ATTI ORGANIZZATIVI E ATTI PRODROMICI: NOZIONE, GIURISDIZIONE E TUTELE

Nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 dicembre 2014, n. 6437

1. La sentenza in commento

Con la decisione in questione, il Consiglio di Stato ha sovvertito l'esito della precedente pronuncia del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto[1], riconoscendo la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo in relazione all'impugnazione di alcune delibere del C.d.A. dell'Università Cà Foscari di Venezia[2].

Nello specifico, si tratta di autorizzazioni alla conclusione di un'operazione immobiliare che avrebbe dato luogo alla permuta di tre immobili di proprietà dell'Ente pubblico, dotati di interesse culturale, con un immobile privato sprovvisto di tale caratteristica, il tutto nell'ottica di una riorganizzazione logistica e del personale dell'Ateneo. Traspare, quindi, come i provvedimenti in questione paiano riconducibili nell'alveo di una più ampia operazione posta in essere dall'Università e comportante, principalmente, l'esercizio della propria capacità di diritto privato.

Se, da un lato, i Giudici di prime cure hanno riconosciuto la preminenza dell'azione di diritto comune, tale da attrarre a sé – e conseguentemente alla giurisdizione del giudice ordinario – tutti gli atti ad essa propedeutici posti in essere dagli organi dell'Ente pubblico, dall'altro, la Suprema Magistratura amministrativa ha sottolineato la non trascurabilità della natura dei provvedimenti impugnati, qualificabili come atti prodromici e preparatori dei negozi giuridici di diritto privato, incidenti sull'organizzazione del servizio universitario. Ciò ad escludere il carattere "eminentemente privatistico" delle delibere, consentendo al giudice amministrativo di conoscere della legittimità delle stesse[3].

La decisione in esame, pertanto, diviene spunto per un'analisi – in realtà necessariamente più ampia e più approfondita di quella possibile in questa sede – tale da coinvolgere una pluralità di aspetti caratterizzanti la materia del diritto amministrativo sostanziale e processuale, quali la capacità giuridica delle pubbliche amministrazioni, la natura dei poteri pubblici e delle pubbliche funzioni, i presupposti al ricorso, i criteri di riparto tra giurisdizione amministrativa e ordinaria, nonché l'efficienza stessa dell'attuale organizzazione dell'apparato giurisdizionale.

La portata delle questioni toccate non impedisce, comunque, una prima e snella riflessione, che possa essere di stimolo per interventi futuri e che ad ogni modo contribuisca a tenere viva l'attenzione su problematiche più che mai attuali.

2. La capacità giuridica delle pubbliche amministrazioni: diritto pubblico e diritto privato

La decisione del Consiglio di Stato spinge a rivolgere fin da subito lo sguardo alla tematica che sta alla radice di qualsiasi intervento – normativo, giurisprudenziale o dottrinale – in materia di giurisdizione sugli gli atti della pubblica amministrazione: la coesistenza[4] tra capacità generale di diritto privato e capacità speciale di diritto pubblico in capo ai soggetti preposti alla cura dei pubblici interessi.

---

1 T.A.R. Veneto – Venezia, Sez. I, 1 luglio 2014, n. 7798.

2 Delibera Rep. n. 108 dell'8 luglio 2013 e Rep n. 156 del 15 novembre 2013.

3 Nello specifico, il ricorrente è un'associazione rappresentativa di interessi diffusi, Italia Nostra Onlus, la quale lamenta l'illegittimità procedimentale delle delibere, avendo l'Università Cà Foscari proceduto all'alienazione di tre immobili di interesse culturale senza il coinvolgimento dell'autorità preposta alla tutela dei beni in questione, alla quale sarebbe spettata una necessaria valutazione in merito all'incremento o meno del patrimonio culturale conseguente all'operazione di permuta.

4 Circa l'opportunità di superare la c.d. "grande dicotomia", nonché di andare oltre la ricerca di una netta linea di distinzione tra i due campi e riconoscere un'effettiva convivenza e integrazione tra le due forme d'azione amministrativa, vedasi G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003

Innumerevoli sono stati i contributi in materia[5].
In breve, si può ricordare come le pubbliche amministrazioni siano dotate di soggettività giuridica piena nell'ordinamento, potendo sia esercitare poteri amministrativi (espressione della loro capacità giuridica speciale di diritto pubblico), sia assumere la titolarità di diritti e obblighi, conformemente alle disposizioni del Codice civile e delle leggi speciali[6].
La missione affidata ai summenzionati soggetti pubblici, infatti, è quella di tutelare e perseguire l'interesse generale a cui i singoli apparati sono preposti, senza che nulla imponga loro di farlo esclusivamente con l'adozione di provvedimenti amministrativi, ossia tramite il ricorso a poteri pubblicistici[7]. Detti interessi possono, in certe condizioni, essere soddisfatti tramite strumenti di diritto privato, persino più efficacemente di quanto non sia ottenibile con lo sfruttamento dei mezzi espressione della suddetta capacità giuridica speciale[8]. Da qui l'opportunità di qualificare la persona giuridica pubblica innanzitutto come "persona giuridica", munita della capacità d'agire, propria dei soggetti di diritto privato.
A fronte di quanto sopra, si può in sintesi affermare che il diritto della pubblica amministrazione sia un insieme più ampio e includente al suo interno non solo il diritto amministrativo, se inteso quest'ultimo esclusivamente come branca del diritto pubblico disciplinante l'esercizio dei pubblici poteri.
Anche da un punto di vista storico, fino alla fine del XIX secolo, ossia fino alla nascita dell'autentico diritto amministrativo[9], si può notare come i rapporti tra le amministrazioni e i privati fossero regolati dalle previsioni del diritto comune e, dopo la sua formazione, da quelle del Codice civile[10].
Successivamente, la funzione di amministrazione attiva si andò a svolgere prevalentemente secondo i moduli d'azione del diritto pubblico, diventando l'uso dello strumento negoziale una semplice eccezione: il diritto pubblico, pertanto, divenne il diritto comune nei rapporti tra individuo e Stato, tant'è che detti rapporti devono presumersi regolati da tale diritto, salvo qualora "*non v'è espressa o chiara ragione in contrario*"[11].
Solo più recentemente, con il superamento della concezione puramente verticale, univoca e autoritaria delle relazioni tra Amministrazione e amministrati[12] – superamento di cui è stata

5 Per quanto riguarda la più recente manualistica, si vedano V. CERULLI-IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2014; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2014; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014; G.CORSO, *Diritto amministrativo*, Torino, 2014. Tra le opere specificamente dedicate al tema, invece, si vedano *ex pluribus*, V. CERULLI-IRELLI, A*mministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit.; V. CERULLI-IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Rivista dir. amm.*, 2003; G. ALPA, *Diritto privato "e" diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998; G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, Bologna, 1998.

6 In tal senso, a chiare lettere, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

7 Vedasi F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Milano, 1952.

8 Classici esempi sono quelli della compravendita di un terreno in luogo dell'espropriazione, della pianificazione urbanistica di dettaglio sviluppata tramite una lottizzazione convenzionata in sostituzione di un piano particolareggiato o dell'erogazione delle prestazioni sanitarie non solo attraverso ospedali pubblici, ma, in via mediata, con il ricorso a cliniche private accreditate. Vedasi G. CORSO, *Diritto amministrativo*, cit.

9 Sulla nascita del diritto amministrativo, si vedano L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001; G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, 1996.

10 Si pensi ai contratti che disciplinavano il rapporto di lavoro con le amministrazioni comunali, la natura contrattuale delle concessioni amministrative nonché della stessa espropriazione per pubblica utilità, concepita come una compravendita (coattiva). M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit.
Sull'evoluzione degli strumenti d'azione dello Stato in parallelo con l'evoluzione dello Stato stesso, vedasi anche G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit.

