

GUIDA ALLA GIURISDIZIONE IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

di Evaristo Santoro

Sommario: 1. *La materia dei contratti pubblici* – 2. *Gli appalti dei soggetti privati* – 3. *La fase pubblicistica* – 3.1 *La rinegoziazione* – 3.2 *La nuova linea di demarcazione (la stipulazione)* – 3.3 *L'approvazione dell'aggiudicazione* – 3.4 *L'autotutela (annullamento e revoca)* – 3.5 *Autotutela legittima e responsabilità precontrattuale* – 4. *Gli atti autoritativi incidenti sul rapporto negoziale* – 4.1 *Le ordinanze contingibili ed urgenti* – 5. *Gli atti infraprocedimentali antecedenti la stipula* – 5.1 *La cauzione* – 5.2 *La stipulazione* – 5.3 *Modalità di stipulazione* – 6. *L'approvazione del contratto* – 6.1 *Mancata stipula* – 6.2 *Lavori suppletivi e varianti* – 7. *Gli atti di autotutela c.d. privata* – 7.1 *La manutenzione* – 8. *La consegna* – 9. *Sospensione dei lavori* – 9.1 *Sospensione del contratto* – 10. *Le penalità* – 11. *Le azioni cautelari e possessorie* – 12. *I diritti di credito* – 12.1 *Il fermo amministrativo (dei pagamenti)* – 13. *Le concessioni* – 13.1 *Le concessioni di pubblici servizi* – 13.2 *I subappalti dei concessionari* – 14. *I servizi pubblici* – 14.1 *Il servizio di gestione dei rifiuti* – 14.2 *Accordi e controversie societarie* – 15. *Le espropriazioni e le occupazioni* – 15.1 *La cessione volontaria* – 15.2 *Le servitù* – 15.3 *La prelazione* – 16. *Le privatizzazioni* – 17. *Il rinnovo tacito* – 18. *La revisione prezzi* – 19. *I termini di pagamento* – 19.1 *Debiti fuori bilancio* – 20. *I contratti sottosoglia comunitaria ed i contratti iure privatorum* – 21. *Gli incarichi professionali* – 22. *Gli accordi procedurali* – 23. *L'inefficacia derivata del contratto* – 23.1 *L'inefficacia sopravvenuta del contratto e l'obbligo di ottemperanza* – 23.2 *L'inefficacia del contratto in provvisoria esecuzione di sentenza* – 24. *La pregiudiziale amministrativa* – 25. *L'atto nullo* – 26. *Il danno all'immagine* – 27. *Le azioni riconvenzionali verso terzi* – 28. *L'azione di recupero verso i funzionari responsabili* – 29. *Conclusioni*.

1. La materia dei contratti pubblici

Dopo il cambio di terminologia realizzato dal codice si dovrebbe fare riferimento alla materia dei contratti pubblici (ovvero degli appalti pubblici) al fine di delinearne, per quanto sia possibile, una precisa dimensione dal punto di vista soggettivo ed oggettivo (1).

Si è negato, però, che la materia dei contratti pubblici costituisca una materia idonea a delimitare precise attribuzioni ai fini della ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni, essendo inconfigurabile una materia non solo per i lavori pubblici nazionali o di interesse regionale, ma anche per l'intera attività contrattuale della Pubblica amministrazione, che non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta un'attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica (2).

La materia dei contratti pubblici, non solo non è istituzionalmente attribuibile ma costituisce un settore scindibile, in quanto in parte rientra nell'ambito della tutela della concorrenza (per il mercato), che ha carattere trasversale (3) – relativamente alle procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti e di affidamento, ai criteri di aggiudicazione, e di subappalto all'attività di progettazione ed alla formazione dei piani di sicurezza, nonché ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti (4) – ed in parte in quello dell'ordinamento civile – con riferimento alla disciplina dei contratti pubblici, delle garanzie, delle modalità di stipulazione e di durata, dell'anticipazione e revisione dei prezzi, del subappalto e cessione del contratto, delle varianti, delle spese contrattuali e di verifica e collaudo, che attengono a quella fase inerente all'attività contrattuale della Pubblica amministrazione che ha inizio con la stipulazione del contratto, nella quale l'amministrazione agisce nell'esercizio della propria autonomia negoziale ed ineriscono a rapporti di natura privatistica, in relazione ai quali sussistono imprescindibili esigenze di garanzia di uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale – e pertanto deve essere ricondotta all'ambito dell'ordinamento civile, di spettanza esclusiva del legislatore statale, trattandosi di aspetti afferenti a rapporti che presentano prevalentemente natura privatistica pur essendo parte di essi una Pubblica amministrazione (5).

Sul versante specifico della giurisdizione era stato avviato un approccio normativo per "blocchi di materia", inquadrando le procedure di affidamento come materia ancillare (6) della materia dei servizi pubblici (art. 33 D.L.vo n. 80/1998), ma, come è noto, la Corte costituzionale ha demolito lo schema, dapprima ribadendo la validità della dicotomia diritti soggetti/interessi legittimi, anche per le materie che per la loro particolarità possono esser

attratte nella giurisdizione esclusiva amministrativa, qualora i confini non siano ben delimitati, soprattutto se si prescinde dalla natura delle situazioni soggettive e si fonda sul dato puramente oggettivo del normale coinvolgimento del pubblico interesse naturalmente presente nel settore di pubblici servizi (7), e successivamente precisando che la finalità della giurisdizione esclusiva non è quella di ampliare l'ambito della giurisdizione nelle materie considerate (edilizia, urbanistica, appalti), ma solo quella di concentrare innanzi al giudice amministrativo la fase del controllo di legittimità dell'azione amministrativa e quella della riparazione per equivalente, ossia il risarcimento del danno, evitando la necessità di un separato giudizio innanzi al giudice ordinario (8).

L'art. 244 del codice dei contratti ha confermato che non occorre alcun nesso di strumentalità tra l'affidamento di un appalto e la gestione di un servizio pubblico.

La ricostruzione sinteticamente esposta sta a dimostrare come la materia dei contratti pubblici, seppure costituisce un settore di notevole rilevanza economica e sia oggetto di autonoma regolazione in ambito comunitario, non ha, dal punto di vista giuridico, uno spessore tale da costituire una materia che debba essere, di per sé, oggetto di una tutela giurisdizionale esclusiva.

In concreto, la stessa struttura bifasica dell'attività contrattuale, a partire dalla programmazione finanziaria e progettuale fino alla concreta realizzazione del risultato finale, si presta ad un assetto binario della tutela giurisdizionale, ripartita a seconda della fase ed esasperata dalla asserita pregiudizialità dell'una rispetto all'altra, che doppia la logica binaria anche laddove sarebbe consentita la concentrazione.

Per effetto della sistemazione operata dal codice dei contratti pubblici si tende ad operare una suddivisione per categorie dei contratti posti in essere dalla P.A., ritenendosi che le controversie relative a contratti non riconducibili alle categorie (lavori, servizi e forniture) disciplinate dallo stesso codice non rientrino nella giurisdizione amministrativa nemmeno se l'amministrazione si sia avvalsa di una procedura di evidenza pubblica (9); si ritiene, tuttavia, che la non riconducibilità di una procedura ad evidenza pubblica agli schemi tipologici del Codice dei contratti ed alla pertinente normativa comunitaria di riferimento non incide sulla soggiacenza a principi di evidenza pubblica valevoli, alla stregua di un principio comunitario per tutte le attività contrattuali della P.A. pur se non soggette a disciplina puntuale di stampo nazionale o di derivazione europea, con la conseguenza che il provvedimento di aggiudicazione, ancorché sia collocato all'interno del procedimento (civilistico) preordinato alla conclusione del contratto, ha natura amministrativa per quanto concerne l'individuazione del contraente (10).

Va ricordato che per determinare soggettivamente la materia va fatto riferimento alla stessa definizione dei contratti pubblici quali contratti posti in essere da stazioni appaltanti, enti aggiudicatori e soggetti aggiudicatori ed alle nozioni di amministrazione aggiudicatrice, organismo di diritto pubblico ed impresa pubblica secondo le definizioni date dal codice.

2. Gli appalti dei soggetti privati

L'ampliamento della cognizione del giudice amministrativo alle controversie sulle procedure di affidamento dei soggetti "obbligati" costituisce una regola che dovrebbe dirimere ogni dubbio sulla giustiziabilità degli appalti dei soggetti privati (ad esempio, i concessionari, le società partecipate, gli enti pubblici economici) comunque vincolati al rispetto alle regole concorsuali comunitarie e nazionali; unico limite è quello territoriale, nel senso che esulano dalla giurisdizione esclusiva le procedure da realizzare in territorio estero ancorché nell'ambito di programmi di cooperazione allo sviluppo (11).

Si è chiarito che la giurisdizione va individuata in base alla categoria di amministrazione aggiudicatrice che ha riguardo ai profili sostanziali correlati alla natura degli interessi perseguiti, sicché si deve privilegiare il profilo oggettivo di tipo finalistico in base al quale la connotazione pubblicistica di un ente pubblico rimane svincolata dalla forma giuridica (12).

Diventa pertanto irrilevante la forma giuridica dei soggetti appaltanti che possono essere anche soggetti privati purché obbligati all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica, sebbene lo svolgimento di queste siano di per sé neutre ai fini del riconoscimento di pubblici poteri (13); il vincolo di rispetto delle procedure di evidenza pubblica, pertanto, comporta l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo (14); il semplice possesso totalitario di una società che non persegua un interesse pubblico a diretto beneficio della collettività non

concretizza i presupposti per la configurazione di organismo di diritto pubblico, con la conseguenza che le controversie sulle procedure di affidamento di servizi da parte di un organismo che non ha simili requisiti rimane estraneo alla giurisdizione amministrativa (15).

Viene in tal modo definitivamente superata la teoria dell'organo indiretto che consentiva l'attrazione nella giurisdizione amministrativa delle controversie sugli appalti indetti da concessionari di opere pubbliche, investiti di un *munus publicum* attraverso l'atto di concessione (16), ma non anche quando il soggetto privato operasse come persona giuridica privata, nell'esercizio della propria autonomia negoziale (17), dando invece rilevanza alla natura degli obblighi di evidenza pubblica idonei a conferire all'attività di stazione appaltante natura oggettivamente amministrativa (18).

Per le amministrazioni aggiudicatrici o organismi di diritto pubblico, però, non è possibile distinguere gli appalti direttamente in rapporto con l'interesse pubblico da quelli che tale concessione, discendendo l'obbligo di seguire procedure di evidenza pubblica unicamente dalla coesistenza dei requisiti richiesti (19).

Va ricordato che nelle prime applicazioni delle nuove disposizioni si era ritenuto che i vincoli di evidenza pubblica operassero solo per gli appalti soprasoglia e che l'obbligo dovesse derivare dalla legge, sicché la giurisdizione non poteva essere determinata dall'assunzione volontaria (c.d. autovincolo) delle procedure concorrenziali da parte di un soggetto privato (20).

Il codice dei contratti prevede anche per i contratti sottosoglia l'applicazione delle disposizioni in materia di contenzioso (art. 121), stante il rinvio in blocco, operato dall'art. 121, all'intera parte quarta del Codice, *ivi* compreso l'art. 244, che attribuisce le controversie alla giurisdizione esclusiva amministrativa (21).

Rimane confinato nell'area del diritto privato il rapporto contrattuale di subappalto tra impresa subappaltante e impresa subappaltatrice ha natura privatistica e che le eventuali pretese creditorie fondate su detto rapporto sono da farsi valere innanzi al giudice ordinario, a nulla rilevando che la prima impresa sia legata da contratto d'appalto con una P.A. (22); l'autorizzazione al subappalto, tuttavia, rimane un atto moderatamente discrezionale e come tale è giustiziabile innanzi al giudice amministrativo (23), in quanto si tratta di applicare disposizioni pubblicistiche che presidiano finalità diverse dalla esecuzione dell'opera, sicché in relazione ad esse la posizione dell'appaltatore non ha natura paritetica;

Secondo un diverso orientamento il potere autorizzatorio del committente non sarebbe ontologicamente diverso dal potere permissivo del committente privato ex art. 1656 c.c., né vi sarebbe alcun ambito discrezionale nel verificare la sussistenza o meno dei divieti di legge impeditivi del subappalto, sicché l'eventuale illegittimità del diniego di autorizzazione va contestata innanzi al giudice ordinario sotto il profilo della illiceità (24), la tesi tuttavia non è stata condivisa essendo prevalso l'inquadramento pubblicistico dell'atto autorizzativo anche perché si tratterebbe di applicare disposizioni pubblicistiche che presidiano finalità diverse dalla esecuzione dell'opera, sicché in relazione ad esse la posizione dell'appaltatore non ha natura paritetica (25).

La nullità del subappalto non autorizzato per contrasto con norma imperativa, invece è azionabile innanzi al giudice ordinario (26).

3. La fase pubblicistica

Per quanto riguarda la dimensione oggettiva va precisato che le procedure di affidamento non sono solo quelle che richiedono un confronto concorrenziale ma anche quelle negoziate, anche nella forma della trattativa privata pura (27) o del cottimo fiduciario (28); infatti, quando la determinazione di scegliere il contraente mediante trattativa sia contraria a norma che avrebbe imposto il ricorso ad un procedimento concorsuale, si è in presenza di un provvedimento illegittimo e la controversia, originata dalla impugnativa di esso, spetta al g. a., se chi la deduce versa in una posizione differenziata rispetto agli altri soggetti dell'ordinamento, sempre che la procedura sia applicata da un soggetto formalmente pubblico (29).

La fase pubblicistica in senso stretto, come è noto, ha inizio con la determinazione a contrattare (ovvero con la decisione programmatica) la quale si configura generalmente come atto interno non suscettibile di ledere di per sé posizioni tutelabili.

La scelta della procedura da seguire, tuttavia, può configurare, in alcuni casi (trattativa privata) un esercizio di potere pubblico suscettibile di ledere aspettative tutelabili con

conseguente giurisdizione amministrativa (30), specie se esercitato in contrasto con norme che impongono una procedura concorsuale (31).

La procedura pubblica, in quanto tale, si arresta laddove termina la fase procedimentale ed inizia quella negoziale e pertanto il campo di cognizione è lo stesso appartenente alla giurisdizione amministrativa generale di legittimità, vale a dire che coincide con tutto il segmento che va dal bando fino all'aggiudicazione, restandone fuori tutto ciò che attiene allo svolgimento del rapporto contrattuale, una volta concluso (32); il criterio di riparto corrisponde alla tradizionale dicotomia diritti soggettivi/interessi legittimi a fronte dell'esercizio o meno di un potere autoritativo (33).

Il nuovo codice ha in parte corretto l'ampio riferimento alla "attività amministrativa" in materia di opere e lavori pubblici (art. 1, L. n. 109/2004), distinguendo tra affidamento ed esecuzione (art. 2, co. 1°), sia pure con richiamo ai medesimi principi e con la designazione per entrambe le fasi di un unico responsabile del procedimento.

Ciononostante si contendono il campo due orientamenti: l'uno che vede la procedura di evidenza pubblica come una fase preparatoria al contratto e l'altra, più marcatamente pubblicistica, che considera il contratto uno strumento servente dell'esercizio di una potestà pubblicistica espressa dall'aggiudicazione (34).

La giurisdizione esclusiva, come già accennato, non innova il tradizionale criterio di riparto se non per quanto riguarda i più ampi poteri del giudice amministrativo e l'estensione agli appalti di soggetti privati; gli stessi poteri del giudice resterebbero, tuttavia, delimitati, anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva, in base al tipo di situazione soggettiva lesa (interesse legittimo o diritto soggettivo), ai fini della conoscibilità della domanda risarcitoria svincolata o meno dal previo annullamento dell'atto lesivo (35).

La Corte regolatrice ha ribadito con forza che il provvedimento di aggiudicazione che individua il contraente privato, costituendo l'ultimo atto della fase di formazione della volontà della Pubblica amministrazione e rappresenta il confine estremo della fase pubblicistica, del resto evidenziato dalla stessa formulazione letterale degli artt. 6 e 7 lett. a) della L. n. 205 del 2000, laddove limita l'ambito della giurisdizione esclusiva alle sole "procedure di affidamento di appalti,.."; con conseguente implicita esclusione della cognizione di tutti gli atti successivi alla sua conclusione (36); anche la posizione dell'impresa che aspira al subentro nel contratto di appalto per effetto di cessione d'azienda costituisce una posizione di diritto soggettivo afferente la fase esecutiva di un contratto già stipulato con la P.A. e quindi la relativa controversia rientra nella giurisdizione del giudice ordinario (37); la giurisprudenza amministrativa conviene su tale ripartizione precisando che, secondo il nuovo assetto, la fase di evidenza pubblica si conclude con l'aggiudicazione definitiva, ma che nella intercapedine che va dall'aggiudicazione alla sigla del contratto occorre accertare di volta in volta l'effettiva posizione assunta dalle parti (38).

In tal maniera, però, si configura una zona grigia, che va dall'aggiudicazione definitiva fino alla stipula del contratto e che può interessare tutte le vicende che possono verificarsi in quel lasso temporale, coincidente quanto meno con il termine dilatorio di trenta giorni (art. 11, co. 1°°, codice) prima del quale il contratto non può essere stipulato.

Deve pertanto sottolinearsi come non esiste più normativamente una perfetta coincidenza tra momento terminale della procedura di evidenza pubblica e momento iniziale della fase negoziale (39).

Tra le procedure di affidamento soggette alla giurisdizione amministrativa va compresa anche quella particolare riguardante l'individuazione del promotore del *project financing* (40); in particolare appartiene alla giurisdizione esclusiva amministrativa anche la controversia inerente l'attività illecita consistente nell'avere il Comune dato avvio al procedimento di *project financing* in vista della realizzazione di un parcheggio interrato, considerato che l'attività produttiva di danno lungi dal rappresentare un mero comportamento materiale della P.A., consiste in un'attività commissiva e omissiva direttamente e funzionalmente collegata alla procedura di affidamento dei lavori mediante *project financing* (41), che si predica illegittimamente intrapresa, in difetto dei presupposti urbanistici di realizzabilità delle opere, ovvero illegittimamente continuata in mancanza delle varianti urbanistiche che sarebbero state necessarie.

La giurisdizione esclusiva non è derogata nemmeno dalla pendenza di una procedura fallimentare che comporta solamente che parte del giudizio amministrativo diventi il curatore fallimentare (42)

Rientra nella giurisdizione esclusiva anche la controversia sulla regolarità della certificazione contributiva prodotta, né sono sindacabili in Cassazione eventuali censure sui limiti interni della giurisdizione (43), mentre eventuali contestazioni delle risultanze del documento contributivo (D.U.R.C.) appartengono al giudice ordinario (44).

Ai fini della valutazione dei requisiti di ammissione il giudice amministrativo potrebbe conoscere *incidenter tantum* della nullità di un contratto di cessione d'azienda in frode alla legge (45).

Nella materia edilizia si è parimenti riconosciuta la giurisdizione amministrativa sulle controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno asseritamente sofferto in conseguenza del mancato esercizio del potere autoritativo (46).

3.1 *La rinegoziazione*

L'eventuale rinegoziazione del contratto, relativamente al prezzo, dopo la fase di aggiudicazione, ma prima della stipula del contratto, rientrerebbe nella giurisdizione amministrativa sul presupposto che l'operazione potrebbe risolversi in una nuova aggiudicazione (47).

La tesi non è condivisibile poiché la rinegoziazione delle clausole contrattuali, una volta operata la scelta del contraente, rientra nella sfera di autonomia dell'amministrazione quale parte contraente.

3.2 *La nuova linea di demarcazione (la stipulazione)*

Il codice dei contratti, tuttavia, in conseguenza del venir meno dell'effetto di equivalenza al contratto dell'aggiudicazione (art. 11, co. 7°), avrebbe spostato la linea di separazione tra le due serie procedurali nella fase di stipulazione del contratto ora necessaria (48), cosicché sarebbe il contratto a fare da crinale che separa la giurisdizione ordinaria da quella amministrativa; in particolare si è affermato che alla luce del codice appalti, e segnatamente dell'art. 246, l'annullamento dell'aggiudicazione assumendo la fisionomia di una condizione legale di efficacia del contratto, ne determina, con effetto caducante, la perdita di efficacia (49); la tesi è ancora dubbia, anche se sembra trovare conferma in una recente pronuncia che considera giustificata la mancata stipula del contratto in conseguenza dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione (50).

Di tale evoluzione sembra prendere atto anche la Corte costituzionale quando individua nella stipulazione l'inizio della seconda fase (negoziale) in cui l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale (51).

Resta comunque il punto fermo che la disciplina della nuova giurisdizione esclusiva riguarda la sola fase relativa alla formazione del rapporto e non ha introdotto alcuna deroga alla giurisdizione del giudice ordinario (52), dal momento che diversamente dalla fase pubblicistica, scandita dalle regole imperative della evidenza pubblica nella quale l'ente appaltante pone in essere, indipendentemente dalla sua natura pubblica o privata, un'attività oggettivamente amministrativa, nella successiva fase si tratta di verificare la conformità alle norme positive delle regole con cui i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle loro condotte attuative (53).

Né alcun rilievo può assumere l'art. 23-bis della L. 6 dicembre 1971 n. 1034, introdotto dall'art. 4 della L. n. 205 del 2000 – che detta una disciplina processuale speciale per i giudizi amministrativi aventi ad oggetto, tra l'altro, oltre i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione anche quelli di "esecuzione" delle opere pubbliche – in quanto non contiene norme sulla giurisdizione del giudice amministrativo (che sono invece previste negli artt. 6 e 7 della L. n. 205 del 2000), ma disciplina un rito speciale che presuppone la sussistenza della giurisdizione amministrativa e pertanto, trattandosi di disposizioni sul rito processuale, e non sulla giurisdizione, da essa non può derivare alcuna modifica ai normali criteri di riparto tra le giurisdizioni (54).

Rientrano nella giurisdizione ordinaria anche le controversie relative alle prestazioni di servizi eseguite prima dell'eventuale annullamento del contratto anche se considerate sotto il profilo dell'arricchimento senza causa (55).

Il codice dei contratti, ribadisce che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi comprese quelle risarcitorie, relative alle procedure di

affidamento di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica; con l'aggiunta, rispetto al testo dell'art. 4 della L. n. 205/2000), dell'inciso "ivi incluse quelle risarcitorie", si è inteso accreditare l'orientamento, non del tutto pacifico, che le azioni risarcitorie possano essere promosse autonomamente da quelle di annullamento.

E' pacifico che tutte le controversie inerenti a clausole contrattuali, salvo diverse previsioni normative, appartengano alla cognizione ordinaria (56).

La giurisdizione esclusiva, peraltro, ha un limite territoriale nel senso che può ritenersi sussistente solo se le procedure di affidamento sono indette da soggetti che operino in ambito nazionale nell'esercizio di un potere di amministrazione attiva in Italia (57).

La giurisdizione esclusiva abbraccia le controversie anche in materia di affidamento di opere idrauliche ferma restando la cognizione del Tribunale superiore delle acque (58) per tutto quanto riguarda il regime delle acque; infatti, mentre appartengono al giudice amministrativo tutte le controversie relative al procedimento formativo della volontà dell'ente per la scelta dei soggetti esecutori o dei gestori del servizio, concernendo solo in via mediata ed indiretta il regime delle acque pubbliche (59), rientrano nella cognizione del Tribunale delle acque le controversie coinvolgenti apprezzamenti circa la delibera, la progettazione e l'attuazione di opere idrauliche, ivi compresa l'approvazione dei progetti di opere che influiscono in maniera diretta sul regime idrico (60), ovvero riferibili a provvedimenti comunque incidenti immediatamente sull'uso delle acque pubbliche (61).

3.3 *L'approvazione dell'aggiudicazione*

Non vi sono dubbi che l'impugnazione dell'atto di non approvazione dell'aggiudicazione appartiene al giudice amministrativo, posto che l'atto oltre che essere espressione di potere autoritativo incide sulla fase pubblicistica in quanto con l'annullamento torna ad essere efficace l'aggiudicazione provvisoria (62).

E' sempre stato pacifico che fino all'approvazione dell'aggiudicazione le posizioni del privato avesse natura e consistenza di mero interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia per il mancato perfezionamento del rapporto (63), mentre era competente il giudice ordinario per i profili di responsabilità precontrattuale, cui era esposta la stessa P.A. tenuta a comportarsi secondo buona fede (64).

Con il nuovo corso della giustizia amministrativa la competenza sulla eventuale responsabilità precontrattuale è rimasta concentrata presso il giudice amministrativo in quanto attinente alla fase che precede la stipulazione (65).

3.4 *L'autotutela (annullamento e revoca)*

Sebbene si faccia molta confusione tra atti di autotutela in senso proprio, quali atti che fanno venir meno gli effetti di atti già definitivi (atti di secondo grado), ed atti di autotutela/controllo, che si inseriscono nella medesima fase procedimentale collocandosi in quella integrativa dell'efficacia (approvazione), non v'è dubbio che le controversie su tali atti, in quanto riferiti all'atto di aggiudicazione, provvisoria o definitiva che sia (66), rientrano nella cognizione del giudice amministrativo, sebbene possano variare le modalità (comunicazione di avvio del procedimento) (67) e le motivazioni di interesse pubblico (68), essendo irrilevante la forma dell'atto quando l'amministrazione operi nell'ambito di un rapporto paritetico.

La cognizione del giudice amministrativo su tali atti prodromici, incidenti nella fase pubblicistica, non viene meno per il semplice fatto che l'atto di autotutela possa riverberare i suoi effetti anche sul contratto nel frattempo stipulato (69).

Gli atti di autotutela rescindenti che invece incidono sul contratto sebbene consistano in atti formalmente amministrativi non hanno natura provvedimentoale ma operano nell'ambito di posizioni paritetiche, sicché le relative controversie appartengono, come già innanzi accennato, alla cognizione del giudice ordinario (70); in conseguenza la controversia sulla revoca dell'atto di aggiudicazione disposta dopo la stipulazione del contratto impinge su una situazione di diritto soggettivo derivante dall'avvenuta stipula ed appartiene al giudice ordinario (71).

3.5 Autotutela legittima e responsabilità precontrattuale

In via di principio si ammette che anche in caso di legittimo esercizio del potere di autotutela possa insorgere una responsabilità di tipo precontrattuale qualora l'amministrazione avesse colpevolmente indotto l'impresa a fare affidamento sulla conclusione della procedura oppure l'autotutela sia determinata da un errore della stessa stazione appaltante (72).

A seguito dell'intervenuta sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale si era posto il problema della verifica della permanenza della giurisdizione amministrativa sui comportamenti *in contrahendo* della Pubblica amministrazione, posto che sarebbe in gioco il diritto della controparte a pretendere il rispetto dei canoni di buona fede (73); la risposta data in sede di questione di massima è stata affermativa (74), in quanto la nuova giurisdizione esclusiva comporta che il giudice amministrativo possa conoscere non solo delle controversie rivolte a garantire la tutela degli interessi legittimi attraverso l'annullamento degli atti, ma anche della tutela dell'affidamento conseguente alla caducazione degli atti della fase pubblicistica, ossia delle controversie di carattere risarcitorio relative ai diritti soggettivi correlati a pretese per responsabilità precontrattuale.

Si riconosce quindi la giurisdizione amministrativa per tutte le controversie riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti ancorché emerse in momento successivo (75).

Sussiste però la giurisdizione ordinaria relativamente ad una controversia per la vendita di cosa futura anche successivamente al 2001 ove il ricorrente non postuli una denuncia di atti amministrativi né contesti la scelta del contraente ma alleggi solo l'illecito extracontrattuale per l'esito negativo delle trattative (76); è sottratta alla giurisdizione amministrativa l'accertamento della responsabilità precontrattuale per una procedura informale di acquisizione di un immobile (77); parimenti rientra nella giurisdizione ordinaria la controversia sulla revoca della delibera di accettazione da parte di un ente pubblico di una proposta transattiva in quanto riconducibile all'art. 21-quinquies della L. n. 241 del 1990 (78).

Si è ritenuto, peraltro, che la giurisdizione esclusiva abbraccia 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, in quanto, implicando tale giurisdizione la cognizione non dei soli atti amministrativi ma anche dei rapporti tra le parti in tale fase, essa non può essere unidirezionale e perciò riferita esclusivamente alle azioni del privato nei confronti della P.A., ma deve necessariamente essere bidirezionale, in coerenza con il principio di concentrazione enunciato dall'art. 44 L. n. 69/2009 (79).

4. Gli atti autoritativi incidenti sul rapporto negoziale

L'oggetto quindi della giurisdizione amministrativa per quanto riguarda la fase negoziale non è sostanzialmente mutato, di modo che devono ritenersi ancora validi i criteri enunciati in giurisprudenza per quanto riguarda gli atti autoritativi incidenti sul regolare svolgimento del rapporto e/o sulla conseguita aggiudicazione, di modo che le relative controversie (risarcitorie) restano devolute al giudice ordinario, mentre permane la necessità dell'impugnativa al giudice amministrativo per l'eventuale caducazione dell'atto (80); l'atto di tipo autoritativo che interviene durante lo svolgimento del rapporto negoziale infatti, non è ritenuto idoneo ad incidere sulle posizioni di diritto soggettivo derivanti dal contratto (81) ed è in ogni caso sindacabile incidentalmente dal giudice ordinario (82); ciononostante si continua a fare distinzione tra autotutela autoritativa ed autotutela in posizione paritetica, ritenendo che solo la seconda rientri nella giurisdizione ordinaria (83), mentre la controversia sulla risoluzione di un contratto per effetto di un atto di autotutela che incide *ex post* sulla serie pubblicistica appartiene al giudice amministrativo in quanto espressione di un potere autoritativo specie se determina il venir meno della capacità a contrattare con la P.A. (84).

Si riteneva che rientrasse nella competenza del giudice ordinario anche la revoca (ovvero risoluzione) del contratto per nuova informativa antimafia negativa (85); in un caso di specie, tuttavia, in caso di annullamento della determinazione di risoluzione del rapporto per intervenuta informativa prefettizia atipica successivamente annullata, il giudice amministrativo, ritenendo la propria competenza, ha condannato l'amministrazione alle varie voci di danno riconoscibili compreso il danno esistenziale (86); il contrasto di indirizzo è stato risolto dalla Corte regolatrice nel senso che la controversia appartiene al giudice amministrativo in quanto in siffatte ipotesi il recesso è consequenziale all'informativa prefettizia ed è quindi espressione di un potere di valutazione natura pubblicistica diretto a soddisfare l'esigenza di evitare la costituzione o il mantenimento di rapporti contrattuali con soggetti sospettati di collegamenti con la criminalità

organizzata (87); anche se il recesso (vincolato) comporta che l'amministrazione sia tenuta esclusivamente al pagamento delle opere già realizzate, oltre al rimborso delle spese nei limiti dell'arricchimento dell'appaltante, l'intera controversia sui rapporti tra le parti deve essere devoluta al giudice amministrativo (88); per le stesse ragioni rientrano nella giurisdizione amministrativa le controversie sulla sospensione dei lavori adottata in via cautelare per effetto delle informazioni prefettizie ostative (89).

Rientrano pure nella giurisdizione ordinaria gli atti potestativi afferenti all'esercizio dello *jus variandi* (90) e le controversie per la fissazione del termine di collaudo (91) e quelle sulla regolare esecuzione (92).

Le controversie nascenti dall'esecuzione dei contratti di appalto di opere pubbliche, infatti, appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, pur se la decisione dell'autorità amministrativa in ordine al rapporto sia stata adottata nelle forme dell'atto amministrativo, il quale, per questo suo connotato, non ha natura provvedimentoale e non cessa di operare nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali delle parti, e che rientra nei poteri di detto giudice accertare, verificando in via incidentale la legittimità dell'atto rescissorio, se l'amministrazione abbia violato le clausole contrattuali e vulnerato il diritto soggettivo dell'appaltatore a proseguire il rapporto (93); a maggior ragione rientra nella giurisdizione ordinaria la controversia in ordine all'applicazione di una clausola risolutoria del contratto (94).

Del tutto singolare la tesi, di recente avanzata che la posizione del privato nella fase esecutiva non si discosterebbe da quella dalla fase di evidenza pubblica consistendo in un interesse legittimo negoziale, inteso come situazione giuridica di vantaggio collegata non già a poteri autoritativi ma all'esercizio di atti di autonomia funzionalizzati al perseguimento di interessi collettivi, ovvero eterodeterminati nei fini (95); la dottrina prevalente, però, rimane ligia alla impostazione corrente che individua nell'aggiudicazione la linea di confine tra due diversi ambiti di giurisdizione (96).

