

Quaderni del Consiglio di Stato



*La giustizia amministrativa
ai tempi di Santi Romano
presidente del Consiglio di Stato*

G. Giappichelli Editore – Torino

Roberto Cavallo Perin *

Il riparto di giurisdizione

1. Nei quindici anni di presidenza di Santi Romano al Consiglio di Stato le decisioni di questo giudice e le sentenze delle sezioni unite della Cassazione in materia di giurisdizione sono numerose; solo quelle edite ammontano a circa quattrocento.

Un'analisi di dettaglio rivela ciò che all'epoca sono i diritti soggettivi che in concreto si riconoscono nei confronti delle pubbliche amministrazioni, in particolare verso i poteri pubblici; analisi minuziosa che investe ogni settore della vita civile e che le classificazioni di sintesi possono mortificare a vantaggio di una chiarezza espositiva. Nel timore si è scelto di rinviare la disamina ad una apposita trattazione scritta.

2. Il tema irrinunciabile del riparto di giurisdizione di quegli anni è offerto dalla vicenda che va sotto il nome di «Concordato Romano-D'Amelio», avvenuto nel 1930 e dai più conosciuta secondo le sintesi delle trattazioni di giustizia amministrativa che l'hanno resa nota¹.

* Professore Ordinario di diritto amministrativo nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Torino.

¹ Si precisa che un dissenso venne composto dal Consiglio di Stato e dalla Cassazione (rispettivamente Ad. plen. nn. 1 e 2 del 1930 e sez. un. 15 luglio 1930) in E. GUICCIARDI, *La Giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1957; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 1979, Il Mulino, Bologna, 155, nonché ancora nell'ed. 2002 a cura di E. Cardi e A. Nigro, 140; L. MAZZAROLLI, in *Diritto amministrativo*, a cura di Mazzarolli, Pericu, Romano, Roversi Monaco,

Già a fine '800 – con le sentenze della Cassazione del 1891 sul caso *Laurens*² relativa all'area dei provvedimenti e quella dello stesso giudice del 1897 sul caso *Trezza*³ in materia di contratti – fu definito il criterio di riparto tra la giurisdizione ordinaria e la competenza della quarta sezione del Consiglio di Stato nel requisito (congiunto) della *causa petendi* e del *petitum*.

Si racconta che la questione viene riaperta dalla V sezione del Consiglio di Stato, che alla fine degli anni venti, riprende la vecchia idea del *petitum* – che era stata adottata dalla Cassazione prima dei casi indicati – ed afferma perciò la giurisdizione amministrativa in ragione della sola domanda di annullamento dell'atto amministrativo. Il Concordato «Romano-D'Amelio» avrebbe così consentito al primo di ottenere la sanzione delle sezioni unite della Cassazione a favore del precedente criterio di riparto (*petitum* e *causa petendi*) e ricondurre – per così dire – nei ranghi la propria V sezione.

Il Concordato è ricordato con le due decisioni dell'Adunanza

Scoca, ed. Monduzzi, Bologna, 2001, 1848 e nota 14; non indicano l'Ad. plen. n. 2 del 1930, ma solo la n. 1: V. CALANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Utet, Torino, 1979, 171-172 e E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1999, 621-622; segnala semplicemente una concordia sul riparto di giurisdizione nella «giurisprudenza a partire dagli anni '30»: A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2002, 107; da ultimo: A. ZITO, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Giappichelli, Torino, 2003, 91.

² Cass., sez. un., 24 giugno 1891, *Laurens ric.*, in *Giur. it.*, 1891, I, III, 181 e in *Foro it.*, 1891, I, 961 che afferma la giurisdizione del giudice ordinario sull'impugnazione di un agente di emigrazione, provvisto di patente, dell'atto governativo che vieta di procurare l'imbarco degli emigranti nei porti stranieri, poiché la patente ha creato un diritto soggettivo all'attività di impresa.