11 Cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960.

12 Si richiama, al riguardo, la concezione classica del diritto amministrativo che trova espressione in V. E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1891; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli,

espressione, su tutto, la L. n. 241/1990 – il ricorso a moduli privatistici nello svolgimento dell'azione amministrativa ha riacquisto pieno vigore e riconoscimento.
Di ciò è chiaro segnale l'art. 1, comma 1*bis*, L. n. 241/1990, in base al quale "*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente*"[13]. Anzi, non sono mancate interpretazioni che alla norma in questione hanno attribuito una portata fortemente innovativa, tale da determinare una rilettura in chiave privatistica degli istituti del diritto amministrativo, dovendosi ricondurre i provvedimenti e gli atti delle pubbliche amministrazioni alla nozione di atto giuridico in senso stretto o di negozio giuridico, con le relative conseguenze sui piani del regime dell'atto e, come si vedrà, della tutela giurisdizionale[14].
Ciò che è certo è che la pubblica amministrazione possa perseguire i pubblici interessi facendo ricorso anche agli strumenti del diritto privato, per quanto pur sempre nel rispetto dei principi che guidano l'attività amministrativa: buon andamento, economicità, efficienza, efficacia, legalità e imparzialità[15].
Infine, si ricordi come gli istituti di diritto comune operino non solo in relazione all'azione amministrativa, ma rilevino anche ai fini della disciplina dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni[16]. Non solo esse fanno spesso ricorso agli istituti societari (di origine marcatamente privatistica) per strutturare i soggetti incaricati dello svolgimento della pubbliche funzioni, ma è lo stesso Legislatore a fare un'esplicita distinzione tra atti di macro e di micro organizzazione, rimettendo esclusivamente i primi (definizione delle linee fondamentali dell'organizzazione degli uffici, individuazione degli uffici di maggiore rilevanza, modi di conferimento della titolarità dei medesimi, dotazioni organiche) ad atti di tipo pubblicistico, vincolando invece i secondi (relativi alle specifiche articolazioni degli uffici nonché alla gestione dei rapporti con i dipendenti) ad atti di diritto privato, ossia espressivi dei poteri del privato datore di lavoro[17].

1912; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958.

13 Non manca chi ravvisa il fondamento della capacità giuridica di diritto privato delle pubbliche amministrazioni già all'interno della stessa Costituzione, G. CORSO, *Diritto amministrativo*, cit. Secondo l'Autore, "*La Costituzione...indica come doverosi certi compiti pubblici (e li qualifica quindi come interessi pubblici)...ma riconosce nello stesso tempo ai privati la libertà o il diritto di perseguirli. In questo senso ammette che interessi pubblici possano essere soddisfatti da soggetti privati, e quindi con strumenti di diritto privato...Se interessi pubblici possono essere soddisfatti da soggetti privati è evidente che essi possono essere egualmente soddisfatti da soggetti pubblici mediante strumenti di diritto privato.*" Circa la presenza di una legittimazione "nascosta" all'interno della Costituzione del ricorso da parte delle p.a. agli istituti privatistici, vedasi anche V. CERULLI-IRELLI, A*mministrazione pubblica e diritto privato*, cit.

14 Vedasi A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo, Supplemento n. 6/05 della rivista Il Foro amministrativo T.A.R.* Altro orientamento è quello espresso da V. CERULLI-IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, cit., il quale ricava dalla disposizione in questione la sola possibilità, in via generalizzata, per le pubbliche amministrazioni di utilizzare gli strumenti di diritto privato nella cura degli interessi pubblici in alternativa rispetto ai tradizionali strumenti provvedimentali. Ancora, non manca chi esclude la piena fungibilità tra potere amministrativo e capacità generale di diritto privato, dovendo la pubblica amministrazione necessariamente fare ricorso ad un potere ad essa attribuito dalla legge qualora si verifichino le situazioni in essa indicate non potendo, in altri termini, essere ad essa attribuita alcuna facoltà di scelta. Una corretta lettura dell'art. 1, comma 1*bis*, L. n. 241/1990 non escluderebbe, dunque, il ricorso agli strumenti privatistici solo in caso di esplicito divieto normativo del loro utilizzo, ma ogni qual volta il legislatore attribuisca alla pubblica amministrazione un potere e, in concreto, si integri la fattispecie corrispondente a quella astrattamente prevista dal legislatore per l'esercizio del potere in questione. In tal senso, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo,* cit.

15 Vedasi, in riferimento alla c.d. "autonomia negoziale limitata", F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1964; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

16 M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. e, più approfonditamente, V. CERULLI-IRELLI, A*mministrazione pubblica e diritto privato*, cit.

17 Vedasi artt. 2 e 5, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.*

3. Il riparto di giurisdizione fra giudice amministrativo e giudice ordinario

Chiaro è, dunque, come le pubbliche amministrazioni possano agire con strumenti di diritto pubblico oppure con i mezzi del diritto comune, dando così luogo a rapporti di differente natura – per l'appunto, pubblicistici o privatistici.

Il fatto che nell'ambito di dette relazioni possano insorgere delle controversie, ma anche le peculiarità della pubblica amministrazione e dell'azione amministrativa rivolta al perseguimento dei pubblici interessi, hanno portato a domandarsi se fosse opportuno sottoporre queste liti a un organo giudicante, ovvero quali di esse dovessero rimettersi a giudici espressione del potere giurisdizionale ed, eventualmente, a quale magistratura, nello specifico, affidare dette contese[18].

Come noto, con la L. 20 marzo 1865, n. 2248 si soppressero i giudici del contenzioso amministrativo, attribuendo "*tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile e politico*" al giudice ordinario (art. 2, allegato E). Considerata la natura non onnicomprensiva dell'espressione "*diritti civili e politici*", tutta una serie di controversie concernenti l'operato delle pubbliche amministrazioni era così sottratta al sindacato giurisdizionale, venendo riservate esclusivamente alle autorità amministrative (art. 3).

Originariamente, dunque, la problematica in questione concerneva l'individuazione di un criterio che consentisse di determinare l'ambito dell'attività amministrativa insindacabile e di distinguerlo da quello soggetto al controllo del giudice ordinario.

Un primo criterio, proprio a evidenziare l'importanza della distinzione affrontata nella precedente sezione, fu quello di separare gli atti di gestione da quelli di imperio, ossia gli atti rientranti nell'attività di diritto privato da quelli in cui la pubblica amministrazione agisce appieno come soggetto pubblico[19].

Ritenuto inadeguato e ampiamente criticato[20], il criterio di distinzione subì numerose evoluzioni, anche grazie alla crescente attenzione dottrinale e giurisprudenziale in materia, stante l'istituzione, con la L. 31 marzo 1889, n. 5992, della IV Sezione del Consiglio di Stato avente funzioni giudicanti, che aveva così reso necessarie regole chiare per disciplinare il riparto di giurisdizione tra quest'ultimo giudice e quello ordinario.

Della pluralità di teorie[21], quella oggetto di accoglimento da parte della giurisprudenza delle Supreme Magistrature amministrativa e ordinaria[22], della dottrina maggioritaria, nonché del Legislatore è stata quella del *"petitum* sostanziale", in base a cui il criterio per l'individuazione del giudice dotato di giurisdizione va ravvisato nell'effettiva natura della posizione giuridica vantata in giudizio dalla parte presunta lesa dalla condotta della pubblica amministrazione[23].

Gli artt. 103 e 113 Cost. sono chiari nell'evocare la centralità della situazione giuridica soggettiva coinvolta, così come altrettanto chiaro sembra l'art. 7, comma 1, D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 nell'affermare che "*Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si*

---

18 Il tema del riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo in relazione agli atti della pubblica amministrazione è, anche in questo caso, oggetto di ampia dissertazione in una pluralità di opere manualistiche. *Ex pluribus*, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014; F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014; C. E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2014.

19 Vedasi, in giurisprudenza, Cassazione civile, 9 luglio 1897; 9 settembre 1897; 29 marzo 1900. In dottrina, G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o morali*, Vol. III, Firenze, 1900, pag. 180.

20 L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, Vol. 1: teoria e sistema della giurisdizione*, Milano, 1923 e F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911-1912.

21 Basti il richiamo alla teoria del c.d. "criterio del *petitum* formale", come articolata da V. SCAJOLA, *Sui limiti della competenza della Sezione IV del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Giust. amm.*, 1891, o alla "teoria della prospettazione", senza indugio respinta dalla Cassazione civile, SS.UU., 24 giugno 1987, n. 428.

22 Consiglio di Stato, Ad. Plen., 14 giugno 1930, nn. 1 e 2; Corte di Cassazione, SS.UU., 15 luglio 1930, n. 2680; entrambe frutto del c.d. "concordato giurisprudenziale" tra il primo presidente della corte di cassazione, Mariano D'Amelio, e il presidente del Consiglio di Stato, Santi Romano.

