

ISSN 2612-8047

Le Pagine de

AC

**L' AULA
CIVILE**

9 2019

settembre

IN QUESTO NUMERO:

ATTI DISCRIMINATORI DELLA PA E GIURISDIZIONE

LITISCONSORZIO E SOSPENSIONE NECESSARIA

TRUST E AZIONE REVOCATORIA

RECLAMO CONTRO I PROVVEDIMENTI CAUTELARI

PRESCRIZIONE DELLE RIMESSE SOLUTORIE

DIVIETO DI REVOCATIO REVOCATIONIS

IL PROCEDIMENTO DI RETTIFICAZIONE DEL SESSO

MEDIAZIONE E OPPOSIZIONE A DECRETO INGIUNTIVO


**MAGGIOLI
EDITORE**

Le Pagine de

AC | **L' AULA
CIVILE**

9 2019

settembre



IN QUESTO NUMERO:

ATTI DISCRIMINATORI DELLA PA E GIURISDIZIONE

LITISCONSORZIO E SOSPENSIONE NECESSARIA

TRUST E AZIONE REVOCATORIA

RECLAMO CONTRO I PROVVEDIMENTI CAUTELARI

PRESCRIZIONE DELLE RIMESSE SOLUTORIE

DIVIETO DI REVOCATIO REVOCATIONIS

IL PROCEDIMENTO DI RETTIFICAZIONE DEL SESSO

MEDIAZIONE E OPPOSIZIONE A DECRETO INGIUNTIVO

ME
MAGGIOLI
EDITORE

Comitato Scientifico

DIREZIONE:

Prof. Lupoi Michele Angelo

COMITATO DI DIREZIONE:

Bina Massimiliano
Bonatti Roberto
Cuomo Ulloa Francesca
D'alexandro Elena
Donzelli Romolo
Farina Marco
Ferrari Francesca
Ficcarelli Beatrice
Finocchiaro Giuseppe
Gamba Cinzia
Lombardi Rita
Marino Concetta
Noviello Daniela
Passanante Luca
Rota Fabio
Silvestri Caterina

COMITATO DI REDAZIONE:

Alemanno Roberto
Antonelli Alessio

Barbiani Stefano
Bernabei Guglielmo
Bonetti Dario
Briganti Elena
Caimi Emanuele
Casavola Andrea
Cazzato Edoardo Carlo
Cianciosi Beatrice
D'Addazio Alessia
Durello Laura
Galanti Lucilla
Ghinelli Gianni
Giardini Elisa
Hepaj Ermelinda
Laboragine Oriana
Manselli Maria Rosaria
Mazzei Martina
Mazzone Giorgio
Minardi Mirco
Molinaro Gabriele
Nascosi Alessandro
Orlando Sofia
Pailli Giacomo
Pasini Caterina
Petronzi Alessandro
Polinari Jacopo

Polizzi Mattia
Sponzilli Adriano
Tonelli Beatrice Irene
Villa Alberto
Zulberti Martino

ISSN 2612-8047

Tutti i diritti riservati È vietata la riproduzione, anche parziale, del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore.

Le opinioni espresse negli articoli appartengono ai singoli Autori, dei quali si rispetta la libertà di giudizio, lasciandoli responsabili dei loro scritti.

L'Autore garantisce la paternità dei contenuti inviati all'Editore manlevando quest'ultimo da ogni eventuale richiesta di risarcimento danni proveniente da terzi che dovessero rivendicare diritti su tali contenuti.

Maggioli S.p.a.

