati rimedi privatistici, nel secondo caso, si ritrova, con autentico capovolgimento, a subire i penetranti rimedi pubblicistici.

L'argomento non può essere qui approfondito poiché significherebbe parlare di tutto il processo, ma è sufficiente qualche domanda esemplificativa.

Possiamo pensare che il metodo acquisitivo dell'istruttoria processuale, nato per compensare la posizione di debolezza del privato, possa pienamente spiegarsi a tutto campo nei confronti di quest'ultimo, parimenti a come trova tradizionale applicazione nei confronti dell'amministrazione?

Possiamo pensare che il primato della tutela in forma specifica, che informa la giustizia amministrativa, e l'effetto conformativo, che di quel primato è espressione, possano altresì rivolgersi contro il privato?

Possiamo pensare che il penetrante strumento dell'ottemperanza, che ancora di quel primato costituisce corollario in sede di esecuzione, possa essere utilizzato contro il privato, magari con la nomina di un commissario ad acta che al privato si sostituisca?

Questi interrogativi dovrebbero già far comprendere come ci vorrebbe un'estrema prudenza nell'avallare generici proclami di "parità" tra le parti nel processo amministrativo, se non si vuole far diventare questo straordinario sistema di giustizia sorto a tutela del cittadino un autentico Giano bifronte al servizio della pubblica amministrazione.

## 7. Il caso della pronuncia in commento.

Il caso oggetto della pronuncia in commento si ricollega a quanto appena osservato, sebbene in un'ambientazione privatistica, dato che è in questa l'ambientazione che la giurisprudenza continua (discutibilmente) a collocare il tema della responsabilità nei rapporti di diritto pubblico.

Nella tradizione la responsabilità dell'amministrazione è sempre stata oggetto di un regime più rigoroso, risolvendosi l'illegittimità in una *culpa in re ipsa*: anzi è proprio questa la ragione che la risalente dottrina, da Vacchelli a Romano o a Cammeo, accampava per giustificare la necessità di addivenire ad una responsabilità di diritto pubblico, affrancata dal paradigma privatistico. Come è noto, oggi, a parte i vincoli del diritto UE, a correzione della infausta riesumazione della colpa da parte della Cassazione (n. 500/1999), la giurisprudenza amministrativa è attestata attorno all'idea di una presunzione relativa.

Il giudice ci dice, come si è visto, che "merita condivisione" e anzi "in un'accezione ancora più estesa" l'assunto del giudice di prime cure per il quale "al fine di dirimere una controversia che veda quale parte attrice l'Amministrazione, anziché il privato, debbano comunque essere utilizzate le categorie concettuali elaborate dalla giurisprudenza *a parti rovesciate*". E con ciò si giustifica che anche la responsabilità precontrattuale del privato esiga l'accertamento del profilo soggettivo.

Pur salvifico, negli esiti, per il privato, è l'approccio che tuttavia non convince.

Verrebbe subito da dire che è del tutto normale che occorra il profilo soggettivo per la responsabilità del privato, e secondo i criteri ordinari, mentre è del tutto normale che invece tale profilo sia sottoposto ad un regime più rigoroso riguardo all'amministrazione. Ci appare dunque alquanto incongruo che, a "parti rovesciate", il modello utilizzato per l'amministrazione venga utilizzato come parametro di quello utilizzato per il privato.

Si vuole forse che il modello più rigoroso utilizzato per l'amministrazione valga anche per il privato, ossia una parificazione in *peius* per quest'ultimo?

Né affatto ci tranquillizza questa facilità con la quale si prospetta potenzialmente un ricorso in termini di generalità a siffatto schema delle "parti invertite" ("in un'accezione ancora più estesa").

## 8. Conclusioni.

Anche questa nuova tematica delle azioni dell'amministrazione contro il privato di fronte al giudice amministrazione costituisce l'ennesima dimostrazione dei danni che possono arrecare al sistema della giustizia amministrativa e soprattutto alla tutela del cittadino le ventate "civilizzanti" di questi ultimi decenni.

E' bene invece che la "logica" del diritto privato rimanga fuori dal processo amministrativo e che non si vada mai al di là, secondo tradizione, dell'utilizzo occasionale di questo o quell'altro istituto o frammento normativo, ben inteso, non in quanto tale e con la logica segnata dal sistema di provenienza, ma sempre attraverso una rimodulazione interna all'ordito giuspubblicistico.