23 A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit.

faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni". In realtà il legislatore, memore degli interventi in materia da parte della Corte Costituzionale[24], da una parte fa esplicito riferimento alla distinzione delle situazioni giuridiche soggettive, ma dall'altro pone di nuovo l'accento sulla centralità, ai fini della distinzione fra le giurisdizioni, dell'esercizio di un potere amministrativo[25].
All'esito di tale criterio, se le controversie di diritto privato – in cui possono esclusivamente entrare in gioco diritti soggettivi – sono devolute al giudice ordinario, per quelle di diritto pubblico vige una particolare ambiguità considerato come, innanzi all'esercizio di un potere amministrativo, la situazione giuridica lesa possa in alcuni casi essere qualificata come diritto soggettivo, e non sempre come interesse legittimo.
In realtà, anche l'individuazione di quali siano le controversie esclusivamente di diritto comune è un'operazione tutt'altro che semplice. Ne è chiara espressione il caso in esame, ove si mettono in risalto le problematiche inerenti l'attività negoziale delle pubbliche amministrazioni, che, per quanto dovrebbe essere espressione delle loro capacità di diritto comune, risulta preceduta da una fase pubblicistica, così da far sorgere dubbi e richiedere ulteriori specificazioni circa l'attribuzione delle controversie ai diversi giudici, come si vedrà in seguito[26].
Ad ogni modo, il Legislatore, conscio della summenzionata problematica, ha cercato di dirimerla individuando, in relazione alle ipotesi maggiormente dubbie, quali fossero sicuramente sottoposte al giudice ordinario – seppur in presenza di un potere pubblicistico – e quali fossero sottoposte al giudice amministrativo, nonostante il coinvolgimento di situazioni giuridiche di diritto soggettivo.
Nella prima area rientrano le controversie in materia di sanzioni amministrative, di provvedimenti di espulsione, di tutela dei dati personali e di trattamenti sanitari obbligatori. Maggiori incertezze, invece, sussistono in relazioni ad altre ipotesi in cui, nonostante il silenzio del Legislatore, i giudici si sono più volte espressi a favore della loro riconducibilità alla giurisdizione del giudice ordinario. Oltre alla già menzionata ipotesi di "carenza di potere" conseguente al difetto di attribuzione e comportante la nullità del provvedimento amministrativo[27], si richiamano anche quelle dei poteri

---

24 Corte Costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204; Corte Costituzionale, 11 maggio 2006, n. 191; Corte Costituzionale, 27 aprile 2007, n. 140; Corte Costituzionale, 5 febbraio 2010, n. 35.

25 Ciò anche in conseguenza della teoria, oggi sotto alcuni aspetti superata, dell'interesse legittimo come diritto affievolito, ossia della degradazione della situazione giuridica soggettiva – per l'appunto, da diritto a interesse – a fronte dell'esercizio del potere. Che, però, non sussista una corrispondenza biunivoca tra potere e interesse legittimo è implicitamente ammesso dallo stesso codice laddove configuri ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ossia estesa anche ai diritti soggettivi, che possono essere presenti nonostante la pubblica amministrazione abbia agito in via autoritativa. Sulle differenti teorie in materia di interesse legittimo vedasi, *ex pluribus*, A. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, Roma, 1980; A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, Milano, 1998; F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990.

26 Oltre alle liti inerenti i rapporti obbligatori di fonte contrattuale, possono considerarsi controversie di diritto comune devolute al giudice ordinario anche quelle concernenti gli illeciti civili commessi dalla pubblica amministrazione col tramite dei propri funzionari, purché si tratti di illeciti materiali e non conseguenti all'esercizio di poteri amministrativi, e quelle conseguenti all'agire amministrativo per via di fatto, ossia alla mera attività materiale della p.a., lesiva di diritti soggettivi e non riconducibile all'esercizio di un potere, data, in primo luogo, la nullità del provvedimento per difetto di attribuzione (vedasi, in tema di "azione per via di fatto", Cassazione civile, SS.UU., 8 giugno 2007, n. 13397 e, in tema di atti nulli incapaci di degradare la situazione di diritto soggettivo, T.A.R. Lombardia, Milano, 19 novembre 2008, n. 5456).

27 In questo caso però, come detto, il potere pubblico è di fatto assente, così da rendere più ragionevole la riconduzione di tale ipotesi nel novero di quelle di diritto comune – vedasi nota 25. Invece, sulla distinzione tra carenza di potere in concreto e in astratto, nonché sulla riconducibilità, ad oggi, della carenza di potere in concreto ad un'ipotesi di annullabilità, e non nullità, considerato il dettato degli artt. 21*septies* e 21*octies* L. n. 241/1990, vedasi l'evoluzione giurisprudenziale che tra origine dalla Cassazione civile, SS.UU., 26 giugno 1957, n. 2481, per arrivare a Cassazione civile, SS.UU., 06 febbraio 2008, n. 2765, passando attraverso le pronunce del Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 dicembre 1964, n. 24; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 1975, n. 2; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 26

vincolati[28], delle erogazioni in favore di privati previste direttamente dalla legge[29] e dei diritti costituzionalmente protetti[30].
La seconda area, invece, coincide con la c.d. "giurisdizione esclusiva"[31]. Stante la difficoltà di distinguere, in queste materie, tra diritti soggettivi e interessi legittimi, nonché considerata l'inefficienza, sul piano pratico, del criterio di riparto ordinario (il quale avrebbe potuto costringere il privato a promuovere una pluralità di giudizi, innanzi a giudici differenti, per una piena tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive lese dalla condotta delle pubbliche amministrazioni), il Legislatore ha deciso di ricorrere al criterio della "materia"(art. 7, comma 5, c.p.a.), sicché tutte le controversie concernenti un dato settore vadano sottoposte al vaglio del giudice amministrativo, anche qualora si lamentasse la lesione di un diritto soggettivo. Un limite al ricorso a questo criterio di ripartizione, però, deriva dal dettame dello stesso art. 103 Cost., che, come ricordato, richiama il criterio del "*petitum* sostanziale". Proprio in questo senso, come noto, si è espresso il Giudice delle leggi[32], vincolando la possibilità di ricondurre una materia nell'ambito della giurisdizione esclusiva all'esercizio di un potere pubblicistico, il quale ritorna così ad essere indice della giurisdizione del

---

marzo 2003, n. 4 e T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II, 14 gennaio 2009, n. 162.

28 In materia, dottrina e giurisprudenza si sono rivelate più volte in contrasto, a seconda che si sia posto l'accento, da un lato, sulla sussistenza di un potere amministrativo e, dall'altro, sul suo carattere vincolato, tale da rendere dovuta l'azione dalla p.a. e da consentire di configurare la situazione soggettiva quale diritto e non interesse. Vedasi F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, Milano, 1983; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1988; F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, Milano, 1995; dal punto di vista giurisprudenziale, il giudice ordinario ha più volte affermato la sussistenza delle propria giurisdizione, a partire da Cassazione civile, SS.UU., 11 ottobre 1955, n. 2994 per arrivare alle più recenti Cassazione civile, SS.UU., 25 luglio 2007, n. 16411 e Cassazione civile, SS.UU., 1 giugno 2010, n. 13331; di converso, si vedano le pronunce del Supremo Giudice amministrativo, Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 giugno 1959, n. 705; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 12 novembre 1965, n. 29; Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 settembre 1973, n. 745; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 5 luglio 1999, n. 18; Consiglio di Stato, Sez. V, 17 febbraio 1999, n. 172, corroborate dalla pronuncia della Corte Costituzionale, 16 aprile 1998, n. 127 e dagli artt. 31 e 34 del c.p.a., i quali prevedono la possibilità del giudice amministrativo – e non ordinario – di sostituirsi alla p.a. in caso di inerzia o diniego illegittimi, riconducibili all'esercizio o al mancato esercizio di poteri vincolati.

29 Su tutte, si pensi all'ipotesi di aiuti/finanziamenti comunitari previsti direttamente dalle disposizioni del legislatore nazionale o europeo, tali da far sorgere un obbligo in capo all'amministrazione, priva di qualsivoglia discrezionalità, e un diritto soggettivo in capo al privato.
Diversa è l'ipotesi in cui l'erogazione consegua da un provvedimento amministravo e sia espressione di un potere discrezionale: qui la giurisdizione resta sempre del giudice delle p.a. (vedasi, *ex pluribus*, Cassazione civile, SS.UU., 8 gennaio 2007, n. 117 e Consiglio di Stato, Sez, V., 26 agosto 2010, n. 5962).