³ Cass., sez. un., 24 giugno 1897, *Ditta Trezza c. Caterini, Ruocco e altri*, in *Foro it.*, 1897, I, 1363 che afferma la giurisdizione del giudice ordinario sul ricorso d'impugnazione del decreto prefettizio di esecutorietà di un contratto di appalto di dazio consumo, proposto al chiaro fine (*causa petendi*) di ottenere l'annullamento del contratto; ma si vedano sempre per la giurisdizione ordinaria: Cass., sez. un., 12 luglio 1898, *Schupfer c. Ministero dei lavori pubblici*, in *Giur. it.*, 1898, I, I, 980, poiché la *causa petendi* è risolvere con l'impugnazione il vincolo contrattuale già intercorso tra l'amministrazione pubblica e l'aggiudicatario; Cass., sez. un., 21 luglio 1898, *Errante e Virgilio c. Comune di Marsala*, in *Giur. it.*, 1898, I, I, 954, sulla domanda di annullamento del regio decreto di autorizzazione a concludere un appalto di dazio consumo, perché la controversia verte sulla validità ed efficacia del contratto.

plenaria nn. 1 e 2 del Consiglio di Stato, entrambe del 14 giugno 1930 (la n. 2 tuttavia l'ho trovata edita anche con la data del successivo 28 giugno). Il primo caso è fornito dalla Società anonima Terme Stabiane⁴, il secondo è invece noto per il ricorrente «Possenti»⁵. Le due decisioni dell'Adunanza plenaria in materia di contratti della pubblica amministrazione riaffermano l'indirizzo del discrimine di giurisdizione in ragione del «*petitum* e della *causa petendi*».

Nella comune rappresentazione costituisce prova del «Concordato» ricordare due decisioni dell'Adunanza plenaria (nn. 1 e 2 del 1930) confermate – a distanza di solo un mese – dalle sezioni unite della Cassazione (15 luglio del 1930, Società Nazionale Ferrovie e Tramvie)⁶. Si tratta di una rappresentazione forte, sia perché le tre pronunce riaffermano tutte il criterio di riparto di giurisdizione sulla base della domanda (*petitum*) e della natura della controversia (*causa petendi*), sia perché la Cassazione censura proprio una decisione della «ribelle» V sezione del Consiglio di Stato, che aveva ritenuto la propria competenza in ragione della sola domanda di annullamento⁷.

Forse meno nota è la vicenda successiva delle due citate decisioni dell'Adunanza plenaria nn. 1 e 2 del 1930, le quali vengono entrambe annullate l'anno successivo dalle stesse sezioni unite della Corte di Cassazione, non per mettere in discussione il criterio enunciato dal «Concordato», ma per precisare – con tono indi-

⁴ Cons. Stato, Ad. plen., 14 giugno 1930, n. 1, *Società anonima Terme Stabiane c. Comune di Castellammare di Stabia e a.*, in *Giur. it.*, 1930, III, 149, e in *Foro it.*, 1930, III, 169.

⁵ Cons. Stato, Ad. plen., 28 giugno 1930, n. 2, *Possenti c. Ministero dell'interno e amministrazione provinciale di Roma*, in *Foro it.*, 1931, III, 9, e in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1930, II, 513.

⁶ Cass., sez. un., 15 luglio 1930, n. 2680, *Società Naz. Ferrovie e tramvie c. Ministero delle Comunicazioni*, in *Giur. it.*, 1930, I, 1, 964 e in *Foro it.*, 1930, I, 1146 (che in epigrafe indica erroneamente come denunciata la sez. IV, 10 maggio 1929, che è invece rettammente indicata in nota come sez. V, ma vedi nota *infra*).

⁷ Cons. Stato, sez. V, 10 maggio 1929, in *Giur. it.*, 1929, III, 136, con nota di F. CAMMEO, *Ancora sul criterio distintivo della competenza del consiglio di Stato (nella giurisdizione non esclusiva) e dell'autorità giudiziaria*, *ivi*, 135.

spettito – che quanto concordato non era stato rettamente applicato proprio dalle due decisioni n. 1 e 2 del 1930 dell'Adunanza plenaria.