Forse a tal fine sarebbe alquanto opportuno rivalorizzare l'origine amministrativa del reclutamento dei consiglieri di Stato, mentre quello attuale sembra invece pendere oltre misura a favore di soggetti provenienti dalla giurisdizione ordinaria, con una qualche inevitabile propensione ad un inquinamento privatistico della giustizia amministrativa.

[1] Più latamente, può anche evocarsi il giudizio di responsabilità amministrativa. Per quanto rimesso all'azione della procura contabile, è comunque significativo che la giurisprudenza contabile ammetta un qualche spazio d'iniziativa processuale dell'amministrazione: "l'Ente che si presume danneggiato (può) partecipare alla definizione della vertenza, che lo vede indubbiamente interessato, nella forma dell'intervento adesivo dipendente *ad adiuvandum*, col quale l'Ente stesso non fa valere un diverso autonomo diritto e nemmeno uno dipendente da quello oggetto del giudizio in corso, ma si limita a sostenere le ragioni del requirente contabile, avendone un evidente interesse" (C. conti, Sezioni Riunite n. 1/2003; da ult. C. conti d'appello, sez. III, n. 86/2020).

[2] M. Mazzamuto, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa nel secolo decimonono*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 344 ss.

[3] E. Follieri, *Il privato parte resistente nel processo amministrativo nelle materie i cui agli artt. 33 e 34 del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 635-6.

[4] Ma già nella giurisprudenza francese, oltre al caso in cui il concessionario eserciti un potere autoritativo, T.C 8 juillet 1963 *Société entreprise Peyrot*, dove un contratto tra un concessionario privato e un'impresa privata è considerato un contratto amministrativo, in quanto concluso dal concessionario per conto dello Stato (cd. eccezione dell'azione *pour le compte de*), vedi CE, 10 mars 1971, *Maurin*, n. 76482; CE, 3 juin 2009, *Sté Aéroports de Paris*, n. 323594. Più di recente è emersa tuttavia una tendenza a restringere la portata di tale eccezione, facendo salva una qualificazione privatistica del rapporto contrattuale: TC, 9 juill. 2012, *Cie générale des eaux*, n. 3834, TC, 16 juin 2014, *Sté d'exploitation de la Tour Eiffel* n. 3944.

[5] E. Follieri, *op. cit.*, 638, riguardo al controinteressato, e 644: l'organo indiretto "è resistente in quanto, nell'espletamento dell'attività diretta a scegliere il contraente, è parte «pubblica». Si tratta, dunque, di una apparente eccezione al principio che parte resistente debba essere un soggetto pubblico".

[6] R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Parigi, 2011, 351; già CE 30 maggio 1913 *Préfet de l'Eure*.

[7] "La giurisdizione non può essere adita che per via di ricorso formato contro una decisione, e questo, nei due mesi a partire dalla notificazione o dalla pubblicazione della decisione attaccata.

Allorché la domanda tende al pagamento di una somma di danaro, essa non è ricevibile se non a seguito dell'intervento della decisione presa dall'amministrazione su una domanda preventivamente presentata" (R421-1 CJA). Persino la tradizionale eccezione dei lavori pubblici è stata di recente rimossa dal legislatore.

[8] M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, *Dir. proc. amm.*, 2018, 67 ss.

[9] Si tratta infatti di un processo che non può riguardare liti tra privati, ma che ha per oggetto l'impugnazione di un atto amministrativo, sicché non sono ammesse azioni dell'amministrazioni né in via diretta, né in via riconvenzionale: vedi, con i relativi riferimenti giurisprudenziali, F. Tesauro, *Manuale del processo tributario*, Torino, 2017, 58 ss..

[10] Nel sistema francese già CE, Ass., 1er juin 1956, *ville de Nîmes c/ Pabion*: l'amministrazione "non può formare un ricorso contro sé stessa" in via riconvenzionale.