Azienda con sistema qualità certificato
ISO 9001:2008, iscritta al registro
operatori della comunicazione

Sommario

PROCEDURE DI INSOLVENZA E RISTRUTTURAZIONI

- 5** Procedure d'insolvenza e ristrutturazione: alcuni dati delle Corti
di Lucilla Galanti

ATTI DISCRIMINATORI DELLA PA E GIURISDIZIONE

- 8** Quale giudice e quale giustizia: lo straniero e il confine tra giurisdizione ordinaria e amministrativa
di Luca Galli

LITISCONSORZIO E SOSPENSIONE NECESSARIA

- 13** Litisconsorzio e sospensione necessaria del processo civile
di Francesco Martire

TRUST E AZIONE REVOCATORIA

- 18** Ancora una revocatoria di un atto di trust: quali certezze per i beneficiari?
di Ermelinda Hepaj

DEPOSITO DEL RICORSO PER CASSAZIONE

- 23** Il deposito del ricorso per cassazione: aspetti pratici
di Mirco Minardi

PRESCRIZIONE DELLE RIMESSE SOLUTORIE

- 28** Le Sezioni Unite sull'onere di allegazione relativo all'eccezione di prescrizione delle rimesse solutorie (Cass. civ., Sez. Unite, 13 giugno 2019 n. 15895)
di Martina Mazzei

DIVIETO DI *REVOCATIO REVOCATIONIS*

- 36** Il divieto di *revocatio revocationis* secondo il Consiglio di Stato: la differenza tra «è vietato» e «è severamente vietato»
di Jacopo Polinari

ESECUZIONE DELLA SENTENZA E SOSPENSIONE

- 40** La sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione della sentenza di primo grado impugnata, disamina dei presupposti e delle differenze nei vari riti (ordinario, lavoro, locatizio). Aspetti applicativi e novità giurisprudenziali
di Giulia Baruffaldi

RECLAMO CONTRO I PROVVEDIMENTI CAUTELARI

- 43** Le Sezioni Unite, nell'interesse della legge, affermano la reclamabilità ex art. 669-terdecies c.p.c. del provvedimento sospensivo reso dal giudice dell'opposizione all'esecuzione c.d. "preventiva" ai sensi dell'art. 615, primo comma (Cass., Sez. Unite, 23 luglio 2019, n. 19889)
di Marco Farina

COMPETENZA DEL TRIBUNALE DELLE IMPRESE

- 47** **Competenza del tribunale delle imprese prima e dopo la legge di riforma sugli appalti**
di Maria Rosaria Manselli

CENTRO DEGLI INTERESSI PRINCIPALI DEL DEBITORE

- 54** **Il centro degli interessi principali del debitore: dai regolamenti europei al nuovo Codice della crisi d'impresa**
di Gianni Ghinelli

RETTIFICAZIONE DEL SESSO

- 62** **Il procedimento di rettificazione del sesso**
di Beatrice Irene Tonelli

CONTENZIOSO APPALTI

- 68** **Illegittimità del bando indetto dal Comune per l'affidamento di servizi legali che non chiarisce l'attività in concreto da espletare. Commento**

alla recente sentenza del TAR Lazio, Sez. II Bis, sentenza 3 luglio 2019 n. 8730/2019
di Alessio Antonelli

ATTUAZIONE DELLE MISURE CAUTELARI

- 73** **L'impugnazione dei provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 669 duodecies c.p.c. Nota a Cass. Civ., Sez. II, 17 aprile 2019 n. 10758**
di Giorgio Mazzone

PRESUNZIONI E RAGIONAMENTO INFERENZIALE

- 77** **Presunzioni: il ragionamento inferenziale segue il procedere della regolarità causale**
di Mattia Polizzi

MEDIAZIONE E OPPOSIZIONE A DECRETO INGIUNTIVO

- 81** **Chi deve introdurre la mediazione nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo? La parola alle Sezioni Unite**
di Martina Mazzei

ATTI DISCRIMINATORI DELLA PA E GIURISDIZIONE

Quale giudice e quale giustizia: lo straniero e il confine tra giurisdizione ordinaria e amministrativa

di Luca Galli

3 settembre 2019

Sommario

1. Migrazioni e nomadismi
2. Lo straniero e il “nomadismo giurisdizionale”
3. Le condotte discriminatorie della pubblica amministrazione e la giurisdizione del giudice ordinario
4. Una pronuncia particolare
5. Conclusioni

1. Migrazioni e nomadismi

“Se è vero che un tempo tutti gli uomini sulla terra erano cacciatori-raccoglitori nomadi, perché a un certo punto qualcuno si è messo a coltivare la terra, divenendo dunque sedentario, e gettando le basi per la nascita di comunità stabili [archetipo dei futuri stati nazionali e dei relativi confini]?”.