Non sussistono dubbi sulla competenza del giudice ordinario relativamente alla risoluzione, rescissione o recesso (97), trattandosi di atti di autonomia privata che non hanno natura provvedimentoale, sebbene ne abbiano la forma (98); trattasi, infatti di controversie che hanno ad oggetto esclusivamente pretese patrimoniali di natura sostanzialmente risarcitoria e non coinvolgono in alcun modo l'esercizio di poteri autoritativi (99); ugualmente attengono alla fase esecutiva la controversia relativa alla risoluzione del rapporto per sopravvenuta perdita della certificazione di qualità (100) o per annullamento dell'attestazione SOA (101), nonché quelle sulla revoca dell'appalto (102) o di un incarico di progettazione (103); la giurisprudenza amministrativa, tuttavia, sembra riconoscere la giurisprudenza ordinaria (solo) quando la decisione di non eseguire l'opera sia stata adottata dopo l'accordo contrattuale sia da considerare concluso in modo definitivo e definitivamente efficace trattandosi in tal caso di esercizio del potere contrattuale di recesso (104).

Spetta pure alla giurisdizione ordinaria la cognizione della domanda del terzo per l'annullamento l'atto di accettazione di materiali diversi da quelli previsti comportante la mancata conclusione di un contratto privato di subfornitura (105).

Rientrano nella giurisdizione ordinaria anche le controversie aventi ad oggetto gli obblighi di sicurezza dei cantieri, atteso tale attività alla fase propedeutica di esecuzione del contratto (106).

Si è tuttavia ritenuto che resti attratta nella giurisdizione esclusiva amministrativa la risoluzione del rapporto contrattuale implicante la gestione di un servizio pubblico (107).

Alcune incertezze si registrano, però, con riguardo agli atti di autotutela incidenti sulla fase pubblicistica, le cui controversie si ritengono spettanti al giudice amministrativo (108), anche se il contratto sia in fase di avanzata esecuzione (109), in quanto rientrano nella giurisdizione esclusiva anche le controversie risarcitorie inerenti a diritti soggettivi traenti origine dalla legittima revoca di provvedimenti della fase pubblicistica determinanti responsabilità precontrattuale (110); la Corte regolatrice ha avallato tale distinzione, riconoscendo che l'autotutela dell'amministrazione appaltante, che sospenda gli effetti del contratto già concluso disponendo una nuova gara, non attiene all'esecuzione del contratto di diritto privato ma riguarda gli atti prodromici di modo che è configurabile la giurisdizione esclusiva amministrativa (111).

La Corte regolatrice ha comunque ribadito che nella seconda fase c.d. negoziale-privatistica resta operante la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice dei diritti, cui spetta verificare la conformità alle norme positive delle regole attraverso le quali i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi, e delle relative condotte attuative, a nulla

rilevando che specifiche disposizioni legislative attribuiscono all'amministrazione committente la facoltà di incidere autoritativamente sul rapporto (e perfino di risolverlo), posto che detti atti amministrativi, non hanno natura provvedimento e non cessano di operare nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali (112); in via di principio, pertanto, rientrano nella giurisdizione del g.o. non solo le vicende relative all'esecuzione dell'appalto e al pagamento della prestazione dovuta, ma anche l'intero spettro delle patologie e inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stessa sopravvenute e derivanti da irregolarità–illegittimità della procedura amministrativa a monte (113).

La giurisdizione del giudice amministrativo, anche per effetto dei criteri enunciati dalla Corte costituzionale (sent. n. 204/2004, cit.), resta comunque circoscritta dal *petitum* sostanziale, senza che possa assumere rilievo il principio di concentrazione, che configura come "piena" la giurisdizione, sia esclusiva che generale di legittimità del g.a., autorizzando il giudice amministrativo, a conoscere anche delle domande risarcitorie, connesse alla impugnazione dell'atto, solo se sussista, la sua giurisdizione, e non già in relazione a qualsiasi istanza risarcitoria formulata nei confronti della P.A. (114).

4.1 Le ordinanze contingibili ed urgenti

Si è riconosciuto che la domanda risarcitoria fondata sulla asserita illegittimità di una ordinanza di protezione civile con cui era stata imposta la prosecuzione del servizio di raccolta di rifiuti solidi urbani ad un prezzo non remunerativo ed inferiore a quello precedentemente convenuto rientra nella cognizione esclusiva del giudice amministrativo anche questi non sia stato investito della domanda di annullamento della ordinanza (115).

5. Gli atti infraprocedimentali antecedenti la stipula

Nella giurisdizione amministrativa si fanno rientrare anche alcune controversie aventi ad oggetto atti infraprocedimentali immediatamente anteriori alla stipula del contratto, quali la prestazione di garanzie, la ricezione della consegna, la stipulazione e l'approvazione del contratto (116); quest'ultimo orientamento relativamente alle controversie derivanti dalla mancata approvazione contrasta, però, con la concezione dell'approvazione come *condicio iuris* da cui discende l'efficacia del contratto senza inserirsi nella fase formativa (117).

5.1 La cauzione

Per quanto riguarda le vertenze sull'incameramento della cauzione, occorre distinguere a seconda che si tratti di cauzione provvisoria o definitiva, in quanto la prima garantisce il mantenimento dell'offerta (c.d. *bind bond*) e si attegge ad atto attinente alla fase procedimentale ed in quanto tale attrae il relativo contenzioso alla giurisdizione amministrativa (118), mentre per la cauzione definitiva, che garantisce la corretta esecuzione sulla base di una specifica clausola contrattuale, le relative controversie rientrano nella giurisdizione ordinaria, in quanto la controversia ha ad oggetto una sanzione per inadempimento contrattuale (119) ed attiene alla fase di esecuzione del contratto (120).

Naturalmente appartengono al giudice ordinario le controversie attinenti al rapporto con il garante (121).

Non vi è tuttavia certezza sulle controversie riguardanti la mancata costituzione della cauzione definitiva, le quali, rientrerebbero nella cognizione del g. o., in quanto successive all'aggiudicazione (122), mentre, configurando unitariamente la procedura, si riconosce la giurisdizione amministrativa esclusiva su tutti gli obblighi titolati dall'aggiudicazione (123).

Per le cauzioni o fideiussioni in materia di pubblici servizi la *ratio* della cognizione del giudice ordinario viene rinvenuta nel fatto che la controversia concerna una questione economica al di fuori dell'esercizio del potere (124).

5.2 La stipulazione

Fuoriescono dalla giurisdizione amministrativa le questioni involgenti la stipula, quali, l'indeterminabilità della data di sottoscrizione che non presuppongono la contestazione degli atti della serie propriamente pubblicistica (125); rientrerebbe invece nella giurisdizione amministrativa la controversia avente ad oggetto la pretesa diretta alla stipula del contratto che si fa discendere dall'intervenuta aggiudicazione definitiva e dall'inutile decorso dei termini di

legge, in quanto inerente ad una fase anteriore alla stipula del contratto ed alla sua esecuzione (126); l'orientamento, per la verità, contrasta con la riconosciuta autonomia decisionale dell'amministrazione nella conclusione della procedura di aggiudicazione e conseguente contratto e soprattutto mal si concilia con la previsione del codice che, confermando la tradizionale disciplina, riconosce (art. 11, co. 9°) all'aggiudicatario la facoltà/diritto di sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto ove la stipulazione non avvenga nei termini stabiliti; ove la pretesa sia rivolta ad ottenere per ottenere una sentenza che tenga luogo del contratto non concluso ai sensi dell'art. 2932 c.c. non vi dovrebbero essere dubbi sulla competenza del giudice ordinario (127).

5.3 Modalità di stipulazione

Nei contratti delle pubbliche amministrazioni, il procedimento di formazione della volontà negoziale dell'ente resta distinto dal perfezionamento del rapporto contrattuale, che può avvenire con modalità diverse, secondo le varie tipologie di negozi di volta in volta prescelti; ne consegue che la competenza a conoscere della controversia insorta in ordine alla validità ed efficacia dell'atto negoziale (di donazione) consequenziale all'atto amministrativo deliberativo spetta all'autorità giudiziaria ordinaria, trattandosi di attività svolta dalla P.A. *iure privatorum* (128).

6. L'approvazione del contratto

L'atto di approvazione del contratto, invece, è soggetto alla giurisdizione ordinaria in quanto opera come *condicio iuris* di efficacia del contratto sul piano negoziale (129), ma non si esclude la sua impugnabilità innanzi al giudice amministrativo quando assume rilievo come provvedimento amministrativo che revochi l'aggiudicazione (130); la circostanza, infatti, che gli atti di approvazione e controllo si pongano, sul piano negoziale, come *condiciones iuris* di efficacia del contratto, con la conseguente giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle controversie risarcitorie connesse con il mancato avveramento di dette condizioni, non esclude la loro rilevanza e sindacabilità anche come atti amministrativi, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo nella sede della giurisdizione generale di legittimità (131).

Rientrerebbe, invece, nella giurisdizione esclusiva l'annullamento dell'atto di approvazione del contratto in quanto espressione della funzione di riesame e quindi di una potestà di diritto pubblico (132).

Si tende inoltre a dilatare l'area di cognizione del giudice amministrativo facendovi rientrare tutte controversie nascenti dalla mancata esecuzione degli obblighi titolati nell'aggiudicazione definitiva dell'appalto quali quelli collegati, ad esempio, alla prestazione della garanzia fideiussoria, alla ricezione della consegna dei lavori in via d'urgenza, alla stipulazione ed approvazione del contratto (133).

Appartengono al giudice ordinario le controversie sui canoni locativi ancorché si discuta anche se il contratto di affitto si sia o meno perfezionato con l'approvazione, richiedendosi un'indagine meramente deliberativa e incidentale, con riguardo all'operatività del contratto, sugli atti occorrenti per il perfezionamento del vincolo negoziale (134).

6.1 Mancata stipula

E' stata riconosciuta la giurisdizione amministrativa nella ipotesi in cui si impugni il silenzio-rifiuto della P.A. in ordine alla stipulazione di un contratto (di compravendita), dando rilevanza agli atti pubblicistici che precedono la stipulazione e qualificano in termini di interesse legittimo la pretesa alla stipulazione (135); la pretesa diretta a stipulare ed eseguire il contratto è stata ritenuta assimilabile a quella volta ad ottenere una sentenza sostitutiva il luogo del contratto alla stregua del meccanismo di cui all'art. 2932 c.c. e spetterebbe al giudice amministrativo in quanto anteriore alla stipula del contratto, sebbene non fosse stata richiesta la sentenza che tenga luogo al contratto ma la mera tutela risarcitoria (136); la medesima linea è stata adottata per affermare la giurisdizione amministrativa anche per la pretesa, formulata in sede di ricorso contro il silenzio rifiuto, alla stipula di un contratto discendente dall'avvenuta aggiudicazione definitiva della procedura di gara (137).

Appartiene invece al giudice ordinario la controversia avente ad oggetto l'atto di decadenza dall'aggiudicazione (ovvero la revoca) conseguente alla mancata sottoscrizione del

contratto (138), nonché la controversia sullo scioglimento dall'impegno a stipulare il contratto per inerzia dell'amministrazione oltre il termine previsto (139).

Spetta però al giudice ordinario la domanda con cui il privato senza contestare pretenda la conclusione dell'accordo – dopo che la stessa amministrazione aveva approvato l'aggiudicazione determinando l'insorgere del vincolo contrattuale (140).

Sarebbero devolute alla giurisdizione amministrativa anche le controversie aventi ad oggetto l'istanza di risarcimento per il c.d. danno da ritardo derivante dal lungo rinvio della stazione appaltante alla stipulazione del contratto (141).

Rientra invece nella giurisdizione ordinaria la pretesa di indennizzo per mancata stipula del contratto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria e quindi non per volontà dell'amministrazione (142).

6.2 *Lavori suppletivi e varianti*

Isolata è rimasta una pronuncia che ha ritenuto sussistente la giurisdizione amministrativa per le controversie inerenti alla mancata assegnazione di lavori suppletivi (143); le controversie in ordine alle varianti comportanti una integrazione dell'appalto attengono infatti alla fase di esecuzione del rapporto ed in quanto tali restano soggette alla giurisdizione ordinaria (144).

Può tuttavia esser oggetto di cognizione del giudice amministrativo la decisione della stazione appaltante che, in violazione dei principi comunitari e costituzionali in materia di appalti, autorizzi la modifica di un appalto in corso e dell'importo pattuito, in quanto affida, di fatto, un "nuovo" servizio senza ricorrere alle procedure di garanzie che devono essere finalizzate ad assicurare la massima partecipazione degli operatori economici (145).

7. *Gli atti di autotutela c.d. privata*

Appartengono, invece, certamente al giudice ordinario le controversie riguardanti atti c.d. di autotutela privata, riguardanti la fase di esecuzione del contratto, vale a dire gli atti non connessi ad autotutela pubblicistica ma rientranti nelle facoltà di autotutela concessa al debitore di sospendere i pagamenti in caso di inesatto inadempimento del fornitore (146); esula invece dalla giurisdizione ordinaria la controversia avente ad oggetto l'inadempimento a seguito di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione intervenuta dopo la stipula del contratto (147); nella stessa linea si è ritenuto che sussiste la giurisdizione amministrativa sulle controversie inerente all'annullamento dell'approvazione di una transazione conclusa per definire un contenzioso scaturito dalla esecuzione di un appalto (148).

7.1 *La manutenzione*

Il potere discrezionale dell'amministrazione e la conseguente insindacabilità, da parte del giudice ordinario, dei criteri, dei tempi e dei mezzi con i quali la P.A. provvede alla costituzione, all'esercizio e alla manutenzione delle opere pubbliche trovano un limite di carattere esterno posto a tale discrezionalità dal principio generale ed assoluto del "*neminem laedere*", che comporta per la stessa amministrazione l'osservanza di specifiche norme tecniche e delle comuni regole di prudenza e diligenza a garanzia dei terzi, la cui responsabilità, in quanto inerente ai rapporti tra proprietà pubblica e privata, è soggetta alla cognizione del giudice ordinario (149).

8. *La consegna*

Relativamente al contenzioso inerente alla consegna in via d'urgenza si era ritenuto che, essendo la consegna avvenuta sulla base di un provvedimento amministrativo e non in base al contratto non ancora esistente, la controversia rientrasse nella giurisdizione amministrativa (150), ma l'orientamento non è stato condiviso dalla Corte regolatrice che ha ritenuto che trattasi comunque di controversia estranea alla tematica dell'aggiudicazione che attiene alla esecuzione del rapporto sia pure anticipata (151); la tesi favorevole alla natura amministrativa dell'atto di consegna è stata riproposta sulla base della previsione del nuovo codice (art. 11, co. 9°) che avrebbe confermato che consegna in via d'urgenza attiene ancora alla fase pubblicistica ed è espressione della potestà pubblica della stazione appaltante (152); a ben vedere, tuttavia, la nuova disposizione non contiene nulla di nuovo rispetto alla previsione originaria che risale all'art. 337, co. 2°, della legge fondamentale sui lavori pubblici n. 2248 del 1865, che pure

consentiva la consegna anticipata prima della stipula del contratto e/o in pendenza dell'approvazione; va tuttavia segnalato come il giudice amministrativo tenda a ritenere la propria competenza sotto il profilo della responsabilità precontrattuale e del rispetto degli obblighi di buona fede da parte della stazione appaltante (153).

Problematica è anche la competenza sulle controversie attinenti alla ratifica di una procedura di gara che apparteneva al giudice ordinario sotto il profilo del risarcimento per responsabilità precontrattuale (154), ma che oggi potrebbe risultare concentrata nella giurisdizione esclusiva se conseguente ad un atto della procedura di aggiudicazione.

9. *Sospensione dei lavori*

Mentre il provvedimento di sospensione nell'ambito di un potere discrezionale è tutelabile davanti al giudice amministrativo (155), le controversie sugli effetti della sospensione attengono alla esecuzione del contratto ed appartengono alla cognizione del giudice ordinario o a quella arbitrale, anche se la decisione dell'autorità amministrativa in ordine al rapporto sia adottata nelle forme dell'atto amministrativo il quale non cessa di operare, per questo suo connotato, nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali delle parti (156).

9.1 *Sospensione del contratto*

Parimenti appartengono alla cognizione del giudice ordinario le controversie sulla tensione di un contratto di fornitura trattandosi di vicenda che avviene durante l'esecuzione del contratto ed incide sulla entità della prestazione (157).

10. *Le penalità*

Le controversie rientrano nella cognizione del giudice ordinario o in quella arbitrale in quanto riguardano sempre diritti soggettivi (158).

11. *Le azioni cautelari e possessorie*

Per quanto riguarda le altre forme di tutela esperibili contro la P.A., a seguito della L. n. 205/1999 si era ammesso che le azioni cautelari e possessorie fossero riconducibili nell'area della giurisdizione esclusiva (159); dopo la declaratoria di incostituzionalità in parte *de qua* della disposizione che interessa (Corte cost. n. 204 e n. 281 del 2004), si è ritenuto che le domande possessorie non collegabili ad un provvedimento amministrativo emesso nell'ambito di un potere autoritativo appartengono alla cognizione del giudice ordinario (160) e quindi, anche le azioni di reintegrazione nel possesso contro i comportamenti materiali occupativi in carenza di potere (161) e di restituzione nel fondo dopo la scadenza del periodo di occupazione legittima (162).

Rientra altresì nella giurisdizione del giudice ordinario e non in quella del giudice amministrativo la controversia tra enti pubblici avente ad oggetto la domanda di rilascio di un bene immobile, la cui utilizzazione da parte dell'ente non proprietario tragga titolo da un rapporto contrattuale (nella specie di comodato), non inserito né collegato ad un provvedimento amministrativo di concessione del bene (163); anche la controversia avente ad oggetto un comodato d'uso a favore di privati rientrerebbe nella giurisdizione ordinaria in quanto non sussisterebbe un vincolo di gara essendo il comodato un contratto non riconducibile alle categorie dei contratti pubblici disciplinati dal codice (164).

Sussiste invece la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di azioni possessorie esercitata *iure pubblico* ai sensi dell'art. 378 L. n. 2248/1865 per la riduzione in ripristino del demanio stradale (165).

12. *I diritti di credito*

Appartengono ovviamente al giudice ordinario tutte le controversie riguardanti in generale i diritti di credito anche se derivanti dalla esecuzione di atti amministrativi (166), essendo inerenti a controversie nella quali le pubbliche amministrazioni sono coinvolte non come autorità ma quali parti di rapporti paritetici con privati (167); vi rientrano anche le controversie in materia di ripetizione di indebito (168) e quelle relative al recupero delle spese per l'effettuazione d'ufficio di opere a tutela della pubblica incolumità a carico di privati (169).

La giurisdizione appartiene ugualmente al giudice ordinario anche se le controversie abbiano ad oggetto il pagamento di attività e prestazioni rese nell'espletamento di pubblici servizi (170).

12.1 Il fermo amministrativo (dei pagamenti)

Si sottrae alla regola appena enunciata il c.d. fermo amministrativo che costituisce una forma di autotutela privilegiata consentita alle pubbliche amministrazioni statali in base all'art. 69 della legge di contabilità di Stato.

Poiché il fermo viene disposto con atto amministrativo capace di affievolire il relativo diritto di credito (171), gli eventuali atti di opposizione sotto forma di ricorsi sono naturalmente soggetti alla giurisdizione amministrativa (172).

Resta però impregiudicata la piena cognizione del giudice ordinario di definire l'accertamento e la liquidazione del credito vantato dall'amministrazione, se convenuta in giudizio per l'adempimento del proprio debito (173), senza che sia configurabile alcun rapporto di pregiudizialità tra il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo avente ad oggetto l'accertamento del debito dell'amministrazione ed il giudizio amministrativo concernente la legittimità del c.d. fermo amministrativo (174).

Per quanto riguarda la giurisdizione sul fermo amministrativo dei beni mobili registrati il contrasto giurisprudenziale (175) è stato risolto normativamente attribuendo le relative controversie alla cognizione delle commissioni tributarie (art. 19 D.L.vo n. 546 /1992, come integrato dall'art. 35, co. 26° *quinquies*, D.L. n. 223/2006 conv. L. n. 248/2006).

13. Le concessioni

Per quanto riguarda le concessioni amministrative, in via generale resta applicabile l'art. 5, co. 1°, della L. 6 dicembre 1971 n. 1034 relativamente all'accertamento delle reciproche responsabilità delle parti del rapporto (176); la disposizione, però, per effetto della modifica (art. 33, co. 3°, D.L.vo n. 80/1998), ha eliminato il riferimento ai servizi (177), trova applicazione solo per le concessioni di beni, per le quali, tuttavia, opera l'ulteriore *discrimen* tra giurisdizione amministrativa ed ordinaria a seconda che sia in contestazione l'efficacia, la portata o lo svolgimento del rapporto di concessione, ovvero la legittimità della procedura di riscossione del canone sotto il profilo dell'*an*, del *quomodo* e del *quantum debeatur* (178); appartengono, perciò, al giudice amministrativo le controversie circa la durata, l'esistenza o la rinnovazione del rapporto, quando la controversia riguardi il contenuto del rapporto concessorio incidente (decadenza) sulla permanenza del rapporto (179); si è ritenuto, infatti, che la questione della giurisdizione in tema di concessione di beni sia sostanzialmente simile alla questione di giurisdizione in tema di concessione di servizi, sicché è manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 5 innanzi menzionato, la cui regola è stata ripristinata per effetto della pronuncia della Corte costituzionale n. 204/2004 (180); invece, la controversia vertente sull'inadempimento da parte del concessionario di clausole della convenzione rientra nella cognizione del giudice ordinario qualora non si faccia questione della legittimità di atti autoritativi che la regolano (181).

In particolare, in tema di concessioni demaniali marittime, si è ritenuto che qualora non sia ravvisabile per la determinazione del canone alcun potere discrezionale le controversie riguardanti la debenza ed il *quantum* del canone di concessione deve ritenersi attinente a diritti soggettivi di natura patrimoniale con conseguente devoluzione al giudice ordinario (182), mentre nel caso sia controversa una qualificazione del rapporto concessorio diverso da quello già in corso la cognizione rimane al giudice amministrativo (183); parimente appartengono alla giurisdizione ordinaria le controversie aventi ad oggetto l'indennizzo per occupazione *sine titulo* dei beni (184).

In altri termini le controversie devolute al giudice ordinario sono quelle con un contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere di intervento della P.A. a tutela di interessi generali, mentre quando coinvolga la verifica dell'azione autoritativa sul rapporto concessorio appartiene al giudice amministrativo (185); in tali casi la controversia concerne l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria vantata dal concessionario dei servizi a titolo di corrispettivo il cui adempimento è oggetto di un diritto perfetto rispetto a cui all'amministrazione non residua alcun spazio di discrezionalità (186); la cognizione è del giudice ordinario anche se il pagamento del corrispettivo della concessione viene contestato soggettivamente perché

dovuto da terzi fideiussori (187), rientra invece nella cognizione del giudice amministrativo il ricorso contro l'atto di determinazione delle tariffe sulle concessioni di beni avendo esso natura regolamentare (188).

Nelle c.d. concessioni-contratto per l'utilizzazione di beni demaniali, inoltre, non potrebbe operare nemmeno la clausola compromissoria con cui si demanda ad un collegio arbitrale la determinazione dei reciproci diritti ed obblighi dopo la revoca della concessione, in quanto è nulla per difetto di giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di una posizione di interesse legittimo (189).

Per le concessioni di beni non vale nemmeno la distinzione tra fase pubblicistica e fase negoziale, in quanto, nel caso in cui un ente territoriale, all'esito di un'asta pubblica, abbia stipulato un contratto col privato volto ad attribuirgli usi eccezionali su beni pubblici, il rapporto che ne scaturisce non ha natura contrattuale privatistica, mantenendo l'amministrazione una posizione di supremazia e difettando quindi il requisito della posizione paritetica delle parti, ma di concessione di bene pubblico e pertanto, la controversia sulla validità del rapporto e sulla cessazione della concessione, è devoluta alla giurisdizione del g.a. (190); poiché l'uso particolare di un bene pubblico può avvenire solo mediante concessioni amministrative, resta indifferente l'eventuale diverso nome *iuris* locazione attribuito dalla parte all'affidamento (191).

Rientra altresì nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia originata dalla richiesta del concessionario di bene demaniale di risarcimento dei danni per inadempimento dell'amministrazione, se è in discussione il rapporto concessorio nel suo momento genetico o funzionale (192); rientra però nella cognizione ordinaria la controversia avente ad oggetto il rilascio di un immobile dopo la cessazione della concessione d'uso (193) o la restituzione del bene occupato abusivamente dopo la scadenza della concessione (194).

Per le assegnazioni di beni ad uso alloggio occorre avere riguardo alle ragioni dell'uso ed alla natura del rapporto, a seconda che si tratti di ragioni di servizio o di esigenze abitative ovvero di concessione o di locazione (195).

La citata disposizione dell'art. 5 è stata, invece, ritenuta applicabile alle controversie riguardanti la realizzazione di un intervento integrato comprensivo di tutte le attività necessarie (196).

Non appartiene invece alla giurisdizione amministrativa la controversia sull'appalto indetto dalle Grandi stazioni s.p.a. per la gestione di un bene in regime proprietario non rientrante in quelli demaniali (197).

Con le concessioni di beni non vanno confuse le concessioni di finanziamenti pubblici anche se il denaro possa essere annoverato nella categoria dei beni, in quanto queste implicano un tipo di rapporto giuridico del tutto diverso da quello dell'uso particolare del bene, poiché il finanziato acquisisce la piena proprietà del denaro erogatogli ed eventualmente assume l'obbligo di restituirlo in tutto o in parte ad una determinata scadenza e l'eventuale controversia verte su diritti soggettivi e non già su interessi legittimi (198).

Per le concessioni di servizi pubblici rientrano nella giurisdizione amministrativa tutte le controversie riguardanti il diritto di gestire anche se reclamato dall'ente concedente nei confronti di un concessionario fallito (199), nonché le controversie su pretese patrimoniali quando implicano la verifica dell'ambito contenutistico della concessione e dei poteri discrezionali dell'amministrazione (200), anche per quanto riguarda proroghe o al riscatto (201); rientrano invece nella giurisdizione ordinaria (e quindi possono costituire oggetto di arbitrato) le controversie tra concessionari ed ente concedente aventi ad oggetto il pagamento di corrispettivi vari per l'espletamento delle attività svolte in adempimento del contratto di affidamento (202).

In ogni caso la qualificazione del rapporto come concessione di servizi pubblici, determina la cognizione esclusiva del giudice amministrativo (203).

Nell'ampia nozione di servizi pubblici rientra anche l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica (204), mentre l'opposizione contro un'ordinanza di sgombrò di immobile di edilizia popolare, appartiene al giudice ordinario in quanto investe la validità del contratto di utilizzazione del bene (205).

Più complicato è il quadro quando la concessione di servizio pubblico si innesta su una concessione di beni, dovendosi, in tal caso verificare se l'oggetto dell'atto di disposizione del concessionario realizzi una subconcessione (206) ovvero un mero negozio di diritto privato (207).

Per le concessioni di lavori pubblici, in particolare, per effetto della equiparazione agli appalti (art. 31 bis, co. 4°, legge quadro) erano applicati gli ordinari criteri di riparto, riconoscendo la giurisdizione amministrativa per la fase di affidamento e quella ordinaria per la fase di esecuzione (208); sebbene la disposizione non sia stata riprodotta nel nuovo codice deve ritenersi che il criterio di riparto sia ancora operativo essendo la concessione uno dei sistemi di realizzazione dei lavori pubblici cui si applicano le disposizioni del codice che non siano derogate (art. 142, co. 3°), restando tuttavia escluse quelle forme di concessioni aventi un oggetto più esteso non assimilabile all'appalto che rientrano nella giurisdizione amministrativa (209).

L'equiparazione della concessione di opera pubblica all'appalto comporta altresì che la scelta compiuta dal concedente, di non proseguire nel rapporto concessorio, non sia espressione di un potere pubblico di autotutela perseguita attraverso un provvedimento di decadenza del concessionario, ma del potere civile di chiedere la risoluzione del finanziamento per inadempimento del finanziato, con conseguente cognizione del giudice ordinario della relativa controversia (210).

Il criterio dell'equiparazione non è applicabile agli altri tipi di concessione per i quali soccorrono gli ordinari criteri tra cui quello che configura le convenzioni per l'affidamento di servizi pubblici come accordi sostitutivi soggetti alla giurisdizione amministrativa (211).

Rientra nella giurisdizione esclusiva amministrativa la controversia sul risarcimento del danno, causato dalla realizzazione dell'opera e consequenziale all'asserita illegittimità del relativo progetto, nei confronti del soggetto privato concessionario della progettazione e costruzione di una linea ferroviaria ad alta velocità (TAV), in quanto soggetto funzionalmente equiparato alle amministrazioni pubbliche (212).

Il medesimo criterio di riparto opera per le c.d. concessioni di programma di realizzazione di edilizia economica e popolare, spettando al giudice ordinario le pretese fondate sul rapporto negoziale intrattenuto da detto concessionario con i prenotatari degli alloggi, ed al giudice amministrativo le domande volte a far accertare pretesi vizi di legittimità dei provvedimenti emessi dalla P.A. nella fase antecedente alla conclusione del contratto (213).

Per le concessioni di servizi si è ritenuto che il provvedimento di recesso dal rapporto contrattuale derivante dalla concessione è un atto complesso, allo stesso tempo rescissorio, in parte di esercizio di potestà amministrativa ed in parte esercizio di una potestà contrattuale, con conseguente diversità di regime di impugnazione, in quanto l'aspetto provvedimentale (nella specie rescissione per contiguità mafiosa) va tutelato innanzi al giudice amministrativo, mentre il profilo risolutorio (per inadempimento) segue la tutela ordinaria (214); nella concessione di servizi, infatti, la controversia sul recesso per onerosità attiene all'esercizio di un diritto soggettivo potestativo inerente al rapporto e come tale di spettanza del giudice ordinario (215).

La cognizione del giudice amministrativo riguarda anche la fase di perfezionamento dell'accordo che consegue all'atto di concessione (216).

Rientra certamente nella giurisdizione amministrativa del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto il provvedimento di revoca di una concessione di servizio pubblico ritenuto non più rispondente agli interessi pubblici ad esso affidati, trattandosi di determinazione espressiva dei poteri pubblici a fronte dei quali la posizione del gestore del servizio è quella del titolare dell'interesse legittimo (217).

Si è ritenuto altresì che rientri nella giurisdizione amministrativa la controversia sul diniego di rinnovo della concessione dopo la realizzazione di opere strumentali (218) e quelle sulla revoca del servizio affidato (219).

13.1 *Le concessioni di pubblici servizi*

Le controversie relative a concessioni di pubblici servizi rientrano tra quelle attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma a seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 204/2004 (220), trova applicazione, anche per esse, il criterio che le controversie sorte nella fase esecutiva appartengono al giudice ordinario ove non siano esplicitazione di potere autoritativo (221).

Mentre a norma il D.L.vo n. 80 del 1998, art. 33 come sostituito dall'art.7 L. n. 205 del 2000, appartenevano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi comprese quelle concernenti i rapporti tra le amministrazioni pubbliche ed i gestori di pubblici servizi, ora tali controversie, nascenti dalla convenzione o

dallo statuto fra di loro intercorsi e svolgentisi su un piano paritario, non venendo in discussione l'esercizio di poteri autoritativi della Pubblica amministrazione, appartengono alla cognizione del giudice ordinario (222).

La giurisdizione così come comprende gli atti di revoca della concessione si estenderebbe alla nomina e/o revoca di un soggetto incaricato insieme ad altri del suo esercizio (223).

E' importante definire la natura del rapporto oggetto della concessione, in quanto per le concessioni impropriamente definite tali ma qualificabili come appalti di servizi valgono le regole di riparto ordinario, nei quali rientrano tutte le prestazioni strumentali ed ausiliarie ai compiti propri dell'ente, che stanno a monte del servizio pubblico (224).

Rientrano nella giurisdizione esclusiva anche le subconcessioni aeroportuali, senza che assumano rilievo la natura privatistica ed il regime privatistico dell'attività (parcheggio) che non costituisce un'attività collegata alla gestione di un pubblico servizio (225).