[11] Da ultimo, invero, R. Caponigro, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *www.federalismi.it*, 2017, ha sostenuto che, in conseguenza della riforma Madia, "la previsione di un termine perentorio per illegittimo esercizio di un potere di annullamento d'ufficio potrebbe produrre l'effetto di ampliare il perimetro di esperibilità del ricorso incidentale da parte delle amministrazioni resistenti in giudizio". Una siffatta e innovativa prospettazione non sembra però avere riscontri giurisprudenziali e il cui avvento, a nostro avviso, non è nemmeno augurabile, sulla scorta delle perplessità già evidenziate da M. Del Signore, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, 2020, 38: "Si tratta di comprendere se così ricostruito il ricorso incidentale non finisca per rappresentare un'ipotesi di abuso di diritto. La scelta del legislatore di precludere all'amministrazione di intervenire su atti ampliativi oltre un certo limite temporale, e la conseguente valutazione in favore della necessità di una tutela privilegiata dell'affidamento del cittadino, verrebbe infatti stravolta attraverso l'espedito del ricorso incidentale".

[12] E. Follieri, *op. cit.*, 638: "del tutto non necessario ed inutile è il ricorso al giudice da parte della pubblica amministrazione che, attraverso l'esercizio dei poteri autoritativi, si impone ai destinatari della sua azione, con atti esecutivi ed esecutori, regolando il rapporto".

[13] Da ult., CE 24 février 2016, n° 395194, *département de L'Eure*: "è irricevibile la domanda di una collettività pubblica al giudice amministrativo perché pronunci una misura ch'essa ha il potere di prendere. In particolare, le collettività territoriali, che possono emettere *titres exécutoires* nei confronti dei loro debitori, non possono adire direttamente il giudice amministrativo con una domanda tendente al recupero del loro credito".

[14] F. Saitta, *Articolo 21 ter*, in N. Paolantonio, A. Police e A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 445

[15] Vedi al riguardo l'approfondita panoramica di G. Grüner, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012, il quale peraltro ben evidenzia come il tentativo di scimmiettare l'ordinamento inglese fosse anacronistico, poiché anche in quell'ordinamento con l'avanzare del diritto amministrativo l'esecutorietà si era da tempo incardinata.

La giurisprudenza continua tutt'oggi a parlare di un "principio" di esecutorietà, trovando anche argomento nel combinato disposto degli artt. 2, comma 1, e 21-quater della stessa legge: "al dovere di concludere il procedimento, previsto dall'art. 2, comma 1, l. n. 241/1990, si accompagna l'art. 21-quater della legge medesima, il quale dispone che i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, sicché l'applicazione congiunta delle due disposizioni configura, in esplicitazione del principio di esecutorietà dei provvedimenti amministrativi – ossia, della loro idoneità ad essere eseguiti, direttamente e coattivamente, dall'amministrazione senza necessità di precostituire un titolo esecutivo giudiziale – un potere-dovere dell'amministrazione di portare ad effettiva attuazione i propri provvedimenti emessi al termine del procedimento." (Cons. st., sez. VI, n. 2565/2013). V. di recente *ex multis* Tar Calabria Catanzaro, sez. II, n. 1500/2020; Tar Campania Napoli, sez. VIII, n. 4515/2019; Tar Puglia Lecce, sez. I, n. 1837/2019; Tar Sicilia Palermo, sez. II, n. 1029/2019.

[16] Già E. Laffèrère, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1887, I, 414: "Bisogna guardarsi da una assimilazione troppo stretta tra il diritto privato e il diritto amministrativo. In diritto privato, una parte può sempre citare direttamente il suo avversario davanti ad un giudice al quale espone la propria pretesa... In diritto amministrativo, al contrario, la parte non può, in generale, citare direttamente in giudizio un'amministrazione pubblica dinanzi la giurisdizione amministrativa per fare giudicare de plano le sue pretese; egli non può che deferire gli atti, le decisioni dell'amministrazione che pretende contrari ai suoi diritti. Questi atti o decisioni sono in qualche sorta la materia prima del dibattito contenzioso, se non esistono, bisogna che la parte li provochi al fine di poterli denunciare al giudice... il Conseil d'État è il giudice degli *actes de gestion* e degli *actes de puissance publique* emanati da l'amministrazione tutte le volte che un altro giudice non ha ricevuto la missione di conoscerne".

In nota precisa: "Questa regola soffre eccezione in certe contestazioni sottoposte ai consigli di prefettura, che possono farsene carico de plano senza che una *décision administrative préalable* sia necessaria per la ricevibilità dell'azione (per esempio, le domande d'indennità per danni causati dai lavori pubblici; per l'estrazione dei materiali, etc.). Ma queste sono delle eccezioni che confermano la regola".