Cercando una risposta a questa domanda Jared Diamond, nel suo “Armi, acciaio e malattie. Breve storia degli ultimi tredicimila anni” ha ricostruito quelle che, secondo lui, sono le ragioni alla base degli attuali squilibri che caratterizzano i rapporti tra gli stati “sviluppati” e le nazioni in via di sviluppo, base, a loro volta, dell’attuale fenomeno migratorio[1].

Se, dunque, quest’ultimo fenomeno è il contesto in cui si colloca la presente riflessione, il “nomadismo” qui in analisi è quello che, all’interno dello spazio figurato della giurisdizione nel nostro ordinamento, costringe gli stranieri, lesi dall’azione amministrativa, a varcare più volte la frastagliata linea di confine tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria, alla ricerca della necessaria possibilità di tutela. La domanda di Diamond, dunque, potrebbe essere così riformulata: se è vero che vi sono ordinamenti giuridici caratterizzati da un giudice unico per privati e pubbliche amministrazioni (capaci di garantire lo “stanzialismo” giurisdizionale), perché nel nostro ordinamento si è avvertita l’esi-

genza di optare per un sistema dualistico, caratterizzato da una frammentazione delle controversie tra giudice ordinario e giudice amministrativo (dando luogo al “nomadismo” giurisdizionale)? O, ancora, specificando l’interrogativo in relazione al più limitato argomento in analisi: qual è la ragione che giustifica la frammentazione delle tutele giurisdizionali dello straniero, che si ritiene leso dall’agire della pubblica amministrazione, fra giudice ordinario e giudice amministrativo, in un modo ancora più capillare di quanto non accada per i cittadini?

2. Lo straniero e il “nomadismo giurisdizionale”

La risposta, tanto in ambito storico-antropologico quanto in quello giuridico, è sempre la stessa: essa si riassume nella necessità di individuare quale sia la scelta più efficiente, sulla base delle caratteristiche del contesto in cui essa viene effettuata. Per questo, popolazioni nomadi sono sopravvissute per migliaia di anni alla “scoperta” dell’agricoltura e per questo, in ambito giurisdizionale, possono ammettersi ordinamenti dualistici o monistici, nonché ordinamenti in cui la materia migratoria è attribuita a un unico (es.: Francia) o a più giudici (es.: Italia)[2].

Del “nomadismo giurisdizionale” operante in relazione ai provvedimenti disciplinanti l’ingresso, la permanenza e l’al-

[1] J. Diamond, *Armi, acciaio e malattie*, Torino, 2014.

[2] *In materia di riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario nell’ordinamento francese, sia consentito il rinvio L. Galli, I diritti fondamentali e giudice amministrativo: uno sguardo oltre confine*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, pagg. 978 ss..

lontanamento dello straniero si è detto molto^[3], così come oggetto di ampie riflessioni dottrinali e giurisprudenziali sono state le inefficienze conseguenti dall'affidare a due giudici distinti la sorte di provvedimenti fra loro strettamente connessi (si pensi al ben noto caso del diniego di permesso di soggiorno, contestabile innanzi al giudice amministrativo, e alle ipotesi di espulsione prefettizia, aventi come presupposto il diniego del permesso ma ricadenti nella giurisdizione del giudice ordinario)^[4].