30 Considerato il rilievo delle situazioni giuridiche coinvolte (si pensi al diritto alla salute), il provvedimento amministrativo non sarebbe in grado di degradarle a "meri" interessi legittimi, assicurando la tutela giurisdizionale innanzi al giudice ordinario (Cassazione civile, SS.UU., 6 ottobre 1979, n. 5172).
Ad ogni modo, il Giudice delle leggi non ha escluso che il Legislatore possa intervenire riservando le contese coinvolgenti anche diritti costituzionalmente protetti al giudice amministrativo, nell'alveo della sua giurisdizione esclusiva (Corte Costituzionale 27 aprile 2007, n. 140).

31 Art. 133, c.p.a. Tra le materie in questione si richiamano, *ex pluribus*: risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento; formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi; diritto di acceso ai documenti amministrativi; concessioni di beni pubblici; concessioni di pubblici servizi; procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture; urbanistica ed edilizia; ecc.

32 Corte Costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204; Corte Costituzionale, 11 maggio 2006, n. 191; Corte Costituzionale 27 aprile 2007, n. 140; Corte Costituzionale, 5 febbraio 2010, n. 35, come già menzionate alla nota 24. Fra i numerosi commenti alle sentenze ultime citate, si richiamano F. G. SCOCA, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. Cost.*, Milano, 2010; R. CROCE, *Sui confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Giur. Cost.*, Milano, 2010; G. GRECO, *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo*, in *Giur. Cost.*, Milano, 2006; M. ROSSETTI, *Riparto di giurisdizione la Consulta fissa i paletti*, in *Diritto e giustizia*, Milano, 2004; F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, in *Servizi pubblici e appalti*, Milano, 2004.

giudice amministrativo, corroborando il criterio del *petitum* sostanziale[33].

4. Atti organizzativi

Tutto ciò considerato, si può aprire una riflessione sulla correttezza di quanto sancito dai giudici del Consiglio di Stato, in chiaro contrasto con quanto invece affermato dai magistrati di prima istanza.

Nell'escludere il carattere eminentemente privatistico delle delibere impugnate dal ricorrente, così da legittimare la sussistenza della propria giurisdizione, il Collegio ha evidenziato la loro natura di atti prodromici, nonché di atti organizzativi.

In altre parole, a fronte di tale *species* di provvedimenti, ci si troverebbe in presenza dell'esercizio di una funzione amministrativa di tipo potestativo, in relazione alla quale la situazione vantata dal privato può essere correttamente inquadrata come interesse legittimo.

Partendo dalla natura di atti organizzativi, si sottolinea fin da subito come i problemi dell'organizzazione amministrativa siano raramente oggetto delle pronunce del giudice amministrativo, il quale concentra la propria attenzione sull'attività delle pubbliche amministrazioni, espressione della funzione di amministrazione attiva. Pertanto, il più delle volte, l'organizzazione assume rilievo solo indirettamente, quando da un elemento organizzativo consegue un vizio relativo a un provvedimento della p.a. (si pensi alle ipotesi di incompetenza, dell'irregolare composizione dell'organo o del suo illegittimo funzionamento)[34].

Anche da un punto di vista dottrinale, l'organizzazione è stata per lungo tempo colta esclusivamente sotto la sua accezione statica, come insieme di strutture, come apparato composto da una pluralità di elementi, esistente in un dato momento storico e finalizzato al conseguimento di determinati obiettivi[35].

Da ciò la netta contrapposizione con tutto ciò che, della pubblica amministrazione, è dinamico, ossia è azione amministrativa, ovvero piena espressione della funzione di amministrazione attiva, in concreto esercitata al fine del perseguimento degli interessi affidati dal Legislatore a un dato apparato[36].

In realtà, anche l'organizzazione amministrativa presenta un profilo dinamico, così da poter essere concepita come l'esercizio di una specifica funzione, ossia come attività dell'organizzare, che possa trovare espressione nel compimento di atti di diritto comune, ma anche e soprattutto in un potere amministrativo, a sua volta concretizzato tramite l'adozione di atti e provvedimenti[37].

Basti considerare come un apparato non nasca spontaneamente, senza alcun intervento esterno, ma sia il risultato di una o più azioni organizzatrici, come possono essere il provvedimento costitutivo

---

33 Vedasi quando già detto in relazione all'art. 7, comma 1, c.p.a.

34 U. POTOTSCHNIG, *I problemi dell'organizzazione amministrativa*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987. Vedasi anche E. FERRARI, *Problemi generali dell'amministrazione*, sempre in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, cit.

35 Si vedano A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello stato*, Vol. II, Padova, 1931; C. ESPOSITO, *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio*, in *Annuali della facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, Padova, 1932; U. FORTI, *Teoria dell'organizzazione delle persone giuridiche pubbliche*, Napoli, 1948.

36 Si ricorda l'adagio "*prius institùere, deinde àgere",* a sintetica esplicazione della classica contrapposizione tra l'azione e l'organizzazione. Sul contrasto tra "statico" e "dinamico" , vedasi R. MARRAMA, *Organizzazione in senso statico ed in senso dinamico*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001.

37 Vedasi R. MARRAMA, *Organizzazione in senso statico ed in senso dinamico*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, cit. e G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice*, Milano, 2008. Fra i primi autori a capire l'importanza di questo aspetto, si richiamano M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, 1969; V. BACHELET, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa. Strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano, 1965.

di un ente, l'atto di provvista del personale, l'alienazione di un bene pubblico.
Richiamando le summenzionate nozioni generali, con "funzione"[38] si può indicare lo scopo, i compiti affidati dalla legge a un dato apparato amministrativo, ossia la causa che deve necessariamente stare alla radice dell'esercizio dei suoi poteri pubblici (ma anche del suo agire *iure privatorum*[39]). Sicché, con funzione organizzatrice si può indicare la causa che sta alla base di una serie di attività (operazioni, comportamenti, decisioni) della pubblica amministrazione, volte a organizzare, ossia a fare ordine, a predisporre in maniere razionale, sistematica e funzionale uno o più apparati fra loro connessi, in modo da rendere possibile e "più semplice" il perseguimento dei pubblici interessi.
L'attività di organizzazione, pertanto, ricade nell'ambito dell'attività amministrativa[40] e ne condivide la sottomissione ai principi di legalità, economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza, nonché la necessità di conformazione ai principi dell'ordinamento comunitario (art. 1, comma 1, L. n. 241/1990)[41].
Prima ancora, l'organizzazione pubblica è oggetto dei principi sanciti a livello di Norma fondamentale dall'art. 97 Cost. secondo cui "*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.*"
Anche senza soffermarsi sul (dibattuto) contenuto da attribuire ai principi di imparzialità[42] e buon andamento[43], ciò che appare logico è che anche gli atti organizzativi debbano essere giustiziabili tramite un intervento effettivo degli organi giurisdizionali, così da verificare il rispetto dei summenzionati principi e garantire la tutela necessaria prevista dall'art. 113 Cost. nei confronti di tutti gli atti della pubblica amministrazione[44].

---

38 In tema, vedasi F. BENVENUTI, *Funzione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989.

39 Si richiama quanto detto nella sez. 2, in relazione alla concezione ampia di diritto delle pubbliche amministrazioni. L'amministrazione svolge attività amministrativa *"non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quanto, nei limiti consentiti dall'ordinamento, persegue le proprie finalità istituzionali mediante attività disciplinata in tutto od in parte da diritto privato*" (Cfr. Cassazione civile, SS.UU., 22 dicembre 2003, n. 19667). A chiare lettere, in tal senso, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

40 M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

41 G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice*, cit.

42 Si vedano, tra le varie teorie, quella sostenuta da S. STAMMATI, *Il buon andamento dell'amministrazione: una rilettura e principi per un ripensamento*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, che ha ricondotto il principio in esame all'impegno, per il legislatore, di attuare una giustizia sostanziale; quella di P. BARILE, *Il dovere di imparzialità dell'Amministrazione pubblica*, in *Scritti in onore di P. Calamandrei*, Padova, 1958, che ha ricondotto l'imparzialità al divieto di disparità di trattamento; quella elaborata da F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1967, per il quale l'imparzialità si concretizzerebbe nella procedimentalizzazione dell'attività amministrativa; quella di U. ALLEGRETTI, L*'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, secondo cui l'imparzialità consisterebbe nella necessità di tenere in considerazione la pluralità degli interessi coinvolti nell'azione amministrativa, scegliendo tra le soluzioni idonee alla tutela dell'interesse primario quella meno lesiva per gli altri interessi coinvolti.