In sede di ricostruzione storica del ricorso di piena giurisdizione di fronte al *Conseil d'Etat*, lo ricorda anche S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 129: "almeno nella materia contrattuale, la giurisdizione amministrativa

opera nei due sensi, sia per un privato che proponga azione contro l'amministrazione, sia per l'amministrazione che proponga azione contro un privato".

[17] Di recente, sembra riportare più ad una ragione "tecnica" che processuale l'origine di queste eccezioni, ovvero sia alla necessità, stabilita dalla legge, di rivolgersi ad un organo consultivo composto da ingegneri e capace di determinare il danno, J. Ziller, *Verwaltungsgerichtsbarkeit: Frankreich*, in A. von Bogdangy, P. Cruz Villalón and PM Huber (eds), *Ius Publicum Europaeum*, Band VIII. Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts, 2nd edn (Heidelberg, CF Müller), p. 205: "Con la legge del 28 Pluviôse dell'anno VIII (17 febbraio 1800), che ha portato alla riforma territoriale e amministrativa napoleonica (*loi concernant la division du territoire de la République et l'administration*), sono stati anche istituiti i *Conseils de préfecture*. In linea di principio, i ministri rimanevano giudici ordinari di primo grado (*juges de droit commun de premier ressort*) ma solo in modo residuale, perché gran parte delle controversie amministrative era in realtà assegnata a questi organi collegiali consultivi separati dalla cosiddetta amministrazione attiva, ossia dagli organi con poteri decisionali.

Questa legge del 28 Pluviôse dell'anno VIII conferiva ai *Conseils de préfecture*, composti da ingegneri e amministratori, giurisdizione in materia di edilizia pubblica e ingegneria civile (*travaux publics*), imposte dirette e vendita di proprietà demaniale, e una legge del 29 Floréal dell'anno X (19 maggio 1802) le cosiddette *contraventions de voirie* (sanzioni amministrative per danni al demanio). Il CE era l'organo di appello sia per le decisioni dei ministri che per quelle dei *Conseils de préfecture*. Va notato che questo riparto della giurisdizione ha portato allo sviluppo di competenze legali e tecniche in materia di responsabilità nei *Conseils de préfecture* e nel CE, poiché essi dovevano risarcire i danni arrecati da privati al demanio, così come soprattutto i danni subiti da privati a causa di opere di ingegneria civile o a causa dello stato di strade, ponti ed edifici demaniali. Questo spiega perché fu facile per il *Tribunal des Conflits* nel caso *Blanco* nel 1873 affidare alla magistratura amministrativa la giurisdizione in materia di responsabilità pubblica".

[18] Già CE 30 mai 1913 *Préfet de l'Eure*. Vedi le conclusioni di Luc Derepas nel caso *Cne de Lattes* del 2007 (2 juillet 2007, n° 294393): "la volontà di limitare il carattere unilaterale dell'azione amministrativa e la preoccupazione di lasciare ai meccanismi contrattuali tutto il loro spazio, compreso ciò che concerne il ruolo del giudice del contratto, vi ha portato a riconoscere la possibilità per l'amministrazione, parallelamente alla *procédure de l'état exécutoire*, di domandare a questo giudice di condannare il cocontrattante a pagare le somme che deve in applicazione della clausole contrattuali".

[19] CE 24 février 2016, n° 395194, *département de L'Eure*, cit. . . Vedi anche le conclusioni di M. Gilles Pellissier che dà conto della progressiva espansione della evocata eccezione.

Non vanno inoltre dimenticate le espresse previsioni codicistiche che consentono di adire il *juge des référés* (R. 541-1 e R532-1 CJA).

[20] Già Consiglio d'Intendenza Generale di Alessandria, sentenza 6 marzo 1845, *ivi*, 1850, 127, riguardante opere praticate da un privato col mezzo di alzamento di diga in un fiume regale a danno di un terzo: "la contestazione si ridurrebbe tra privato e privato per interesse meramente privato, senza che siavi interessato quello del pubblico, per cui ne verrebbe che il tribunale amministrativo non potrebbe giudicare la controversia in così fatto modo stabilita, perché eccederebbe la sfera della sua competenza". Tuttavia, non era un limite assoluto, come mostra l'articolo 22, n. 8 delle regie patenti 31 di cembre 1840, giusta il quale furono attribuite alla cognizione dei Consigli d'intendenza le controversie relative ai danni cagionati a terzi dal fatto degli imprenditori nell'eseguimento dei lavori pubblici dalle amministrazioni ordinanti, pur precisando Consiglio d'Intendenza Generale di Casale, sentenza 16 aprile 1845, *ivi*, 1850, 279, che doveva trattarsi di controversia insorta per danni provenienti da lavori "in attuale esecuzione", e non quelli già "condotti a fine e collaudati".