D'altronde, i rapporti dello straniero con l'amministrazione non si esauriscono nelle questioni legate all'accesso al territorio dello Stato, facendo così riemergere la problematica del confine tra le giurisdizioni durante tutto il suo soggiorno sul suolo italiano: si pensi, *ex pluribus*, alla necessità di accedere a una serie di prestazioni pubbliche indispensabili per il soddisfacimento dei c.d. "diritti fondamentali", riconosciuti dalla nostra Costituzione (così come dal diritto sovranazionale e internazionale) all'individuo non in quanto cittadino, ma in quanto essere umano, cui in ogni caso deve essere assicurata una qualità della vita accettabile^[5].

Da qui la scelta di concentrarsi sullo specifico aspetto della tutela a fronte di discriminazioni per motivi razziali, etni-

ci, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, perpetrate dalle pubbliche amministrazioni tramite provvedimenti amministrativi, ossia tramite l'esercizio dei propri poteri autoritativi.

3. Le condotte discriminatorie della pubblica amministrazione e la giurisdizione del giudice ordinario

Come noto, il testo unico sull'immigrazione ([d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286](#)) ha introdotto una disciplina *ad hoc* relativa al divieto di discriminazione (o, se si vuole, al diritto a non essere discriminati), introducendo un'altrettanto specifica azione contro la discriminazione^[6].

Esplicita è l'attribuzione delle controversie al giudice ordinario, anche quando la condotta discriminatoria sia riconducibile alla pubblica amministrazione. Da ciò, dunque, il summenzionato nomadismo: innanzi a un provvedimento amministrativo discriminatorio, infatti, lo straniero potrà chiedere l'annullamento al giudice amministrativo per i tradizionali vizi di legittimità, ma dovrà "spostarsi" innanzi al giudice ordinario per censurarne il carattere discriminatorio, così da ottenere le tutele previste in relazione all'azione speciale^[7]. Secondo la giurisprudenza maggioritaria, poi, il giudice or-

[3] Vedansi A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pagg. 816 ss.; F. Cortese e G. Pelacani (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, 2017, pagg. 447 ss.; S. D'antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allentamento dello straniero dal territorio dello stato italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pagg. 534 ss.. Per una ricostruzione ancora più ampia della disciplina, si rimanda a P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, pagg. 201 ss. e M. Savino, *Libertà degli stranieri*, Milano, 2012, pagg. 227 ss..

[4] In dottrina, G. Tropea, *Homo sacer?*, in *Dir. amm.*, 2008, pagg. 839 ss.; N. Vettori, *Doppia giurisdizione ed (in)effettività della tutela giurisdizionale dello straniero*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, pagg. 54 ss.; N. Zorzella, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status di migrante in termini di diritto soggettivo*, in *Dir. imm. citt.*, 2006, pagg. 27 ss.; G. Siriani, *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione dello straniero*, in *Dir. pubbl.*, 2000, pagg. 889 ss.. In giurisprudenza, vedansi in primo luogo le pronunce della Corte costituzionale sulla conformità a Costituzione dell'ipotesi di riparto in questione, C. cost., [18 dicembre 2001, n. 414](#) e Id., [22 giugno 2006, n. 240](#). Si vedano, poi, Cass., sez. I, [17 dicembre 2004, n. 23577](#); Id., sez. un., [18 ottobre 2005, n. 20125](#); Id., sez. un., [16 ottobre 2006, nn. 22217 e 22221](#); Id., sez. VI, ord. [4 settembre 2013, n. 20331](#); Id., ord. [22 giugno 2016, n. 12976](#).

[5] Riguardo all'estensione dei diritti fondamentali dell'uomo all'individuo in quanto tale e non in quanto cittadino, vedasi la giurisprudenza costituzionale indicata in G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale ed esperienze europee*, Napoli, 2007, pagg. 216 ss. e A. Pace, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2010, reperibile all'indirizzo <http://www.rivistaaic.it/dai-diritti-del-cittadino-ai-diritti-fondamentali-delluomo.html>. Vedansi anche, *ex pluribus*, S. Cassese, *I diritti sociali degli "altri"*, in *Riv. dir. sicurezza soc.*, 2015, pagg. 677 ss. e M. Immordino, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in *federalismi.it*, 19, 2014.