L'Adunanza plenaria aveva ritenuto – in applicazione del criterio del *petitum* e della *causa petendi* – la propria competenza in entrambe le decisioni nn. 1 e 2 del 1930: le sezioni unite con sentenza 25 novembre 1931⁸ annullano la prima (n. 1) e con altra del 30 novembre del 1931⁹ la seconda; entrambe negando la competenza del giudice amministrativo ritenuta dall'Adunanza plenaria ed affermano invece la giurisdizione del giudice ordinario.

Per comprendere il conflitto è necessario cercare di seguire le argomentazioni utilizzate in almeno uno dei due casi, per tentare di comprendere in cosa si distingue l'interpretazione del «Concordato» con riferimento ad uno stesso caso deciso in modo difforme dai due collegi, seppure dichiarando di dare applicazione ad uno stesso criterio di riparto di giurisdizione.

3. Il caso delle Terme Stabiane è semplice: si tratta dell'impugnazione di un annullamento governativo del visto di esecutorietà di un contratto, emanato con decreto reale ai sensi dell'allora vigente art. 114 del r.d. 30 dicembre 1923, n. 2839 (poi riformulato nel più noto r.d. 3 marzo 1934, n. 383, art. 6), poiché il Governo aveva accertato che il Comune di Castellammare di Stabia aveva stipulato un contratto a trattativa privata, senza previa autorizzazione prefettizia e addirittura modificando il capitolato delle opere senza la previa approvazione della G.P.A. e senza – ovviamente – il previo parere del Consiglio di Prefettura.

L'Adunanza plenaria, nel ritenere di dare applicazione al principio del *petitum* sostanziale, afferma che, trattandosi di verificare la legittimità dell'atto amministrativo di annullamento (decreto governativo), vi è giurisdizione amministrativa di legittimità, quindi,

⁸ Cass., sez. un., 25 novembre 1931, *Società anonima Terme Stabiane c. Ministero dell'Interno*, in *Giur. it.*, 1932, I, 1, 33.

⁹ Cass., sez. un., 30 novembre 1931, *Possenti c. Provincia di Roma e Ministero dell'Interno*, in *Giur. it.*, 1932, I, 1, 33.

ritenuta la propria «competenza», respinge il ricorso nel merito per gli indicati vizi di violazione di legge (mancanza di autorizzazione prefettizia; modifica di capitolato senza approvazione G.P.A. e senza il parere del Consiglio di Prefettura).

Il ricorso alle sezioni unite della Cassazione, presentato dalla Società Anonima Terme Stabiane, determina l'annullamento della decisione del Consiglio di Stato (Ad. plen. 14 giugno 1930, n. 1) e la devoluzione della controversia alla giurisdizione del giudice ordinario. Il ragionamento, si è detto un po' seccato delle sezioni unite, è che a seguito della stipulazione di un contratto, già munito del visto di esecutorietà, la Società ricorrente diventa titolare di diritto soggettivo, con conseguente radicamento della giurisdizione del giudice ordinario¹⁰.

La circostanza che l'Adunanza plenaria ritenga la propria «competenza» poiché la controversia ha ad oggetto la legittimità dell'annullamento governativo diventa per la Cassazione una vera «petizione di principio», perché, in realtà, «valutare della legittimità del regio decreto di annullamento governativo significa andare a valutare della legittimità della manifestazione di volontà che ha portato alla conclusione del contratto», dunque della fondatezza di un diritto soggettivo sorto da tale contratto.

Purtroppo non è stato possibile rintracciare l'esito finale della controversia avanti al giudice ordinario, né, provenendo dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la Cassazione è andata oltre i motivi di giurisdizione, sicché non risulta enunciato il principio di diritto cui deve attenersi il giudice di merito.