43 Si vedano, tra le varie teorie, quella sostenuta da G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, 1993, secondo cui buon andamento equivale a efficienza di gestione; quella di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, cit., per cui buon andamento corrisponderebbe sempre ad efficienza di gestione, ma specificamente intesa come elasticità e puntualità dell'azione amministrativa; quella elaborata da G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Milano, 1968, secondo cui buona andamento non è solo buona amministrazione, ma anche legittimità dell'azione complessiva della p.a.

44 Circa l'impugnabilità in concreto dei provvedimenti organizzativi e, pertanto, circa la sussistenza presupposti processuali, vedasi la successiva sez. 6.
Ad ogni modo, non mancano orientamenti contrari secondo cui "*L'attività di organizzazione degli uffici da parte della Pubblica amministrazione rientra nell'ambito dell'esercizio di un potere insindacabile da parte del giudice della legittimità, inerendo all'adozione di una serie di atti tendenti al raggiungimento delle finalità proprie dell'Amministrazione che, ove non sia manifestamente illogica, costituisce il connotato essenziale della sua stessa esistenza; pertanto gli atti con i quali la P.A. dispone in ordine al proprio assetto organizzativo, sono ampiamente discrezionali e non necessitano di puntuale e specifica motivazione, né sono vincolati da precedenti schemi organizzativi, incontrando quale unico limite la manifesta illogicità e incongruità delle disposizioni adottate e le valutazioni e le scelte operate non sono condizionate dalle posizioni soggettive e dalle aspettative di carriera del*

A ulteriore conferma della sindacabilità degli atti organizzativi, l'art. 3, comma 1, L. n. 241/1990 impone l'obbligo di motivazione a "*Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa...*"; motivazione che tra le sue funzioni annovera in primo luogo quella di garanzia per il soggetto privato, in quanto necessaria proprio per consentire un controllo giurisdizionale più incisivo sull'operato del soggetto pubblico.
D'altronde, solo controllando l'assetto e le scelte organizzative, si può prevenire o, altrimenti, evitare la ripetizione di condotte viziate della pubblica amministrazione, che spesso affondano le proprie radici in un "difetto strutturale", anticipando così la produzione di effetti lesivi in capo ai privati, ai quali viene in questo modo garantito uno strumento di tutela aggiuntivo e, spesso, più efficace rispetto al solo ricorso avverso gli atti espressione della funzione di amministrazione attiva, non sempre in grado di ripristinare l'originaria situazione di fatto e di diritto[45].
Si ripropone, quindi, la problematica circa l'individuazione dell'organo titolare dei poteri di controllo esterno dell'azione organizzativa ed effettivamente dotato di giurisdizione.
Il Legislatore interviene solo nell'ambito delle *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, affermando che "*le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*" (cfr. art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001), dando così luogo a controversie di diritto privato rimesse alla giurisdizione del giudice ordinario (art. 63, comma 1, D.Lgs. n. 165/2001)[46].
Al di fuori di ciò, nel rispetto della riserva di legge relativa *ex* art. 97 Cost. e, in generale, del principio di legalità, le pubbliche amministrazioni[47] sono chiamate a esercitare un potere

---

personale" (cfr. Tar Puglia – Bari, Sez. II, 30 gennaio 2014, n. 143).

45 G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice*, cit.

46 Si fa presente come il medesimo articolo chiami esplicitamente in causa gli atti amministrativi (di macro-organizzazione) presupposti, adottati, dunque, nell'esercizio dei pubblici poteri: se rilevanti per la decisione, ossia se effettivamente incidenti sul rapporto di lavoro del dipendente pubblico, questi potranno essere disapplicati da giudice ordinario, purché illegittimi, naturalmente.
La disposizione in questione, letta assieme alla proposizione successiva per cui "*L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo*", ha dato origine a non pochi dubbi in ordine al giudice dotato di giurisdizione in relazione ai provvedimenti amministrativi generali incidenti sul singolo rapporto di lavoro.
Un primo orientamento afferma che, per i dipendenti e solo per essi, il giudice "competente" sarebbe sempre e solo il giudice ordinario, potendo essi chiedere solamente la disapplicazione degli atti di macro-organizzazione, i quali invece possono essere impugnati innanzi al giudice amministrativo da tutti gli altri cittadini dotati di legittimazione e interesse a ricorrere. Ciò anche in conseguenza del fatto che, a seguito della privatizzazione del rapporto di lavoro, le situazioni giuridiche del dipendente lese dalle condotte della p.a. sarebbero sempre qualificabili come diritti soggettivi, anche a fronte dell'esercizio di poteri discrezionali. In tal senso, L. TORCHIA, *Giudice amministrativo e pubblico impiego dopo il d.lgs. n. 80/1998*, in *Lav. pubbl. amm.*, Milano, 1998; L. TORCHIA, *Del passaggio dalla giurisdizione dal giudice amministrativo al giudice ordinario*, in Ragiusan, Roma, 1998; M. D'ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la seconda « privatizzazione » del pubblico impiego (osservazioni sui d.leg. n. 396 del 1997, n. 80 del 1998 e n. 987 del 1998)*, in *Foro it.*, Torino, 1999; D. BORGHESI, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, Padova, 2002.
Altri, invece, ritengono che il legislatore abbia previsto una tutela binaria a favore dell'impiegato il quale potrebbe rivolgersi sia al giudice amministrativo che al giudice del lavoro, a seconda dell'incidenza diretta o mediata sul rapporto di lavoro del provvedimento organizzativo generale e, quindi, del fatto che si faccia in concreto valere un proprio diritto soggettivo o un proprio interesse legittimo (Cassazione civile, SS.UU., 25 settembre 2009, n. 20642). Vedasi, A. TRAVI, *La giurisdizione civile nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm*., Milano, 2000; S. MENCHINI, *La Tutela dei diritti soggettivi e degli interessi nel pubblico impiego privatizzato*, in *Riv. dir. pubbl.*, Bologna, 2002, nonché, in senso critico alla mancata applicazione dell'istituto della sospensione necessaria, G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000 e R. VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, Milano, 1998.

47 Quanto meno il "nocciolo duro" delle pubbliche amministrazioni, ossia quei soggetti che rientrano nel campo di applicazione di una pluralità di leggi amministrative "fondamentali", quali: le amministrazioni statali (ministeri, agenzie), le regioni, gli enti locali, gli enti pubblici non economici (enti previdenziali, università, enti portuali, ecc.),

organizzativo non scevro di profili di discrezionalità: tra le possibili opzioni organizzative, la p.a. è chiamata ad adottare quella da essa stessa ritenuta più confacente ai summenzionati principi caratterizzanti l'azione organizzatrice. Il tutto come piena espressione dell'autonomia in materia riconosciuta agli enti pubblici[48]. Pertanto, la situazione giuridica vantata dal privato nei confronti di detta azione amministrativa non potrà che essere di interesse legittimo[49].
Si può fin da subito evidenziare la necessità di distinguere gli atti espressione della funzione organizzatrice, del potere di organizzazione, con cui si delinea la struttura di un apparato (si pensi alle delibere con cui si autorizza la cessione di immobili pubblici e la conseguente acquisizione di un diverso immobile), dai successivi atti volti a dare concretizzazione a dette scelte, espressione della funzione di amministrazione attiva, che, per quanto conseguenziali, sono comunque distinti e possono essere tanto atti di diritto pubblico quanto atti di diritto comune (l'acquisizione del nuovo immobile potrebbe avvenire sia tramite permuta, sia tramite espropriazione forzata). Si consideri, d'altra parte, come il controllo circa il rispetto dei principi che regolano l'attività organizzativa possa essere svolto esclusivamente in relazione agli atti *strictu sensu* espressione della funzione di organizzazione (nel caso di specie, le delibere), divenendo il sindacato sull'azione successiva della p.a. o un controllo su un atto espressione della funzione di amministrazione attiva, ovvero, se adottato con strumenti di diritto privato, un controllo sul rapporto, incentrato su profili differenti dai tipici vizi di legittimità, quali quelli concernenti i diritti delle parti come disciplinati dal Codice civile o dalle leggi speciali[50].
Quanto ai caratteri del sindacato del giudice amministrativo, si tratterà naturalmente di un sindacato di legittimità, volto a disporre l'annullamento o la conservazione del provvedimento in base alla sussistenza dei vizi di cui all'art. 21*octies*, L. n. 241/1990.
Nello specifico, l'incompetenza servirà per far valere un vizio formale dell'organizzazione, consistente nell'adozione di un dato provvedimento da parte di un soggetto differente rispetto a quello indicato dal legislatore, senza che con essa si vada in concreto a sindacare sull'imparzialità o sul buon andamento dell'organizzazione stessa.
Attraverso la violazione di legge, invece, il giudice amministrativo può sanzionare condotte violative dei principi di cui all'art. 97 Cost., nonché all'art. 1, L. n. 241/1990. Considerato da un lato il principio di gerarchia delle fonti, per cui le norme primarie devono sempre rispettare i dettami costituzionali e quelle secondarie le previsioni di quelle primarie, e dall'altro il principio di legalità, ogni qual volta un provvedimento organizzativo violi una norma di organizzazione, allora potranno *ex se* ritenersi violati anche i principi di buon andamento e imparzialità.
Da ultimo, tramite l'eccesso di potere, il giudice può estendere il sindacato fino alle soglie della discrezionalità organizzativa, in quanto, pur non potendo sostituirsi alla pubblica amministrazione nell'individuare la scelta più efficiente, efficace, economica e imparziale fra le varie possibili, potrà verificare se il potere discrezionale sia stato esercitato legittimamente, tanto in ordine ai presupposti che alle conseguenze: in astratto, il giudice amministrativo potrebbe considerare sproporzionata e irragionevole la scelta di permutare più immobili di pregio, di interesse artistico-culturale, con uno