[6] [Art. 44 d.lgs. n. 286/1998](#): "Quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione". In materia, P. Adami, *L'azione civile anti-discriminazione ex art. 44 t.u. immigrazione*, in *Giur. merito*, 2013, pagg. 502B ss.. Per uno sul sistema di protezione vigente nel nostro ordinamento avverso le azioni discriminatorie, vedasi R. Donzelli, *Tutela contro le discriminazioni (dir. proc. civ.)*, in *Diritto on line - Treccani*, 2012, reperibile al seguente indirizzo [www.treccani.it/enciclopedia/tutela-contro-le-discriminazioni-dir-proc-civ_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/tutela-contro-le-discriminazioni-dir-proc-civ_(Diritto-on-line)/) e Id., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, spec. 601 ss..

[7] Chiara, in questo senso, è la pronuncia del Tar Lombardia, Brescia, [15 gennaio 2010, n. 19](#), in cui i giudici amministrativi hanno annullato un'ordinanza sindacale con la quale si era vietato lo svolgimento di riunioni in luogo pubblico o aperto al pubblico in una lingua differente da quella italiana. Ad essere accolti sono stati i motivi concernenti l'incompetenza del Sindaco nell'adottare l'atto in questione, ossia quelli volti a contestare un cattivo esercizio dell'azione amministrativa. D'altra parte, gli stessi giudici si sono dichiarati carenti di giurisdizione per il motivo concernente il carattere discriminatorio dell'atto. Tale motivo ha poi costi-

dinario è giudice esclusivo della discriminazione, questo prima ancora dell'indicazione normativa, perché il diritto a non essere discriminati è un diritto "fondamentale", tutelabile solo dal giudice dei diritti[8].

Pur tralasciando la discutibile attualità della teoria su cui si basa tale affermazione - si rimanda a quanto riconosciuto dalla Corte cost., [27 aprile 2007, n. 140](#) circa la tutelabilità dei diritti "fondamentali" da parte del giudice amministrativo[9] - questa esclusività del giudice ordinario ha comportato l'impossibilità di far valere innanzi al giudice amministrativo la violazione della normativa antidiscriminatoria come vizio di legittimità del provvedimento, anche eventualmente attraverso la figura sintomatica della disparità di trattamento, facendo dell'[art. 43 TUI](#) solo la fonte del diritto a non essere discriminati, e non di un principio applicabile direttamente anche all'esercizio del potere amministrativo[10].

Il rischio è quello di creare una situazione paradossale, in cui l'atto discriminatorio non sarebbe di per sé invalido, né risulterebbe in ogni caso annullabile, non potendo il giudice ordinario annullarlo *ex art. 43 TUI* - come si vedrà a breve - e non potendo il giudice amministrativo sindacare il provvedimento sotto il profilo della violazione della normativa antidiscriminatoria.

Al di là di questa prima incoerenza, l'attribuzione dell'azione sulla discriminazione a un giudice diverso da quello del provvedimento non sembra aver comportato un'effettiva incertezza nell'individuazione del giudice cui rivolgersi: guardando alla giurisprudenza degli ultimi anni, sono limitatissime le ipotesi in cui il giudice amministrativo si sia trovato a negare la propria giurisdizione a fronte della lamentata discriminatorietà dell'atto impugnato[11]. Ciò grazie alla chiarezza della norma nell'assegnare queste controversie al giudice ordinario.