Nell'intorno è stato tuttavia facile trovare risolta la stessa questione in altra sentenza (Cass., sez. un., 28 giugno 1932, *Comune di Caserta c. Ricciardi*)¹¹ avente ad oggetto una transazione tra un comune e una società privata, con contratto già stipulato e munito del visto di «esecutorietà», il quale ultimo è stato poi annulla-

¹⁰ Con soluzione che riprende la giurisprudenza impostasi sin dalla fine ottocento con il caso Trezza (Cass., sez. un., 24 giugno 1897, *Ditta Trezza c. Caterini, Ruocco e altri*, cit.) e le altre sentenze dello stesso giudice citate *supra* alla nota 3.

¹¹ Cass., sez. un., 28 giugno 1932, *Comune Caserta c. Ricciardi*, in *Foro amm.*, 1932, II, 279.

to dal decreto governativo per «violazione di precise disposizioni di legge».

La Cassazione si trova a verificare il giudizio della Corte d'appello di Napoli che aveva – per così dire – seguito puntualmente quanto affermato dalla precedente sentenza della Cassazione sulle Terme Stabiane (Cass., sez. un., 25 novembre 1931)¹², di cui si è sinora trattato. Il privato con atto di citazione si era rivolto al giudice ordinario chiedendo l'adempimento contrattuale della transazione. La Corte d'appello, ritenuta in via incidentale l'illegittimità del decreto reale, aveva condannato la pubblica amministrazione al pagamento di una somma di denaro in esecuzione della transazione il cui oggetto era una revisione prezzi (non certo un *facere* infungibile).

Ci si aspetta una conferma del precedente (25 e 30 novembre 1931) ed invece la Cassazione annulla la sentenza della troppo diligente Corte d'appello di Napoli, con rinvio ad altra sezione, enunciando il principio di diritto cui la stessa deve attenersi, che pare sorretto da argomentazioni di difficile lettura e da cui scaturisce l'inaspettata conclusione.

Confermata la giurisdizione ordinaria, le sezioni unite (28 giugno 1932, cit.) ammettono la possibilità di una condanna al pagamento di una somma di danaro, ma negano che ciò possa avvenire a titolo contrattuale, poiché il decreto reale di annullamento del visto di esecutorietà è atto giuridico ineludibile e non tenerne conto significa violare l'art. 4, della l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E, poiché equivale, in quel caso, pervenire a «revocarlo o modificarlo»¹³.

Senonché negare che dal contratto sorga l'azione di adempimento contrattuale, perché il decreto di annullamento governativo del visto di «esecutorietà» ha reso inefficace – *ex tunc* – la transazione già stipulata (*a fortiori* se avesse annullato la manifestazione di volontà dell'amministrazione volta a concludere il con-

¹² Vedi *supra* nota n. 7 e 8.

¹³ La autolimitazione del giudice ordinario è fatto noto; tra i più recenti manuali sintetizza bene la questione C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, 2001, 25.

tratto), significa perdere altra volta la prospettazione del diritto soggettivo su cui si era fondata la giurisdizione ordinaria; più precisamente significa infirmare l'argomento con il quale la precedente sentenza della Cassazione (25 novembre 1931)¹⁴ aveva annullato la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 1930.

Negando il diritto soggettivo di credito di fonte contrattuale (perché la transazione è inefficace, perché è impossibile per il giudice ordinario non considerare l'annullamento governativo senza violare l'art. 4 della legge del 1865), si ripropone dunque la «questione» sulla giurisdizione, o più precisamente – volendosi mantenere fermo il dispositivo della sentenza – si riapre l'indagine intorno alle ragioni giuridiche che consentono di sorreggere la decisione assunta, poiché appare inevitabile chiedersi di quale «diritto civile o politico» sia stata «fatta questione» nel caso proposto con la domanda di adempimento della transazione.