---

le autorità indipendenti. Circa questo cd. "nocciolo duro", si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

48 *In primis*, considerato l'oggetto della nota in questione, si richiama l'autonomia didattica, scientifica, finanziaria contabile e organizzativa delle Università, prevista dall'art. 6, comma 1, L. 9 maggio 1989, n. 168. Si richiamano, sempre a titolo di esempio, anche l'autonomia organizzativa riconosciuta tanto alle regioni (art. 123 Cost.) che ai comuni (art. 6, comma 2, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267), in seno alla loro potestà statutaria.

49 Si richiamano, ad ogni modo, le teorie già citate nella precedente nota 46 secondo le quali, a seguito della privatizzazione del rapporto di lavoro, le situazioni giuridiche del dipendente lese dalle condotte della p.a. sarebbero sempre qualificabili come diritti soggettivi, anche a fronte dell'esercizio di poteri discrezionali.

50 In tal senso, anche se in riferimento agli atti assunti con i poteri e le capacità del privato datore di lavoro, vedasi A. PIOGGIA, *Gli atti privati di organizzazione dell'amministrazione fra novità e tradizione*, in F. MERLONI e A. PIOGGIA, *Riforme amministrative e atti organizzativi*, Rimini, 2005 e P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella Pubblica Amministrazione*, Padova, 2007.

privo di tali caratteristiche, qualora i vantaggi in termini di logistica e sfruttamento delle risorse fossero minimi o comunque chiaramente inferiori alla perdita di patrimonio culturale.

5. Atti prodromici

Quanto ai c.d. "atti prodromici" al compimento di negozi di diritto privato da parte delle pubbliche amministrazioni, la problematica circa la relativa giurisdizione è oggetto di approfondita e attuale disamina da parte di giurisprudenza e dottrina. Questo in considerazione della natura incerta della fattispecie, già fatta presente nella parte iniziale di questa nota, trattandosi di atti in cui è possibile ravvisare un profilo marcatamente pubblicistico, per quanto strettamente connessi alla (successiva) attività negoziale delle pubbliche amministrazioni, la quale dovrebbe essere pura e semplice espressione delle loro capacità di diritto comune.

L'importanza della questione, ossia dell'individuazione del giudice "competente" in materia, è evidente se si tiene in considerazione l'applicabilità dei principi ivi delineati alla materia dei "contratti pubblici", che si caratterizza in un ordinamento moderno per una concreta e rilevante portata di carattere economico.

Quanto alla nozione di atti prodromici, essa è in primo luogo frutto dell'elaborazione giurisprudenziale: "*...gli atti prodromici vanno, sul piano logico, cronologico e giuridico, tenuti nettamente distinti dai successivi atti negoziali, sempre imputabili all'ente pubblico, con cui l'ente, spendendo la sua capacità di diritto privato, pone in essere un contratto...Gli atti prodromici attengono al processo decisionale, che da ultimo si esterna nel compimento di un negozio giuridico...Mentre per un soggetto privato il processo decisionale resta ordinariamente relegato nella sfera interna del soggetto, e ciò che rileva è solo il negozio giuridico finale, per un ente pubblico esso assume la veste del procedimento amministrativo...*"[51].

Con un successivo intervento, i Supremi Giudici amministrativi hanno poi precisato che non ogni atto cronologicamente precedente al compimento di un negozio giuridico di diritto privato possa essere considerato atto prodromico, occorrendo che esso abbia una "*dignità provvedimentale*", sussistente in quanto sia riscontrabile il compimento di un processo decisionale, ossia "*la formazione della volontà di compiere un atto di diritto privato, di cui l'ente abbia valutato e approvato il contenuto, e che ciò risulti verificabile in base al procedimento seguito*"[52].

In altre parole, con atto prodromico si indica un atto di natura pubblicistica (*recties*, un provvedimento), conclusivo di un procedimento amministrativo, nel corso del quale si verifica la formazione della volontà oggettiva della p.a. di compiere un successivo atto di diritto privato.

A fronte di detta definizione, pochi dubbi possono residuare circa la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, considerato come, in relazione a detto provvedimento, le situazioni giuridiche dei soggetti privati non potranno che qualificarsi come interessi legittimi, non essendo ancora sorto alcun rapporto negoziale e, quindi, non essendo ravvisabile alcun diritto soggettivo.

Il tutto in conformità con il principio dell'evidenza pubblica[53], per lungo tempo applicato senza alcuna eccezione. In base ad esso, l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni può essere suddivisa in due fasi: la prima, di natura pubblicistica e preposta alla cura degli interessi pubblici, in relazione alla quale si possono ravvisare esclusivamente situazioni di interesse legittimo, tutelabili innanzi al giudice amministravo, e la seconda, integralmente privatistica, successiva alla stipulazione del contratto stesso e concernente la sua esecuzione, tale così da coinvolgere situazioni di diritto soggettivo, oggetto di tutela innanzi al giudice ordinario[54]. Di talché, gli effetti di un vizio verificatosi nella prima fase – vizio accertabile davanti al giudice amministrativo – si

51 Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10.

52 Consiglio di Stato, Ad. Plen., 5 maggio 2014, n. 13.

53 Si veda, in tal senso, A. MASSERA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le molte facce di un dialogo asincrono tra giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, Milano, 2009.

54 A. MASSERA, *Enti territoriali e contratti derivati: un rapporto travagliato*, in *Giornale Dir. Amm.*, Milano, 2014.

ripercuoterebbero sulla seconda, spettando però al solo giudice ordinario pronunciarsi circa la conseguente annullabilità del contratto[55].
In seguito, quanto meno in relazione all'ambito degli appalti, la tendenza è stata quella di superare la rigida ripartizione fra il momento pubblicistico e privatistico dell'attività negoziale, sottolineando le plurime connessioni fra l'atto di aggiudicazione e le vicende riguardanti l'atto negoziale, comportando anche una spinta al superamento della rigorosa dicotomia fra le giurisdizioni, così da riconoscere al giudice amministrativo margini di influenza sulla "sorte" del contratto, ossia consentendogli di pronunciarsi in favore dell'elisione del vincolo contrattuale in conseguenza di un'illegittimità concernente la procedura di aggiudicazione[56].
Nonostante una prima battuta d'arresto, frutto di una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con cui si è riaffermata la necessaria e inderogabile applicazione del summenzionato criterio dell'evidenza pubblica[57], a cui si è inizialmente conformato lo stesso Consiglio di Stato[58], la possibilità del giudice amministrativo di pronunciarsi sull'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione ha trovato definitiva consacrazione nel testo del Codice del processo amministrativo (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, nonché artt. 121 e 122)[59]. Ciò, come si vedrà a breve, quanto meno in relazione ai contratti rientranti nell'ambito di applicazione del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.
A ogni modo, detta conflittualità ha riguardato la possibilità di estendere la giurisdizione del giudice amministrativo ad aspetti *strictu sensu* concernenti i negozi giuridici di diritto privato conseguenti ai c.d. atti prodromici, senza che si sia messa seriamente in dubbio la riconducibilità di questi ultimi al sindacato del giudice delle pubbliche amministrazioni[60].