Non solo, ma l'introduzione di un'azione specifica ha consentito di definire puntualmente gli strumenti a disposizione del giudice chiamato a risolvere la controversia, prevedendo poteri che - quanto meno nel 1998 - apparivano ampiamente fuori portata per il giudice amministrativo[12]: se il giudice ordinario, come anticipato, non può annullare l'atto, egli può condannare l'amministrazione al risarcimento del danno (anche non patrimoniale) e ordinare la cessazione della condotta discriminatoria pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti (ivi inclusa l'adozione di un piano di rimozione delle discriminazioni e la pubblicazione della sentenza su quotidiani di tiratura nazionale)[13].

tuito oggetto di autonoma azione antidiscriminatoria proposta innanzi al giudice ordinario, il quale l'ha accolta negando la rilevanza - ai fini di un eventuale *bis in idem* - della già intercorsa pronuncia del giudice amministrativo. L'annullamento del provvedimento, disposto dal Tar, ha acquisito significato solo ai fini della definizione dei contenuti dell'ordinanza: tale annullamento, infatti, ha escluso l'esigenza di ulteriori condotte da parte del Comune per far cessare il comportamento discriminatorio, ma non ha tuttavia impedito al giudice di ordinare una misura aggiuntiva - la pubblicazione della sentenza, a spese del Comune, su un quotidiano a tiratura locale - finalizzata alla stigmatizzazione della condotta discriminatoria dell'amministrazione (vedasi Tribunale di Brescia, 29 gennaio 2010, n. 71).

[8] Così Cass. civ., sez. un., [30 marzo 2011, n. 7186](#) e Id., [15 febbraio 2011, n. 3670](#).

[9] Per un'analisi della pronuncia, si rimanda alle numerose note dottrinali. *Ex pluribus*, G. Verde, *È ancora in vita l'art. 103, 1° comma, Cost.*, in *Foro it.*, I, 2008, pagg. 435 ss.; M.T. Sempreviva, *Diritto alla salute e alla salubrità ambientale e giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2007, pagg. 706 ss.; A. Battaglia, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, pagg. 1167 ss.; M.R. San Giorgio - F. Felicetti, *Controversie in materia di impianti di generazione elettrica e giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2007, pagg. 866 ss..

[10] Così, Cons. Stato, sez. III, [25 ottobre 2018, n. 6073](#). Un'eccezione sembra essere offerta da Tar Veneto, sez. III, [15 luglio 2015, n. 801](#); infatti, per quanto i giudici non affrontino espressamente la questione del riparto di giurisdizione, essi accolgono un motivo di censura riguardante il carattere ingiustamente discriminatorio di un'ordinanza sindacale diretta a limitare l'accesso dei migranti sul territorio comunale, per affermate ragioni di salute pubblica.

[11] Tra le poche, Tar Liguria, sez. II, [4 aprile 2016, n. 321](#).

[12] Sarà solo con la [legge 21 luglio 2000, n. 205](#) e, soprattutto, con il successivo Codice del processo amministrativo (C.p.a. - [d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104](#)) che si attuerà la c.d. "civiltà" del giudice amministrativo, ossia quell'evoluzione del giudice della p.a. che lo avvicinerà al giudice ordinario quanto alle tutele effettivamente offribili, in primo luogo in relazione alla tipologia di azioni esperibili, non più limitate a quella di annullamento. Riguardo all'utilizzo del termine "civiltà", si vedano R. Villata, *La prima riforma*, in B. Sassani - R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1 ss., e M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civiltà"*, in G. Della Cananea - M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 505 ss.. Sull'ampliamento delle azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo successivamente all'entrata in vigore del C.p.a., vedansi *ex pluribus* M. Ramajoli, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. Caranta (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, 573 ss.; R. Caponigro, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, 2010, reperibile su <https://www.giustizia-amministrativa.it>; M. Clarich, *Il nuovo Codice del processo amministrativo. Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1121 ss.; B. Sassani, *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1356 ss..

[13] Vedasi l'[art. 28, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150](#), a cui l'[art. 44 del Testo Unico sull'immigrazione](#) fa rinvio.