Appartiene altresì alla giurisdizione amministrativa la controversia avente ad oggetto l'autorizzazione al subentro nella gestione di un servizio pubblico locale affidato ad una società mista, in quanto costituisce esercizio di un potere discrezionale la cui legittimità è sindacabile dinanzi al giudice amministrativo (226).

Una volta instaurato il rapporto di concessione, rientrano, invece nella giurisdizione ordinaria le controversie concernenti indennità, canoni od altri corrispettivi solo se hanno un contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere discrezionale di intervento della P.A. a tutela di interessi generali (227); ad esempio rientra nella cognizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la misura del corrispettivo del concessionario del servizio di riscossione delle imposte comunali, in quanto non richiede un accertamento in via principale (ma solo una delibazione incidentale) del contenuto e della disciplina del rapporto di concessione (228), mentre rientra nella giurisdizione esclusiva la controversia sulla validità e cessazione del rapporto, mediante atto autoritativo (229), sulla eventuale proroga (230), nonché sulla corretta qualificazione giuridica del rapporto (231).

In via di principio esulano dalla giurisdizione amministrativa le controversie sulla mera quantificazione del canone di concessione anche se correlate alla qualificazione dell'attività (ricreativa o commerciale) della concessione (232), e più in generale tutte le controversie attinenti al rapporto di credito debito intercorrenti tra le parti (233).

I medesimi criteri di riparto sono sostanzialmente applicati alle concessioni per la riscossione di imposte e/o di tesoreria; le controversie sui rapporti di dare e di avere fra il Comune e una società concessionaria del servizio di accertamento e riscossione di tributi ad altre entrate pubbliche, quando implichi indagini e statuizioni sulla validità ed operatività dei provvedimenti e di clausole del rapporto concessorio, ovvero il momento genetico del rapporto, rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (234); nel caso invece in cui non sia in questione la portata della concessione, né la validità delle sue clausole, bensì esclusivamente la misura del corrispettivo contrattualmente spettante al concessionario o al tesoriere comunale, la controversia ricade pienamente in quell'ambito che il legislatore ha riservato alla giurisdizione ordinaria con riguardo alle controversie aventi ad oggetto la debenza e la misura del corrispettivo dovuto al concessionario del pubblico servizio (235).

Nelle concessioni di riscossione, peraltro, il criterio di riparto diventa ancora più complicato poiché, alcuni profili possono interessare altri due diversi plessi di giurisdizione: le controversie riguardanti profili strettamente contabili inerenti alla verifica dei rapporti di dare ed avere tra concessionario/esattore ed ente impositore e del risultato finale contabile di detti rapporti, appartiene alla giurisdizione della Corte dei conti, che comprende sia la cognizione del rapporto creditorio riguardante il capitale, sia quella sul danno richiesto per il ritardo nello svincolo della cauzione trattandosi di domanda connessa alla pretesa principale (236); qualora invece la controversia tocca il rapporto tributario (*an* e *quantum*) con il contribuente, scatta la competenza del giudice tributario (237), mentre riespande la cognizione del giudice ordinario se la controversia riguarda il rapporto di delegazione al versamento dell'imposta tra banca e cliente (238).

Va anche sottolineato che si tende a superare detta distinzione facendo rientrare le convenzioni regolatrici di alcune concessioni di servizi pubblici tra gli accordi procedurali per i quali opera la giurisdizione esclusiva in base all'art. 11 della L. n. 241/1990 (239).

L'applicazione di penalità per infrazioni nell'esercizio di servizi comunali è riconducibile all'attività di vigilanza e controllo nei confronti del gestore attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (240).

13.2 I subrapporti dei concessionari

Il diverso regime degli appalti del concessionario (di lavori) a seconda che operi o meno come amministrazione aggiudicatrice (art. 142 codice) non è di per sé decisivo per la definizione della giurisdizione perché occorre verificare la posizione del concessionario nei rapporti intrattenuti con i terzi ed in particolare se l'attività oggetto del rapporto (o subrapporto) sia pertinente a quella svolta in concessione ovvero sia attinente a quella prettamente commerciale autonomamente svolta (241).

In via di principio il giudice ordinario conosce di ogni controversia relativa agli obblighi derivanti da rapporti di natura privatistica che accedono a quello di concessione – come il rapporto di appalto o di subconcessione fra il concessionario ed il terzo per l'esercizio del pubblico servizio o l'utilizzazione del bene pubblico – quando l'Amministrazione concedente resti totalmente estranea a detto rapporto derivato e non possa quindi ravvisarsi alcun collegamento tra l'atto autoritativo concessorio e il rapporto medesimo; quando, invece, l'Amministrazione è in qualche modo partecipe del rapporto di subconcessione, per averlo espressamente previsto ed autorizzato nello schema del rapporto concessorio, opera la regola generale che prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie relative a concessioni amministrative, di cui all'art. 5, co. 1°, L. n. 1034 del 1971 (242).

Gli atti adottati dal concessionario, nei rapporti con terzi, pertanto, non perdono la connotazione privatistica, a meno che egli non agisca come organo indiretto dell'amministrazione esercitando poteri autoritativi conferiti (243) o operando come organismo di diritto pubblico (244); in conseguenza la controversia tra il professionista e la concessionaria, società privata, per la costruzione di un'opera pubblica, che lo ha incaricato di progettare e dirigerne i lavori, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario perché quegli non diviene subconcessionario delle funzioni pubbliche assegnate dalla P.A. e non si inserisce, neppure temporaneamente, nell'organizzazione della medesima (245).

In via di principio le controversie sugli appalti posti in essere da una società a partecipazione pubblica quale concessionaria di servizi appartengono alla giurisdizione esclusiva in quanto conferito da un soggetto qualificabile come organismo di diritto pubblico, qualifica questa non incompatibile con quella di imprese (246); rientrano altresì nella giurisdizione esclusiva le controversie in materia di affidamento di servizi di trasporto pubblico locale da parte di una società mista tenuta a rispettare le procedure di evidenza pubblica anche nella scelta del socio c.d. operativo o industriale (247).

14. I servizi pubblici

L'ambito della giurisdizione in materia di servizi pubblici è stato ridisegnato da un intervento parzialmente caducatorio della Corte costituzionale (248) che ha dichiarato l'incostituzionalità del predetto art. 33 del D.L.vo n. 80/1998, con riferimento alle concessioni di pubblici servizi, ritenendo che non fosse consentito al legislatore ampliare l'area della giurisdizione esclusiva sulla base del solo dato oggettivo della materia, prescindendo del tutto dalla natura delle situazioni soggettive in violazione dell'art. 103 Cost. per effetto di tale pronuncia l'ambito della giurisdizione esclusiva in tema di servizi pubblici deve intendersi circoscritta alle sole controversie relative all'attività istituzionalmente e direttamente finalizzata a soddisfare i bisogni della collettività (prestazioni all'utenza, e gestione del servizio) con esclusione delle attività strumentali al servizio (249), di quelle secondarie a carattere commerciale (250), dei canoni e corrispettivi di concessione (251), dei rapporti individuali d'utenza (252) e delle controversie sui diritti di credito vantati da terzi contraenti (253) e dagli stessi concessionari (254), anche per effetto di cessione di credito (255), ai rapporti obbligatori derivanti da pattuizioni di tipo negoziale (256); rientrano però nella giurisdizione esclusiva le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti che fissano i criteri per la determinazione di canoni di concessione (257), nonché le controversie sulla mancata erogazione di mezzi finanziari per l'espletamento del servizio pubblico (258) la compensazione degli oneri derivanti dall'imposizione di obblighi di servizio (259) e le richieste di risarcimento del danno per la interruzione del servizio determinata da una scelta gestionale che sia espressione di esercizio del potere (260).

Nella peculiare vicenda Alitalia si è ritenuta sussistente la giurisdizione amministrativa con riguardo alla trattativa a carattere misto (pubblico/privato) tra le società Alitalia ed Air France, ai fini dell'integrazione industriale tra le due società, in quanto, pur trattandosi di rapporti negoziali tra soggetti privati, si è individuato nella vicenda un inestricabile intreccio tra l'interesse aziendale, da una parte, e l'interesse pubblico all'espletamento di un servizio di pubblica utilità dall'altra, tale da giustificare la sussistenza della giurisdizione amministrativa (261).

La giurisdizione appartiene al giudice ordinario qualora sia contestata l'esistenza del potere dell'ente di pretendere una prestazione pecuniaria (262), come pure quando viene rideterminato il canone annuo di una concessione demaniale (263).

In un caso di specie riguardante la gestione di una mensa scolastica si è riconosciuto che, qualora sia proposta da parte di alcuni genitori di alunni di scuole pubbliche, azione relativa al servizio pubblico di mensa scolastica, assumendo la potenziale lesività per la salute delle refezioni fornite in base ad un bando di gara predisposto dall'ente locale comunale, deducendosi la violazione, nella scelta del gestore del servizio e nella gestione del medesimo, delle norme interne e comunitarie che impongono l'uso di prodotti coltivati biologicamente, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di controversia che attiene, oltre che al diritto incompressibile alla salute, anche agli interessi legittimi degli istanti, in relazione al contestato esercizio di poteri autoritativi pubblici nella determinazione del contenuto del bando di gara e nella scelta dell'impresa erogatrice del servizio; in tale contesto il giudice amministrativo può anche accertare la nullità parziale del contratto concluso, in quanto incidentalmente finalizzata ad ottenere un risarcimento reintegrativo, consistente nella cessazione della fornitura illecitamente regolata (264).

Spettano all'esclusiva giurisdizione del giudice amministrativo le controversie relative alla installazione delle discariche dei rifiuti, in quanto rientrando nella materia della gestione del territorio, la cognizione si estende anche alle controversie attinenti a diritti fondamentali, come il diritto alla salute, allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della P.A. di cui sia denunciata la illegittimità (265).

Alla giurisdizione esclusiva sono state inoltre devolute le controversie aventi ad oggetto le procedure ed i provvedimenti in materia di energia elettrica e la relativa disposizione (art. 1, co. 552° L. n. 311/2004), riguardando una materia specifica, è stata ritenuta conforme all'orientamento espresso dalle sentenze n. 191 e 204 del 2004 che esclude che la giurisdizione possa competere al giudice ordinario per il solo fatto che la domanda abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno (266).

Relativamente al servizio sanitario, mentre ha carattere pubblicistico di tipo concessorio il rapporto con strutture private accreditate, con conseguente giurisdizione amministrativa sulle relative controversie relativamente al contenuto del rapporto (267), ha carattere professionale privato il rapporto convenzionale per gli incarichi ai singoli medici della medicina generale (268); il provvedimento di regolazione amministrativa del rapporto medico-paziente, però, ha carattere programmatico e soggiace alla giurisdizione amministrativa (269).

In base al disposto del co. 11° dell'art. 140 del D.L.vo n. 206/2005 (c.d. codice del consumo), per le controversie da esso *resta ferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80*; appartengono pertanto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le controversie contro i concessionari di un pubblico servizio, intentate da associazioni di consumatori, quando si contestano anche le modalità organizzative del servizio ossia aspetti dei quali l'ordinamento, rimettendo le relative controversie alla cognizione del giudice amministrativo, sottolinea i profili pubblicistici (270).

La giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici, come già accennato, si estende anche alle connesse domande risarcitorie, eventualmente proposte in via autonoma, pur se con esse si invochi la tutela di diritti fondamentali (diritto alla salute), stante l'inesistenza di un principio che riservi al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionali protetti (271).

14.1 Il servizio di gestione dei rifiuti

Le indicazioni della giurisprudenza in materia di gestione dei rifiuti sono state recepite dal legislatore da una disposizione (art. 4 D.L. 23 maggio 2008, n. 90, sull'emergenza rifiuti in Campania) che ha previsto espressamente che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del

giudice amministrativo tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati; la giurisdizione del giudice amministrativo è estesa anche alle controversie relative a diritti costituzionalmente tutelati; la Corte ha chiarito ancora una volta il confine della giurisdizione esclusiva, precisando che, il legislatore ha inteso individuare una "particolare" materia, rappresentata dalla "gestione dei rifiuti" e che l'espressione "azione di gestione dei rifiuti" va logicamente intesa nel senso che l'attività della Pubblica amministrazione deve essere preordinata alla organizzazione o alla erogazione del servizio pubblico di raccolta e di smaltimento dei rifiuti (272); ne consegue che ove, invece, vengano in rilievo questioni meramente patrimoniali connesse al mancato adempimento da parte dell'amministrazione di una prestazione pecuniaria nascente da un rapporto obbligatorio, i comportamenti posti in essere dall'amministrazione stessa non sono ricompresi nell'ambito di applicazione della norma impugnata, e rientrano, nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

14.2 *Accordi e controversie societarie*

La controversia avente per oggetto la domanda di accertamento della nullità della costituzione di società mista per la gestione di un impianto di incenerimento rifiuti, in quanto non coinvolge alcun profilo riconducibile al potere di supremazia della P.A., ma posizioni giuridiche soggettive aventi la consistenza di diritti soggettivi (273).

Una società partecipata non muta la sua natura di soggetto privato solo perché il comune ne possiede in tutto o in parte le azioni e pertanto la controversia promossa da un socio per l'accordo di aumento di capitale intervenuto con il comune rientra nella cognizione del giudice ordinario (274).

Al giudice ordinario appartengono altresì le controversie in materia di revoca di amministratori o sindaci in quanto il soggetto pubblico agisce nella veste di socio della S.p.A. e non di autorità, attivando un potere che, senza la speciale legittimazione apprestata dallo statuto o dalla legge, sarebbe comunque spettato all'assemblea dei soci, secondo l'ordinaria disciplina delle società per azioni (275); la natura eminentemente privatistica del potere di revoca impone, pertanto, la qualificazione in termini di diritto soggettivo della posizione giuridica azionata, la cui tutela spetta, dunque, al giudice ordinario quale giudice dei diritti (276); per le stesse ragioni rientra nella giurisdizione ordinaria la controversia riguardante la determinazione del numero degli amministratori (277); parimenti non rientra nella giurisdizione esclusiva la controversia relativa ad una fusione per incorporazione di una società con altro gestore, pur inerendo ad un servizio pubblico (278), né le controversie relative al conferimento o cessione di un ramo d'azienda (279); ed a tutte le questioni di diritto societario attinenti alla vita della società (280); si è tuttavia ritenuto che rientrano nella giurisdizione esclusiva le controversie sulle determinazioni dell'ente costituente che incidono direttamente sulla relazione con la società (281).

Viene invece configurata in termini pubblicistici la volontà di un ente locale di recedere da un consorzio pubblico con la conseguente giurisdizione amministrativa sebbene si riconosca la natura bilaterale e consensuale del rapporto (282).

Relativamente alla scelta del socio mentre sussiste la giurisdizione amministrativa se il soggetto che procede alla costituzione della società è tenuto ad adottare procedure di evidenza pubblica (283), non è configurabile la giurisdizione amministrativa in caso di dismissione di partecipazioni azionarie (284).

15. *Le espropriazioni e le occupazioni*

Un'altra area di contrasto giurisprudenziale è la materia delle occupazioni senza titolo.

In un primo tempo, dopo gli interventi della Corte costituzionale si era ritenuto che rimanessero fuori dalla giurisdizione esclusiva le controversie riguardanti diritti nei quali la Pubblica amministrazione non fosse coinvolta come autorità a seguito di occupazione usurpativa per mancanza iniziale o sopravvenuta del decreto di esproprio (285); la linea tuttavia era stata mitigata nel senso che permanesse la giurisdizione ordinaria solo per le ipotesi di occupazione usurpativa in carenza di dichiarazione di p.u. (usurpazione pura), mentre nei casi di dichiarazione esistente ma successivamente annullata (o scaduta) operasse la giurisdizione amministrativa (286).

A supporto di tale orientamento si considerava che la nuova disciplina del procedimento amministrativo prevedeva (co. 1°, art. 21 *septies*) la nullità del provvedimento amministrativo che mancasse degli elementi essenziali o che fosse viziato da difetto assoluto di attribuzione; secondo una possibile lettura, la previsione ricondurrebbe, quanto meno, la c.d. carenza di potere in concreto (287) nell'ambito del vizio della violazione di legge sottoponendolo al regime dell'annullamento con sottrazione alla competenza del giudice ordinario (288).

Il Consiglio di Stato, in Adunanza plenaria (289), rivendicava, a sua volta, la giurisdizione amministrativa anche in caso di provvedimento di esproprio tardivo.

Indubbiamente la pronuncia della Corte costituzionale n. 204/2004 aveva inciso sulla parte dell'art. 33, co. 2°, che estendeva la giurisdizione esclusiva sui "comportamenti" in materia urbanistica ed edilizia, riverberando i suoi effetti nella materia espropriativa, tanto da far venire meno anche la disposizione (art. 53, co. 1°, T.U. n. 325/2001) devolutiva della giurisdizione esclusiva sui comportamenti acquisitivi per accessione invertita (290).

Con una recente pronuncia, innovativa dal punto di vista metodologico, la Corte regolatrice (291) ha riconosciuto che, "nel contesto ermeneutico delle sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006", sono attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo, le controversie risarcitorie per l'occupazione appropriativa iniziate a partire dal 10 agosto 2000 (data di entrata in vigore dell'art. 34 D.L.vo n. 80 del 1998, come riformulato dall'art. 7 L. n. 205 del 2000) non già perché la dichiarazione di pubblica utilità sia di per sé idonea ad affievolire il diritto di proprietà (l'occupazione e la trasformazione del suolo in assenza di decreto di espropriazione comporta lesione del diritto soggettivo), ma perché ricomprese nella giurisdizione esclusiva in materia urbanistico-edilizia, in quanto "non è la dichiarazione di pubblica utilità, che sia emessa nel rispetto della legge, ad affievolire il diritto del proprietario, quanto la trasformazione del fondo privato in assenza della titolarità del bene; la vigenza dell'atto introduttivo del procedimento ablatorio vale a ricondurre la condotta dell'amministrazione nell'ambito del potere ablatorio e a giustificare la creazione della giurisdizione esclusiva nella materia espropriativa"; l'orientamento è stato successivamente ribadito riconoscendosi la giurisdizione esclusiva in quanto il provvedimento espropriativo, viziato per incompleta indicazione dei termini (292), si risolve nell'occupazione permanente o temporanea di fondi privati e costituisce estrinsecazione di una potestà, ancorché esercitata illegittimamente, nell'ambito di una funzione relativa all'urbanistica ed alla trasformazione del territorio (293).

Si riconosce pura la giurisdizione amministrativa sulle controversie relative alle azioni di restituzioni del fondo e di risarcimento del danno per occupazione ed irreversibile trasformazione sulla base di provvedimenti espropriativi annullati, non rilevando la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi ma la riconducibilità del comportamento all'esercizio in concreto del potere ancorché illegittimo (294).

Per contro, la Cassazione continua a ritenere sussistente la giurisdizione ordinaria nell'ipotesi di risarcimento danni causati per effetto dell'occupazione di un fondo protratta oltre i termini di efficacia del decreto di occupazione di urgenza e non seguita dal provvedimento di esproprio in quanto l'azione risarcitoria relativa all'occupazione usurpativa, intesa come manipolazione del fondo di proprietà privata in assenza della dichiarazione di pubblica utilità, ovvero a seguito della sua sopravvenuta inefficacia per mancato inizio delle opere nel termine previsto, rientra nella giurisdizione ordinaria, sia che venga invocata la tutela restitutoria (eventualmente azionata, come nella specie, con ricorso per la reintegrazione del possesso), sia che, attraverso un'abdicazione implicita al diritto dominicale, si opti per il risarcimento del danno (295).

Per quanto riguarda le controversie sul provvedimento acquisitivo, di norma attribuite al giudice amministrativo, la domanda di risarcimento qualora il provvedimento sia stato annullato, spetta alla giurisdizione ordinaria trattandosi di comportamento illecito lesivo del diritto di proprietà (296); la Corte regolatrice ha precisato che la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 53 ad opera della sent. n. 191/2006 della Corte costituzionale, riguarda solo la devoluzione alla giurisdizione esclusiva delle controversie relative a comportamenti non riconducibili neppure mediatamente all'esercizio di un potere pubblico e che, pertanto, appartengono al giudice amministrativo le controversie risarcitorie e derivanti da provvedimenti riconducibili e all'esercizio del potere (297).

A seguito della composizione del contrasto si riconosce la giurisdizione esclusiva qualora al legittimo comportamento occupativo non abbia fatto seguito l'atto traslativo della proprietà

(298), anche nella ipotesi in cui l'emissione di un decreto di espropriazione sia sopravvenuta successivamente alla scadenza dell'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, allorché l'occupazione e l'irreversibile trasformazione dei fondi si siano consumate prima (299).

L'occupazione di area maggiore di quella indicata nel decreto di esproprio non attiene alla legittimità dell'atto ma alla sua esecuzione ed appartiene alla cognizione del giudice civile (300); anche le controversie possessorie per sconfinamento nel corso di esecuzione di un'opera realizzata da un contraente generale appartengono alla cognizione ordinaria, attesa la veste privatistica dell'occupante (301).

Rientrano nella giurisdizione ordinaria tutte le controversie in materia di indennità conseguenti ad espropri o a cessioni volontarie (302); rientra altresì nella cognizione del giudice ordinario la controversia per indebito arricchimento da minore indennità di espropriazione (303).

Per le controversie attinenti alla retrocessione, una volta venuta meno la giurisdizione esclusiva in base al mero comportamento (304), si torna a distinguere la retrocessione totale rispetto alla quale è configurabile una posizione di diritto soggettivo azionabile innanzi all'a.g.o. (305), dalla ipotesi di retrocessione parziale in cui il diritto stesso nasce solo se ed in quanto l'amministrazione, con valutazione discrezionale (al cospetto della quale la posizione soggettiva del privato è di interesse legittimo) abbia dichiarato che quei fondi più non servano all'opera pubblica (306); ciononostante si è ritenuto che rientri nella giurisdizione esclusiva la controversia per la riacquisizione di un'area ceduta in ambito di un consorzio industriale, trattandosi di materia attinente alla gestione del territorio (307), mentre appartiene alla giurisdizione ordinaria la controversia sul giudizio di ottemperanza per la restituzione di beni già oggetto di espropriazione annullata giudizialmente ove il bene sia detenuto da un soggetto privato (non qualificabile neppure come esercente privato di pubblica funzione (308); rientra pure nella giurisdizione ordinaria la controversia avente ad oggetto la retrocessione parziale di un bene non utilizzato nei termini per lo scopo cui era destinato (309).

In caso di retrocessione la giurisdizione del giudice amministrativo si estende alla domanda di risarcimento del danno per la perdurante occupazione della porzione di area interessata (310).

In tema di azione risarcitoria per occupazione appropriativa si è precisato che, l'impresa che ha realizzato i lavori su di un terreno occupato d'urgenza – ma per il quale non sia mai stato emanato il decreto di esproprio – non può ritenersi legittimata passiva nella relativa azione risarcitoria (311).

15.1 *La cessione volontaria*

Il giudice amministrativo tende ad inquadrare la cessione volontaria tra gli accordi sostitutivi di provvedimento (negozi di diritto pubblico) con la conseguenza a che le azioni tendenti ad ottenere l'adempimento rientrerebbe nella giurisdizione esclusiva amministrativa (312).

La Corte regolatrice, considerando l'accordo di cessione un negozio ad oggetto pubblico, ritiene invece che tutta la controversia in materia contrattuale rientri nella competenza del giudice ordinario quale giudice dei diritti specie se la violazione dell'accordo comporta una responsabilità di natura contrattuale con obbligo di risarcire il danno per intervenuta irreversibile trasformazione del bene, a nulla rilevando l'emanazione di un provvedimento di acquisizione sanante (313).

Rientrano altresì nella cognizione dell'a.g.o. le controversie aventi ad oggetto la determinazione ed il conguaglio del prezzo (314).

Anche l'azione di nullità del contratto di cessione volontaria, in quanto finalizzata alla commisurazione dell'indennizzo (*quantum*), è esperibile innanzi al giudice ordinario (315).

15.2 *Le servitù*

Per le servitù valgono in via di massima i medesimi criteri di riparto adottati per le vicende espropriative nel senso che se si contesta il potere di imporre una servitù sussiste la giurisdizione amministrativa (316) mentre se si contesta una servitù di fatto la cognizione è del giudice ordinario in quanto attiene alla tutela di un diritto soggettivo (317).

Rientra nella giurisdizione ordinaria la controversia sulla imposizione arbitraria di una servitù di linea elettrica aerea non assistita da provvedimento autoritativo di pubblica utilità (318), come

l'azione negatoria (319) e la cognizione sulla domanda di rimozione di una servitù di appoggio (di telecomunicazione) senza che sia intervenuto un provvedimento ablativo (320).

Sussiste la giurisdizione del g.o. in relazione all'azione possessoria promossa dal privato nei confronti della P.A. in conseguenza della mera attività materiale, non sorretta da alcun formale provvedimento amministrativo (321), da questa posta in essere in ambito urbanistico, anche se riguarda la manutenzione di un terreno sottoposto a servitù di parcheggio (322).

Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario il mero accertamento della natura vicinale di una strada o dell'esistenza di una servitù pubblica di passaggio (323), nonché l'azione di rivendicazione o di accertamento negativo di servitù (324); appartiene altresì alla giurisdizione del g.o. la cognizione della controversia con la quale la P.A., agendo in sede possessoria come consentitole dall'art. 823, co. 2°, c.c., abbia chiesto l'immediata reintegrazione nell'asserito possesso di una servitù di passaggio il cui esercizio le sia stato inibito da parte di un privato (325).

Del tutto pacifico che appartengono alla cognizione del giudice ordinario la controversia sulla indennità di servitù (326).

15.3 *La prelazione*

Anche in tema di prelazione su cose di interesse storico le controversie appartengono al giudice amministrativo ove si contesti il legittimo esercizio del potere (327), mentre ove si faccia questione di esistenza del potere la cognizione spetta al giudice ordinario (328).

Nell'esercizio di tale giurisdizione il giudice amministrativo ben può decidere in via incidentale, senza efficacia di giudicato, sulla esistenza, e sulla portata, del patto di prelazione a favore del privato usuario del bene (329).

16. *Le privatizzazioni*

Nella giurisdizione esclusiva rientrano, in via generale, anche le procedure in materia di privatizzazione di imprese o beni pubblici (art. 4, lett. e, L. n. 205/2000), tutte le volte che l'impugnativa sia volta a censurare l'illegittimo esercizio del potere pubblico (330) ed in particolare quelle di cartolarizzazione sostanzialmente sottoposte ad una disciplina pubblicistica di evidenza pubblica (331), nonché le controversie concernenti l'esercizio del diritto all'uso delle tecnologie telematiche con le pubbliche amministrazioni e gestori di pubblici servizi (332).

Al giudice ordinario appartengono invece le controversie tra enti pubblici concernenti l'accertamento dell'appartenenza di un bene in virtù di una successione patrimoniale in quanto ricollegabile a posizioni di diritto soggettivo (333).

17. *Il rinnovo tacito*

Il codice dei contratti, come già accennato, conferma (art. 244, co. 3°) la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie sul rinnovo tacito dei contratti e sulla clausola di revisione del prezzo (334), nonché quelle sui provvedimenti sanzionatori dell'Autorità di vigilanza.

La cognizione si estenderebbe alla proroga se questa sia espressione di un potere disciplinato direttamente da una norma di legge (335).

Poiché il rinnovo o la proroga si configura come una sorta di trattativa privata, nelle eventuali controversie azionate da terzi controinteressati il giudice amministrativo può accertare in via incidentale la nullità delle clausole che prevedano il rinnovo o la proroga (336).

La giustificazione della cognizione del giudice amministrativo viene rinvenuta nel fatto che il potere di proroga, essendo disciplinato direttamente da una norma di legge, viene configurato come funzionale alla tutela di interessi pubblici valutati come tali dalla Pubblica amministrazione nell'esercizio della funzione (337); ciò spiegherebbe perché non ve il mancato rinnovo dell'appalto non coinvolga l'esercizio di poteri pubblicistici la controversia rientrerebbe nella giurisdizione del g.o. (338).

18. *La revisione prezzi*

Per quanto riguarda in particolare la revisione prezzi, si era ritenuto (con riferimento all'art. 26 della legge quadro n. 109/1994) che per effetto della abolizione del meccanismo della revisione legale, non fosse più configurabile una posizione di interesse legittimo sul

riconoscimento (*an*), ma poteva solo porsi un problema di validità della clausola contrattuale, per cui le relative controversie spettavano al giudice ordinario (339); si riteneva infatti che la posizione dell'appaltatore avesse natura di mero interesse legittimo tutelabile davanti al giudice amministrativo, fino a quando l'amministrazione appaltante non avesse esercitato il potere discrezionale di accordare detta revisione, mentre assumeva consistenza di diritto soggettivo, azionabile davanti al giudice ordinario, solo quando fosse intervenuto detto riconoscimento e la controversia investisse unicamente il "*quantum*" del credito (340), restando ininfluente, ai fini della giurisdizione, anche la sussistenza di un'eventuale clausola contrattuale che vincolasse l'amministrazione al riconoscimento della revisione, poiché, non essendo consentite in proposito deroghe patrizie, la nullità della clausola (sulla cui validità avrà cognizione, in via incidentale, il giudice amministrativo) impediva il consolidarsi di una posizione di diritto soggettivo in capo all'appaltatore (341).

La nuova disposizione, del codice (art. 244, co. 3°) però, attribuisce al giudice amministrativo la cognizione sulla clausola revisionale (342), di modo che quella interpretazione deve intendersi superata, essendo stata estesa tale giurisdizione anche alla revisione dei prezzi dei contratti di lavori pubblici (343), sempre che sussista un valido contratto (344), di modo che la giurisdizione esclusiva riguarda sia le controversie relative alla clausola di revisione che quelle attinenti al provvedimento applicativo (345); innanzi al giudice amministrativo, pertanto si intendono concentrate tutte le controversie sulla revisione prezzi, sia che riguardino l'*an* sia che attengano al *quantum* (346); la disposizione, tuttavia, potrebbe apparire contrastante con l'art. 103 Cost. in quanto riconduce nella giurisdizione esclusiva anche le controversie nelle quali non sia in discussione l'esercizio di un pubblico potere, in coerenza con il criterio che le pretese fondate su una clausola del contratto sono devolute alla giurisdizione ordinaria (347).

La Corte regolatrice ha confermato che la disposizione ricomprende anche le controversie riferibili al *quantum*, in quanto non si potrà più discorrere di giurisdizione generale di legittimità ma di ipotesi legale di giurisdizione esclusiva che involga per definizione anche i diritti soggettivi inestricabilmente connessi con gli interessi legittimi, posto che il meccanismo della revisione prezzi vigente lascia un indubbio margine di discrezionalità nella valutazione dell'amministrazione, attraverso l'apposita istruttoria dei dirigenti, di negare o concedere la revisione stessa (348).

Per quanto riguarda invece il c.d. prezzo chiuso si era riproposta la distinzione tra *an* e *quantum*, essendosi ritenuto che il diritto alla revisione dei prezzi sorge solo quando la P.A. committente abbia validamente accertato la sussistenza delle condizioni di legge per concedere all'appaltatore la revisione stessa e che in mancanza, l'appaltatore vanta un mero interesse legittimo alla corresponsione del compenso revisionale, il cui accertamento compete alla giurisdizione del giudice amministrativo (349); la questione è stata risolta dal codice con la previsione, cui si è accennato, della piena cognizione del giudice amministrativo sulle clausole di revisione prezzo di qualsiasi tipo.

Fanno eccezione gli appalti di lavori rientranti nella cooperazione internazionale i quali non sono qualificabili come contratti di opera pubblica e, pertanto, ai medesimi non possono essere applicate le relative disposizioni, neppure in ordine al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in tema di revisione prezzi dell'appalto, con conseguente cognizione del giudice ordinario, in quanto la relativa pretesa di revisione ha natura di diritto soggettivo avendo fondamento esclusivamente contrattuale (350).

In siffatte controversie non sono tuttavia comprese le pretese di incremento del prezzo derivanti dall'accoglimento di riserve contrattuali, le quali attengono a questioni di patologia contrattuale riferibili direttamente alla fase esecutiva, con la conseguente esclusione della giurisdizione del giudice amministrativo (351).