La Cassazione pare liberarsi agevolmente della questione: l'attore ha agito chiedendo il risarcimento dei danni per inadempimento (impedito dall'annullamento governativo), «ma poiché, una domanda di danni era stata proposta, la corte di appello avrebbe dovuto prenderla in considerazione sotto» il diverso profilo «di una asserita illegittimità dell'atto amministrativo di annullamento».

È richiamata la regola generale di risarcimento dei danni conseguenti all'emanazione di atti amministrativi illegittimi, che incidono su posizioni di diritto soggettivo, siano essi relativi (di credito) o assoluti (proprietà, ecc.), in tutti i casi con riferimento a diritti soggettivi preesistenti all'emanazione del provvedimento ritenuto illegittimo¹⁵.

¹⁴ Vedi *supra*, nota 8.

¹⁵ Per tutte si vedano all'epoca: Cass., sez. un., 6 maggio 1929, *Cantone c. Min. Pubblica Istruzione*, in *Giur. it.*, 1929, I, 1, 760; Cass., sez. un., 8 aprile 1929, *Nicosia-Fallica c. Prov. di Catania*, in *Foro it.*, 1929, I, 487; Cass., sez. un., 27 luglio 1929, *Comune di Modena c. Ditta Orsi*, in *Foro amm.*, 1929, II, 256; Cass., sez. un., 24 aprile 1930, *Prov. di Bari c. Frisini e Comune di Casamassima*, in *Nuova riv. app.*, 1930, 390; Cons. Stato, sez. IV, 17 maggio 1930, 169, *Soc. an. Brioschi per imprese elettriche c. Prefetto di Milano e Azienda au-*

Senonché un diritto di credito può ritenersi sorto in quanto si ammetta che l'efficacia del contratto non è impedita nel caso in esame dall'annullamento governativo del visto di esecutorietà. Alternativamente una volta esclusa l'azione di risarcimento del danno per inadempimento contrattuale – e con ciò anche il diritto di credito che ne costituisce il fondamento di diritto sostanziale – appare difficile comprendere quale altro diritto soggettivo all'epoca sia stato preso in considerazione dalla Cassazione.

Oggi si può essere indotti a pensare ad un'anticipazione, di molti anni, di quella che poi è seguita come responsabilità precontrattuale¹⁶, come scorrettezza¹⁷; ma se questa è l'idea, che a distanza di anni è possibile ipotizzare, permane di interesse comprendere se di tale argomentazione la Cassazione avrebbe potuto rintracciare al tempo un convincente fondamento.

All'epoca non era stato ancora emanato il codice civile del 1942 ed i suoi articoli 1337 e 1338¹⁸; l'applicazione degli stessi negli anni successivi è stata limitata anche nei rapporti tra privati, verso i quali la Cassazione è preoccupata di tutelare anzitutto l'autonomia privata, che è considerata espressione della «libertà» degli individui¹⁹, le cui deroghe o eccezioni non possono non essere di

ton. della Strada, in *Foro amm.*, 1930, I, 1, 168; Cass., sez. un., 10 marzo 1930, *Fulci c. Busala e Comune di Messina*, in *Sett. Cass.*, 1930, 518; Cass. sez. un., 14 giugno 1930, *Min. Guerra c. Papurello*, in *Giur. it.*, 1930, I, 1, 1207.

¹⁶ Si vedano inoltre Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 1931, *Arnone c. Comune di Marineo*, in *Foro it.*, 1932, III, 205; Cass., sez. un., 3 giugno 1935, *Tinebra c. Franco*, in *Giur. it.*, 1935, I, 1, 827; Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 1936, *Faldrini c. Ministero dell'Interno e Prefetto di Sondrio*, in *Riv. amm.*, 1936, 347; Cons. di Stato, sez. V, 14 giugno del 1938, *Saladino c. Comune di Palermo*, in *Foro it.*, 1938, III, 276;

¹⁷ G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000, 19 e 304 s.

¹⁸ G. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, Torino, 1897, 101.