La particolare posizione del migrante - soprattutto se irregolare - quale soggetto debole all'interno del nostro ordinamento, che può spingerlo ad evitare rapporti con l'autorità e, dunque, ad evitare di denunciare le violazioni subite, ha poi legittimato l'introduzione di un ulteriore strumento volto a garantire l'effettività della tutela antidiscriminatoria. In presenza di discriminazioni collettive, infatti, è stata riconosciuta alle associazioni preposte alla protezione degli stranieri la legittimazione attiva, ossia la possibilità di attivare il giudizio a difesa dell'interesse (*rectius*, del diritto) comune a tutti gli stranieri a non essere discriminati^[14].

Tornando ai poteri del giudice del giudice ordinario in sede di azione antidiscriminazione, essi sono stati utilizzati in modo incisivo, con pronunce che hanno soventemente condannato l'amministrazione a tenere condotte - anche coinvolgenti l'adozione di provvedimenti amministrativi - al di là di qualsivoglia valutazione dei residui margini di discrezionalità amministrativa (ad esempio, a fronte della revoca *in toto*, disposta dall'amministrazione, del c.d. *bonus bebé* originariamente concesso ai soli cittadini italiani e per questo giudicato discriminatorio, il giudice ordinario ha condannato il Comune a reintrodurre la misura in questione e a concederla a tutta la popolazione comunale, per quanto l'amministrazione giustificasse detta revoca sulla base dell'insostenibilità economica di un'elargizione così allargata^[15]).

D'altro canto, per quanto l'ampiezza di questi poteri appaia criticabile riguardo al rispetto dei tradizionali limiti interni alla giurisdizione del giudice ordinario, essi appaiono generalmente giustificabili sulla base della natura derogatoria della normativa del '98 rispetto all'[art. 4, all. E, l. 20 marzo 1865, n. 2248](#).

4. Una pronuncia particolare

Relativamente a questi profili, poi, si segnala una recente pronuncia del giudice amministrativo, che si spinge ben oltre le posizioni tradizionali^[16].

La decisione, avente ad oggetto un'ordinanza contingibile e urgente volta a limitare la possibilità di collocamento nel territorio comunale dei migranti e impugnata dal Ministero dell'Interno, si traduce in un'articolata apologia della giurisdizione e dei poteri del giudice ordinario in relazione ad at-

ti amministrativi discriminatori, formulata attraverso un lungo *obiter dictum* sulla natura discriminatoria di un provvedimento la cui nullità era però già stata ampiamente accertata tramite l'accoglimento di differenti motivi di diritto (su tutti, il difetto assoluto di attribuzione per violazione del riparto di competenze *ex art. 117 Cost.*).

Il giudice amministrativo, riconosciuta in ogni caso la propria giurisdizione stante l'ipotesi di giurisdizione esclusiva^[17], ha sostenuto la nullità per carenza assoluta di potere (e non l'annullabilità) dei provvedimenti integranti atti discriminatori *ex art. 43 TUI*, ravvisando in questa disposizione "un norma non disciplinante, ma inibente l'esercizio del potere, implicando l'esclusione *ab origine* dell'esercizio di qualsivoglia potestà pubblicistica". «Il legislatore nazionale, dunque, con l'[art. 43 TUI](#) ha inteso assicurare [...] la più ampia tutela possibile incidendo, con riguardo ai provvedimenti discriminatori, direttamente sulla norma attributiva del potere, rendendola transitoriamente inefficace». D'altro canto, proprio «l'assenza di qualsivoglia spendita di potere pubblicistico» legittimerebbe gli ampi poteri del giudice ordinario, nonché renderebbe irrilevante l'incoerenza sopra citata consistente nel *minus* di tutela frutto dall'impossibilità per il giudice ordinario di annullare l'atto discriminatorio: come detto, l'atto risulterebbe nullo *ab origine*, con una nullità accertabile anche dal giudice ordinario, senza richiedere l'adozione di alcuna pronuncia sostitutiva al fine di espungerlo dall'ordinamento.