Va anche sottolineato che la fondatezza della pretesa revisionale, qualunque possa essere la configurazione (legale o patrizia), presuppone a volte la valutazione della natura del rapporto in relazione all'eventuale collegamento negoziale (ad esempio le varianti extracontrattuali) con rapporti precedenti (352).

Le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva amministrativa comprendono anche quelle sull'obbligo di inserimento di una clausola revisionale nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa per la fornitura di beni e servizi (art. 44 L. n. 724/1994); la disposizione estende il suo campo di applicazione anche ai contratti per l'affidamento di servizi pubblici, con la conseguenza che le controversie non sono compromettibili (353).

Per i contratti ad esecuzione periodica e continuativa la giurisdizione esclusiva era stata già stabilita dall'art. 6, co. 19°, L. n. 537/1993 (354).

La controversia sul mancato aggiornamento dei prezzi da porre a base di gara, invece, qualora sia insorta dopo l'aggiudicazione, risolvendosi in una questione attinente la misura del corrispettivo, appartiene al giudice ordinario (355).

19. *I termini di pagamento*

Per le controversie relative alle clausole concernenti i termini di pagamento contrastanti con la disciplina comunitaria recepita con D.L.vo. n. 231/2002, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo se la clausola è contenuta nel bando o disciplinare di gara (356), mentre rientrano nella cognizione del giudice ordinario le contestazioni sull'applicazione della clausola nella fase attuativa del rapporto contrattuale (357).

19.1 *Debiti fuori bilancio*

Per le obbligazioni derivanti da *debiti fuori bilancio* i ricorsi contro gli atti individuativi (diversi dal riconoscimento) delle relative obbligazioni a carico dei responsabili che le hanno consentite non appartengono alla cognizione del giudice amministrativo, in quanto non derivano da provvedimenti amministrativi ma da atti paritetici irrituali e pertanto, vertendosi in tema di diritti soggettivi (di credito) e dei correlati obblighi pecuniari e di accertamento della responsabilità dei singoli amministratori comunali, la cognizione appartiene al giudice ordinario, oppure, nelle ipotesi di danno erariale, alla Corte dei conti (358).

20. *I contratti sottosoglia comunitaria ed i contratti iure privatorum*

Le controversie riguardano sia gli appalti comunitari che quelli nazionali, in quanto quello che conta è l'adozione di un procedimento amministrativo anche informale (359) e l'esercizio di poteri autoritativi, anche per quanto riguarda i c.d. contratti *iure privatorum* (360), tenendo presente che il codice ha espressamente abrogato la disposizione derogatoria prevista per le aziende sanitarie (art. 256) e prevede espressamente per i contratti sottosoglia (361) l'applicazione delle disposizioni della parte IV in materia di contenzioso (art. 121); per i soggetti privati l'obbligo di osservare le procedure deve trovare fondamento in fonte normativa (362).

Non rientrano, tuttavia, nella giurisdizione amministrativa le controversie per l'affidamento di contratti per i quali non sussiste l'obbligo di affidamento mediante procedure di evidenza pubblica (363), nonché le controversie sul prezzo di cessione o sulla validità del preliminare di vendita di un alloggio residenziale quando non viene in discussione un vizio della procedura (364) e quelle sulla cessione volontaria di terreni espropriati (365) e sui preliminari di vendita di relitti di beni aree vincolate (366).

Le controversie afferenti rapporti di collaborazione anche se finalizzate all'innovazione dell'organizzazione ed al miglioramento dei servizi rientrano nella giurisdizione ordinaria trattandosi di rapporti meramente civilistici (367).

Rientra nella giurisdizione ordinaria la controversia interente al ritardo dell'adempimento degli obblighi derivanti da un complesso rapporto di locazione finanziaria per la realizzazione di un impianto industriale con cessione del relativo diritto di superficie da parte del comune, trattandosi di controversia tra soggetti privato senza conferimenti di poteri pubblici (368).

Per le obbligazioni derivanti da *debiti fuori bilancio* i ricorsi contro gli atti individuativi delle relative obbligazioni a carico dei responsabili che le hanno consentite non appartiene alla cognizione del giudice amministrativo, in quanto non derivano da provvedimenti amministrativi ma da atti paritetici irrituali e pertanto, vertendosi in tema di diritti soggettivi (di credito) e dei correlati obblighi pecuniari e di accertamento della responsabilità dei singoli amministratori comunali, la cognizione appartiene al giudice ordinario, oppure, nelle ipotesi di danno erariale, alla Corte dei conti (369).

21. *Gli incarichi professionali*

Resta altresì confermata la giurisdizione esclusiva sulle controversie sugli incarichi professionali di natura tecnica inerenti agli appalti di lavori, indifferentemente dal valore, purché occasionate da contestazioni in ordine alla scelta del contraente (370), anche nel caso in cui

non si proceda ad una vera e propria procedura di evidenza pubblica (371), ma si proceda previo avviso pubblico (372); viene tuttavia tenuto presente che il conferimento, da parte di un ente pubblico, di un incarico ad un professionista non inserito nella struttura organica dell'ente medesimo (e che mantenga, pertanto, la propria autonomia organizzativa e l'iscrizione al relativo albo) costituisce espressione non di una potestà amministrativa, bensì di semplice autonomia privata, ed è funzionale all'instaurazione di un rapporto di cosiddetta "parasubordinazione" – da ricondurre pur sempre al lavoro autonomo – pur nella ipotesi in cui la collaborazione assuma carattere continuativo ed il professionista riceva direttive ed istruzioni dall'ente, onde anche la successiva delibera di revoca dell'incarico riveste natura non autoritativa, ma di recesso contrattuale, con conseguente attribuzione della controversia alla cognizione del g.o. (373).

Per le collaborazioni continuative ad alto contenuto di professionalità, si riconosce, tuttavia, la giurisdizione amministrativa quando la scelta del soggetto avviene mediante procedura comparativa (374) altrimenti la materia resta inquadrabile nella sfera del diritto privato (375).

Non più attuale è la enucleazione delle scelte di affidamento di incarichi professionali sotto soglia comunitaria per i quali si riteneva che, non sussistendo vincoli comunitari, le relative controversie spettassero al giudice ordinario (376).

Rientrano, naturalmente nella cognizione del giudice ordinario le controversie riguardanti il pagamento degli onorari professionali maturati (377) e, viceversa, le eventuali azioni di recupero di corrispettivi indebiti da parte dell'amministrazione (378).

La revoca di un incarico di progettazione per inadempimento professionale non configura un atto di decadenza né di revoca per motivi di interesse pubblico ma costituisce un atto di recesso da una relazione contrattuale soggetta al codice civile con conseguente devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario (379).

22. Gli accordi procedurali

In disparte vanno considerate le controversie sull'esecuzione di accordi procedurali devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con riferimento non solo a quelli sostitutivi ed integrativi dei provvedimenti intervenuti nel corso di procedimento amministrativo (380), ma anche a quelli comunque riguardanti la negoziazione del potere (381).

La giurisdizione esclusiva viene determinata secondo il criterio della tipologia dell'atto, e quindi indipendentemente dalla materia oggetto di esso (382).

Il problema è che, in tali casi la giurisdizione esclusiva si estende anche alla fase di esecuzione dei contratti di programma (383) ed all'accertamento degli obblighi di esecuzione dell'accordo sostitutivo del provvedimento (384) e ciò potrebbe determinare il superamento del criterio delle due fasi quando gli appalti si propongano come modalità di attuazione dell'accordo; ad esempio, per le convenzioni in materia urbanistica, competono infatti al giudice amministrativo le controversie promosse dalla società incaricata dell'attuazione di un piano particolareggiato avente ad oggetto il risarcimento dei danni in conseguenza della omissione della definizione di nuovi prezzi e per la mancata rinegoziazione della convenzione originaria in conseguenza di varianti (385) e persino gli accordi transattivi modificativi della precedente convenzione (386); sussiste invece la cognizione del giudice ordinario quando non sono in contestazione questioni relative al rapporto di concessione (387).

Gli atti confluenti in una conferenza di servizi, in assenza di una precisa volontà di assoggettarsi alle regole di diritto comune, restano inquadrabili in atti inquadrabili nell'esercizio di attività pubblicistica e da essi possono scaturire unicamente posizioni di interesse legittimo per i quali, trattandosi di modulo convenzionale si configura la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (388).

In base alla specifica disposizione dell'art. 11 L. n. 241/1990, nella cognizione del giudice amministrativo ricadono le controversie relative a convenzioni di affidamento di concessioni di servizi pubblici, mentre per le concessioni di lavori pubblici vale il riparto derivante dalla loro equiparazione agli appalti (389); vi rientrano anche le convenzioni per la mancata esecuzione di un accordo (transattivo) relativo all'assetto urbanistico con cessione di area (390), e più in generale di convenzioni urbanistiche e/o di lottizzazione (391); tra queste ultime sono comprese le controversie sulle cessioni di aree comprese in piani di insediamenti produttivi e di edilizia economica e popolare (392); poiché la convenzione di lottizzazione

rientra tra gli accordi procedurali è devoluta al giudice amministrativo sia la domanda di risoluzione dell'accordo sia quella di condanna al risarcimento (393).

Appartengono altresì al giudice amministrativo le controversie per il pagamento di prestazioni svolte in convenzione; indipendentemente dalla qualificazione dell'attività come servizio pubblico (394), e le controversie fra comuni circa i criteri della ripartizione degli oneri per i servizi comuni delegati ad azienda in base ad accordi (395).

Rientrano invece nella giurisdizione ordinaria le controversie sulla transazione tra comuni e cooperative edilizie per il pagamento di terreni edificatori, riguardando obbligazioni di carattere privatistico (396).

La finalità dell'art. 11, co. 5°, L. n. 241/1990 è (evidentemente) quella di riservare al giudice amministrativo la cognizione piena (estesa, cioè, anche ai diritti) dell'esercizio della funzione amministrativa, anche quando esercitata con il modulo convenzionale, anziché unilaterale ed autoritativo; la disposizione consacra, in sintesi, il principio dell'indifferenza, al fine dell'attribuzione della pertinente capacità giurisdizionale, dello schema giuridico formale con il quale viene concretamente esercitato il potere autoritativo, sancendo la regola per cui resta riservata al giudice amministrativo la cognizione dell'esercizio delle funzioni pubblicistiche, anche quando concretamente esplesate con il modello convenzionale (397).

La controversia sulla validità di un accordo concluso in base all'art. 5, sebbene abbia ad oggetto il finanziamento di lavori di ristrutturazione di un ponte, appartiene al giudice amministrativo il quale può dichiararne la nullità ove l'ente contraente abbia perduto la titolarità del bene (398).

23. *L'inefficacia derivata del contratto*

Recentemente è stato risolto in senso negativo la questione della conoscibilità da parte del giudice amministrativo sulla validità del contratto in conseguenza dell'annullamento della fase pubblicistica che lo precede, che la più recente giurisprudenza aveva aggirato facendo ricorso alla c.d. caducazione automatica ovvero di travolgimento del contratto per inefficacia sopravvenuta (399).

La tesi della inefficacia sembrava accolta anche dal giudice ordinario quale effetto *ex lege* della mancanza dell'atto presupposto della individuazione del contraente secondo preordinati moduli di diritto pubblico (400), anche se l'orientamento sembrava fare riferimento al precedente ordinamento in cui il processo verbale di aggiudicazione definitiva costituiva l'atto conclusivo del procedimento ed estrinsecazione dell'accordo delle parti contraenti, sicché il suo annullamento poneva nel nulla l'intero effetto-vicenda (401); tale effetto potrebbe essere assente nell'attuale quadro in cui la stipulazione è disegnata come una fase necessaria ed autonoma rispetto all'aggiudicazione.

La terminologia era stata in certo qual modo recepita (402) anche dal codice dei contratti nel sostituire l'improprio termine di risoluzione nella disposizione (art. 246, co. 4°) che, con riferimento alle (sole) infrastrutture (403), esclude l'effetto automatico della caducazione, consentendo il risarcimento solo per equivalente, anche se la disposizione della direttiva che autorizza gli Stati membri a mantenere in vita gli effetti dei contratti conclusi in violazione delle direttive sull'aggiudicazione degli appalti pubblici ha una funzione di garanzia del legittimo affidamento dei terzi (404) e non comporta l'obbligo di annullamento della decisione di aggiudicazione (405), se non quando si debba eseguire una sentenza della Corte di giustizia, fermo restando la responsabilità dello Stato per la violazione del diritto comunitario, non potendo lo Stato avvalersi del principio *pacta sunt servanda* per giustificare la mancata esecuzione della sentenza e sottrarsi alla sua responsabilità (406).

La giurisdizione del giudice amministrativo si giustificerebbe, peraltro, per il fatto che essa si estenderebbe anche alla questione relativa alla spettanza del diritto a contrarre per ragioni inerenti alla regolarità della gara (407).

La nuova direttiva ricorsi (2007/66/CE in data 11 dicembre 2007), contiene una più dettagliata disciplina della facoltà di privare o mantenere gli effetti del contratto anche mediante l'applicazione di altre sanzioni alla quale la normativa nazionale dovrà conformarsi.

Il riferito orientamento favorevole alla concentrazione presso il giudice amministrativo anche degli effetti derivati sulla validità del contratto (408) è stato però radicalmente contrastato, dal punto di vista del riparto di giurisdizione da una recente pronuncia della Corte regolatrice (409); dopo aver riaffermato che nella seconda fase che ha inizio con l'incontro delle volontà

delle parti per la stipulazione del contratto, e prosegue con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione i contraenti – P.A. e privato – si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici, ha ravvisato nella costituzione del rapporto stesso un "altro spartiacque" fra le due giurisdizioni, quale primo atto appartenente a quella ordinaria, nel cui ambito rientra con la disciplina posta dagli art. 1321 e segg. c.c., e che perciò, comprende non soltanto quella positiva sui requisiti (art. 1325 e segg.) e gli effetti (art. 1372 e segg.), ma anche l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stessa sopravvenute: come si verifica quando viene a mancare uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'amministrazione (deliberazione di contrarre, bando, aggiudicazione); trova pertanto giustificazione il principio da decenni enunciato da dottrina e giurisprudenza, che seppure gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità, i primi condizionano l'efficacia dei secondi, di modo che il contratto diviene inefficace se uno degli atti del procedimento viene meno per una qualsiasi causa (410); l'orientamento è peraltro del tutto coerente con la linea di fondo che, sul piano civilistico, vadano tenute separate le regole di validità, attenenti alla struttura del contratto, dalle regole di condotta, afferenti al momento procedimentale di formazione del contratto stesso e dunque operanti nel nostro caso (411).

Al giudice amministrativo, pertanto, resta precluso ogni sindacato sugli atti di esecuzione conseguenti all'aggiudicazione, a cominciare dal contratto stipulato esorbitando dall'ambito della propria giurisdizione anche la dichiarazione di inefficacia del contratto (412) dal momento che valutare l'incidenza dell'annullamento dell'atto amministrativo di aggiudicazione rispetto al rapporto privatistico che ad esso consegue costituisce una questione di merito relativa alla verifica della validità e della perdurante efficacia del contratto di appalto e significa pronunciare intorno alla ricorrenza o meno delle *condiciones juris*, incidenti sulla sua giuridica esistenza e validità iniziale, nonché, sul perdurare degli effetti legati al sinallagma funzionale (413) e non già decidere circa il corretto esercizio del potere di annullamento di ufficio che deve necessariamente arrestarsi all'adozione del relativo provvedimento nonché alla eventuale pronuncia sul risarcimento del danno conseguente ex art. 35 D.L.vo n. 80/1998".

La Suprema Corte ha sottolineato come, tra le varie opzioni formulate circa gli effetti dell'annullamento sulla sorte del contratto (nullità assoluta, annullabilità, caducazione automatica, inefficacia sopravvenuta, con o senza la salvezza dei diritti dei terzi in buona fede, anche l'opzione della condizione di inefficacia e l'effetto costitutivo della caducazione del contratto non discendono dalla statuizione di annullamento adottata dal giudice amministrativo (che pur ne costituisce il presupposto necessario), ma derivano direttamente dalla legge, la quale, d'altra parte, ben può escluderla come ha fatto l'art. 14 D.L.vo n. 190 del 2002 disponendo che l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione di prestazioni pertinenti alle infrastrutture non determina la risoluzione del contratto eventualmente già stipulato dai soggetti aggiudicatari e che in tal caso il risarcimento degli interessi o diritti lesi avviene per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica.

In conclusione è stato ribadito che i riflessi sul contratto di appalto, del sistema delle irregolarità–illegittimità che affliggono la procedura amministrativa a monte, devono essere scrutinati in ogni caso dal giudice ordinario, non soltanto nelle fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica (o di vizi che ne affliggono singoli atti), ma anche in quella della sua successiva mancanza legale provocata dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione perché nella materia il criterio di riparto delle giurisdizioni non è fondato sul grado ed i profili di connessione tra dette disfunzioni ed il sistema delle invalidità–inefficacia del contratto e neppure sulla tipologia delle sanzioni civilistiche che dottrina e giurisprudenza di volta in volta gli riservano, ma unicamente sulla separazione imposta dall'art. 103, co. 1°, Cost. tra il piano del diritto pubblico (e del procedimento amministrativo) ed il piano negoziale, interamente retto dal diritto privato; tale separazione è stata nuovamente ribadita dall'art. 244 del codice dei contratti pubblici.

Spetta al giudice ordinario, pertanto, la giurisdizione sulla domanda volta ad ottenere tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o l'annullamento del contratto di appalto, a seguito dell'annullamento della delibera di scelta dell'altro contraente, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, posto che in ciascuno di questi casi la controversia, non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta suddetta, ma il successivo rapporto di esecuzione che si concreta nella stipulazione del contratto di appalto, del quale i soggetti

interessati chiedono di accertare un aspetto patologico, al fine di impedirne l'adempimento, che le situazioni giuridiche soggettive delle quali si chiede l'accertamento negativo hanno consistenza di diritti soggettivi pieni e che il giudice è comunque chiamato a verificare la conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui l'atto negoziale è sorto, ovvero è destinato a produrre i suoi effetti tipici.

La Corte si preoccupa di chiarire che questo risultato non è contraddetto dalla recente decisione n. 24658/2007 delle stesse Sezioni Unite, che in una controversia in cui il giudice amministrativo aveva annullato l'aggiudicazione di un appalto relativo alla progettazione di un complesso polifunzionale, ha recepito la tesi della caducazione automatica del successivo contratto stipulato con l'impresa vincitrice della gara in quanto nella fattispecie esaminata, la sentenza del Consiglio di Stato gravata dal ricorso, si era limitata ad annullare il provvedimento di aggiudicazione senza emettere alcuna statuizione in ordine alla successiva vicenda contrattuale (414); il giudice amministrativo eccede invece dalla sua giurisdizione ove si pronunci sulla nullità del contratto e sui relativi effetti (415).

Ad analoghe conclusioni, peraltro, è pervenuta anche qualche pronuncia del giudice amministrativo, secondo cui, posto che il codice supera la equivalenza tra aggiudicazione e contratto, l'annullamento dell'aggiudicazione non comporta un effetto diretto di eliminazione del contratto che resta valido, salvo il suo eventuale annullamento in esito ad azioni che la parte pubblica, anche in via di autotutela, o gli altri interessati, ritengano di intraprendere (416); in maniera più puntuale si è riconosciuto, pertanto, che dopo la stipulazione del contratto restano attribuite alla giurisdizione ordinaria non soltanto le vicende relative all'esecuzione del contratto ed ai pagamenti, ma anche l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o sopravvenute e derivanti da irregolarità-illegittimità della procedura amministrativa (417); la giurisdizione ordinaria, pertanto sussiste anche quando si tratti di individuare le conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza amministrativa di annullamento (418).

Il giudice amministrativo ha riconosciuto per i contratti attivi che le questioni privatistiche relative alla validità od efficacia del contratto stipulato a seguito di procedura comparativa pubblicistica toccano rapporti paritetici e coinvolgono questioni di diritto soggettivo che sfuggono alla cognizione del giudice amministrativo (419).

Il ridimensionamento dei poteri del giudice amministrativo sulla sorte del contratto sembra che dia avvio ad un nuovo corso che intende riconoscere finalmente la piena facoltà del ricorrente vittorioso di scegliere tra il conseguimento degli effetti della tutela demolitoria-conformativa e la tutela risarcitoria, nel caso in cui comunque il bene della vita controverso fosse ormai conseguibile solo in parte (420).

Trattasi, però, di una scelta ammissibile innanzi al medesimo giudice in base ai criteri di esclusività e concentrazione, in quanto il principio di precostituzione per legge del giudice naturale, di cui all'art. 25, co. 1°, Cost., non consente che la scelta del giudice resti rimessa alla parte, dovendosi escludersi che il precedente sistema della duplice tutela possa essere fatto rivivere quando l'interessato, anziché invocare annullamento e risarcimento, preferisca chiedere soltanto quest'ultimo (421).

Una volta riconosciuto che il giudice amministrativo è carente di giurisdizioni sulle vicende del contratto resta esclusa la sua competenza anche per le eventuali doglianze attinenti al rapporto di avvalimento in cui l'impresa ausiliaria è divenuta titolare di un'obbligazione passiva accessoria e dipendente dal contratto principale (422).

La questione, tuttavia, non è ancora risolta essendo stata riproposta la questione di massima con una chiara propensione alla concentrazione di tutte le controversie anche sulla sorte del contratto nell'ambito della giurisdizione amministrativa (423).

Qualunque sia il responso dovrà inevitabilmente tenersi conto del diritto comunitario e degli spazi di discrezionalità offerti dalla nuova direttiva ricorsi che sembra consentire di non considerare "privo di effetti" un contratto conseguente ad una illegittima aggiudicazione quando lo richiedano "esigenze imperative connesse ad un interesse generale", prevedendo in tal caso sanzioni alternative (art. 2 quinquies, punto 3, Dir. 1 2007/66/CE in data 11 dicembre 2007).

Si aggiunge che la nuova direttiva sembra spingere verso il superamento dell'assetto nazionale dualistico prevedendo che sia lo stesso, e quindi unico, "organo di ricorso indipendente" a decidere, dopo aver valutato tutti gli aspetti pertinenti, se il contratto debba

essere considerato privo di effetti o se debbano essere irrogate sanzioni alternative (art. 2 sexies, punto 1).

Si tratta in sostanza di rendere generale la disposizione dell'art. 244, co. 4°, del codice, con la differenza che l'esclusione della "*caducazione del contratto*" non dovrebbe operare per legge ma essere rimessa alla decisione discrezionale dell'organo giudicante.

Ovviamente l'ampliamento della cognizione del giudice amministrativo (nell'unica sede di ricorso) si ferma al limitato aspetto della conoscibilità, in via incidentale, degli effetti del contratto, restando impregiudicata la cognizione del giudice ordinario per tutto quanto riguarda il contenzioso sulla esecuzione del contratto.

Gli stessi criteri di riparto sulla validità del rapporto sono estensibili alla concessione sicché la giurisdizione esclusiva amministrativa viene esclusa anche per la pretesa di annullamento di un contratto di contratto che sia meramente accessorio al provvedimento concessivo, in quanto integralmente predeterminato nel bando di gara senza integrare un accordo ex art. 11, co. 5°, L. n. 241/1990 (424).

Prima ancora che il legislatore recepisce le indicazioni della direttiva nel senso della concentrazione nella giurisdizione esclusiva della declaratoria sugli effetti del contratto, la Corte regolatrice, considerato che il diritto comunitario può incidere anche sul sistema giurisdizionale interno se non altro sul piano interpretativo, ha riconosciuto che, per effetto della sopravvenuta Direttiva ricorsi 11 dicembre 2007 n. 66/CE, i cui principi dovevano essere trasposti nel nostro ordinamento interno entro il 20 dicembre 2009, sin dalla data di entrata in vigore di essa, una interpretazione orientata costituzionalmente e quindi comunitariamente (art. 117 Cost.), per le controversie relative a procedure di gara bandite dopo tale data, rende necessario l'esame congiunto della domanda di invalidità dell'aggiudicazione e di privazione degli effetti del contratto concluso, in ragione dei principi che la norma comunitaria impone agli Stati membri di attuare, che corrispondono a quelli di concentrazione, effettività e ragionevole durata del giusto processo disegnato nella carta costituzionale (425).

23.1 *L'inefficacia sopravvenuta del contratto e l'obbligo di ottemperanza*

L'Adunanza plenaria (426) ha ritenuto di non doversi discostare dal delineato orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui sussiste la giurisdizione civile sulla domanda volta ad ottenere, con efficacia di giudicato, l'accertamento dell'inefficacia del contratto, la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice, dando atto che nel vigente sistema non sussiste una espressa previsione normativa di carattere generale sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle controversie riguardanti la fase dell'esecuzione del contratto d'appalto; pertanto, nel caso di una specifica domanda intentata da chi abbia chiesto ed ottenuto dal giudice amministrativo l'annullamento della aggiudicazione, ovvero in presenza di una domanda di una delle parti del contratto pubblico d'appalto stipulato *medio tempore*, sussiste la giurisdizione civile quando si intendano far accertare – con efficacia di giudicato – le conseguenze che la medesima sentenza ha prodotto sul contratto.

Ciò considerato viene riconosciuto espressamente che resta estranea alla cognizione del giudice amministrativo la domanda di reintegrazione in forma specifica, pure prevista insieme al risarcimento per equivalente, posto che nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo fissata dall'art. 244 del D.L.vo n. 163 del 2006 rientrano le sole controversie inerenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, con esclusione di ogni domanda che concerna la fase dell'esecuzione dei relativi contratti, alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione può conseguire solo il risarcimento del danno per equivalente, ma non anche la reintegrazione in forma specifica che, incidendo necessariamente sul contratto e quindi sulla fase negoziale e sui diritti soggettivi, esula dai poteri giurisdizionali amministrativi.

Tale conclusione potrebbe apparire una vera e propria ritirata di campo rispetto all'approccio originario che configurava la reintegrazione in forma specifica (anche nel contratto) alla stregua di un'alternativa risarcitoria ai sensi dell'art. 2058 del c.c. (427) e la misura appariva in perfetta assonanza con la direttiva comunitaria ricorsi che già sembrava volesse privilegiare la conservazione del contratto nell'interesse generale (art. 2, punto 5, Dir. n. 89/665 CE).

La questione tuttavia non è definitivamente chiusa poiché la stessa Adunanza ci tiene a mantenere aperta una porta non secondaria alla giurisdizione amministrativa.

L'alto consesso, infatti, senza mezzi termini, pone una vera e propria ipoteca sulle sorti del contratto, ponendo una riserva, che appare una vera e propria *vindicatio iurisdictionis*, mascherata dall'intento di fare in modo che le conclusioni raggiunte non comportino "sul piano del sistema della giustizia amministrativa – con specifico riferimento sui principi sanciti dagli articoli 24 e 113 della Costituzione – una diminuzione della tutela del soggetto che abbia ottenuto l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione".

Viene quindi delineato un vero e proprio codice di comportamento per le stazioni appaltanti, ponendo in evidenza:

- innanzitutto, che la sentenza di annullamento della aggiudicazione determina in capo all'amministrazione soccombente l'obbligo di conformarsi alle relative statuizioni, in quanto l'annullamento dell'aggiudicazione è costitutivo di un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'amministrazione (Cons. St., A. P. 19 marzo 1984, n. 6), il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato.

- in sede di esecuzione della sentenza, pertanto, l'amministrazione non può non rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione secondo quanto, del resto, ribadito dalla Corte di Cassazione (428);

- nell'emanare i provvedimenti ulteriori che conseguono all'effetto caducatorio dell'annullamento dell'aggiudicazione della gara, l'amministrazione deve tenere conto dei principi enunciati nella sentenza di annullamento e delle conseguenze giuridiche determinate dal suo contenuto ed orientare conseguentemente la sua ulteriore azione.

- rispetto a tali provvedimenti, il sindacato del giudice amministrativo è pieno e completo, investendo situazioni che restano esclusivamente nel campo del diritto pubblico e che non si intersecano mai con il piano dei diritti soggettivi sorti dal vincolo contrattuale imperniato sull'aggiudicazione annullata;

- ove l'amministrazione non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza oppure non constati le conseguenze giuridiche che da essa discendono, ovvero ancora nel caso di successiva sua inerzia, l'interessato può instaurare il giudizio di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo – nell'esercizio della sua giurisdizione di merito – ben può sindacare in modo pieno e completo (e satisfattivo per il ricorrente) l'attività posta in essere dall'amministrazione o anche il suo comportamento omissivo, adottando tutte le misure (direttamente o per il tramite di un commissario) necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire una corretta riedizione del potere amministrativo.

- in tal modo, il giudice amministrativo può realizzare il contenuto conformativo della sentenza, di per sé riferibile alla fase pubblicistica successiva all'annullamento ed emanare tutti i provvedimenti idonei ad assicurare al ricorrente vittorioso il bene della vita effettivamente perseguito attraverso il giudizio di legittimità e reintegrarlo pienamente nella situazione concreta che avrebbe dovuto già conseguire qualora l'amministrazione non avesse adottato l'atto di aggiudicazione illegittimo: ciò perché la funzione del giudice dell'ottemperanza è proprio quella di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto nascente dal giudicato, nell'esercizio della potestà di riformare l'atto illegittimo o sostituirlo, espressamente conferitagli dall'art. 26 della L. n. 1034 del 1971.

- la separazione imposta dall'art. 103, co. 1°, Cost. tra il piano negoziale e quello procedimentale, se preclude ogni pronuncia da parte del giudice amministrativo sul regolamento dei rapporti con l'aggiudicatario connessi all'annullamento dell'atto illegittimo, non incide in alcun modo sulla realizzazione in concreto dell'effetto conformativo sia da parte dell'amministrazione, nell'esecuzione spontanea del giudicato, sia da parte del giudice dell'ottemperanza, nell'eventuale fase dell'esecuzione.

- la sostituzione dell'aggiudicatario, quale "reintegrazione in forma specifica" del soggetto che ha ottenuto la statuizione di annullamento, appartiene, invero, agli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione che rimangono comunque salvi dopo la pronuncia emanata nel giudizio di legittimità.

- di questi provvedimenti, il giudice amministrativo conosce nella sede dell'ottemperanza perché appartengono alle condotte materiali e all'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto, che l'amministrazione è tenuta a realizzare nel dare esecuzione al giudicato e ripristinare le ragioni del ricorrente in conformità alle statuizioni dell'annullamento.

– non è pertanto escluso che nel quadro della verifica della corretta conformazione alla sentenza da eseguire, il giudice amministrativo, per effetto dei suoi ampi poteri derivanti proprio dall'esercizio della giurisdizione di merito, possa effettivamente reintegrare in forma specifica la parte vittoriosa nei diritti connessi al giudicato e quindi, eventualmente, nella sua posizione di aggiudicatario della gara, in luogo del contraente nei cui confronti l'aggiudicazione è stata impugnata.

Appare di tutta evidenza come la questione della caducazione automatica del contratto per vizi derivati (la cui nozione viene data per scontata e sostanzialmente recepita), da un lato, venga lasciata alla determinazione, autonoma ma vincolata, dell'amministrazione, e dall'altro il giudice amministrativo si riprenda con la mano sinistra una competenza (nel merito) cui aveva (apparentemente) rinunciato.

Il trasferimento dell'azione di nullità del contratto viene in tal modo trasferita dal giudizio di cognizione a quello di ottemperanza (429).

In ogni caso rimane inammissibile una domanda di nullità proposta direttamente innanzi al giudice amministrativo (430).

Va considerato a riguardo che il giudizio di ottemperanza incontra il limite intrinseco del giudicato la cui esecuzione intende assicurare e che perciò non potrebbe essere ottemperato ciò che non è stato deciso, né è concepibile una caducazione (automatica) – che di per sé non è un vizio ma l'effetto di un vizio invalidante il contratto stesso, – senza che il vizio invalidante ed i suoi riflessi siano stati accertati con statuizione giudiziale dichiarativa o costitutiva.

Una successiva pronuncia della stessa Adunanza plenaria (431) si adegua più chiaramente alle indicazioni della Corte di Cassazione, da un lato, dichiarando il proprio difetto di giurisdizione sulla domanda dell'impresa di subentrare in luogo dell'aggiudicatario nel contratto già stipulato, essendo preclusa alla cognizione del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva cognitoria, l'indagine sulla caducazione del contratto d'appalto che necessariamente precede in via logica il ripristino del ricorrente vittorioso nella posizione di contraente e riconoscendo, dall'altro, il potere-dovere del giudice amministrativo di pronunciarsi sul risarcimento del danno economico cagionato dall'aggiudicazione dichiarata illegittima (432), essendo la condanna all'equivalente monetario, nelle forme dell'art. 2056 c.c. per quanto attiene alle conseguenze patrimoniali dell'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c., oggetto di giurisdizione piena del giudice adito.