¹⁹ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360 s.; G. STOLFI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 1954, I, 1107; Salv. ROMANO, voce *Buona fede, Diritto privato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, vol. V, 682; M. FRAGALI, *Art. 1337, Commentario al codice civile*, diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi, Firenze, 1948, 369; R. SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquiliana; culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, II, 86.

stretta interpretazione (sul punto si veda anche l'art. 2932 c.c.). Appare difficile ipotizzare che nei confronti della pubblica amministrazione la Cassazione del Regno si mostri così intraprendente e cerchi più o meno convenientemente di affermare una responsabilità per scorrettezza nelle trattative; certo l'ipotesi è suggestiva, ma di difficile riscontro storico.

4. La questione offre tuttavia l'occasione per tentare di comprendere il seguito della vicenda che, come tutti sanno, confluisce nell'entrata in vigore dell'art. 6 del r. d. n. 383 del 1934, cit., in ordine alla quale vi sono state differenti interpretazioni²⁰.

Il decreto del '34 modifica l'enunciato dell'art. 114, del precedente r.d. n. 2839 del 1923, cit. (contro il decreto reale è dato il ricorso di legittimità, salvi i casi in cui secondo le leggi vigenti vi sia l'azione giudiziaria), stabilendo che «contro il decreto reale è sempre ammesso il ricorso per legittimità al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, ovvero il ricorso straordinario al Re» (r.d. n. 383 del 1934, cit, art. 6, comma 2).

La riformulazione, sicuramente introdotta come progetto alla sede consultiva, è da alcuni attribuita all'opera del Consiglio di Stato che avrebbe così influenzato una modificazione legislativa a favore della sua competenza. Ma quale operazione giuridica si sarebbe cercato di realizzare? Sicuramente spostare alla giurisdizione amministrativa quello che oggi consideriamo il sindacato sulla fase precontrattuale di scelta del contraente». Ma qual è l'effetto di sistema che oggettivamente si realizza?

Il persistente rispetto dell'autonomia privata, che nei confron-

²⁰ G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, 67; Id., *In tema di annullamento d'ufficio di atti amministrativi illegittimi*, in *Giur. compl. Cass.*, 1947, 1132; Id., *In tema di giurisdizione su atti di annullamento*, in *Foro amm.* 1956, II, 1, 89; E. TOSATO, *L'impugnativa del decreto reale di annullamento*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 48 s.; A.M. SANDULLI, *Spunti sul regime dei contratti di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1953, I, 1585; R. SANDULLI, *Sulla discriminazione delle competenze in tema di annullamento da parte del Governo di atti amministrativi, cui siano collegati diritti soggettivi*, in *Foro it.*, 1956, I, 573.

ti dell'amministrazione pubblica si fonde con il principio della «tripartizione dei poteri» – sanzionato con l'art. 4 della l. del 1865, n. 2248 all. E – che si trova ripetuto nelle sentenze della Cassazione dell'epoca, induce a pensare che il tentativo di affermare una responsabilità per atto illegittimo nella conduzione della gara e nell'emanazione degli atti che precedono e legittimano la stipulazione del contratto (che oggi diremmo responsabilità precontrattuale) – nel caso in esame enunciata ed in altri rigettata – porti a una soluzione che è nel sistema del tempo ritenuta senza esito.

Si afferma la giurisdizione sulla base di un diritto soggettivo che non c'è, perché nel conflitto degli interessi è preferita l'autonomia, cioè la libertà delle parti di sentirsi libere da ogni vincolo sino alla intervenuta stipulazione di un contratto (valido e produttivo di effetti).

L'art. 6, del r.d. n. 383 del 1934, cit. appare in tale ricostruzione come il tentativo di offrire una giurisdizione («è sempre ammesso il ricorso per legittimità al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale»), perché il rischio è l'assenza di ogni giurisdizione, ove la soluzione della Cassazione – di enucleare un diritto soggettivo che non si identifica con il diritto di credito all'adempimento (sorto da un contratto ormai concluso) – si rivela un'argomentazione per il tempo assai debole, che non pare trovare sostegno nelle allora vigenti disposizioni di diritto sostanziale.