---

55 Univoca è stata, per lungo tempo, la giurisprudenza in materia. Si richiamano, *ex pluribus*, Cassazione civile, SS.UU., 8 aprile 1976, n. 1224; Cassazione civile, SS.UU., 12 novembre 2001, n. 14032; Cassazione civile, SS.UU., 18 aprile 2002, n. 5640.

56 In questo senso, F. MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm.-Tar*, Milano, 2004 e V. LOPILATO, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm.-Tar*, Milano, 2006. Quanto ai primi tentativi della giurisprudenza amministrativa di estendere il proprio "raggio d'azione", vedasi Consiglio di Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218; Consiglio di Stato, Sez. V, 5 maggio 2003, n. 2332; Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3355.

57 Cassazione civile, SS.UU., 28 dicembre 2007, n. 27169.

58 Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9 e Consiglio di Stato, Ad. Plen. 21 novembre 2008, n. 12.

59 Detta consacrazione ha poi trovato pieno riconoscimento anche da parte dell'organo apicale della giustizia ordinaria, il quale ha individuato nel giudice amministrativo "*l'organo indipendente dalla amministrazione (indicato alla Direttiva), che ha, nell'ordinamento interno, il potere di pronunciare l'annullamento dell'aggiudicazione*" (cfr. Cassazione civile, SS.UU., 8 agosto 2012, n. 14260).

60 Un'eccezione, nell'ambito delle pronunce del giudice amministrativo, parrebbe ravvisarsi nella citata sentenza Consiglio di Stato, Ad. Plen., 5 maggio 2014, n. 13, in cui il Collegio, in materia di contratti in strumenti finanziari derivati, ha sì mantenuto l'unificazione delle tutele, ma affermando la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, anche in relazione agli atti posti in essere dalla pubblica amministrazione quale precedente logico alla stipulazione del contratto di diritto privato. In realtà, l'esito della pronuncia consegue proprio dalla impossibilità di qualificare, nel caso concreto, detti atti come veri e propri atti prodromici, non potendo essere configurati "*come determinazione autoritativa procedimentalizzata e riferita ai contenuti essenziali dell'operazione da porre in essere*", considerato come nelle delibere in questione non trasparisse "*la precisa volontà di procedere ad una stipula di derivati, salva la generica possibilità di farvi ricorso, ove se ne ravvisasse l'opportunità, e salvo il rinvio alle future negoziazioni che ne stabilissero i concreti contenuti*". D'altronde, in senso contrario (per quanto compatibile), si era già pronunciata la Sez. V del Consiglio di Stato, 7 novembre 2011, n. 5032, concernente sempre la materia dei derivati, ma in cui la qualificabilità delle determinazioni provinciali come veri e propri atti prodromici aveva consentito di affermare la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione ad esse.
Sempre a favore di un'unificazione della tutela innanzi al giudice ordinario, vedasi Cassazione civile, SS.UU., 5 aprile 2012, n. 5446, Cassazione civile, SS.UU., 29 maggio 2012, n. 8515 e Cassazione civile, SS.UU., 17 maggio 2013, n. 12110, in base alle quali i vizi concernenti la fase pubblica sarebbero conoscibili, per quanto in via incidentale e nell'ottica di una mera disapplicazione degli atti della p.a., dal giudice ordinario, senza un previo annullamento in parte *qua ad opera* del giudice amministrativo. In senso critico a tali decisioni, vedasi A. TRAVI, *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria: la disciplina del c.p.a. e i nuovi interrogativi*, in *Urb. e app.*, Milano, 2012, in cui l'Autore afferma la necessità che sia esclusivamente il

6. *L'impugnabilità in concreto degli atti organizzativi e degli atti prodromici*

Ammessa in astratto la sindacabilità degli atti organizzativi e degli atti prodromici, nonché la giurisdizione del giudice amministrativo, pare opportuno aprire una breve riflessione sulla effettiva possibilità di impugnazione di tali *species* di atti, vagliando in concreto la configurabilità delle c.d. "condizioni generali per l'azione nel processo amministrativo": la legittimazione e l'interesse a ricorrere.

Senza scendere nello specifico dei dibattiti dottrinali sulle figure in questione e sul loro rapporto con i rispettivi equivalenti nel processo civile[61], con legittimazione a ricorrere si intende l'effettiva titolarità di un interesse qualificato (interesse legittimo o diritto soggettivo) che si ritiene leso dall'azione amministrativa, mentre con interesse a ricorrere si indica l'interesse proprio del ricorrente al conseguimento di un'utilità o un vantaggio tramite il processo.

Guardando agli atti organizzativi, la giurisprudenza pone in essere una prima e fondamentale distinzione tra soggetti alle dipendenze della p.a. e soggetti esterni.

Secondo i giudici, "*i dipendenti – se non sono titolari in merito di una posizione di diritto soggettivo perfetto alla conservazione della propria qualifica, del proprio status giuridico e della propria sfera di attribuzioni funzionali – hanno la titolarità di una posizione giuridicamente tutelata, non necessariamente patrimoniale, a che il potere, ampiamente discrezionale dell'Amministrazione di definire l'organizzazione dei propri servizi ed uffici venga esercitato nel rispetto sia dei limiti connessi con la loro posizione giuridica ed economica acquisita e sia delle norme che vincolano "ab externo" la potestà organizzativa dell'ente"*[62]. Allo stesso modo, il dipendente ha interesse a impugnare i provvedimento organizzativi, anche di carattere generale, che incidono direttamente sulle modalità di prestazione del servizio al quale è addetto, ossia sulle attribuzioni esercitate, nonché sulla sua collocazione all'interno dell'organizzazione medesima[63].

Più complessa si è rivelata l'ipotesi dell'impugnabilità del provvedimento organizzativo da parte di un soggetto esterno all'amministrazione, nella sua qualità di mero soggetto amministrato.

I canoni del buon andamento e dell'imparzialità, per quanto vincolanti le scelte organizzative delle p.a., difficilmente vengono ritenuti idonei a far sorgere in capo all'amministrato una situazione che sia qualcosa di più di un interesse di mero fatto a che venga garantito il buon funzionamento dell'apparato amministrativo[64]. Altrettanto limitate paiono le possibilità di individuare un'utilità effettiva derivante dall'accoglimento del ricorso: avendo gli atti organizzativi come destinatario lo stesso apparato amministrativo, e non i singoli amministrati, pare difficile per il privato dimostrare l'inefficienza del modello scelto dall'amministrazione, in espressione dei propri poteri di auto-

---

giudice amministrativo a conoscere dei vizi degli atti relativi all'aggiudicazione e, pertanto, a pronunciarsi sull'inefficacia del contratto conseguente ad essi.

61 Per uno sguardo più approfondito sui "presupposti processuali", vedasi, *in primis*, i già richiamati manuali di giustizia amministrativa A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit.; F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, cit.; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit.

62 Cfr., T.A.R. Campania - Salerno, Sez. II, 10 gennaio 2015, n. 92. Ugualmente, T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III quater, 04 dicembre 2009 n. 12542 e, sempre nello stesso senso, Consiglio di Stato, Sez. III, 19 settembre 2012, n. 4964.

63 Vedasi, in questo senso, una giurisprudenza consolidatasi sin dal Consiglio di Stato, Sez. V, 7 giugno 1983, n. 206. Più recentemente T.A.R. Campania - Salerno, Sez. II, 10 gennaio 2015, n. 92; Consiglio di Stato, Sez. III, 19 settembre 2012, n. 4964; Consiglio Stato, Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 827; T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III quater, 04 dicembre 2009 n. 12542; T.A.R. Abruzzo - Pescara, 23 maggio 2009, n. 378; T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. II, 29 aprile 2009, n. 3596; T.A.R. Lombardia - Brescia, Sez. I, 10 dicembre 2008, n. 1739; T.A.R. Trentino Alto Adige - Trento, 13 settembre 2005, n. 246.