L'approdo raggiunto, indipendentemente dalla condivisione della nuova linea da parte della Corte regolatrice, dovrà comunque essere confrontato con la tecnica di tutela della nuova direttiva ricorsi 2007/66/CE che non sembra tollerare una parcellizzazione della decisione (unica) di un unico organo giudicante, il quale dovrebbe assumere, in contemporanea ed in unica sede, la decisione finale sulla misura da accordare (annullamento aggiudicazione, risarcimento e privazione di effetti del contratto), procedendo, tranne i casi in cui l'aggiudicazione debba essere annullata, al riconoscimento alternativo del solo risarcimento del danno qualora il contratto sia stato già concluso, tenendo conto delle esigenze imperative degli interessi generali nonché degli interessi economici legati al contratto ove sproporzionati.

In tale prospettiva va dato atto che, per la stessa logica di una decisione rapida ed unitaria, la decisione sulla privazione di effetti del contratto dovrebbe essere attribuita (*de iure condendo*) ad un unico organo di ricorso, in modo da rispettare, non solo il principio di effettività di tutela ma anche quello della ragionevole durata del processo assicurato che solo una tutela concentrata e rapida può garantire (433).

La legge per l'adempimento degli obblighi comunitari 7 luglio 2008 n. 88, ha previsto (art. 44, co. 3°, lett. l) che tutti i ricorsi sulla medesima procedura siano concentrati nel medesimo giudizio e che al giudice (amministrativo) che annulla l'aggiudicazione sia lasciata la scelta tra privazione di effetti (totale o parziale) del contratto, risarcimento per equivalente e sanzioni alternative.

23.2 *L'inefficacia del contratto in provvisoria esecuzione di sentenza*

Diverso è il caso di un contratto doverosamente stipulato in ottemperanza ad una sentenza provvisoriamente esecutiva ma non passata in giudicato, poiché in caso di riforma il contratto stipulato deve cedere il passo alla nuova e definitiva situazione processuale, sicché non troverebbe ingresso l'affermata regola della intangibilità del contratto da parte del giudice amministrativo (434).

24. La pregiudiziale amministrativa

Appare fuorviante fare un breve cenno alla c. d. pregiudiziale amministrativa, considerato che si è tentato di superarla con un atto di forza da parte della Corte regolatrice che ha minacciato che se il giudice amministrativo si fosse rifiutato di esercitare la giurisdizione rifiutando la tutela risarcitoria autonoma la sua decisione sarebbe sindacabile per motivi attinenti alla giurisdizione e si presterebbe a cassazione da parte delle Sezioni unite quale giudice del riparto della giurisdizione (435).

Il monito non ha avuto seguito, ed il Consiglio di Stato, nella massima sede, ha replicato (436), riaffermando la natura essenzialmente impugnatoria e conformativa del giudizio amministrativo con ripudio di qualsiasi apertura allo schema di un giudizio sul rapporto (437), e per giungere alla conclusione della necessaria priorità dell'azione impugnatoria rispetto a cui il risarcimento del danno è consequenziale ed eventuale, non essendo consentito, al giudice amministrativo la disapplicazione dell'atto inoppugnabile.

A ben vedere, tuttavia, le ragioni dell'arrocco del Consiglio di Stato sembrano più una difesa di bandiera che intende tutelare la genuinità storica del processo amministrativo e la tendenza mai negata a proporsi come il giudice che conforma, indirizzandola, l'azione amministrativa nel preminente interesse pubblico in cui l'interesse legittimo costituisce ancora una posizione differenziata, la cui tutela non è piena e diretta ma "origina da un compromesso chiaramente solidaristico" tra le esigenze collettive e la pretesa di colui che dalla legittima soddisfazione è coinvolto (così nella parte motivazionale del punto VII).

Al Consiglio di Stato sembra interessare poco se così si nega il "proprium" della nuova giurisdizione esclusiva che ha inteso offrire una tutela piena, concentrata e non spezzettata, innanzi al medesimo giudice ed implicitamente nel medesimo processo (438).

Va peraltro evidenziato che ancora una volta appare enfatizzata la nozione di "danno conseguente" che il legislatore ha concretamente indicato guardando al passato e solo con riferimento ad una norma superata ed abrogata (art. 7, co. 5°, L. n. 205/2000) che postulava il passaggio del testimone dal giudice amministrativo a quello ordinario, mentre nell'ambito dei poteri riconosciuti al giudice amministrativo con la nuova giurisdizione esclusiva si fa riferimento alla nozione (civilistica) di danno ingiusto, senza alcun riferimento alla consequenzialità all'annullamento; anche se è condivisibile che la sussidiarietà del risarcimento appartiene alla struttura del processo amministrativo, non appare appropriato affermare che la consequenzialità sia normativamente stabilita se il richiamo si riferisce ad un contesto normativo superato.

Le conseguenze paradossali della pregiudiziale sono che:

- diventa imprescindibile che vi sia un provvedimento da impugnare, vale a dire che l'amministrazione, in debito verso il cittadino, neghi o riconosca parzialmente con atto formale l'interesse (pretensivo);

- la tutela risarcitoria in caso di interesse pretensivo non è immediata, a meno che non sia possibile un giudizio prognostico favorevole in casi di attività vincolata ma occorre che prima il giudice amministrativo fissi "la regola" del caso per il soddisfacimento della pretesa (439) e che l'amministrazione vi ottemperi;

- se tutto va bene il risarcimento può essere accordato solo all'esito del riesercizio del potere e di un nuovo giudizio (440);

- l'azione risarcitoria può aspettare l'esito del giudizio impugnatorio ed essere proposta entro il termine prescrizione quinquennale decorrente dal passaggio in giudicato della decisione che riconosce l'illegittimità dell'atto che costituisce la condizione necessaria per la domanda di risarcimento (441), come se si trattasse, come una volta, di un accertamento prioritario demandato ad altro giudice.

A parte tali evidenti aporie, sembra imperare a tutto campo una perversa logica bipolare e bifasica in quanto si dà spazio ad sussunta pregiudiziale interna ad un giudizio che (*naturaliter*) dovrebbe essere unico, unica essendo la fattispecie asseritamente illegittima ed illecita sotto il profilo della ingiustizia del danno.

Molto più realistico e processualmente più corretto appare, invece l'orientamento che tende a risolvere sul piano sostanziale il problema, ammettendo che la domanda di risarcimento correlata ad un atto non tempestivamente impugnato possa comunque essere esaminata nel merito valutando la omessa impugnazione come un dirimente giustificativa quanto meno ai fini della quantificazione del danno ai sensi dell'art. 1227 c.c. (442).

Non si nasconde, tuttavia, che si corre il rischio che a rimetterci potrebbe essere il soggetto leso contro cui si ritorcerebbe la omessa tempestiva impugnazione (443), ed è perciò auspicabile che in sede di recepimento della nuova direttiva ricorsi si sappia cogliere l'occasione per risolvere normativamente il contrasto emerso.

Va infine ricordato che la regola ferrea della pregiudizialità, nel senso di precondizione dell'annullamento, conosce già delle attenuazioni, non solo nella ipotesi illegittimità accertata in sede di autotutela ovvero di ricorso straordinario (444), ma anche nel caso di declaratoria di illegittimità nella speciale procedura del silenzio rifiuto che consente un sindacato sulla pretesa sostanziale (445).

Alla base del contrasto, vi è in sostanza una diversa concezione della stessa giurisdizione, la quale, secondo la Corte regolatrice, va intesa come un insieme di forme di tutela e non come l'insieme dei poteri del giudice, sicché il giudice ha il dovere di esercitarla in modo pieno per assicurare l'effettività di tutela in modo che sia la tutela giurisdizionale a dimensionarsi su quella sostanziale e non viceversa; in conseguenza è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela unitaria la risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento (446).

L'inoppugnabilità dell'atto (per scadenza dei termini di impugnazione, non si traduce in convalidazione del provvedimento illegittimo (447), di cui resta possibile l'annullamento dall'amministrazione che lo ha emesso e pertanto la mancata rimozione di un atto illegittimo non si traduce in una causa di giustificazione che fa venir meno il danno ingiusto che ne deriva.

25. *L'atto nullo*

L'art. 21-septies della L. n. 241 del 1990, prevedendo la giurisdizione esclusiva del G.A. sulle controversie in materia di atti nulli in quanto adottati in violazione o elusione del giudicato, non stabilisce, *a contrariis*, una sorta di giurisdizione esclusiva del g. o. sulle controversie afferenti gli atti amministrativi affetti da altre cause di nullità. Invero, salvo diversa disposizione di legge, la giurisdizione in ordine agli atti amministrativi nulli va determinata sulla base del consueto criterio basato sulla consistenza di interesse legittimo o diritto soggettivo della posizione soggettiva azionata dal soggetto che se ne ritiene leso. Conseguentemente, appartengono al GO le controversie nelle quali l'atto nullo abbia preteso di incidere su un diritto soggettivo preesistente, mentre rimangono radicate innanzi al GA i casi in cui a fronte dell'atto nullo sussista un interesse legittimo pretensivo. Si potrà discutere su quale sia, in siffatte ipotesi, il tipo di pronuncia che il giudice amministrativo dovrà adottare, ma rimane fermo il fatto che egli debba conoscerne in ossequio ai criteri costituzionali di riparto della giurisdizione (448).

26. *Il danno all'immagine*

Vi è incertezza sulla competenza a conoscere le controversie su eventuali danni all'immagine per lesione dell'onorabilità professionale dell'impresa estromessa dalla gara per preesistente contenzioso con la stazione appaltante, le quali sono state ritenute afferenti alla sfera di diritti della persona e quindi soggetti alla giurisdizione ordinaria (449).

Si presuppone, in contrario, la giurisdizione amministrativa per conoscere controversia risarcitoria per il danno all'immagine subito dall'impresa illegittimamente colpita da provvedimento a tempo indeterminato interdittorio alla partecipazione di tutte le future gare indette dall'amministrazione (450).

Prevale comunque l'orientamento a considerare il danno all'immagine professionale come una componente del danno da perdita di chance (451).

27. *Le azioni riconvenzionali verso terzi*

Vi sono state alcune incertezze circa l'ammissibilità nel giudizio amministrativo di una domanda riconvenzionale dell'amministrazione verso i terzi concorrenti per eventuali danni conseguenti a loro comportamenti illeciti nel corso di gara.

Ad un approccio dottrinario favorevole con qualche apertura giurisprudenziale (452) non ha corrisposto meditatamente la linea successivamente seguita, che ha escluso la possibilità possa proporre contro il terzo privato una domanda riconvenzionale per risarcimento di un dedotto danno, anche se questi fosse intervenuto mediante ricorso incidentale (453), per il

semplice fatto che al giudice amministrativo non è consentito di conoscere del risarcimento di danni derivati ad un'amministrazione a causa del comportamento illecito del privato (454).

L'unico campo in cui è consentito all'amministrazione opporsi al privato mediante domanda riconvenzionale è quello espropriativo (455), ma evidentemente si è nell'ambito delle controversie su questioni di diritto afferenti all'indennizzo di competenza del giudice ordinario.

28. L'azione di recupero verso i funzionari responsabili

Un altro limite strutturale alla giurisdizione amministrativa è rappresentato dall'azione volta a far valere le responsabilità personali dei singoli funzionari e/o amministratori che hanno adottato il provvedimento illegittimo causativo del danno conseguente verso terzi.

Non è mancato un tentativo di dare una interpretazione lata dell'art. 28 Cost. che prevede la responsabilità diretta dei funzionari per le violazioni di diritti, una volta che era caduta la barriera della irrisarcibilità degli interessi legittimi.

Una pronuncia, rimasta isolata, ha ammesso che la giurisdizione amministrativa possa estendersi anche alle domande proposte nei confronti del dipendente in quanto ragioni sistematiche imporrebbero di individuare un unico giudice per fattispecie di responsabilità solidale in base all'art. 28 Cost., letto nell'attuale contesto storico che riconosce la configurabilità per danni causati da lesione di interesse legittimo (456).

La tesi non è stata condivisa dalla Corte regolatrice la quale Corte regolatrice, affermando che la questione di giurisdizione va risolta, sul piano processuale, esclusivamente sulla base dell'art. 103 Cost. che non consente che il giudice amministrativo possa conoscere di controversie di cui non sia parte una Pubblica amministrazione e che, pertanto, la cognizione sulle azioni di risarcimento dei danni avanzate, ai sensi dell'art. 28 Cost., nei confronti di pubblici funzionari cui sia imputabile l'adozione di un provvedimento illegittimo spetta al giudice ordinario senza che rilevi se questi abbia operato o meno quale organo della P.A. con frattura del rapporto organico (457) non essendo di ostacolo nemmeno l'eventuale domanda proposta anche nei confronti dell'ente sotto il profilo della responsabilità solidale dello stesso (458); dal punto di vista pratico l'apertura avrebbe consentito la proposizione di una domanda risarcitoria congiunta nei confronti dell'amministrazione/apparato e del funzionario autore dell'atto lesivo, presupponendo che il giudice dovesse essere unico; la pronuncia afferma che la giurisdizione è inderogabile per ragioni di connessione e che il coordinamento tra le giurisdizioni può trovare soluzione secondo le regole della sospensione del procedimento pregiudicato e ricorda alcuni precedenti con i quali si affermava che per prospettare la giurisdizione amministrativa occorre che la domanda sia proposta nei confronti di soggetti titolari di poteri amministrativi (459).

Le indicazioni della Suprema corte, da un lato, implicano il mantenimento dell'assetto costituzionale esistente sul riparto di giurisdizione, e, dall'altro, presuppongono la distinzione tra colpa dell'apparato e colpa personale, che costituisce la linea di demarcazione della giurisdizione in materia di responsabilità civile verso terzi e l'area della giurisdizione amministrativa di rivalsa la cui cognizione spetta alla Corte dei conti, quale giudice naturale delle responsabilità personali di chi esercita una funzione pubblica (460); la giurisdizione della Corte dei conti, infatti, è esclusiva, nel senso che è l'unico organo giudiziario che può decidere nelle materie devolute alla sua cognizione e pertanto va esclusa una concorrente giurisdizione del giudice ordinario (o amministrativo), adito secondo le regole normali applicabili in tema di responsabilità e di rivalsa (461).

29. Conclusioni

L'analisi panoramica effettuata induce a ritenere che l'assetto realizzato, su base normativa ma soprattutto per gli interventi aditivi della Corte Costituzionale degli orientamenti interpretativi dei massimi consessi delle Magistrature interessate, non garantisce una tutela piena e soddisfacente nella materia degli appalti pubblici, così da riconoscere, in ogni situazione, anche innanzi al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei "ad assicurare piena tutela" e quindi anche una tutela risarcitoria per equivalente o in forma specifica (462); ammettere invece la dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, anziché dal solo accertamento dell'illegittimità, significherebbe restringere, come è stato efficacemente rilevato (463), la tutela che spetta al privato ed assoggettare il suo diritto al risarcimento anziché alla regola generale della prescrizione ad un differimento della sua decorrenza dalla data del passaggio in giudicato della decisione di

annullamento (464) e non dall'atto/fatto illecito generatore (465), come recentemente riconosciuto dalla Corte regolatrice (466).

La tutela giurisdizionale è ripartita non solo verticalmente, in correlazione ai due versanti pubblicistico e privatistico che caratterizzano le procedure dei contratti pubblici, ma anche in senso orizzontale poiché si è di fatto realizzato uno sdoppiamento di quella tutela che si intendeva concentrare, non senza considerare che per le ricadute sul piano personale degli effetti risarcitori la cognizione spetta al giudice delle colpe personali dei pubblici dipendenti.

La tutela è inoltre dimezzata relativamente agli interessi pretensivi, che di norma campeggiano nelle procedure di affidamento dei contratti, in quanto il bene della vita rimane subordinato al riconoscimento della sua spettanza da parte della stessa amministrazione committente, in quanto il giudice amministrativo si mostra piuttosto restio ad emettere un giudizio prognostico quando tutte le volte che vi sia uno spazio di discrezionalità per l'amministrazione.

A ciò aggiungasi che nella materia dei contratti esiste ancora una vasta zona grigia, al confine tra i due segmenti procedimentali, in cui l'esercizio di poteri autoritativi in sovrapposizione e/o in sostituzione dei poteri di autonomia tipici di ciascuna parte contraente, alimentano una incertezza di fondo sul corretto approccio processuale e sulla stessa giurisdizione, di modo che la doppia giurisdizione, anziché rappresentare un valore aggiunto di un sistema che dovrebbe garantire una tutela piena (467) comporta ricadute negative sulla pienezza ed effettività di tutela che rappresenta il vero obiettivo della direttiva ricorsi in ambito comunitario (468); in tali casi le due giurisdizioni si atteggiavano spesso come giurisdizioni concorrenti.

Nonostante i numerosi interventi chiarificatori permangono, infatti, zone di incertezza e di difficoltà circa l'esatta individuazione del giudice competente per cui va accolta con estremo interesse la recente pronuncia della Corte costituzionale che, partendo dal presupposto che l'erronea individuazione del giudice non possa risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito e quindi della effettività di tutela, ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 30 della L. n. 1033/1972, laddove non prevede la conservazione degli effetti della domanda a seguito della declinatoria di giurisdizione da parte del giudice senza dover instaurare *ex novo* il giudizio (469); la pronuncia costituisce una risposta alla coeva pronuncia della Suprema Corte che aveva ritenuto ammissibile la *translatio iudicii* (espressamente prevista per la competenza dall'art. 50 c.p.c.) anche dal giudice ordinario al giudice speciale e viceversa, al dichiarato fine di ovviare alla sensazione di una "sostanziale ingiustizia" di un sistema basato sulla pluralità di giudici ove possa risolversi in una minore effettività della tutela giurisdizionale (470).

Un altro passo avanti verso la certezza della giurisdizione è l'interpretazione restrittiva che si è data recentemente dell'art. 37 c.p.c. secondo cui il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della P.A. o dei giudici speciali è rilevato anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio; la Corte regolatrice ha affermato che l'omessa contestazione in sede di appello della giurisdizione del giudice di primo grado ne implica il definitivo radicamento innanzi al plesso giurisdizionale originariamente adito con formazione del giudicato implicito sulla giurisdizione indipendentemente dalla pronuncia espressa sulla giurisdizione da parte del giudice di primo grado, in quanto l'emanazione di una decisione nel merito ingloba in sé (e risolve positivamente) ogni questione inerente la giurisdizione, anche se non espressamente affrontata (471).

Va infine ricordato che il principio sancito dall'art. 5 c.p.c., secondo cui la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della domanda, non opera quando la norma che detta i criteri determinativi della giurisdizione è successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima, atteso che la norma dichiarata costituzionalmente illegittima (a differenza di quella abrogata) non può essere assunta, data l'efficacia retroattiva che assiste tale tipo di pronunce della Corte costituzionale, a canone di valutazione di situazioni o di rapporti anteriori alla pubblicazione della pronuncia di incostituzionalità, salvo il limite dei rapporti esauriti al momento della pubblicazione della decisione, intendendosi per tali quelli accertati con sentenza passata in giudicato o per altro verso già consolidati (472).

(1) - Santoro, *Ambito d'applicazione oggettivo e soggettivo della legge quadro sui lavori pubblici rispetto alla disciplina comunitaria*, in *Foro Amm.* 2001, 5, 1398.

(2) - Corte cost. 23 novembre 2007 n. 401 (punto 3) e 1° ottobre 2003 n. 303 (punto 23), in *Foro Amm.* C.d.S., 2003 2776.

(3) - Corte cost. 27 aprile 2004 n. 272, 15 novembre 2004 n. 345 e 22 dicembre 2006 n. 440.

- (4) – Corte cost. 23 novembre 2007 n. 401 (punto 6.7) e 14 dicembre 2007 n. 431.
- (5) – Corte cost. 23 novembre 2007 n. 401 (punto 6.8) e 14 dicembre 2007 n. 431 (punto 6).
- (6) – La materia degli appalti non era contemplata dalla legge di delega (art. 11, co. 1°, lett. g. L. n. 59/1997).
- (7) – Corte cost. 6 luglio 2004 n. 204.
- (8) – Corte cost. 28 luglio 2004 n. 281; affinché sussista la giurisdizione del giudice amministrativo è sempre richiesto il presupposto che la controversia coinvolga la pubblica amministrazione come autorità, cfr. Corte cost. 11 aprile 2008 n. 96, che ha escluso l'estensione del rito camerale civile alle controversie per onorari di prestazioni professionali innanzi al giudice amministrativo.
- (9) – Cons. St., Sez. IV, 16 luglio 2007 n. 4012, in *Foro Amm. C.d.S. 2007*, 2160 con riferimento al comodato; TAR Lecce, Sez. II, 3 aprile 2007 n. 1497, in *Foro Amm. TAR 2007*, 1452, con riferimento all'utilizzazione a titolo locativo di un bene patrimoniale; Cass., S.U., 21 settembre 2006 n. 20504, con riferimento ad un rapporto locativo di area da mercato; Cass., S.U., 28 giugno 2006 n. 14865, in *Giust. civ. 2006*, f. 6 (utilizzazione locativa di un bene patrimoniale).
- (10) – Cons. St., Sez. VI, 19 maggio 2008 n. 2280, in *www.appaltiecontratti.it*, (alienazione di immobili) e 10 gennaio 2007, n. 30, in *Foro Amm. C.d.S. 2007*, 161 (convenzione atipica).
- (11) – Cons. St., Sez., IV, 12 giugno 2007 n. 3120, in *Foro Amm. C.d.S. 2007*, 1788 e 23 giugno 2005 n. 3352, in *Foro Amm. C.d.S. 2005*, 1739.
- (12) – Cass., S.U., 5 febbraio 1999 n. 24, in *Giur. it. 1999*, 1510; Cons. St., Sez. VI, 28 ottobre 1998 n. 1478, in *Foro Amm. 1998*, 2748.
- (13) – Cass. S.U., 4 maggio 2006 n. 10208, in *Foro Amm. 2006*, 2444, che ha escluso l'obbligo di gara e negato la giurisdizione amministrativa per un appalto bandito dalla S.p.A. Grandi stazioni.
- (14) – Cons. St., Sez. VI 4 giugno 2004 n. 3478, in *Foro Amm. C.d.S. 2004*, 1789, con riferimento, agli enti ecclesiastici; Cons. St., Sez. VI, 4 maggio 2009 n. 3440, in *Guida diritto 2009*, 26, 84, con riferimento ai consorzi industriali.
- (15) – TAR Valle d'Aosta, 15 novembre 2007 n. 140, in *Foro Amm. TAR 2007*, 3379, con riferimento al Casinò della Vallée.
- (16) – Cass.; S.U., 29 dicembre 1990 n. 12221, in *Foro Amm. 1990*, 655 e 3 dicembre 1991 n. 12966, in *Foro it. 1993*, I, 3367.
- (17) – Cass., S.U., 6 maggio 1995 n. 1991, in *Giur. it. 1996*, I, 493.
- (18) – Cons. St., Sez. V, 20 dicembre 1996 n. 1577, in *Foro Amm. 1995*, 3331 e 28 ottobre 1998 n. 1428, *ivi* 1998, 2748.
- (19) – Cass., S.U., 7 ottobre 2008 n. 24722, in *www.appaltiecontratti.it*.
- (20) – Cass., S.U., 20 novembre 2003 n. 17635, in *Foro Amm. C.d.S. 2003*, 3590 e 3 luglio 2006 n. 15199, *ivi* 2006, 2997; Cons. St., Sez., V, 19 novembre 2004 n. 7554, *ivi* 2005, 125, TAR Piemonte, Sez. II, 6 giugno 2006 n. 2256, in *Foro it. TAR 2006*, 1852 e TAR Milano, Sez. III, 17 ottobre 2006 n. 2012, *ivi* 2006, 3140.
- (21) – TAR Bari, Sez. I, 12 giugno 2008 n. 1480, in *www.appaltiecontratti.it*.
- (22) – Cons. St., Sez. V, 20 maggio 2003 n. 2755, in *Foro Amm. C.d.S. 2003*, 1629.
- (23) – TAR Napoli, Sez. I, 22 giugno 2004 n. 9688, in *Foro Amm. TAR 2004*, 1791; Cons. St., Sez. V, 21 novembre 2007 n. 5906, in *Urb. app. 2006*, 474 e 24 marzo 2010 n. 1713, in *www.appaltiecontratti.it*.
- (24) – TAR Lazio, Sez. III, 16 gennaio 2010 n. 287, in *Foro Amm. TAR 2010*, 194 e 4 gennaio 2010 n. 34, *ivi* 182.
- (25) – Cons. St., Sez. IV, 24 marzo 2010 n. 1713, in *www.appaltiecontratti.it*.
- (26) – Cass., Sez. II, 18 febbraio 2008 n. 3950, in *Foro Amm. C.d.S. 2008*, 378.
- (27) – Cons. St., Sez. V, 10 aprile 2000 n. 2079, in *Foro Amm. 2000*, 1289 e 24 dicembre 2001 n. 6377, *ivi* 3184.
- (28) – Cons. St., Sez. VI, 6 luglio 2006 n. 4395, in *Foro Amm. C.d.S. 2006*, 2234.
- (29) – Cass., S.U., 8 febbraio 2006 n. 2638, in *F DeG 2006*, 12, 16.
- (30) – Cass., S.U., 16 luglio 2008 n. 19502, in *Foro Amm. C.d.S. 2008*, 2657 e 18 novembre 1998 n. 11619 in *Giust. civ. mass. 1998*, 2376; TAR Liguria, Sez. II, 28 aprile 2005 n. 527, in *Foro Amm. TAR 2005*, 1022; CGE, 11 gennaio 2005 C- 26/03, in *Foro Amm. C.d.S. 2005*, 1.
- (31) – Cass., S.U., 8 febbraio 2006 n. 2638, in *DeG 2006*, 12, 16; Cons. St., A. P. 28 gennaio 1961 n. 3, in *Foro Amm. 1984*, I, 67.
- (32) – Cass., S.U., 1° giugno 2006 n. 13033, in *Foro Amm. C.d.S. 2006*, 2474, con commento di Palmieri, *Giurisdizione ed esecuzione dei contratti della P.*, *ivi*, 2476.
- (33) – TAR Napoli, Sez. I, 24 marzo 2005 n. 2477, in *Foro Amm. C.d.S. 2007*, 791.
- (34) – Cons. St., Sez. V, 14 dicembre 2006 n. 7402, in *www.appaltiecontratti.it*.
- (35) – Cons. St., A. P., 26 marzo 2003 n. 4, in *Foro Amm. C.d.S. 2003*, 877; Cass., S.U., 31 marzo 2005 n. 6743, in *Foro Amm. C.d.S. 2005*, 1036.
- (36) – Cass. S.U., 28 dicembre 2007 n. 11465, in *www.appaltiecontratti.it*, 28 dicembre 2007 n. 27169, in *Riv. trim. app. 2008*, 595 e 6 maggio 2005 n. 9391, in *Foro it. 2006*, I, 2172; è pacifico che l'aggiudicazione integri una vera e propria determinazione autoritativa, cfr. TAR Salerno, Sez. I, 22 marzo 2007 n. 279, in *Foro Amm. TAR 2007*, 1089.
- (37) – Cons. St., Sez. VI, 11 luglio 2008 n. 3502, in *Foro Amm. C.d.S. 2008*, 2113 e 20 settembre 2008 n. 4686, *ivi* 2008, 2511.
- (38) – Cons. St., Sez., V, 10 novembre 2008 n. 5588, in *Foro Amm. C.d.S. 2008*, 3036; *id.*, in *Urb. app. 2009*, 606.
- (39) – Cons. St., Sez., III, 5 maggio 2009 n. 450, in *Foro Amm. C.d.S. 2009*, 1376.
- (40) – Cons. St., Sez. V, 10 novembre 2005 n. 6287, in *Foro Amm. C.d.S. 2007*, 3292; TAR Friuli, 8 febbraio 2008 n. 112, in *Foro Amm. TAR 2008*, 410.
- (41) – Cass., S.U., 27 febbraio 2008 n. 5084, in *Foro Amm. C.d.S. 2008*, 380 e 27 febbraio 2010 n. 2792, in *www.appaltiecontratti.it*.
- (42) – TAR Latina, 12 giugno 2009 n. 571, in *Foro Amm. TAR 2009*, 1813; V Cass. 19 gennaio 1999 n. 789, in *Giust. civ. 1999*, I, 1661.
- (43) – Cass., S.U., 11 dicembre 2007 n. 25818, in *Foro Amm. C.d.S. 2007*, 3383, Cons. St., Sez. V., 13 febbraio 2008 n. 818, in *www.appaltiecontratti.it*.
- (44) – Cons. St., Sez. V, 20 agosto 2008 n. 4000, in *Contr. Stato enti pubb. 2008*, 384.
- (45) – TAR Milano, Sez. I, 9 febbraio 2007 n. 236, in *Foro Amm. TAR 2007*, 401.