[21] Basti ricordare quanto affermato da Silvio Spaventa nel famoso discorso di Bergamo del 7 maggio 1880, in ciò che Egli riteneva di positivo nella legge abolitiva del contenzioso amministrativo: "abolire quell'istituto, nei termini in cui si trovava costituito poiché l'usurpazione mostruosa, che gli era stata permessa, di giudicare anche sopra controversie di puro privato diritto, - *inter privator et fircum* - non era più tollerabile, anche se ai suoi giudici fosse stata data l'indipendenza e le garentie di procedimento concesse e prescritte ai giudici ordinari".

Non a caso, nelle riforme della seconda metà del XIX, si è visto recidere quel nesso tra obbligazioni e atti amministrativi presente sin dalle origini del contenzioso amministrativo: F. Merusi, *Dal 1865 ... e ritorno ... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 671.

[22] Puntualmente E. Follieri, *op. cit.*, 648, "È ... accaduto che l'attribuzione delle materie in via esclusiva al giudice amministrativo, ha determinato una «pubblicizzazione» dei rapporti attraverso l'applicazione dei principi relativi all'azione autoritativa anche nel caso dei diritti soggettivi obblighi". Vedi su questi sviluppi della giurisdizione esclusiva, M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 88ss..

[23] La vicenda è ben riportata da E. Follieri, *op. cit.*, 649.

[24] E' all'insegna di una siffatta discutibile vulgata che si basa, non a caso, tutto un impegno monografico per valorizzare la domanda riconvenzionale, A. Di Giovanni, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

[25] E. Follieri, *op. cit.*, 650 ss..

[26] S. Veneziano, *Ampliamento dell'oggetto del giudizio "amministrativo" risarcitorio: domanda riconvenzionale e chiamata in giudizio del terzo*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 3081 ss..

Di lì a poco verrà pubblicata una prima monografia sulla domanda riconvenzionale: A. Di Giovanni, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

[27] Vedi G. Eveillard, *Le juge administratif et les astreintes prononcées contre les personnes privées*, comm. CE, 5 févr. 2014, n° 364561, in *Droit Administratif*, 2015, 36 ss..

[28] Per una critica alla tendenza della Cassazione ad intromettersi in materia di responsabilità derivante da rapporti di diritto pubblico, M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011. Da ult., su queste tematiche, G. Tropea, A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche (Nota a Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236)*, e M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136)*, entrambi in *questa Rivista*, 2020.

[29] *Ex multis* Cass. s.u. n. 6019/2016: «costituisce principio pacifico e risalente nella giurisprudenza di legittimità che l'attribuzione a privati dell'utilizzazione di beni del demanio o del patrimonio indisponibile ... può essere legittimamente attribuito ad un soggetto diverso dall'ente titolare del bene solo mediante concessione amministrativa».

[30] R. Chapus, *op. cit.*, 478.

[31] In senso contrario, Cons. st. IV, n. 2833/2015; Ad. pl. n. 28/2012 cit.. Anche M. L. Guida, *L'esecuzione coattiva delle pretese amministrative*, in *Federalismi*, 2017, 6, ritiene che "il criterio dell'alternatività degli strumenti di tutela (e quindi dell'inesistenza di un obbligo di agire in autotutela e della facoltà di avvalersi anche degli strumenti di tutela giurisdizionale ordinari) appare tuttavia il più affidabile".

Ma già E. Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 123: "In virtù del principio dell'esecutorietà, l'autorità amministrativa di solito non promuove giudizi, ma si avvale del potere di autotutela. Pure può accadere che preferisca rendersi attrice, sia perché voglia realizzare l'effetto pratico ripromessosi assistita dalla particolare autorità della cosa giudicata, sia perché l'effetto non sia conseguibile con l'esecutorietà, sia ancora perché questa nella specie manchi".