Dire che è «sempre ammesso ricorso di legittimità al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale» significa offrire il rimedio della giurisdizione amministrativa, che è di annullamento, con la conseguenza nient'affatto trascurabile offerta dagli effetti costitutivi di tale dispositivo, che è al giudice ordinario precluso dall'art. 4 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E.

In tal senso l'art. 6 del r.d. n. 383 del 1934 si pone come la soluzione dello scontro-incontro tra Cassazione e Consiglio di Stato, l'esito ultimo del Concordato Romano-D'Amelio. Una chiusa del Concordato alla quale la Cassazione si adegua, forse consapevole della debolezza dell'argomentazione proposta, che appare una fuga in avanti nel «sistema» dell'ordinamento giuridico allora vigente.

5. Ancora una riflessione. L'analisi sulle pronunce del Concor-

dato Romano – D'Amelio rivela infine una coda sul riparto di giurisdizione che occorre sciogliere. Una volta accertato che non c'è un diritto soggettivo (perché non c'è un contratto, o il contratto non è efficace) l'assenza della giurisdizione del giudice ordinario ne è l'ovvia conseguenza, mentre non così immediato risulta radicare la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo. È noto che quest'ultima si impone in ragione della denuncia dei vizi di legittimità di un provvedimento autoritativo dell'amministrazione pubblica, *quindi* di una posizione di interesse legittimo del ricorrente, che si distingue dalla posizione sostanziale di diritto soggettivo che invece fonda la tutela avanti al giudice ordinario.

L'Adunanza plenaria (nn. 1 e 2 del 1930) tuttavia non utilizza affatto l'argomento della natura autoritativa del provvedimento emanato in esercizio del potere di annullamento governativo che avrebbe per così dire «affievolito» o più precisamente estinto il diritto di credito sorto dal contratto.

La sequenza logica dell'Adunanza plenaria non è riconducibile all'idea che una volta stipulato il contratto ed ottenuto il visto di esecutorietà è sorto dallo stesso un diritto di credito, sicché l'annullamento governativo si pone come manifestazione di un potere che – nell'interesse pubblico – va ad eliminare con effetto *ex tunc* la sua efficacia. Non si tratta infatti nei casi esaminati del potere governativo – o delegato – di diniego dell'approvazione dei contratti adottato per «gravi motivi di pubblico interesse pubblico o dello Stato ... anche se riconosciuti regolari» (r.d. 23 maggio 1924, n. 827, art. 113; cfr. anche il previgente r.d. 4 settembre 1870, n. 5852, art. 122).

Tutto il ragionamento dell'Adunanza plenaria è condotto sul filo della legittimità del procedimento con il quale l'amministrazione ha manifestato la sua volontà di conclusione del contratto: se è legittimo permane il contratto, se non è corretto difetta un contratto e non può dirsi da questo sorto il diritto di credito, con un sindacato, quindi, sulla validità del procedimento nel quale si è manifestata la volontà dell'amministrazione pubblica di addivenire alla stipulazione del contratto e al conseguente visto di esecutorietà.

Se la controversia ha ad oggetto il sindacato di legittimità sull'osservanza del procedimento di scelta del contraente e sull'atto conclusivo di deliberazione-legittimazione alla stipulazione del

contratto – sicché il sindacato ha ad oggetto atti che logicamente la precedono – correttamente l'Adunanza plenaria conclude che non si «fa questione di diritto civile o politico», dunque non c'è giurisdizione ordinaria. Non altrettanto evidente è tuttavia – da tali considerazioni – derivare senz'altro la giurisdizione amministrativa.