- (46) – Cons. St., Sez., IV, 29 gennaio 2008 n. 248, in *Foro Amm. C.d.S. 2008* che però nega il riconoscimento del bene della vita possa essere affidato al giudizio prognostico del giudice.
- (47) – Cons. St., Sez., IV, 25 marzo 2003 n. 1544, in *Foro Amm. C.d.S. 2003*, 925 e 14 luglio 2003 n. 4167, *ivi* 2244; TAR Latina 17 maggio 2007 n. 375, in *Foro Amm. TAR 2007*, 1726; TAR Brescia 12 gennaio 2007 n. 12, *ivi* 2007, 39; TAR Lazio, Sez. I, 11 luglio 2007 n. 5766, *ivi* 2006, 2470; TAR Salerno, 31 marzo 2005 n. 352, *ivi* 2005, 836.
- (48) – TAR Milano, Sez. I, 25 gennaio 2008 n. 172, in *Foro Amm. 2008*, 6 e 21 febbraio 2007 n. 335, in *www.appaltiecontratti.it*; TAR Salerno, Sez. I, 22 marzo 2007 n. 279, in *Foro Amm. TAR 2007*, 1089; TAR Liguria, Sez. I, 8 febbraio 2008 n. 168, in *Foro Amm. TAR 2008*, 421.
- (49) – TAR Lombardia, Sez. I, 14 giugno 2007 n. 5201, inedita.
- (50) – Cass. 27 marzo 2007 n. 7481, in *Foro Amm. C.d.S. 2007*, 1398.
- (51) – Corte cost. 23 novembre 2007 n. 401 – punto 6.8.
- (52) – Cass., S.U., 23 dicembre 2003 n. 19787, in *Foro Amm. C.d.S. 3586* e 19 maggio 2004 n. 9534, *ivi* 2004, 1315.
- (53) – Cass., S.U., 28 novembre 2007 n. 24668, in *Guida diritto 2008*, 4, 74.
- (54) – Cass. S.U. 25 luglio 2002 n. 10726, in *DeG 2002*, 33, 30.
- (55) – TAR Parma, 1° luglio 2008 n. 341, in *Foro Amm. 2008*, 2002.
- (56) – Cons. St., Sez. V, 9 dicembre 2008 n. 6132, in *Foro Amm. C.d.S. 2008*, 3375.
- (57) – Cons. St., Sez. IV, 23 giugno 2005 n. 3352, in *Foro Amm. C.d.S. 2005*, 1739 e 12 giugno 2007 n. 3120, *ivi* 2007, 1788, con riferimento agli appalti nell'ambito dei programmi di cooperazione allo sviluppo.
- (58) – Cons. St., Sez. V, 7 maggio 2008 n. 2091, in *Foro Amm. C.d.S. 2008*, 1473; Cass., S.U., 5 ottobre 1987 n. 7429, in *Giust. civ. 1988*, I, 89 e 13 gennaio 2003 n. 337, in *Foro Amm. C.d.S. 2003*, 50. Non ha avuto seguito il tentativo di sopprimere il Tribunale superiore delle acque non essendo stato convertito in legge il D.L. n. 251/2002 che lo aveva previsto.
- (59) – Cass., S.U., 13 gennaio 2003 n. 337, in *Foro Amm. C.d.S. 2003*, 50; Cons. St., Sez., V, 18 settembre 2006 n. 5442, *ivi* 2006, 2435 e 7 agosto 2008 n. 2091, *ivi* 2008, 1472; Cass., 11 gennaio 2007 n. 368, in *Foro Amm. C.d.S. 2007*, 1122, sulla ripartizione rispetto al giudice ordinario; TAR Lazio, Sez. I, 2 novembre 2009 n. 10622, in *Foro Amm. TAR 2009*, 3121.
- (60) – Cons. St., Sez. V, 19 marzo 2007 n. 1296, in *Foro Amm. C.d.S. 2007*, 904; Cass. S.U. 30 marzo 2007 n. 7881, in *Giust. civ. mass. 2007*, f. 3; parzialmente difforme, TAR Molise 22 febbraio 2008 n. 50, in *Riv. giur. Molise Sannio 2008*, f. 1; Trib. Sup. Acque 27 giugno 2008 n. 125, in *Foro Amm. C.d.S. 2008*, 1916.
- (61) – Cons. St., Sez. V, 12 giugno 2009 n. 3678, in *Foro Amm. C.d.S. 2009*, 1467.
- (62) – TAR Latina, Sez. I, 17 maggio 2007 n. 375, in *Foro Amm. 2007*, 1726.
- (63) – Cass. S.U., 26 luglio 1985, in *Giust. civ. mass. 1985*, f. 7.
- (64) – Cass. 4 marzo 1987 n. 2255, in *Giust. civ. mass. 1987*, f. 4.
- (65) – Cons. St., Sez. IV, 18 aprile 2005 n. 1769, in *Foro Amm. C.d.S. 2005*, 1169, Sez. IV, 4 ottobre 2007 n. 5174, *ivi* 2007, 2773, Sez. VI 6 giugno 2008 n. 2680, *ivi* 2008, 1716 e Sez. V, 10 novembre 2008 n. 5574, *ivi* 2008, 3034; TAR Lazio, Sez. III, 3 agosto 2006 n. 6911, in *Foro Amm. 2006*, 2545, TAR Basilicata 23 giugno 2008 n. 300, *ivi* 2008, 1855.
- (66) – Cons. St., Sez., V, 24 marzo 2006 n. 1525, in *DeG 2006*, 19, 73 e 4 agosto 2009 n. 4885, *ivi* 2009, 1735. Santoro, Aggiudicazione provvisoria e definitiva nel nuovo codice dei contratti pubblici, in *Foro Amm. C.d.S. 2006*, n. 4, 1309.
- (67) – Cons. St., Sez., IV, 31 ottobre 2006 n. 6456, in *Foro Amm. C.d.S. 2006*, 2791 e Sez. V, 13 luglio 2006 n. 4426, *ivi* 2006, 2186.
- (68) – Cons. St., Sez. V, 13 luglio 2006 n. 4426, in *Foro Amm. C.d.S. 2006*, 2186 e Sez., VI 4 dicembre 2006 n. 7102, in *Foro Amm. C.d.S. 2006*, 3377; Cons. St., Sez., VI, 12 febbraio 2008 n. 477, *ivi* 2008, 548 e 10 settembre 2008 n. 4309, *ivi* 2008, 2446.
- (69) – Cass. S.U., 21 giugno 2005 n. 13296, in *Foro Amm. C.d.S. 2005*, 1688; Cass., S.U., 1° marzo 2006 n. 4508, *ivi* 2006, 1719, con riferimento alla sospensione degli effetti di un contratto e ripetizione della gara per vizi di composizione della commissione di gara; Cons. St., Sez. V, 22 dicembre 2005 n. 7330, in *Foro Amm. C.d.S. 2005*, 3630; TAR Palermo, Sez. III, 23 aprile 2007 n. 1175, in *Foro Amm. 2007*, 1471, contra, Cons. St., Sez. VI, 22 marzo 2007 n. 1364, in *Foro Amm. C.d.S. 2007*, 998, con riferimenti all'annullamento dell'atto di approvazione di una transazione.
- (70) – Cass., S.U., 1° giugno 2006 n. 13033, cit. e 7 novembre 2008 n. 26792, in *Giust. v. civ. Mass. 2008*, f. 11.
- (71) – TAR Pescara 11 dicembre 2008 n. 1278, in *Foro Amm. TAR 2008*, 3401.
- (72) – TAR Veneto, Sez. I, 15 marzo 2006 n. 602, in *Foro Amm. TAR 2006*, 912; Cons. St., Sez. V, 6 dicembre 2006 n. 7194, in *Guida diritto 2006*, 3, 85.
- (73) – Cons. St., Sez. IV, 7 marzo 2005 n. 920, che ha deferito la questione all'Adunanza Plenaria, dopo aver ricordato la pregressa posizione della Corte regolatrice circa la devoluzione al giudice ordinario dell'azione di risarcimento per responsabilità precontrattuale in caso di giurisdizione esclusiva [Cass., S.U., 26 giugno 2003 n. 10160, in *Foro Amm. C.d.S. 2003*, 1834].
- (74) – Cons. St. A. P., 5 settembre 2005 n. 6, in *Foro Amm. C.d.S. 2005*, 2515; Cons. St., Sez. V, 14 marzo 2007 n. 1248, *ivi* 2007, 903; TAR Toscana, Sez. II, 12 febbraio 2008 n. 174, in *Foro Amm. TAR 2008*, 465.
- (75) – TAR Lazio, Sez. III, 10 settembre 2007 n. 8781, in *Foro Amm. TAR 2007*, 2797.
- (76) – Cass., S.U., 12 maggio 2008 n. 11656, in *Foro Amm. C.d.S. 2008*, 1391.
- (77) – TAR Veneto, Sez. I, 28 aprile 2008 n. 1113, in *Foro Amm. TAR 2008*, 966.
- (78) – Cons. St., Sez., VI, 4 settembre 2007 n. 4634, in *Foro Amm. C.d.S. 2007*, 2527.
- (79) – Cons. St., Sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 20, in *www.appaltiecontratti.it*.
- (80) – Cass., S.U., 30 luglio 1996 n. 6908, in *Foro it. 1997*, I, 891, 16 febbraio 1998 n. 1642, in Cons. St. 1998, II, 1100, 5 aprile 2005 n. 6992, cit. e 18 ottobre 2005 n. 20116, in *Foro Amm. C.d.S. 2005*, 2868.
- (81) – Cass., S.U., 19 novembre 2001 n. 14539, in *Foro it. 2002*, 1428, 29 aprile 2003 n. 6628, in *Foro Amm. C.d.S. 2003*, 1257 e 7 novembre 2008 n. 26792, in *Guida diritto 2008*, I, 81; Cons. St. Sez. V, 6 febbraio 2003 n. 628, *ivi* 2003, 574 e 17 ottobre 2008 n. 5071, *ivi* 2008, 2726; TAR Napoli, Sez. VII, 5 giugno 2009 n. 3110, in *Foro Amm. TAR 2009*, 1856.
- (82) – Cass. 4 febbraio 2000 n. 1217, *Giust. civ. mass. 2000*, 228.
- (83) – Cons. St., Sez. VI, 10 novembre 2008 n. 5588, in *www.appaltiecontratti.it*; Cass., S.U., 1° marzo 2006 n. 4508, cit.; TAR L'Aquila, Sez. I, 16 luglio 2009 n. 511, *ivi* 2009, 2.

- (84) – TAR Lecce, Sez. III, 6 luglio 2008 n. 1681, in *Foro Amm.* TAR 2008, 1852, 175; TAR Napoli, Sez. I, 3 luglio 2009 n. 3714, *ivi* 2009, 2184 e 4 maggio 2007 n. 4730, *ivi* 2007, 1743.
- (85) – TAR Reggio Calabria 22 novembre 2007 n. 1180, in *Foro Amm.* TAR 2007, 3599; Cons. St., Sez. VI, 26 ottobre 2005 n. 5971, in *Foro Amm.* C.d.S. 2005, 3035.
- (86) – Cons. St., Sez. V, 12 febbraio 2008 n. 491, in *Guida diritto* 2008, 13, 107.
- (87) – Cass., S.U., 29 agosto 2008 n. 21928, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 2935; TAR Napoli, Sez. I, 1° luglio 2008 n. 6513, in *Foro Amm.* TAR 2008, 2124; TAR Palermo, Sez. I, 20 novembre 2008 n. 1526, *ivi* 2008, 3149.
- (88) – Cass., S.U., 28 novembre 2008 n. 28345, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 2937.
- (89) – Cass., S.U., 28 novembre 2008 n. 28345, *cit.*
- (90) – Cons. St., Sez. V, 27 giugno 2001 n. 3508, in *Giust. amm.* 2001, 726, 6 febbraio 2003 n. 628, in *Foro Amm.* C.d.S. 2003, 574.
- (91) – TAR Napoli, Sez. I, 17 novembre 2003 n. 13607, in *Foro Amm.* 2003, 326.
- (92) – TAR Lazio, Sez. III pater, 14 febbraio 2008 n. 1306, in *Foro Amm.* 2008, 525.
- (93) – Cass., S.U., 22 febbraio 2007 n. 4116, in www.contrattieappalti.it.
- (94) – Cons. St., Sez. V, 5 dicembre 2008 n. 6132, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 3375.
- (95) – Giavazzi, *Gli interessi legittimi negoziali: vi sono, invero, situazioni giuridiche di vantaggio collegate a diritti soggettivi e non già a potestà della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. app.* 2006, 387.
- (96) – Palmieri, *Giurisdizione ed esecuzione dei contratti stipulati dalla P.*, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 2476.
- (97) – Cass., S.U., 23 dicembre 2003 n. 19787, *cit.* e 7 marzo 2001 n. 95, in *Giust. civ. mass.* 2001, 352; TAR Napoli, Sez. III, 11 febbraio 2008 n. 703, in *Foro Amm.* 2008, 556; Cons. St., Sez. V, 23 giugno 2008 n. 3116, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 1762; TAR Molise, 23 settembre 2009 n. 643, *ivi* 2009, 2525.
- (98) – Cass., S.U., 12 maggio 2006 n. 10994, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 2456, 5 aprile 2005 n. 6992, *ivi* 2005, 1668 e 18 aprile 2002 n. 5640, in *Foro it.* 2003, I, 1835; Cons. St., Sez. V, 6 febbraio 2003 n. 628, in *Foro Amm.* C.d.S. 2003, 574, 15 aprile 2004 n. 2145, in *Foro Amm.* C.d.S. 2004, 1122, 5 giugno 2006 n. 3345, *ivi* 2006, 2540, 25 settembre 2006 n. 5617, *ivi* 2006, 2540 e Sez. IV, 12 settembre 2006 n. 5318, *ivi* 2006, 2505 e Sez. V, 28 dicembre 2006 n. 8070, *ivi* 2006, 3372; TAR Napoli, Sez. I, 11 dicembre 2006 n. 10455, in *Foro Amm.* 2006, 3927, TAR Bologna, Sez. I, 11 dicembre 2006 n. 3213, *ivi* 2006, 3836, TAR Napoli, Sez. I, 11 gennaio 2007 n. 260, *ivi*, 2007, 221, TAR Lazio, Sez. II ter, 24 gennaio 2007 n. 492, *ivi* 2007, 131, TAR Napoli, Sez., I, 22 marzo 2007 n. 279, *ivi* 2007, 1089 e Sez. III, 12 dicembre 2007 n. 16197, *ivi* 2007, 3879; TAR Salerno, Sez. I, 22 marzo 2007 n. 279, *ivi* 2007, 1089, TAR Toscana, Sez. I, 5 novembre 2007 n. 3659, *ivi* 2007, 3437; TAR Calabria, Sez. I, 19 dicembre 2007 n. 2124, *ivi* 2007, 3936.
- (99) – Cass., S.U., 6 febbraio 2009 n. 3866, in www.appaltiecontratti.it, con riferimento all'indennizzo da recesso anticipato ex art. 1671 c.c.
- (100) – Cons. St., Sez. IV, 10 novembre 2006 n. 6638, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 3028.
- (101) – Cons. St., Sez., IV, 10 novembre 2006 n. 6638, in *Riv. trim. app.* 2007, 818.
- (102) – Cons. St., Sez. V, 20 febbraio 2006 n. 699, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 479; *contra*, nel senso che la revoca dell'aggiudicazione in quanto *contrarius actus* appartenga alla giurisdizione amministrativa: Cons. St., Sez. V, 28 maggio 2004 n. 3463, in *Foro Amm.* C.d.S. 2004, 1434, TAR Marche, 4 aprile 2006 n. 125, in *Foro Amm.* 2006, 1317, TAR Lazio, Sez. III, 10 gennaio 2007 n. 76, *ivi* 2007, 135, TAR Lecce, Sez. I, 21 febbraio 2008 n. 562, in *Guida diritto* 2008, 11, 90.
- (103) – TAR Piemonte, Sez. I, 13 novembre 2006 n. 4110, in *Foro Amm.* 2006, 3444; TAR Napoli, Sez. II, 15 febbraio 2010 n. 922, in www.appaltiecontratti.it; Cass., S.U., 18 aprile 2002 n. 5640, in *Foro it.* 2003, I, 1835.
- (104) – Cons. St., Sez. V, 18 settembre 2008 n. 4455, in www.appaltiecontratti.it.
- (105) – Cass., S.U., 19 dicembre 2007 n. 26745, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 357; appartiene invece alla giurisdizione amministrativa la controversia sull'autorizzazione al subappalto, cfr. Cons. St., Sez. V, 21 novembre 2007 n. 5906, in *Urb. app.* 2008, 474.
- (106) – Cons. St., Sez. V, 8 febbraio 2009 n. 579, in www.appaltiecontratti.it.
- (107) – Cons. St., Sez., V, 5 luglio 2007 n. 3820, in *Foro Amm.* C.d.S. 2007, 2218, con riferimento alla gestione del ciclo integrato di rifiuti.
- (108) – Cons. St., Sez. V, 9 novembre 2001 n. 5771, in *Foro Amm.* 2001, 2832, riguardante l'annullamento di un incarico professionale; Cons. St., Sez. VI, 19 agosto 2003 n. 4671, *ivi* 2003, 2329; Cons. St., Sez. IV, 21 agosto 2006 n. 4854, *ivi* 2006, 2170 e 21 dicembre 2006 n. 7763, *ivi* 3318.
- (109) – TAR Lazio, Sez. I, 25 luglio 2001 n. 6804, in *Riv. trim. app.* 2002, 515; Cons. St., Sez. V, 28 maggio 2001 n. 2895, in *Contr. Stato enti pubb.* 2001, 471.
- (110) – Cons. St., A. P., 5 settembre 2005 n. 6, in *Foro Amm.* C.d.S. 2005, 2515., Cons. St., Sez. VI, 5 aprile 2006 n. 1763, *ivi* 2006, 1214 e Sez. V, 14 marzo 2007 n. 1248, *ivi* 2007, 903.
- (111) – Cass., S.U., 1° marzo 2006 n. 4508, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 1710, con riferimento alla composizione della commissione giudicatrice.
- (112) – Cass., S.U., 22 febbraio 2007 n. 4116, *cit.* e 27 febbraio 2007 n. 4425, in *Foro Amm.* C.d.S. 2007, 1381.
- (113) – Cass., S.U., 18 luglio 2008 n. 19805, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 2657.
- (114) – Cass., S.U., 31 marzo 2005 n. 6743, in *Foro Amm.* C.d.S. 2005, 1036.
- (115) – Cass., S.U., 17 aprile 2009 n. 9152, in *Foro Amm.* C.d.S. 2009, 1241.
- (116) – Cons. St., Sez. IV, 25 settembre 2002 n. 4895, in *Foro Amm.* C.d.S. 2002, 2011 e Sez. VI 18 maggio 2001 n. 2780, *ivi* 2001, 1235; TAR Lazio, Sez. III, 10 gennaio 2007 n. 76, in *Foro Amm.* 2007, 135, Sez. II ter, 1° aprile 2006 n. 2258, *ivi* 2006, 1355, Sez. III, 27 ottobre 2005 n. 9941, *ivi* 2005, 3232; TAR Pescara, 28 novembre 2005 n. 695, *ivi* 2005, 3669; TAR Palermo Sez. II 7 marzo 2003 n. 316, *ivi* 2003, 1093 e TAR Lazio, Sez. III ter, 5 giugno 2008 n. 5495, *ivi* 2008, 1759; Cons. St., Sez. VI, 17 dicembre 2007 n. 6471, in *Foro Amm.* 2008, 1584, con commento di D'Angelo, *Contratti ad evidenza pubblica, procedimento amministrativo, atti amministrativi negoziali*; *contra* TAR Bari Sez. I, 11 ottobre 2007 n. 2553, in *Foro Amm.* 3227.
- (117) – Cass., S.U., 5 maggio 1999 n. 4490, in *Sett. giur.* 1999, II, 1327; Cons. St., Sez. IV, 26 giugno 1998 n. 990, in *Foro Amm.* 1998, 1717, ne aveva già ammesso la sindacabilità dell'approvazione nell'ambito della giurisdizione amministrativa.

- (118) – Cass., S.U., 27 febbraio 2007 n. 4424, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 1380, con riguardo ad una procedura della s.p.a. Ferrovie Stato; Cons. St, Sez. VI, 3 marzo 2004 n. 1058, in *Foro Amm. C.d.S.* 2004, 901; TAR Lazio, Sez. III quater, 27 ottobre 2008 n. 9172, in *Foro Amm.* 2008, 2786 e TAR Bari, Sez. I, 21 novembre 2006 n. 4065, *ivi* 2006, 3645.
- (119) – Cass., S.U., 27 febbraio 2007 n. 4425, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 1381 e 26 giugno 2003 n. 10160, *ivi* 2003, 1834; Cons. St., Sez. VI, 23 febbraio 2004 n. 709, in *Foro Amm. C.d.S.* 2004, 491 e Sez. V, 6 luglio 2007 n. 3850, in *www.appaltiecontratti.it* e 9 luglio 2007 n. 5255, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 2802.
- (120) – TAR Catania, Sez. III; 26 maggio 2009 n. 968, in *Foro Amm. TAR* 2009, 1606.
- (121) – Cass., S.U., 27 aprile 2005 n. 8691, in *Foro Amm. C.d.S.* 2005, 1051, TAR Milano, Sez. I, 19 novembre 2008 n. 5464, *ivi* 2008, 2971.
- (122) – TAR Bari Sez. I, 11 ottobre 2007 n. 2553, in *Foro Amm.* 3227.
- (123) – TAR Salerno, Sez. I, 22 marzo 2007 n. 279, *ivi* 2007, 1089.
- (124) – TAR Lazio, Sez. III ter, 1° luglio 2009 n. 6351, in *Foro Amm. TAR* 2009, 2147; Cons. St., Sez. IV, 27 ottobre 2005 n. 6016, in *Foro Amm. C.d.S.* 2005, 2914.
- (125) – Cons. St., Sez. VI, 25 novembre 2008 n. 5785, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 3119.
- (126) – TAR Bari, Sez. I, 22 dicembre 2008 n. 2932, in *Foro Amm.* 2008, 3447.
- (127) – Cass., S.U., 11 febbraio 2003 n. 2063, in *Foro it.* 2003, I, 3092.
- (128) – Cass., S.U., 26 gennaio 2006 n. 6, in *Foro it.* 2006, I, 2567.
- (129) – Cass., S.U., 26 giugno 2003 n. 10160, in *Foro Amm. C.d.S.* 2003, 1834.
- (130) – Cons. St., Sez. VI, 17 dicembre 2007 n. 6471, *ivi* 2007, 3511 e 22 marzo 2007 n. 1364, *ivi* 2007, 998; Sez. V, 29 novembre 2003 n. 7772, *ivi* 2003, 3255; TAR Lazio, Sez. III ter, 5 giugno 2008 n. 5495, in *Foro Amm.* 2008, 1759.
- (131) – Cons. St., Sez. V, 24 ottobre 2006 n. 6338, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 2842; Cons. St., Sez. IV, 26 giugno 1998 n. 990, in *Foro Amm.* 1998, 1717; TAR Lazio, Sez. III, 16 aprile 2010 n. 6643, in *www.appaltiecontratti.it*.
- (132) – Cons. St., Sez. VI, 12 febbraio 2008 n. 477, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 548; Cons. St, Sez. V, 30 novembre 2007 n. 6137, *ivi* 2007, 3161, con riferimento alla revoca dell'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria e conseguente risoluzione del contratto.
- (133) – TAR Lazio, Sez. II, 1° aprile 2006 n. 2258, in *Foro Amm.* 2006, 1355 e Sez. III, 27 ottobre 2005 n. 9941, *ivi* 2005, 3232; TAR Napoli, Sez. I, 29 aprile 2010 n. 2212, in *www.appaltiecontratti.it*.
- (134) – Cass., S.U., 13 luglio 2006 n. 15898, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 3012.
- (135) – Cass., S.U., 4 giugno 2007 n. 13052/ord., inedita; Cons. St., Sez. VI, 10 settembre 2008 n. 4309, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 2446 e Sez. V, 10 maggio 2005 n. 2334, *ivi* 2005, 1465.
- (136) – Cons. St., Sez. VI, 10 settembre 2008 n. 4309, cit.
- (137) – TAR Bari, Sez. I, 22 dicembre 2008 n. 2932, in *Foro Amm.* 2009, 211, che tuttavia ha ritenuto improcedibile il ricorso per mancata impugnazione del sopravvenuto provvedimento di autotutela di annullamento..
- (138) – Cons. St., Sez., V, 29 novembre 2004 n. 7772, in *Foro Amm. C.d.S.* 2004, 3255; TAR Bari, Sez. I, 11 ottobre 2007 n. 2553, in *G Foro Amm.* 2007, 3237,
- (139) – TAR Palermo, Sez. III, 19 dicembre 2007 n. 3461, in *Foro Amm.* 2007, 3946.
- (140) – Cass., S.U., 26 giugno 2003 n. 10160, in *Foro Amm. C.d.S.* 2003, 1834.
- (141) – TAR Bari, Sez. I, 19 febbraio 2007 n. 472, in *Foro Amm.* 2007, 673; Cons. St., Sez. VI, 5 aprile 2006 n. 1763, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 1214.
- (142) – Cass. 27 marzo 2007 n. 7481, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 1398; contra, TAR Bari, Sez. I, 22 dicembre 2008 n. 2932, cit.
- (143) – Cons. St., Sez. V, 27 giugno 2001 n. 3557, in *Foro Amm. C.d.S.* 2001, 1594.
- (144) – Cass., S.U., 31 marzo 2005 n. 6743, in *Foro Amm. C.d.S.* 2005, 1036.
- (145) – TAR Catanzaro, Sez. II, 12 aprile 2010 n. 457, in *www.appaltiecontratti.it*.
- (146) – Cass., S.U., 20 dicembre 2006 n. 27170, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 452, con commento di Nussa, *Riparto di giurisdizione sull'esercizio di autotutela privata da parte della p.a. in fase di esecuzione dei contratti*, *ivi* 454; appartiene invece al giudice amministrativo la controversia riguardante il mero annullamento del provvedimento di fermo amministrativo, cfr. Cass., S.U., 4 novembre 2002 n. 14383, in *Foro it.* 2003, I, 133.
- (147) – Cass., S.U., 19 gennaio 2007 n. 1142, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 1129.
- (148) – Cons. St., Sez. VI, 22 marzo 2007 n. 1364, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 998; TAR Lazio, Sez. III, 28 dicembre 2005 n. 14876, in *Foro Amm.* 2005, 4004.
- (149) – Cass., S.U., 23 aprile 1997 n. 3567, in *Giur. it.* 1997, 572; Cons. St., Sez. V, 22 settembre 2001 n. 4980, in *Foro Amm.* 2001, 2403; TAR Parma, Sez. I, 3 novembre 2009 n. 703, in *Foro Amm. TAR* 2009, 3104.
- (150) – Cons. St., Sez. IV, 25 settembre 2002 n. 4895, cit.
- (151) – Cass., S.U., 6 maggio 2005 n. 9391, in *Foro Amm. C.d.S.* 2005, 1242, che ha cassato la menzionata pronuncia n. 4895/2002.
- (152) – Olivieri, *Esecuzione anticipata e consegna in via d'urgenza*, in *www.appaltiecontratti.it*.
- (153) – Cons. St., Sez., IV, 27 dicembre 2004 n. 8220, in *Foro Amm. C.d.S.* 2004, 3542.
- (154) – Cass., S.U., 26 giugno 2003 n. 10160, in *Foro Amm. C.d.S.* 2003, 1834 e 19 novembre 2002 n. 16319, *ivi* 2002, 2802.
- (155) – Cass., S.U., 25 novembre 1993 n. 11640, in *Sett. giur.* 1994, II, 116.
- (156) – Cass., S.U., 14 giugno 2006 n. 13690, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 2742.
- (157) – TAR Reggio Calabria 9 ottobre 2008 n. 368, in *Foro Amm.* 2008, 2883; TAR Lazio, Sez. III., 20 giugno 2006 n. 4845, in *RAGIUSA* 2006, n. 280, 45.
- (158) – Cons. St., Sez. VI, 20 ottobre 2000 n. 5350, in *Rass. Cons. St.* 2000, I, 2383 e Sez. IV 14 febbraio 2002 n. 878, in *Foro Amm. C.d.S.* 2002, 373; Trib. Bari, Sez. II, 11 gennaio 2007 n. 51, in *www.giurisprudenzabarese.it*.
- (159) – Cass., S.U., 11 marzo 2004 n. 5004, *ivi* 2004, 662, 27 giugno 2003 n. 10289, in *Foro Amm. C.d.S.* 2003, 1837; Cons. St., Sez. V, 6 marzo 2001 n. 1456, in *Urb. App.* 2001, 415.

- (160) – Cass., S.U., 4 novembre 2004 n. 21099, in *Foro Amm.* C.d.S. 2004, 3096 e 17 gennaio 2005 n. 730, *ivi* 2005, 61, 28 febbraio 2007 n. 4632, *ivi* 2007, 1382, 19 aprile 2007 n. 9323, *ivi* 2007, 1753 e 8 maggio 2007 n. 10375, *ivi* 2007, 2073; TAR Lazio, Sez. II, 6 novembre 2008 n. 9795, in *Foro Amm.* 2008, 3056.
- (161) – Corte cost. 20 luglio 2006 n. 306, in *Riv. giur. edil.* 2006, 1176; la pronuncia ripudia l'orientamento di Cass., S.U. 23 gennaio 2006 n. 1207, in *Foro Amm.* C.d.S., che aveva affermato la cognizione del G.A. sui comportamenti in cui l'atto amministrativo venisse rilevato solo come antecedente, non operando la connessione legale tra la tutela demolitoria e risarcitoria; la tesi è stata efficacemente contrastata dalla presa di posizione di Cons. St., A. P., 9 febbraio 2006 n. 2, *ivi* 2006, 367.
- (162) – Cass., S.U., 16 novembre 2004 n. 21635 e 21637 in *Foro Amm.* C.d.S. 2004, 3097 e 3098 e 29 dicembre 2004 n. 24071, *ivi* 2005, 58.
- (163) – Cass., S.U., 30 novembre 2006 n. 25514, in *Foro Amm.* C.d.S. 2007, 447; V Cons. St., Sez., IV, 16 luglio 2007 n. 4012, *ivi* 2007, 2160.
- (164) – Cons. St., Sez., IV, 16 novembre 2006 n. 4012, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 2160; TAR Toscana, Sez. II, 24 ottobre 2008 n. 2316, in *Riv. trim. app.* 2009, 195.
- (165) – Cass., S.U., 7 novembre 1994 n. 9206, in *Foro Amm.* 1994, 1155; TAR Lazio, Sez. I, 1° quater, 19 aprile 2007 n. 2419, in *Foro Amm.* TAR 2007, 1332 e Sez. II ter 3 novembre 2009 n. 10781, *ivi* 2009, 3248.
- (166) – TAR Napoli, Sez. I, 11 dicembre 2006 n. 10467, in *Foro Amm.* 2006, 3929 e Sez. V, 15 maggio 2007 n. 5079, *ivi* 2007, 1761; Cons. St., Sez., V, 25 settembre 2006 n. 5621, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 2540 e 23 maggio 2006 n. 3055, *ivi* 2006, 1446; Cass., S.U., 6 maggio 2002 n. 6487, in *Giust. civ. mass.* 2002, 771.
- (167) – Cons. St., Sez. V, 8 settembre 2008 n. 4255, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 2409, e GGA 19 gennaio 2010 n. 32, entrambe riguardanti i corrispettivi di prestazioni sanitarie di degenza a carico del SSN.
- (168) – Cons. St., Sez. V, 19 ottobre 2009 n. 6411, in *Foro Amm.* C.d.S. 2009, 2340.
- (169) – Cass., S.U., 10 luglio 2006 n. 15611, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 3007; TAR Palermo, Sez. III, 10 dicembre 2007 n. 3376, in *Foro Amm.* 2007, 3845.
- (170) – Cass., S.U., 30 marzo 2000 n. 71, in *Foro Amm.* 2000, 2210, in contrario avviso di Cons. St., A. P., 30 marzo 2000 n. 1, *ivi* 2000, 768; Cass. S.U. 9 giugno 2004 n. 10980, *ivi* 2004, 1605 e 14 gennaio 2005 n. 603, *ivi* 2005, 2085.
- (171) – Cass., S.U., 4 novembre 2002 n. 15382, in questa *Rivista* 2002, 6, II, 336.
- (172) – Cons. St., Sez. IV, 3 aprile 1985 n. 123, in *Cons. St.*, 1985, I, 402; TAR Bari, Sez. I, 18 aprile 2003 n. 1764, in *Foro Amm.* 2003, 1758.
- (173) – Cass. 12 luglio 2004 n. 13808, in *Foro Amm.* C.d.S. 2004, 2005; Cass., S.U., 21 maggio 2003 n. 7945, *ivi* 2003, 1537.
- (174) – Cass. 29 marzo 2000 n. 3796, in *Foro it.* 2001, I, 2956.
- (175) – Cass., S.U., 31 gennaio 2006 n. 2053, in *Giust. civ.* 2007, 832; Cons. St., Sez. VI, 18 luglio 2006 n. 4581, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, che aveva sollevato una questione di costituzionalità dichiarata inammissibile (Corte cost. 17 luglio 2007 n. 297).
- (176) – Cass. S.U. 28 novembre 1996 n. 10614, in *Foro Amm.* 1998, 2640 e 14 novembre 2003 n. 17295, *ivi* 2003, 3280; alla giurisdizione esclusiva appartengono anche le controversie attinenti al rapporto di concessione del servizio di riscossione, cfr. Cass., S.U., 19 luglio 1995 n. 7816, in questa *Rivista* 1995, 4, II, 176.
- (177) – Cass., S.U., 16 novembre 2004 n. 21773, in *Foro Amm.* C.d.S. 2004, 3098.
- (178) – Cass., S.U., 25 luglio 2001 n. 10013, in *Giur. it.* 2001, 167 e 15 novembre 2002 n. 16165, in *Foro Amm.* C.d.S. 2002, 2801; Cons. St., Sez. VI, 17 dicembre 2003 n. 8237, in *Foro Amm.* C.d.S. 2003, 3844; TAR Veneto, Sez. I, 26 agosto 2009 n. 2344, in *Foro Amm.* TAR 2009, 2000.
- (179) – Cass., S.U., 20 novembre 2007 n. 24012, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 55.
- (180) – Cass. 20 novembre 2007 n. 24012, cit.
- (181) – Cons. St., Sez., V, 8 luglio 2008 n. 3395, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 2077.
- (182) – Cass., S.U., 23 ottobre 2006 n. 22551, in *Foro Amm.* C.d.S. 2007, 76; Cons. St., Sez. V, 17 settembre 2008 n. 4424, *ivi* 2008, 2420.
- (183) – TAR Veneto, Sez. I, 5 febbraio 2008 n. 219, in *Foro Amm.* 2008, 40; sulla qualificazione dell'autorizzazione di presa d'acqua dalla laguna veneta.
- (184) – Cass., S.U., 8 luglio 2003 n. 10731, in *Foro Amm.* C.d.S. 2003, 2165; TAR Lazio, Sez. II ter, 4 novembre 2008 n. 9569, in *Foro Amm.* 2008, 2441; Cons. St., Sez. IV, 24 agosto 2009 n. 5029, in *Foro Amm.* C.d.S. 2009, 1726 e Sez. VI, 3 febbraio 2009 n. 586, *ivi* 2009, 475.
- (185) – Cass., S.U., 11 gennaio 2007 n. 411, in *Foro Amm.* C.d.S. 20907, 1123, in materia di concessioni del demanio marittimo; Cons. St., Sez. VI, 4 agosto 2008 n. 3868, *ivi* 2008, 2154, con riferimento ad un atto a contenuto generale riguardante i canoni di concessione; Cons. St., Sez. IV, 20 luglio 2009 n. 4561, *ivi* 2009, 1703.
- (186) – Cass., S.U. 4 luglio 2006 n. 15216, in *Foro it.* 2008, I, 248.
- (187) – Cons. St., Sez., IV, 30 gennaio 2009 n. 509, in *Foro Amm.* C.d.S. 2009, 144.
- (188) – Cons. St., Sez. V, 4 agosto 2009, 4886, in *Foro Amm.* C.d.S. 2009, 1735.
- (189) – Cass., S.U., 5 maggio 2008 n. 10969, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 1387.
- (190) – Cass., S.U. 24 maggio 2005 n. 12065, in *Giust. civ. mass.* 2005, f. 5.
- (191) – Cass., S.U., 11 luglio 2009 n. 15371, in www.appaltoecontratti.it e 14 novembre 2003 n. 17295, in *Foro Amm.* C.d.S. 2003, 3280, con riferimento alla concessione di locali interni di un ospedale ad uso bar.
- (192) – Cass., S.U., 11 marzo 2002 n. 3533, in *Foro it.* 2004, I, 1524; Cons. St., Sez. VI, 29 luglio 2009 n. 4715, in *Foro Amm.* C.d.S. 2009, 1828.
- (193) – Cass., S.U., 1° luglio 2008 n. 17937, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 2017.
- (194) – Cass., S.U. 31 luglio 2008 n. 2749, in *Giust. civ. mass.* 2008, 1234.
- (195) – Cass., S.U., 30 luglio 2008 n. 20597, in *Giust. civ. mass.* 2008, 1225.
- (196) – Cass., S.U., 21 maggio 2002 n. 7447, in *App. urb. edil.* 2003, 3, 175.
- (197) – Cons. St., Sez. V, 6 ottobre 2003 n. 5902, in *Foro Amm.* C.d.S. 2003, 2963; Cass., S.U., 4 maggio 2006 n. 10218, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 2444.
- (198) – Cass., S.U., 12 maggio 2008 n. 12641, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008.