Al di là di ogni ragionamento sulla correttezza della decisione (su tutto, l'assenza di qualsivoglia esercizio di potere metterebbe in dubbio la possibilità stessa del giudice amministrativo di pronunciarsi, anche in sede di giurisdizione esclusiva), ciò che traspare è l'esigenza di giustificare la giurisdizione del giudice ordinario, ma soprattutto di garantire che l'attribuzione della controversia a un giudice diverso da quello del provvedimento amministrativo sia accompagnata da una piena efficienza e pregnanza della tutela.

Si ritorna, così, al ragionamento con cui si è aperta questa breve riflessione: frazionare le tutele innanzi a giudici differenti sarà razionale e ammissibile solo laddove il giudice cui determinate controversie sono attribuite sia effettivamente capace di garantire la massima e migliore protezione al soggetto leso.

[14] In questo senso, Cass. civ., sez. lav., 8 maggio 2017, nn. 11165 e 11166.

[15] Vedasi Cass. civ., sez. un., n. 3640/2011 e le precedenti decisioni di merito concernenti la medesima controversia.

[16] Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 6 agosto 2018, n. 1337.

[17] Ai sensi dell'[art. 133, comma 1, lett. q\), c.p.a.](#) rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti anche contingibili ed urgenti, emanati dal Sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica, di incolumità pubblica e di sicurezza urbana, di edilizia e di polizia locale, d'igiene pubblica e dell'abitato".

5. Conclusioni

In conclusione, il bilancio del “nomadismo” giurisdizionale in relazione all’azione antidiscriminatoria appare comunque positivo, avendo consentito la strutturazione di una specifica tutela attorno all’innegabile diritto a non essere discriminati, senza comportare eccessive inefficienze quanto al coordinamento tra le giurisdizioni. Ancora, la *ratio* di questa scelta si potrebbe riscontrare nella volontà di fare del giudice ordinario una sorta di giudice “specializzato” in materia di discriminazioni.

Tutto ciò, comunque, non soppesce un ultimo interrogativo: rimane legittimo chiedersi, infatti, a chi sarebbe stata attribuita l’azione anti-discriminazione avverso i provvedimenti amministrativi se, invece che nel 1998, fosse stata introdotta oggi. Ciò sempre e comunque tenendo in considerazione la regola efficientistica, più volte richiamata, che dovrebbe guidare nella scelta del se frammentare o meno le tutele innanzi a giudici differenti. A fronte dell’innegabile convivenza tra diritto alla non discriminazione, potere amministra-

tivo e conseguenti interessi legittimi^[18], non resta che domandarsi se sarebbe risultata tanto inconcepibile l’introduzione di un’ipotesi di giurisdizione esclusiva, anche in considerazione dell’affermata tutelabilità dei diritti fondamentali innanzi al giudice amministrativo, nonché della sua titolarità di poteri - ad oggi - ben più ampi rispetto a quelli a lui riconosciuti nel 1998. D’altra parte, semplificare l’accesso alla giustizia non può che rimanere un imperativo ancora più imprescindibile nei confronti di chi proviene da un differente ordinamento e deve superare maggiori ostacoli, conseguenti alle numerose barriere (linguistiche, comunicative, culturali, ecc.), nel rapporto con la nuova società in cui si inserisce. Se, dunque, per i soggetti più “forti” non è detto che la frammentazione delle giurisdizioni non possa tradursi anche in un’occasione da sfruttare - si pensi al ben noto fenomeno del *forum shopping* - per i soggetti più «deboli» questo «nomadismo giurisdizionale» può invece di dar luogo a un rischioso fardello, qualora la frammentazione non sia effettivamente necessaria per assicurare loro la massima protezione possibile.

[18] Sulla presenza contemporanea di tutti questi elementi, vedasi F. Patroni-Griffi, *L’eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell’affidamento*, in *Foro amm. TAR*, 9, 2011, pagg. R067 ss..