Infatti l'Adunanza plenaria n. 1 del 1930 – dopo avere ritenuto indiscusso nel caso all'esame il criterio del *petitum* di annullamento (del decreto governativo) chiesto dal ricorrente – rivolge l'analisi alla *causa petendi* ed osserva che per «quanto riguarda la natura della controversia, la competenza dell'autorità giudiziaria è senz'altro da ammettersi nei casi in cui si faccia questione di un diritto civile o politico e tale questione non sia pregiudiziale o incidentale ai termini dell'art. 28 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, delle leggi sul consiglio di Stato. Nel caso presente non si fa, però, alcuna questione relativa a diritti, e, quindi, è da ritenersi competente il consiglio di Stato».

«Ciò risulta chiaro ove si consideri che la Società ricorrente non afferma, né potrebbe affermare, alcun diritto relativo agli atti amministrativi (bando di concorso, deliberazioni del comune riflettenti un futuro contratto, visti ed approvazioni di tali deliberazioni) che il provvedimento impugnato ha annullato. Le questioni che si fanno in ordine alla legittimità di tali atti e, conseguentemente, al loro annullamento, prescindono tutte dalla considerazione di qualsiasi diritto della Società ricorrente».

«Diverso sarebbe il caso in cui si sostenesse che il decreto di annullamento fosse illegittimo perché lesivo di un diritto derivante da altro titolo e preesistente agli atti cui il decreto si riferisce. In tale ipotesi, le questioni sulla legittimità di questi atti e del loro annullamento si risolverebbero in questioni sul diritto di cui essi avrebbero dovuto tener conto ...».

L'affermazione di una competenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale pare dunque seguire naturalmente al disposto letterale dell'art. 26 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato n. 1054 del 1924.

In tale disposizione la giurisdizione amministrativa è configurata come residuale, cioè si afferma ogni qual volta «i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si

tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali» e sempreché – l'ha ricordato questa mattina il prof. Alberto Romano – i ricorsi medesimi abbiano ad oggetto un interesse individuale («o di enti morali giuridici»), ove l'interesse individuale – detto interesse legittimo – non è inevitabilmente una posizione sostanziale che si distingue dal diritto soggettivo, ma una «situazione legittimante al processo»²¹.

Nel caso esaminato dall'Adunanza plenaria è l'interesse individuale dello stipulante al mantenimento dell'efficacia del contratto, il cui visto è stato annullato; nel caso dell'impugnazione di chi non è stato aggiudicatario si afferma l'interesse individuale del partecipe alla gara, o alla trattativa privata, che vuole vedere nei suoi confronti esperita una legittima procedura amministrativa avente ad oggetto la stipulazione del contratto.

In tale configurazione diventa irrilevante pensare ad un provvedimento «autoritativo», perché è irrilevante pensare a una posizione di interesse legittimo come posizione sostanziale, di complemento al diritto soggettivo.

Certo si tratta di un ordine di ragionamenti che paiono ora superati dall'affermazione, che settant'anni or sono apparve claudicante, di un vero e proprio diritto soggettivo che spetta al ricorrente nella fase che precede la conclusione del contratto (trattative), con soluzione che è agevolata dalla recente istituzione di una giurisdizione esclusiva in materia, avanti alla quale è ora sicuramente proponibile un'azione «di risarcimento dei danni conseguenti all'emanazione di atti amministrativi illegittimi»²², con sindacato di legittimità su tali atti del giudice amministrativo, non importa ora se in via principale o incidentale.

²¹ A. ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 539, 514; ID., *I caratteri originari della giustizia amministrativa e la loro evoluzione*, in *Atti del Convegno celebrativo «Cento anni di giurisdizione amministrativa*, Torino, 10-12 novembre 1989, Jovene, Napoli, 1996, 71 s.; G.D. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 289; V. CAIANIELLO, *Lineamenti ...*, 169 in nota; E. TOSATO, *L'impugnativa del decreto reale di annullamento*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 48 s.

²² Cass., sez. un., 28 giugno 1932, *Comune Caserta c. Ricciardi*, cit.