- (199) – Cass., S.U., 2 aprile 2007 n. 8094, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 1744.
- (200) – Cass., S.U., 6 luglio 2007 n. 15239, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 42, con riferimento ad una convenzione sanitaria.
- (201) – Cass., S.U., 18 novembre 2008 n. 27336, in *Giust. civ. mass.* 2008, f. 11.
- (202) – Cass., S.U., 8 ottobre 2008 n. 24785, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, con riferimento al servizio gestione rifiuti.
- (203) – TAR Napoli, Sez. VII, 16 settembre 2009 n. 4974, in www.appaltiecontratti.it, che richiama Cass., S.U., 27 maggio 2009 n. 12252, in www.appaltiecontratti.it, per i servizi museali.
- (204) – Cass., S.U., 16 febbraio 2009 n. 3680, in *Guida diritto* 2009, 16, 76; Cons. St., Sez. V, 18 gennaio 2009 n. 109, in *Foro Amm. C.d.S.* 2009, 174; TAR Catanzaro, Sez. II, 6 maggio 2009 n. 417, in *Foro Amm. TAR* 2009, 1686.
- (205) – TAR Piemonte, Sez. I, 11 maggio 2009 n. 1402, in *Foro Amm. TAR* 2009, 1338.
- (206) – Cass., S.U. 4 luglio 2006 n. 15257, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 2999 e 3 luglio 2006 n. 15198, *ivi* 2006, 2996, entrambe riferite alla gestione di un autoparcheggio in ambito aeroportuale.
- (207) – Cass., S.U., 11 febbraio 2005 n. 2852, in *Riv. Giur. edil.* 2005, 756, che ha qualificato come locazione l'uso di locali in ambito aeroportuale per la vendita di giornali e tabacchi.
- (208) – Cass., S.U. 26 luglio 2006 n. 16900, in *Giust. civ. mass.* 2006, f. 9, 14 giugno 2006 n. 13690, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 2742, 31 marzo 2005 n. 6743, cit., 25 marzo 1999 n. 286, in questa *Rivista* 1999, 3, II, 180, 1° aprile 2000 n. 73, in *Foro it.* 2001, I, 207 e 18 maggio 2000 n. 366, in *Rass. Avv. Stato* 2000, I, 383; Cons. St., Sez. V, 14 aprile 2004 n. 2145, in *Giust. civ.* 2004, I, 2140; Cass., S.U., 14 febbraio 2008 n. 3518, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 377, che ha ritenuto non assimilabili le concessioni di costruzione e gestione, ai fini della clausola compromissoria. Santoro P ed E., *Trattato breve di diritto dei contratti pubblici*, Santarcangelo, 2007, 1032.
- (209) – Cass., S.U., 1° luglio 2008 n. 17926, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 2016; Cass., S.U., 18 luglio 2008 n. 19898, in *Giust. civ.* 2009, I, 121; Cass., S.U. 9 dicembre 1996 n. 10955, in *Urb. app.* 1997, 631.
- (210) – Cass., S.U., 26 luglio 2006 n. 16960, in *Giust. civ. mass.* 2006, f. 9.
- (211) – TAR Bari, Sez. I, 7 novembre 2007 n. 2691, in *Foro Amm.* 2007, 3576, con riferimento ad una convenzione per servizi prodromici alla realizzazione di opera pubblica, Cass., S.U., 21 maggio 2002 n. 7447, cit.
- (212) – Cass., S.U., 27 luglio 2005 n. 344, in *Foro it.* 2004, I, 1127.
- (213) – Cass., S.U., 17 ottobre 2006 n. 222248, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 67.
- (214) – TAR Napoli, Sez. I, 12 giugno 2007 n. 6081, in *Foro Amm.* 2007, 2124.
- (215) – Cons. St., Sez. V 19 marzo 2009 n. 1623, in www.appaltiecontratti.it e 7 gennaio 2009 n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it.
- (216) – Cons. St., Sez. VI, 22 giugno 2005 n. 3345, in *Foro Amm. C.d.S.* 2005, 1845.
- (217) – Cons. St., Sez. V, 20 febbraio 2006 n. 863, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 481, con riferimento al servizio di illuminazione votiva cimiteriale.
- (218) – Cons. St., Sez. VI, 23 marzo 2007 n. 1419, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 1003.
- (219) – Cass., S.U. 7 marzo 2008 n. 6171, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 720, con riferimento alla revoca del contratto di locazione dei apparecchiature per la rilevazione di infrazioni stradali e del relativo servizio.
- (220) – Cons. St., Sez. V, 12 giugno 2007 n. 3128, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 1841; TAR Campania, Sez. VII, 16 settembre 2009 n. 4954, in www.appaltiecontratti.it, con riferimento alle concessioni di servizi museali.
- (221) – TAR Liguria, Sez. II, 28 agosto 2008 n. 2284, in *Foro Amm. TAR* 2009, 2062.
- (222) – Cons. St., Sez. V, 9 aprile 2010 n. 2005, in www.appaltiecontratti.it e 9 novembre 2009 n. 6994, in *Foro Amm. C.d.S.* 2009, 2577 entrambe riguardanti il recesso di un Comune da un consorzio.
- (223) – TAR Lazio Sez. III ter, 16 novembre 2007 n. 11271, in *Foro Amm.* 2007, 3110, con riferimento alla nota vicenda della revoca di un componente (prof. Petrone) del consiglio di amministrazione.
- (224) – Cass. 12 maggio 2006 n. 10994, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 2456. Ad esempio sono qualificabili come appalti di servizio le convenzioni per lo smaltimento dei rifiuti (CGE 19 luglio 2007 C– 382/05, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 1999 e Cass. S.U., 22 agosto 2007 n. 17829, in *Giust. civ. mass.* 2007, f. 7) mentre sono considerate concessioni di servizi l'affidamento del servizio funebre (TAR Lazio, Sez. III, 3 luglio 2007 n. 5955, in *Foro Amm. TAR* 2007, 2494); configura un appalto e non una concessione l'affidamento del censimento degli immobili pubblici, Cass., S.U., 17 dicembre 2008 n. 29426, in www.appaltiecontratti.it.
- (225) – Cass., S.U. 4 luglio 2006 n. 15217, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 2999 e 3 luglio 2006 n. 151/98, *ivi* 2006, 2996, TAR Veneto, Sez., I, 17 dicembre 2008 n. 3886, in *Foro Amm.* 2008, 3304.
- (226) – TAR Lazio, Sez. II ter, 1° aprile 2009 n. 3486, in www.appaltiecontratti.it.
- (227) – Cass., S.U., 12 ottobre 2006 n. 22661, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 78, 31 gennaio 2008 n. 2273, *ivi* 2008, 367 e 16 maggio 2008 n. 12372, *ivi* 2008, 1394; Cons. St., Sez. VI, 10 settembre 2008 n. 4314, *ivi* 2008, 2454 e 30 settembre 2008 n. 4684, *ivi* 2008, 2510, 9 aprile 2009 n. 2187, *ivi* 2009, 1008 e 20 luglio 2009 n. 4577, *ivi* 2009, 1704; TAR Liguria, Sez. I, 22 febbraio 2008 n. 325, in *Foro Amm.* 2008, 430.
- (228) – Cass., S.U., 19, maggio 2008 n. 12640, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 1396.
- (229) – Cons. St., Sez. V, 11 dicembre 2008 n. 6159, in www.appaltiecontratti.it.
- (230) – TAR Pescara 23 maggio 2009, n. 373, in *Foro Amm.* 2009, 1513; Cons. St., Sez. V, 5 dicembre 2008 n. 6049, in *Foro it.* 2009, III, 121.
- (231) – TAR Liguria, Sez. I, 16 novembre 2009 n. 3281, in *Foro Amm. TAR* 2009, 3089.
- (232) – TAR Veneto, Sez. I, 28 gennaio 2009 n. 201, in *Foro Amm.* 2009, 36.
- (233) – Cons. St., Sez. V, 7 ottobre 2008 n. 4842, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 2714; TAR Latina 28 gennaio 2009 n. 62, in *Foro Amm.* 2008, 158, con riferimento ad una concessione di servizio idrico integrato.
- (234) – Cass. S. U. 7 febbraio 2002, n. 1734, in *Giur. it.* 2002, 1491 e 16 luglio 2001 n. 9648, in *Giust. civ. mass.* 2001, 1405; Cons. St., Sez. V, 11 dicembre 2008 n. 6159; Cons. St., Sez. V, 1° luglio 2005 n. 3672, in *Serv. pubb. app.* 2005, 4, 875.
- (235) – Cass., S.U. 3 aprile 2009 n. 8113, in www.appaltiecontratti.it.
- (236) – Cass., S.U., 29 maggio 2003 n. 8580, in *Foro Amm. C.d.S.* 2003, 1541 e 7 maggio 2003 n. 6956, *ivi* 2003, 1530.

- (237) – Corte cost. 24 luglio 2009 n. 238; Cass., S.U. 8 aprile 2010 n. 8313, in *www.cortecassazione.it*, in materia di riscossione della tassa di igiene ambientale.
- (238) – Cass., S.U. 1° aprile 2008 n. 8409, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 1046.
- (239) – Cons. St., Sez. V, 27 gennaio 2006 n. 236, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 277, con riferimento al servizio di riscossione dei tributi; Trib Campobasso, 16 settembre 2008 n. 605, in *Riv. giur. Molise Sannio* 2008, 58, con commento di Izi.
- (240) – TAR Lecce, Sez. III, 17 novembre 2008 n. 3327, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 3126.
- (241) – Cass., S.U. 4 maggio 2006 n. 10218, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 2444, con riferimento ad una gara di appalto di lavori edili bandita dalla S.p.A. Grandi stazioni.
- (242) – Cass., S.U. 25 novembre 2008 n. 2856, in *Guida diritto* 2009, 2, 68, con riferimento ad una concessione di beni; Cass. S.U., 16 luglio 2008 n. 19511, in *Giust. civ. mass.* 2008, 1151, con riferimento alla proroga di una subconcessione di un'area di servizio autostradale; Cass. S.U., 2 dicembre 2008 n. 28549, in *Giust. civ. mass.* 2008, 1727, con riferimento ad una concessione autostradale. L'art. 1, co. 103° L. n. 296/2006 ha previsto che i concessionari di autostrade agiscono a tutti gli effetti come amministrazioni aggiudicatrici.
- (243) – Cass., S.U., 29 dicembre 1990 n. 1221, in *Giur. it.* 1992, I, 332 Cons. St., Sez. VI, 28 ottobre 1998 n. 1478 e 5 giugno 1998 n. 918, *ivi* 1998, 1794.
- (244) – Cass., S.U., 12 maggio 2005 n. 9940, in *Foro Amm. C.d.S.* 2005, 1342.
- (245) – Cass., S.U., 27 marzo 2001 n. 129, in *Urb. app.* 2001, 1093.
- (246) – Cass., S.U., 26 ottobre 2009 n. 22584, in *Foro Amm. C.d.S.* 2009, 2824, con riferimento al servizio idrico integrato.
- (247) – Cons. St., Sez. V, 18 dicembre 2009 n. 8376, in *Foro Amm. C.d.S.* 2009, 2864.
- (248) – Corte cost. 6 luglio 2004 n. 204, in *Foro it. C.d.S.* 2004, 1895.
- (249) – Cons. St., Sez. IV, 5 ottobre 2004 n. 6490, in *Foro Amm. C.d.S.* 2004, 2806.
- (250) – TAR Milano, Sez. III, 15 febbraio 2007 n. 266, in *Foro Amm.* 2007, 18, sulla gestione del servizio di ristoro in aeroporto; TAR Milano, Sez. I, 17 ottobre 2007 n. 6107, *ivi* 2007, 3002, sull'attività di imballaggio bagagli in aeroporto; Cass., S.U., 24 febbraio 2003 n. 2817, in *Foro Amm. C.d.S.* 2003, 477, sulla gestione del servizio pubblicitario in autostrada; contra TAR Veneto, Sez. I, 28 marzo 2007 n. 1029, in *Foro Amm.* 2007, 3397, con commento di Roversi Monaco, *L'affidamento di bar-tabacchi in aerostazione: una singolare pronuncia sulla giurisdizione.*
- (251) – Cass., S.U., 12 gennaio 2007 n. 411, in *Giust. civ. mass.* 2007, f. 1 e 23 ottobre 2006 n. 22661, *cit.*; Cons. St., Sez. IV, 9 agosto 2006 n. 4774, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 2160; TAR Catania, Sez. IV, 14 dicembre 2007 n. 1983, in *Foro Amm.* 2007, 3854.
- (252) – Cass., S.U., 28 aprile 2004 n. 8103, in *Giur. it.* 2004, 2169 e 9 giugno 2004 n. 10944, in *Foro Amm. C.d.S.* 2004, 1603; Cass. 14 febbraio 2008 n. 3539, con riferimento al danno provocato dalla sospensione dell'erogazione dell'acqua; Cons. St., Sez. VI, 7 dicembre 2007 n. 6299, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 3506, 22 agosto 2006 n. 4920, *ivi* 2006, 2277 e 25 giugno 2008 n. 3226, *ivi* 2008, 1850.
- (253) – Cass., S.U., 30 marzo 2000 n. 71, in *Giur. it.* 2000, 2177; Cons. St., Sez. V, 24 agosto 2007 n. 4497, *ivi* 2249 e 31 dicembre 2007 n. 6769, *ivi* 2007, 3465; CGA 12 aprile 2007 n. 272, *ivi* 2007, 1274; TAR Milano, Sez. I, 5 dicembre 2007 n. 6549, in *Foro Amm.* 2007, 3663.
- (254) – Cass., S.U. 4 luglio 2006 n. 15216, *cit.*
- (255) – Cass., S.U., 27 marzo 2008 n. 7946, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 1043.
- (256) – TAR Lazio, Sez. II bis, 15 aprile 2009 n. 3842, in *www.appalticontratti.it*.
- (257) – Cons. St., Sez. V, 31 dicembre 2007 n. 6800, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 3466.
- (258) – Cons. St., Sez. IV, 5 ottobre 2004 n. 6489, in *Giur. it.* 2005, 627, con riferimento al servizio pubblico locale di trasporti.
- (259) – TAR Napoli, Sez. III, 26 febbraio 2008 n. 963, in *Foro Amm.* 2008, 557.
- (260) – Cass., S.U., 14 giugno 2007 n. 13887, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 339.
- (261) – Cons. St., Sez. IV, 31 marzo 2008 n. 1362, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- (262) – Cass., S.U., 30 novembre 2006 n. 25520, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 448.
- (263) – Cons. St., Sez. VI, 24 ottobre 2008 n. 5294, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 2805.
- (264) – Cass., S.U., 7 novembre 2008 n. 26790, in *Juris data Giuffrè.*
- (265) – Cass., S.U. 28 dicembre 2007 n. 27187, in *Giust. civ.* 2008, 1437.
- (266) – Corte cost. 27 aprile 2007 n. 140, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 1109.
- (267) – Cass. S.U., 8 luglio 2005 n. 14335, in *Foro Amm. C.d.S.* 2005, 2086; restano invece devolute al g.o. le questioni sulla spettanza dei compensi, Cass., S.U., 13 febbraio 2007 n. 3046, *ivi* 2007, 1370 e Cons. St., Sez. V, 23 luglio 2009 n. 4595, *ivi* 2009, 1733.
- (268) – Cass., S.U., 2 aprile 2007 n. 1743, in *Foro Amm.*, C.d.S. 2007, 1743 e 18 febbraio 2004 n. 3231, *ivi* 2004, 368; TAR Napoli, Sez. V, 4 febbraio 2008 n. 505, in *Foro Amm.* 2008, 561.
- (269) – Cons. St., Sez. V, 20 gennaio 2009 n. 241, in *Foro Amm. C.d.S.* 2009, 177.
- (270) – TAR Lecce, Sez. III, 23 marzo 2009 n. 493, in *www.appalticontratti.it*.
- (271) – Cass., S.U., 29 aprile 2009 n. 9956, in *Foro Amm. C.d.S.* 2009, 1434; Cass., S.U. 28 dicembre 2007 n. 27187, *cit.*
- (272) – Corte cost. 27 gennaio 2010 n. 35.
- (273) – Cass., S.U., 16 febbraio 2006 n. 3370, in *Giust. civ. mass.* 2006, f. 2.
- (274) – Cass., S.U., 31 luglio 2006 n. 17287, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 3022; TAR Lazio Sez. II quater, 30 maggio 2008 n. 5317, in *Foro Amm.* 2008, 1702, con riferimento al ricorso contro una delibera assembleare di Cinecittà Holding a partecipazione interamente pubblica; TAR Lazio, Sez. ter, 16 novembre 2007 n. 11271, *ivi* 2007, 3110 ha affermato la giurisdizione amministrativa sulla controversia inerente alla revoca di un amministratore della RAI S.p.A., in quanto concessionaria di un pubblico servizio.
- (275) – Cass., S.U., 15 aprile 2005 n. 7799, in questa *Rivista* 2005, 5, II, 167; Cons. St., Sez. V, 11 febbraio 2003 n. 708, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 582 e 13 giugno 2003 n. 3346, *ivi* 2003, 3020; TAR Molise 5 giugno 2008 n. 555, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Catania, Sez. III, 25 gennaio 2010 n. 89, in *Foro Amm. TAR* 2010, 309.

- (276) – L'art. 2450 c.c. è stato peraltro abrogato dall'art. 3 del D.L. n. 10/1997 conv. L. 6 aprile 2007 n. 46 (legge comunitaria).
- (277) – TAR Liguria, Sez. I, 26 febbraio 2009 n. 266, in *Foro Amm.* 2009, 387; Cass., S.U., 15 aprile 2005 n. 7799, cit.
- (278) – TAR Veneto, Sez. I, 25 aprile 2008 n. 968, in *www.appaltiecontratti.it*.
- (279) – TAR Parma 29 luglio 2008 n. 373, in *Foro Amm.* 2008, 2010.
- (280) – Cons. St., Sez., V, 18 dicembre 2009 n. 8392, in *Foro Amm. C.d.S.* 2009, 2871.
- (281) – Cons. St., Sez., V, 20 ottobre 2004 n. 6867, in *Foro Amm. C.d.S.* 2004, 2894.
- (282) – TAR Napoli, Sez. I, 11 dicembre 2006 n. 10471, in *Foro Amm.* 2006, 3829; Cons. St., Sez. V, 13 ottobre 2005 n. 5660, in *Foro Amm. C.d.S.* 2005, 2952; Cass. S.U., 10 ottobre 2002 n. 14475, in *Giust. civ. mass.* 2002, 1783, con riferimento alle controversie tra consorzi pubblici; contra TAR Lecce, Sez. III, 28 agosto 2008 n. 2397, in *www.appaltiecontratti.it*, con riferimento al recesso di un comune dal consorzio; contra Cons. St., Sez. V, 9 novembre 2009 n. 6994, in *Foro Amm. C.d.S.* 2009, 2577 e 9 aprile 2010 n. 2005, in *www.appaltiecontratti.it*.
- (283) – Cass. S.U., 29 ottobre 1999 n. 754, in *Giur. it.* 2000, 1045; Cons. St., Sez. VI 15 febbraio 2002 n. 917, in *Foro Amm.* 2002, 413 e 31 gennaio 2006 n. 340, *ivi* 2006, 186; Cons. St., Sez. V, 18 dicembre 2009 n. 8376, cit.
- (284) – Cons. St., Sez. VI, 19 maggio 2003 n. 2701, in *Foro Amm. C.d.S.* 2003, 1673.
- (285) – Cass. S.U., 21 dicembre 2004 n. 23645, in *Foro Amm.* 2005, 55, 13 giugno 2006 n. 13659, *ivi* 2006, 2738 e 20 dicembre 2006 n. 27192, *ivi* 2007, 819; CGA 20 giugno 2007 n. 504, in *Guida diritto* 2007, 29, 103; sono invece ascrivibili alla giurisdizione amministrativa le controversie risarcitorie da comportamenti che se pure illegittimi costituiscono esecuzione di provvedimenti amministrativi, quale l'occupazione appropriativa disposta comunque in presenza di una valida ed efficace dichiarazione di p.u. (Cass. S.U. 20 dicembre 2006 n. 27191, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 818).
- (286) – Cass., S.U. 7 febbraio 2007 n. 2688 e n. 2689, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 1365 e 1466; Cass., S.U., 19 febbraio 2007 n. 3724, *ivi* 2007, 1375; Cons. St., A. P., 30 luglio 2007 n. 10, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 2124 (con riferimento alla requisizione); TAR Milano, Sez. II, 18 dicembre 2007 n. 6676, in *Foro Amm.* 2007, 3700.
- (287) – Figura di creazione giurisprudenziale con riferimento alla ipotesi in cui il potere, pur esistendo è stato in concreto esercitato in assenza di necessari presupposti; Cass., S.U., 12 giugno 1984 n. 3477, in *Foro Amm.* 1983, I, 13, 480 e 19 maggio 2004 n. 9532, in *Foro Amm. C.d.S.* 2004, 1314, entrambe in materia di occupazione protratta oltre i termini di scadenza della dichiarazione di p.u.
- (288) – Giliberti B., *Profili problematici della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 1657; TAR Napoli Sez. V, 17 febbraio 2006 n. 2137, in *Foro Amm.* 2006, 687.
- (289) – Cons. St., A. P., 30 luglio 2007, n. 9, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 2116 e 22 ottobre 2007 n. 12, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 2756, che richiama l'indirizzo di Cass., S.U., 2 luglio 2007, n. 14954.
- (290) – Corte cost. 11 maggio 2006 n. 191, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 1353; Cass., S.U., 4 febbraio 2005 n. 2198, in *Giust. civ. mass.* 2005, f. 2.
- (291) – Cass., S.U., 27 giugno 2007 n. 14794, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 2409.
- (292) – La fissazione dei termini di esproprio è divenuto facoltativo per effetto dell'art. 13 T.U. n. 327/2001.
- (293) – Cass., S.U. 6 febbraio 2008 n. 2765, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 381.
- (294) – Cass., S.U., 7 novembre 2008 n. 26798, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 2937.
- (295) – Cass., Sez. Un., 16 luglio 2008 n. 19501, in *Guida diritto* 2008, 38, 78.
- (296) – Cass., S.U., 5 marzo 2008 n. 5925, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 1038.
- (297) – Cass., S.U., 7 novembre 2008 n. 26793, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 2936, con riferimento ad un provvedimento di acquisizione coattiva di immobile con contestuale imposizione di servitù; Cass., S.U. 7 novembre 2008 n. 26798, *ivi* 2008, 2937.
- (298) – Cons. St., Sez., IV, 31 dicembre 2007 n. 6844, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 3424.
- (299) – Cass., S.U., 23 dicembre 2008 n. 30254, in *www.giustamm.it*.
- (300) – Cons. St., Sez. V, 20 marzo 2007 n. 1338, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 918, Cass. 14 gennaio 2000 n. 350, in *Foro it.* 2000, I, 1819.
- (301) – Cass., S.U., 19 febbraio 2007 n. 3723, in *Foro Amm. C.d.S.* 2003, 1374, 13 febbraio 2007 n. 3043, *ivi* 2007, 1370 e 19 aprile 2007 n. 9325, *ivi* 2007, 1753.
- (302) – Cass., S.U., 3 luglio 2006 n. 15201, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 2997; TAR Veneto, Sez. II, 31 luglio 2008 n. 2167, in *Foro Amm.* 2008, 1972, che nega l'ammissibilità del ricorso per ingiunzione innanzi al giudice amministrativo 8 luglio 2008.
- (303) – TAR Catania, Sez. II, 4 giugno 2008 n. 1084, in *Foro Amm.* 2008, 1877.
- (304) – TAR Latina, Sez. I, 12 marzo 2007 n. 172, in *Foro Amm.* 2007, 1033 e TAR Lazio, Sez. II, 13 marzo 2006 n. 1916, *ivi* 2006, 966.
- (305) – Cons. St., Sez., IV, 19 febbraio 2007 n. 874, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 486 e 8 luglio 2003 n. 4057, *ivi* 2003, 2186; TAR Lazio Sez. I ter, 2 luglio 2009 n. 6403, in *Foro Amm.* TAR 2009, 2107.
- (306) – Cass. S.U., 8 marzo 2006 n. 4894, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 1728 e 5 giugno 2008 n. 14826, *ivi* 2008, 1703.
- (307) – Cons. St., Sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 197, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 140.
- (308) – Cons. St., Sez. VI, 29 gennaio 2008 n. 231, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 162.
- (309) – Cons. St., Sez., IV, 4 dicembre 2008 n. 5956, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 3317.
- (310) – Cass., S.U., 20 marzo 2008 n. 7442, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 725.
- (311) – Cons. St., Sez. IV, 10 aprile 2008 n. 1552, in *www.appaltiecontratti.it*.
- (312) – Cons. St., Sez. VI, 14 settembre 2009 n. 4735, in *Foro Amm. C.d.S.* 2005, 2678; TAR Piemonte 17 gennaio 2007 n. 44, in *Foro Amm.* TAR 2007, 2; TAR Brescia, 25 gennaio 2006 n. 70, *ivi* 2006, 38.
- (313) – Cass., S.U., 19 dicembre 2007 n. 26732, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 356.
- (314) – Cass., S.U., 24 luglio 2007 n. 16299, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 3374.
- (315) – Cass., S.U., 24 aprile 2007 n. 9845, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 1756 e 13 febbraio 2007 n. 3040, *ivi* 2007, 1369; Cass., Sez. I, 2 aprile 2007 n. 8217, in *Giust. civ. mass.* f. 4; TAR Lecce, Sez. II, 3 aprile 2002 n. 1441, in *Foro Amm.*

- TAR 2002, 1378, TAR Molise, 7 luglio 2004 n. 350, in *Foro Amm.* TAR 2004, 2260 e TAR Brescia 25 gennaio 2006 n. 70, *ivi* 2006, 33.
- (316) – Cass., S.U., 20 dicembre 2006 n. 27190, in *Foro Amm.* 2007, 818.
- (317) – TAR Napoli, Sez. IV, 20 gennaio 2005 n. 249, in *Foro Amm.* 2005, 204 e TAR Salerno 17 novembre 2004 n. 2009, *ivi* 2004, 3448.
- (318) – Cass., S.U., 9 novembre 2006 n. 24025, in *Giust. civ. mass.* 2006, f. 11.
- (319) – TAR Catania, Sez. IV, 23 novembre 2009 n. 1905, in *Foro Amm.* TAR 2009, 3288.
- (320) – Cass. S.U., 15 novembre 2007 n. 23623, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 51.
- (321) – Cons. St., Sez. IV, 17 luglio 2009 n. 4483, in *Foro Amm.* C.d.S. 2009, 1700.
- (322) – Cass., S.U., 28 febbraio 2007 n. 4632, in *Giust. civ. mass.* 2007, f. 2.
- (323) – Cons. St., Sez. IV, 7 settembre 2006 n. 5209, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 2497; TAR Trentino, 10 novembre 2008 n. 286, in *Foro Amm.* 2008, 2991.
- (324) – TAR Piemonte, Sez. I, 15 febbraio 2006 n. 908, in *Foro Amm.* TAR 2006, 452 e TAR Umbria 22 febbraio 2005 n. 189, *ivi* 2005, 1035.
- (325) – Cass., S.U., 24 agosto 2007 n. 17974, in *Giust. civ. mass.* 2007, f. 7.
- (326) – TAR Brescia, 25 gennaio 2006 n. 70, in *Foro Amm.* TAR 2006, 33.
- (327) – Cons. St., Sez., VI, 27 febbraio 2008 n. 713, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 564, Sez. VI 4 aprile n. 1419, *ivi* 2008, 1186 e Sez., IV, 7 aprile 2008 n. 1462, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 1078.
- (328) – Cass., S.U., 25 aprile 2003 n. 5993, in *Foro Amm.* 2003 C.d.S., 125, Cons. St., Sez. VI 8 giugno 2009 n. 3464, *ivi* 2009, 1528, con riferimento all'attività posta in essere in attuazione di un dovere comunitario.
- (329) – Cass., S.U., 19 febbraio 2004 n. 3341, in *Foro Amm.* C.d.S. 2004, 369.
- (330) – Cass., S.U., 3 maggio 2005 n. 9103, in *Foro Amm.* C.d.S. 2005, 1339; TAR Lazio, Sez. II, 29 luglio 2008 n. 7617, in *Foro Amm.* 2008, 2057.
- (331) – Cass., S.U. 12 marzo 2007 n. 5593, in *Foro Amm.* C.d.S. 2007, 1386.
- (332) – Art. 3, D.L.vo n. 82/2005, come modificato dal D.L.vo n. 159/2006.
- (333) – Cass., S.U., 23 febbraio 2007 n. 4206, in *Giust. civ. mass.* 2007, f. 2.
- (334) – Cons. St., Sez., VI, 25 luglio 2006 n. 4640, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 2265. Sarebbe venuta meno la tradizionale distinzione della giurisdizione a seconda che la controversia riguardi l'an oppure il quantum della revisione richiesta, cfr. Cons. St., Sez. VI 25 luglio 2006 n. 4660, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 2265; contra, TAR Bolzano, 8 aprile 2008 n. 129, in *Foro Amm.* TAR 2008, 965, con riferimento ad un contratto misto di appalto e concessione di servizi.
- (335) – TAR Palermo; Sez. II, 25 giugno 2009 n. 1150, in *Foro Amm.* TAR 2009, 1901; TAR Bari, Sez. I, 2 agosto 2007 n. 1927, *ivi* 2007, 2624; TAR Batoli, Sez. I, 13 aprile 2006 n. 3599, *ivi* 2006, 1424.
- (336) – Cons. St., Sez. V, 8 luglio 2008 n. 3391, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 2076, con commento di Felizani, *Divieto di rinnovo dei contratti pubblici e relativa giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, Una risposta alle istanze comunitarie, ivi* 3073.
- (337) – TAR Palermo, Sez. II, 25 giugno 2009 n. 1150, in www.appaltiecontratti.it.
- (338) – TAR Sardegna, Sez. I, 26 gennaio 2010 n. 12, in *Foro Amm.* TAR 2010, 314.
- (339) – Cass., S.U., 5 aprile 2007 n. 8519, in *Contr. Stato enti pubb.* 2007, 461; Cass. S.U., 11 ottobre 2002 n. 14529, in *Foro Amm.* C.d.S. 2002, 2338; in precedenza era pacifico che la giurisdizione fosse diversificata a seconda che la controversia riguardasse l'an o il quantum, cfr. Cass., S.U., 13 settembre 2005 n. 18126, in *Foro Amm.* C.d.S. 2005, 2864, 24 aprile 2004 n. 6034, in *Foro it.* 2002, I, 2390 e 4 aprile 2007 n. 8366, *ivi* 2007, 1748; Cons. St., Sez., V, 28 dicembre 2006 n. 8069, in *Foro Amm.* C.d.S. 2007, 939.
- (340) – Cons. St., Sez. V, 16 giugno 2009 n. 3839, in *Foro Amm.* C.d.S. 2009, 1492.
- (341) – Cass., S.U. 17 dicembre 2008 n. 29422, in www.appaltiecontratti.it e S.U., 10968 del 2008.
- (342) – Cons. St., Sez., VI, 25 luglio 2006 n. 4640, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 2265.
- (343) – Cons. St., Sez., VI, 25 luglio 2006 n. 4640, cit., TAR Napoli, Sez. I 20 gennaio 2009 n. 523, in *Foro Amm.* 2009, 171.
- (344) – TAR Lecce, Sez. III, 21 febbraio 2009 n. 257, in *Foro Amm.* 2009, 534.
- (345) – Cass., S.U., 17 aprile 2009 n. 9152, in *Foro Amm.* C.d.S. 2009, 1241.
- (346) – TAR Bari, Sez., I, 15 giugno 2009 n. 1498, in *Foro Amm.* TAR 2009, 1875.
- (347) – Cons. St., Sez., V, 28 dicembre 2006 n. 8069, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 3372.
- (348) – Cass. S.U., 15 giugno 2009 n. 13892, in *Foro Amm.* C.d.S. 2009, 1675.
- (349) – Cass., S.U., 27 ottobre 2006 n. 23072, in *DeG* 2006, 43, 16.
- (350) – Cass., S.U., 16 aprile 2009 n. 5987, in www.cportedicasazione.it.
- (351) – Cons. St., Sez. V, 21 giugno 2007 n. 3318, in www.appaltiecontratti.it.
- (352) – Cons. St., Sez., V, 15 dicembre 2005 n. 7130, in *Foro Amm.* C.d.S. 2005, 3649.
- (353) – Cass., S.U., 8 ottobre 2008 n. 24785, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 2664.
- (354) – TAR Bari, Sez. I, 7 luglio 2009 n. 1751, in *Foro Amm.* TAR 2009, 2223.
- (355) – TAR Catanzaro, Sez. I, 28 maggio 2008 n. 581, in *Foro Amm.* TAR 2008, 1451.
- (356) – Cons. St., Sez. V, 11 gennaio 2006 n. 43, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 155; contra, per la competenza del giudice ordinario TAR Palermo, Sez. I, 10 dicembre 2007 n. 3351, in *Foro Amm.* 2007, 3841.
- (357) – TAR Palermo, Sez. I, 10 dicembre 2007 n. 3351, in www.appaltiecontratti.it.
- (358) – TAR Lecce, Sez. II, 18 maggio 2009 n. 1079, in *Foro Amm.* TAR 2009, 1577; TAR Catania, Sez. III, 27 febbraio 2009 n. 435 *ivi* 2009, 581.
- (359) – TAR Bari, Sez. I, 6 novembre 2006 n. 3900, in *Foro Amm.* 2006, 3643; Cons. St., Sez. V 8 ottobre 2008 n. 4947, in *Contr. Stato enti pub.* 2009, 97.
- (360) – Cons. St., Sez. V, 29 maggio 2006 n. 3261, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 1456; TAR Lazio, Sez. III ter, 16 novembre 2006 n. 12491, in *Foro Amm.* 2006, 3550, con commento di Gaverini, *La giurisdizione del giudice amministrativo in materia di appalti nel codice degli appalti, ivi* 3554; Cass. S.U. 3 luglio 2006 n. 15199, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 2977

(incarico professionale sottosoglia) e 13 luglio 2006 n. 15899, *ivi* 2006, 3012 (contratto di locazione); TAR Catania, Sez. I, 13 dicembre 2005 n. 2422, in *Foro Amm.* 2006, 4115.

(361) – Secondo un non condivisibile orientamento le procedure di scelta dei contratti sottosoglia non rientravano nella giurisdizione amministrativa, cfr. TAR Milano, Sez. III, 12 aprile 2006 n. 894, in *Foro Amm.* 2005 6, 1215.

(362) – Cass., S.U. 21 novembre 2003 n. 17635, in *Urb. app.* 2003, 4, 425; Cass., S.U., 3 luglio 2006 n. 15199, *ivi* 2006, 2997; Cass., S.U., 27 novembre 2006 n. 10525, in *Giur. it.* 1997, I, 1213.

(363) – Cons. St., Sez. IV, 16 luglio 2007 n. 4012, in *Foro Amm.* C.d.S. 2007, 2160, con riferimento al comodato d'uso.

(364) – Cons. St., Sez., V, 3 agosto 2007 n. 4335, in *Foro Amm.* C.d.S. 2007, 2239 e 24 agosto 2007 n. 4490, *ivi* 2007, 2247.

(365) – Cass., S.U., 24 aprile 2007 n. 9845, in *Foro Amm.* C.d.S. 2007, 1756 e 11 agosto 1997 n. 7455, in *Giust. civ. mass.* 1997, 1395; Cons. St., Sez., IV, 10 dicembre 2007 n. 6324, *ivi* 2007, 3388; *contra*, nel senso che sussiste la giurisdizione esclusiva in quando relativa ad accordo sostitutivo, Cons. St., Sez. VI, 14 dicembre 2005 n. 4735, *ivi* 2005, 2678.

(366) – Cass., S.U., 21 dicembre 2004 n. 23827, in *Giust. civ. mass.* 2004, f. 12 e 29 aprile 2004 n. 8210, in *Foro Amm.* C.d.S. 2004, 1306.

(367) – TAR Bari, Sez. I, 11 gennaio 2006 n. 42, in *Foro Amm.* 2006, 325.

(368) – Cass., S.U. 30 aprile 2008 n. 10972, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 1387.

(369) – TAR Lecce, Sez. II, 18 maggio 2009 n. 1079, in www.appaltiecontratti.it.

(370) – TAR Napoli, Sez. II, 4 dicembre 2004 n. 10356, in *Foro Amm.* 2006, 3939.

(371) – TAR Liguria, Sez. II, 12 aprile 2007 n. 633, in *Foro Amm.* 2007, 1296; Cons. St., Sez. V, 10 febbraio 2004 n. 500, in *Foro Amm.* C.d.S. 2004, 453.

(372) – Cons. St., Sez. V, 1° dicembre 2006 n. 7090, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 3346.

(373) – Cass., S.U., 3 gennaio 2007 n. 4, in *Foro Amm.* C.d.S. 2007, 1115; Cons. St., Sez. V, 12 giugno 2009 n. 3737, *ivi* 2009, 1475; TAR Bari, Sez. I, 8 gennaio 2007 n. 38, in *Foro Amm.* 2007, 250; TAR L'Aquila 14 aprile 2008 n. 554, *ivi* 2008, 1060; TAR Lazio, Sez. II bis 15 aprile 2009 n. 3855, in www.appaltiecontratti.it; TAR Molise, 23 settembre 2009 n. 643, in www.giustizia.amministrativa.it.

(374) – TAR Veneto, Sez. II, 10 luglio 2009 n. 2187, in *Foro Amm.* TAR 2009, 2033.

(375) – TAR Catania, Sez. II, 16 luglio 2009 n. 1335, in *Foro Amm.* TAR 2009, 2294.

(376) – Cass. S.U. 3 luglio 2006 n. 15199, *cit.*

(377) – Cons. St., Sez. V, 5 luglio 2005 n. 3717, in *Foro Amm.* C.d.S. 2005, 2230.

(378) – TAR Milano, Sez. I, 5 dicembre 2007 n. 6547, in *Foro Amm.* 2007, 3663.

(379) – TAR Molise, 23 settembre 2009 n., 640, in *Riv. giur. Molise Sannio* 2009, 3, 94, con commento di Santoro E., *L'autotutela degli incarichi professionali e la giurisdizione ordinaria*, Cass., S.U., 3 gennaio 2007 n. 4, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 1115.

(380) – Cass., S.U., 17 gennaio 2005 n. 732, in *Foro Amm.* C.d.S. 2005, 61, 20 novembre 2007 n. 24009, *ivi* 2007, 3094, Cons. St., Sez. V, 28 novembre 2006 n. 6961, *ivi* 2006, 3073 e Sez. IV, 29 febbraio 2008 n. 781, *ivi* 2008, 421, tutte con riferimento alle convenzioni urbanistiche; TAR Catanzaro, Sez. I, 4 luglio 2006 n. 790, in *Foro Amm.* 2006, 2690, con riguardo ad un accordo di programma.

(381) – TAR Milano, Sez. III, 27 dicembre 2006 n. 3067, in *Foro Amm.* 2006, 3742, riguardante l'esecuzione di un accordo transattivo per cessata locazione, che riconosceva un diritto di prelazione per l'eventuale affidamento del servizio di gestione del servizio di ristorazione presso il teatro alla Scala di Milano; TAR Milano, Sez. II, 7 febbraio 2007 n. 193, *ivi* 2007, 418, con riferimento a convenzione per la costituzione di una servitù di pubblico passo; TAR Toscana, Sez. II, 17 novembre 2004 n. 5947, *ivi* 2004, 3336, relativa ad una convenzione per la regolazione dello scarico di acque; TAR Liguria, Sez. I, 29 gennaio 2001 n. 52, *ivi* 2001, 1272, n. 105.

(382) – Cass. S.U. 12 marzo 2001 n. 105, in *Giur. it.* 2001, 1489.

(383) – TAR Lecce, Sez. I, 11 agosto 1995 n. 458, in *Foro Amm.* 1996, 1048, Cons. St., Sez. IV, 11 dicembre 2007 n. 6358, in *Foro Amm.* C.d.S. 2007, 3403, con riferimento a convenzione urbanistica; TAR Milano, Sez. II, 14 gennaio 2009 n. 90, in *Foro Amm.* 2009, 13 e Sez. IV, 22 giugno 2009 n. 4095, *ivi* 2009, 1701.

(384) – TAR Liguria, Sez. II, 24 aprile 2008 n. 768, in *Foro Amm.* 2008, 986.

(385) – Cass. 29 aprile 2009 n. 9952, in *Guida diritto* 2009, 22, 61.

(386) – Cass., S.U., 17 aprile 2009 n. 9151, in *Urb. app.* 2009, 1185.

(387) – Cass., S.U. 10 marzo 2004 n. 18257, in *Foro Amm.* C.d.S. 2004, 3503, con riferimento al pagamento del corrispettivo.

(388) – Cass. S.U., 11 maggio 2007 n. 11667, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 32.

(389) – TAR Bari, Sez. I, 7 novembre 2007 n. 2691, in *Foro Amm.* 2007, 3576.

(390) – Cass., S.U., 30 gennaio 2008 n. 2029, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 365.

(391) – Cass., S.U., 17 maggio 2005 n. 732, *cit.* e 25 novembre 2008 n. 28043, in *giustamm.it*; Cons. St., Sez., V, 10 maggio 2005 n. 2337, in *Foro Amm.* C.d.S. 2005, 463 e 16 gennaio 2008 n. 74, *ivi* 2008, 95; Cons. St., Sez. IV, 29 febbraio 2008 n. 781, *ivi* 2008, 421 e 22 gennaio 2010 n. 214, in *Guida diritto* 2010, 7, 95; per le convenzioni di lottizzazione è ammissibile anche l'azione di adempimento, cfr. TAR Toscana 16 settembre 2009 n. 1446, in www.appaltiecontratti.it e TAR Brescia 13 agosto 2003 n. 1157, in *Foro Amm.* 2003, 3470; TAR Veneto, Sez. II, 11 giugno 2009 n. 1731, *ivi* 2009, 1715.

(392) – TAR Napoli, Sez. III, 27 maggio 2009 n. 2975, in *Foro Amm.* TAR 2009, 1533; Cons. St., Sez., V, 28 dicembre 2006 n. 8059, in *Foro Amm.* C.d.S. 2006, 3370.

(393) – Cons. St., Sez. IV, 22 gennaio 2010 n. 214, in *Foro Amm.* C.d.S. 2010, 125.

(394) – Cass., S.U. 20 marzo 2008 n. 7448, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 1042.

(395) – TAR Friuli, Sez. I, 26 novembre 2009 n. 809, in *Foro Amm.* TAR 2009, 3085.

(396) – Cons. St., Sez. IV, 10 aprile 2008 n. 1538, in *Foro Amm.* C.d.S. 2008, 1085.

(397) – Cons. St. Sez. V, 8 ottobre 2008 n. 4952, in www.appaltiecontratti.it, con riferimento al recesso da consorzio comunale.

- (398) – TAR Milano, Sez. I, 12 febbraio 2009 n. 1253, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con riferimento ad una strada statale passata al demanio provinciale.
- (399) – Da ultimo Cons. St., Sez. V, 30 agosto 2006 n. 5082, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 2227; Sez. VI, 6 luglio 2006 n. 4295, *ivi* 2006, 2234 e Sez. V, 10 gennaio 2007 n. 41, *ivi* 2007, 118; si parla di nullità per carenza di potere in caso di aggiudicazione decisa in pendenza di provvedimento cautelare, cfr. Cons. St., Sez. VI, 4 giugno 2007 n. 2950, *ivi* 2007, 1887. Per riferimenti alle varie posizioni, Santoro P. ed E., *Trattato breve di diritto dei contratti pubblici*, Santarcangelo, 2007, 757.
- (400) – Cass. 24 marzo 2004 n. 5941, in *Foro Amm. C.d.S.* 2004, 683 e 1° aprile 2004 n. 6450, in *Foro Amm. C.d.S.* 2004, 1024; Cass. 11 giugno 2004 n. 11103, *ivi* 2004, 1611, che postula la differenza tra vizi dell'aggiudicazione comportanti nullità e rilevabili d'ufficio e vizi comportanti l'annullamento su deduzione dell'amministrazione; Cass., S.U., 19 gennaio 2007 n. 1142, *ivi* 2007, 1129, che però si riferisce agli effetti di una procedura annullata in autotutela.
- (401) – Cass., 26 maggio 2006 n. 12629, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 2470 e Cass., Sez. I, 27 marzo 2007 n. 7481, *ivi* 2007, 1398.
- (402) – TAR Lazio 10 dicembre 2007 n. 12769, in *www.appalticontratti.it*.
- (403) – Cons. St., Sez. IV, 23 febbraio 2005, 657, in *Riv. amm. app.* 2005, 80; TAR Milano, Sez. I, 8 maggio 2008 n. 1380, in *www.appalticontratti.it*.
- (404) – CGE 18 luglio 2007 C- 503/2004, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 198, secondo cui la direttiva autorizza gli Stati a mantenere gli effetti del contratto (punto 33).
- (405) – CGE 4 dicembre 2003 C- 448/01, in *Foro Amm.* 2003, 3505.
- (406) – CGE 18 luglio 2007 C- 503/2004, cit., con commento di D'Angelo, *L'obbligo di risoluzione del contratto d'appalto anticomunitario nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, *ivi* 2702.
- (407) – TAR Marche, Sez. I, 30 novembre 2009 n. 1427, in *Foro Amm. TAR* 2009, 3125.
- (408) – Cons. St., Sez. V, 13 novembre 2002 n. 6281, in *Foro Amm. C.d.S.* 2002, 2898 e Sez. IV, 27 ottobre 2003 n. 6616, *ivi* 2003, 2949; TAR Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002 n. 3177, in *Foro Amm.* 2002, 2580 e TAR Bari, Sez. I, 28 gennaio 2003 n. 394, *ivi* 2003, 266.
- (409) – Cass., S.U., 28 dicembre 2007 n. 11465, in *www.appalticontratti.it*.
- (410) – Cass., S.U., 10 giugno 2005 n. 12195, in *Giur. it.* 2005, 2400 3 1 28 giugno 2005 n. 13831, in questa *Rivista* 2005, 5, II, 189.
- (411) – Cass., S.U., 19 dicembre 2007 n. 26725, in *Corr. giur.* 2008, 223.
- (412) – La Corte di Cassazione ha censurato la pronuncia Cons. St. Sez. V, 28 settembre 2005 n. 5196, in *Giur. it.* 2006, III, 613, la quale non condividendo la declaratoria di nullità del contratto pronunciata dal TAR, aveva ritenuto l'inefficacia una conseguenza necessaria dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudica Santoro, *Il danno da atto vantaggioso, l'autonomia dell'azione di risarcimento e la decorrenza della prescrizione*, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 12, 3452 Cons. St., A. P., 9 febbraio 2006 n. 2, cit.
- (413) – Cass., S.U., 31 marzo 2005 n. 6743, in *App. edil. urb.* 2006, 17; Cass. S.U., 12 marzo 2004 n. 5179, in *Foro Amm. C.d.S.* 2004, 667.
- (414) – La stazione appaltante aveva dedotto, nel caso, la insussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo a pronunciarsi sull'annullamento dell'aggiudicazione in caso di integrale esecuzione del contratto; la Corte richiama anche la propria pronuncia in materia di appalti di servizi n. 24668/2007, in corso.
- (415) – Cass., S.U., 23 aprile 2008 n. 10443, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 1063, su una procedura della RAI.
- (416) – TAR Milano, Sez. I, 21 febbraio 2007 n. 335, in *www.giustizia.amministrativa.it*.
- (417) – TAR Umbria 15 gennaio 2009 n. 7, in *Foro Amm.* 2009, 86.
- (418) – Cons. St., Sez. V, 9 giugno 2009 n. 3531, in *Foro Amm. C.d.S.* 2009, 1465.
- (419) – Cons. St., Sez. VI, 25 settembre 2007 n. 4956, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 254, con riferimento ad un contratto attivo per il quale non è attribuita la giurisdizione esclusiva; TAR Basilicata, 30 aprile 2008 n. 136, in *Foro Amm.* 2008, 1145; TAR Liguria, Sez. II, 24 aprile 2008 n. 760, *ivi* 2008, 984; TAR Catania, Sez. IV, 3 maggio 2008 n. 724, in *www.appalticontratti.it*; TAR Bolzano 16 maggio 2008 n. 178, *ivi* e 5 giugno 2008 n. 199, *ivi*; TAR Milano, Sez. I, 8 maggio 2008 n. 1380, in *www.appalticontratti.it*; TAR Lazio, Sez. I bis, 8 luglio 2009 n. 6681, in *www.appalticontratti.it*.
- (420) – Cons. St., Sez. VI, 15 gennaio 2008 n. 213, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 147.
- (421) – Cass., S.U., 1° giugno 2006 n. 13028, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 2728, in materia di attività edilizia.
- (422) – TAR Lazio Sez. III ter, 8 novembre 2007 n. 10990, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 3490.
- (423) – Cons. St., Sez. V, 28 marzo 2008 n. 1328, in *www.appalticontratti.it*; TAR Milano, Sez. I, 8 maggio 2008 n. 1370, in *Guida diritto* 2008, 21, 74, riconosce al giudice amministrativo il potere di cognizione incidentale sulla caducazione del contratto.
- (424) – TAR Liguria, Sez. II, 24 aprile 2009 n. 862, in *Foro Amm.* 2009, 1060.
- (425) – Cass., S.U., 10 febbraio 2010 n. 2906, in *www.appalticontratti.it*
- (426) – Cons. St., A. P., 30 luglio 2008 n. 9, in *Foro Amm.* 2008, 2027.
- (427) – Cons. St., Sez. V, 14 marzo 2004 n. 1280, in *Foro Amm. C.d.S.* 2004, 825.
- (428) – Cass., Sez. I, 15 aprile 2008, n. 9906, in *Foro it.* 2008, I, 3616.
- (429) – Cons. St., Sez. V, 19 maggio 2009 n. 3070, in *Foro Amm. C.d.S.* 2009, 1386. Santoro P., *La caducazione del contratto per invalidità derivata ed il giudizio di ottemperanza*, in *Riv. trim. app.* 2009, 5.
- (430) – Cons. St., Sez. V, 19 maggio 2009 n. 3070, cit.; TAR Toscana, Sez. II, 30 settembre 2009 n. 1490, in *www.appalticontratti.it*.
- (431) – Cons. St., A. P., 21 novembre 2008 n. 12, in *Foro Amm. C.d.S.* 2008, 2964.
- (432) – TAR Molise 9 aprile 2009 n. 117, in *Riv. giur. Molise Sannio* 2009, 1, 45, con commento di Santoro E., *Annullamento dell'aggiudicazione, impossibilità di rinnovo della gara e risarcimento del danno*, *ivi* 46.
- (433) – A tali principi si richiama una recente decisione di non manifesta infondatezza del regolamento preventivo di giurisdizione, cfr. TAR Lazio; Sez. II, quater, 29 maggio 2008 n. 675, in corso. Santoro, *La caducazione automatica del contratto per invalidità derivata ed il giudizio di ottemperanza*, cit.; id *La nuova direttiva ricorsi 2000/66/CE nella materia degli appalti pubblici ed i probabili effetti sul sistema di giustizia nazionale*, in questa *Rivista* 2008, 1, II, 231.
- (434) – Cons. St., Sez. VI 21 maggio 2009 n. 3146, in *Foro Amm. C.d.S.* 2009, 1368.

- (435) – Cass. S.U., 13 giugno 2006 n. 13659, in *Resp. civ. prev.* 2006, 1259 e 15 giugno 2006 n. 13660, *ivi* 1269; Cass., S.U., 13 giugno 2006 n. 13611, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 1359. Santoro, *Il danno da atto vantaggioso, l'autonomia dell'azione di risarcimento e la decorrenza della prescrizione*, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 12, 3452.
- (436) – Cons. St., A. P., 22 ottobre 2007 n. 12, *cit.*; Cons. St., A. P., 26 marzo 2003 n. 4, in *Foro Amm. C.d.S.* 2003, 877, con commento di Cirillo, *L'annullamento dell'atto amministrativo e il giudizio sull'antigiuridicità ingiusta derivanti dall'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa*, *ivi* 885. Ribadiscono la pregiudiziale: Cons. St., Sez. IV, 8 maggio 2007 n. 2136, *ivi* 2007, 1425 e Sez. V, 12 luglio 2007 n. 3922, *ivi* 2007, 2222.
- (437) – Nella relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario per il 2007 il Presidente Schinaia aveva sottolineato come il giudice amministrativo non fosse più il giudice del solo annullamento, e che non avrebbe mancato di utilizzare a pieno tutte le tecniche di tutela che gli sono state messe a disposizione dal legislatore (dalla tecnica risarcitoria a quella di accertamento) per somministrare un servizio coerente con gli standard comunitari e con gli imperativi costituzionali.
- (438) – Avevano ritenuto superata la pregiudizialità: Cons. St., Sez., V, 21 giugno 2007 n. 3321, in www.giustizia.amministrativa.it; Cons. St., Sez. V, 31 maggio 2007 n. 2822, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 1532, secondo cui il rimedio risarcitorio postula non la disapplicazione ma l'efficacia dell'atto illegittimo ed il fatto che l'amministrazione non lo abbia ritirato; Cons. St., Sez., V, 24 luglio 2007 n. 4136, *ivi* 2007, 2226, con riferimento ad una ipotesi di trasposizione di ricorso straordinario in sede giurisdizionale; secondo una tesi di compromesso la pregiudiziale opererebbe unicamente laddove la domanda risarcitoria abbia ad oggetto la lesione di interessi legittimi, cfr. TAR Bari, Sez., I, 6 giugno 2007 n. 1469, in *Foro Amm.* 2007, 2178 e Sez. III, 9 febbraio 2007 n. 404, *ivi* 696.
- (439) – Sandulli, M. A., *Considerazioni conclusive all'incontro di studio del 19 marzo 2007 presso la Università di Roma 3, su il ruolo del giudice. Le magistrature Supreme*, in *Foro Amm. suppl. n. 7 /2007*, 139.
- (440) – Ad esempio in caso di annullamento della procedura di gara con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa solo all'esito della rinnovata procedura potrà verificarsi se ed in quale misura spetti il risarcimento: cfr. Cons. St., Sez., IV, 15 febbraio 2005 n. 478, in *Giust. civ.* 2006, 706; TAR Lazio, Sez. II bis, 18 gennaio 2006 n. 344, in *Foro Amm.* 2006, 168; TAR Liguria, Sez. II, 5 luglio 2007 n. 1314, *ivi* 2007, 2329.
- (441) – Cons. St., A. P., 9 febbraio 2006 n. 2, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 367; Cons. St., Sez. V, 25 luglio 2006 n. 4639, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 2193, 1° luglio 2005 n. 3679, in *Urb. app.* 2005, 69 e 2 settembre 2005 n. 4461, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 2596; TAR Liguria, Sez. I, 21 aprile 2006 n. 391, in *Foro Amm.* 2006, 1278; TAR L'Aquila, 14 settembre 2007 n. 554, *ivi* 2007, 2820; TAR Lecce 18 luglio 2002 n. 3401, *ivi* 2002, 3752, con commento di Mari, *Sulla decorrenza della prescrizione del diritto al risarcimento per illegittimo esercizio di funzioni amministrative e sul risarcimento del danno da ritardo*.
- (442) – TAR Napoli, Sez. I, 5 giugno 2007 n. 5992, in *Foro Amm.* 2007, 2120, TAR Latina 18 maggio 2007 n. 379, *ivi* 2007, 1727; TAR Piemonte, Sez. II, 19 febbraio 2007 n. 709, *ivi* 2007, 396; Cons. St., Sez. V, 31 maggio 2007 n. 2822, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 1824.
- (443) – Sandulli, M. A., *op. cit.*
- (444) – Cons. St., Sez., IV, 29 8 luglio 2005 n. 4008, in *Foro Amm. C.d.S.* 2005, 2157.
- (445) – TAR Bari, Sez., I, 24 ottobre 2006 n. 3786, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 3960.
- (446) – Cass., S.U., 23 dicembre 2008 n. 30254, in *Foro it.* 2009, I, 731 e Cass., S.U., 13 giugno 2006 n. 13659, *ivi* 2007, I, 3181.
- (447) – Cass., S.U., 23 dicembre 2008 n. 30254, *cit.*
- (448) – TAR Milano, Sez. III, 19 novembre 2008 n. 5456, in www.appaltiecontratti.it.
- (449) – TAR Lazio, Sez. II bis, 4 aprile 2006 n. 2331, in *Foro Amm.* 2006, 1375.
- (450) – TAR Trento, 30 settembre 2004 n. 423, in *Foro Amm.* 2004, 2476.
- (451) – Cons. St., Sez., V, 18 gennaio 2006 n. 126, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 168 e 6 febbraio 2007 n. 478, *ivi* 2006, 525; TAR Bari, Sez. II, 20 luglio 2006 n. 2953, *ivi* 2006, 2633, TAR Catania, Sez., IV, 21 giugno 2007 n. 1135, *ivi* 2007, 2229. Santoro E. e P., *Il risarcimento della perdita di chance e delle occasioni perdute negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. app.* 2007, 3, 803.
- (452) – TAR Perugia, 12 maggio 2003 n. 336, in *Foro Amm.* 2003, 1624 e TAR Sardegna, Sez. II, 16 febbraio 2006 n. 231, *ivi* 768 nella procedura esplorativa.
- (453) – TAR Veneto, Sez. II, 31 luglio 2006 n. 2221, in *Foro Amm.* 2006, 2370; TAR Lazio, Sez. I, 7 ottobre 2004 n. 10444, *ivi* 2989 e Sez. II ter, 24 gennaio 2007 n. 492, *ivi* 2007, 131; Cons. St., Sez. V, 11 febbraio 2005 n. 381, in *Foro Amm. C.d.S.* 2005, 437.
- (454) – Cons. St., Sez. V, 6 dicembre 2007 n. 6282, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 3439.
- (455) – Cass., S.U., 12 marzo 2004 n. 5106, in *Foro Amm. C.d.S.* 2005, 663.
- (456) – Cons. St., Sez. VI, 23 giugno 2006 n. 3981, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 1919; in senso contrario, per la inestensibilità del precetto costituzionale: TAR Bari, Sez. II 18 luglio 2002 n. 3404, in *Foro Amm.* 2002, 2666; TAR Friuli, 26 luglio 1999 n. 903, in TAR 1999, 2943; Cons. St., Sez. VI, 5 agosto 2005 n. 4153, in *DeG* 2005, 39, 102.
- (457) – Cass., S.U., 13 giugno 2006 n. 13659 (punto 25), *cit.*
- (458) – Cass., S.U., 2 marzo 2006 n. 4591, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 1722.
- (459) – Cass. S.U., 15 aprile 2005 n. 7800/2005, in *Foro it.* 2006, 2, 529 (appalto di società privata); Cass.; S.U., 1° dicembre 2004 n. 22494, in *Giust. civ. mass.* 2004, f. 12 [procedura concorsuale nei confronti fondazione lirica di diritto privato]; Cass., S.U., 9 febbraio 2005 n. 2560, in *Giust. civ. mass.* 2005, f. 2 (inammissibilità regolamento di giurisdizione su questioni di diritto soggettivo tra privati).
- (460) – Santoro, *Fatto dannoso amministrativo, responsabilità dell'apparato e responsabilità personale dei funzionari pubblici. Concentrazione e separazione dei giudizi*, in *Riv. trim. app.* 2007, 899; Santoro, *l'Illecito contabile, Santarcangelo* 2006, 59.
- (461) – Cass., S.U., 15 luglio 1988 n. 4634, in questa *Rivista* 1988, 236, 22 dicembre 1999 n. 933, in *Giust. civ. mass.* 1999, 2606 e 4 dicembre 2001 n. 15288, in *Giust. civ.* 2002, 40; unica eccezione è l'azione di rivalsa contro i magistrati per i danni ingiusti da attività giudiziaria che è proponibile innanzi al tribunale ordinario [art. 8 L. n. 117/1988].
- (462) – Corte cost. 27 aprile 2007 n. 140, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 1109.
- (463) – Cass., S.U., 15 giugno 2006 n. 13911, *cit.*, che nega la stessa configurabilità di una pregiudiziale in senso tecnico che si poneva quando era necessario attendere l'annullamento per riaprire il dato arrecato per il sacrificio situazioni di diritto degradate ad interesse; l'inoppugnabilità riguarda la tutela degli interessi legittimi e non quella dei diritti soggettivi, cfr. Cass. 15 febbraio 2007 n. 3390, *ivi* 2007, 1373.

(464) – Cons. St., A. P., 9 febbraio 2006 n. 2, cit.; Cons. St., Sez. V, 1° luglio 2005 n. 3679, in *Urb. App.* 2005, 69 e 2 settembre 2005 n. 4461, in *Foro Amm. C.d.S.* 2005, 2596 e 31 dicembre 2007 n. 6837, *ivi* 2007, 3471.

(465) – Santoro, *Il danno da atto vantaggioso, l'autonomia dell'azione di risarcimento e la decorrenza della prescrizione*, in *Foro Amm. C.d.S.* 2006, 12, 3452.

(466) – Cass., S.U., 8 aprile 2008 n. 9040, in corso, che rinnega quanto affermato da Cass., S.U., 21 luglio 1999 n. 483, in *Foro it.* 1999, I, 3527.

(467) – De Lise, *La pienezza della tutela del cittadino come obiettivo "condiviso" delle magistrature supreme*, in *atti, Incontro di studio del 19 maggio 2007 presso la Università di Roma 3*, cit., 103.

(468) – CGE 12 dicembre 2003 2 C- 470/99, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 3099.

(469) – Corte cost. 12 marzo 2007 n. 77, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 753; CGA 12 aprile 2007 n. 272, in *Foro Amm. C.d.S.* 2007, 1274, con commento di Corsaro, *La rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione, la translatio iudicii e la Corte cost. n. 77 del 2007*.

(470) – Cass., S.U., 22 febbraio 2007 n. 4109, in *Guida diritto* 2007, 13, 94.

(471) – Cass., S.U., 9 ottobre 2008 n. 24883, in www.cortecassazione.it.

(472) – Cass., S.U., 6 maggio 2002 n. 6487, in *Giust. civ. mass.* 2002, 772; Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2005 n. 27, in *DeG* 2005, 8, 95.