64 Anche in questo caso, tale orientamento si è da lungo tempo e stabilmente affermato nel nostro ordinamento; vedasi T.A.R. Toscana – Firenze, 18 marzo 1983, n. 59. Più recentemente, Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 luglio 2014, n. 3400. Dal punto di vista dottrinale, si rimanda a E. FERRARI, *Problemi generali dell'amministrazione*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, cit.

organizzazione, e il beneficio che potrebbe in concreto trarre da un modello differente[65].
Ciò nonostante, la giurisprudenza è arrivata ad affermare la sussistenza di legittimazione e interesse a ricorrere in relazione ad atti organizzativi da parte di soggetti esterni qualora questi atti non solo risultano lesivi dei principi di buon andamento e imparzialità, ma, proprio perché contrari al buon andamento e all'imparzialità, risultano anche violativi di altre situazioni giuridiche, riconosciute e tutelate nel nostro ordinamento, di cui sono titolari gli amministrati. Evidente è il parallelismo con quanto affermato sopra in relazione ai lavoratori dipendenti, la cui legittimazione consegue dalla titolarità di una "ulteriore" situazione giuridica riconosciuta e tutelata che scaturisce automaticamente dal rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a.
Si richiama, pertanto, il caso degli studenti maggiorenni e dei genitori degli studenti, legittimati ad impugnare gli atti organizzativi delle amministrazioni scolastiche (su tutti, atti di fusione, scissione o soppressione degli istituiti) in quanto titolari, i primi, del diritto di apprendere e del diritto allo studio (ex art. 21 L. 15 marzo 1997, n. 59, e art. 32 Cost.), e i secondi, di un interesse alla razionale dislocazione e strutturazione dell'offerta scolastica[66]. Naturalmente, toccherà sempre ai ricorrenti dimostrare la lesività del provvedimento impugnato e il vantaggio concreto, attuale e personale che gli stessi conseguirebbero da una pronuncia a loro favorevole del giudice amministrativo[67].
Allo stesso modo, qualora l'interesse ulteriore leso dall'atto organizzativo sia un interesse diffuso o collettivo, è parso logico ammettere la legittimazione a ricorrere delle associazioni riconosciute[68] o delle associazioni di categoria[69].
In conclusione, la necessaria sussistenza di detto interesse "ulteriore" ai fini della legittimazione a ricorrere appare finalizzata proprio a evitare "*una sorta di azione popolare che presupporrebbe un controllo generalizzato degli assetti organizzativi delle amministrazioni di settore, con un collegamento solamente mediato con la tutela degli interessi finali.*"[70]
Per quel che concerne gli atti prodromici, la principale problematica non riguarda tanto la legittimazione ad agire, quanto piuttosto l'effettiva utilità che il ricorrente possa trarre dalla sentenza.
Diviene centrale, pertanto, la possibilità del giudice amministrativo di pronunciarsi o meno sull'inefficacia del contratto.
Senza, anche in questo caso, voler scendere nel dettaglio del relativo dibattito giurisprudenziale e dottrinale e in quello concernente le relazioni con l'effetto caducatorio o meramente viziante dell'annullamento degli atti prodromici sui successivi negozi giuridici[71], gli art. 121, 122 e 133,

---

65 Vedasi in questo senso, Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 luglio 2014, n. 3400.

66 Vedasi Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 febbraio 2001, n. 896; Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 aprile 2001, n. 1958; Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 ottobre 1992, n. 735.

67 In questo senso, Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 novembre 2013, n. 5383.

68 Vedasi T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II, 6 ottobre 2014, 10212. In realtà i Giudici, nel caso di specie, arrivano a negare la legittimazione a ricorrere di CODACONS, ma lo fanno comunque affermando la legittimazione generale delle associazioni riconosciute ad agire in tutela degli interessi diffusi a cui sono preposte, anche impugnando atti organizzativi. La carenza di legittimazione, a conferma di quanto sostenuto nel corpo del testo, consegue dal fatto che, nel caso specifico, gli atti organizzativi non sarebbero risultati di per sé idonei a ledere gli interessi "ulteriori" dei consumatori e dell'ambiente.

69 Vedasi, *ex pluribus*, la già menzionata T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III quater, 04 dicembre 2009 n. 12542, in cui si riconosce la legittimazione a ricorrere di un'associazione professionale (A.S.D.A.PI.).

70 Cfr. T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II, 6 ottobre 2014, 10212.

71 Vedasi, *ex pluribus*, G. GRECO, *Violazione della disciplina di affidamento*, in G. GRECO, *il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010; F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in *Giustamm.it*; A CACCIARI, *Prime riflessioni sull'inefficacia del contratto a norma del D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53*, in *Giustamm.it*; F. FRENI, *Descrivere, ma non spiegare: inefficacia, ovvero del compromesso*, in *Giustamm.it*; L. PASSERI, *Riflessi processuali del rapporto fra provvedimento di aggiudicazione e contratto di appalto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, Milano, 2009; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativi*, in *Dir. proc amm*, Milano, 2010; A. TRAVI, *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria: la disciplina del*

comma. 1, lett. e), n. 1. c.p.a. consentono esplicitamente al giudice amministrativo non solo di pronunciarsi sull'annullamento dell'aggiudicazione, ma anche sull'inefficacia dei contratti disciplinati dal D.Lgs. n. 163/2006.
Maggiori dubbi, invece, permangono in relazione ai contratti esclusi dall'ambito di operatività del "codice appalti". Si riscontrano, infatti, tanto posizioni a favore di un effetto meramente viziante dell'annullamento degli atti prodromici – così da escludere la possibilità del giudice amministrativo di pronunciarsi sulla "sorte" del contratto, ciò considerato il contenuto letterale dell'art. 133, comma 1, lett. e), che estende la giurisdizione del giudice amministrativo all'inefficacia dei negozi solo per i contratti sottoposti al D.Lgs. n. 163/2006 –[72], quanto posizioni a favore di un suo effetto caducante – considerando il paradigma "annullamento dell'affidamento–inefficacia del contratto" dotato di portata generale, tale da consentire al giudice amministrativo di pronunciarsi sempre sul venir meno degli effetti del negozio giuridico[73].
Nella prima delle due ipotesi, maggiori difficoltà potrebbero ravvisarsi nell'affermare la sussistenza di un interesse a ricorrere, in quanto l'effettiva utilità a cui mira il ricorrente (ossia lo scioglimento del vincolo contrattuale) non sarebbe ottenibile con la pronuncia del giudice amministrativo, il quale si limiterebbe all'(inutile) annullamento dell'atto prodromico. In soccorso, però, intervengono i medesimi giudici che hanno affermato il solo effetto viziante dell'annullamento, in quanto essi stessi statuiscono che "*al di fuori dai casi in cui l'ordinamento attribuisce espressamente al giudice amministrativo la giurisdizione sulla 'sorte del contratto' che si pone a valle di un procedimento amministrativo viziato (v. art. 133, c. 1, lett. e), n. 1. c.p.a., in tema di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), secondo l'ordinario criterio di riparto di giurisdizione spetta al giudice amministrativo conoscere dei vizi del procedimento amministrativo, e al giudice ordinario dei vizi del contratto, anche quando si tratti di invalidità derivata dal procedimento amministrativo presupposto dal contratto...tale riparto di giurisdizione non fa però venire meno l'interesse a impugnare davanti al giudice amministrativo gli atti amministrativi prodromici di un negozio, atteso che il loro annullamento produce un effetto viziante del negozio a valle, con la conseguente possibilità di: azionare rimedi risarcitori; impugnare il negozio davanti al giudice ordinario; chiedere all'Amministrazione l'ottemperanza al giudicato amministrativo, e, in caso di perdurante inottemperanza, adire il giudice amministrativo che in sede di ottemperanza può intervenire sulla sorte del contratto (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9)*"[74]
In sintesi, in relazione agli atti prodromici, l'interesse a ricorrere sussisterebbe in ogni caso, anche qualora la caducazione del contratto debba necessariamente conseguire dalla pronuncia del giudice ordinario.

7. *Conclusioni*
Concludendo, si può affermare che, alla luce di quanto sopra esposto, la decisione del Consiglio di Stato qui in esame sia corretta, stante l'esatta qualificazione degli atti impugnati e la conseguente affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo.
Non v'è dubbio, infatti, che le delibere del C.d.A. dell'Università Cà Foscari, con cui si è autorizzata la conclusione di un'operazione immobiliare, siano espressione del potere pubblico di organizzazione dell'ente, antecedenti e distinte dalla successiva azione amministrativa, di diritto privato, volta a darne attuazione.
A fronte dell'autonomia organizzativa, ossia del relativo potere discrezionale, le situazioni giuridiche dei privati – esterni all'amministrazione stessa – si configureranno come interessi legittimi: ciò a maggior ragione nel caso di specie, dove a impugnare gli atti non è un soggetto parte

---

c.p.a. e i nuovi interrogativi, in *Urb. e app.*, cit.; G. CARULLO, *La separazione (giudiziale) tra aggiudicazione e contratto: un divorzio inevitabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, Milano, 2011.

72 In questo senso, Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10.

73 In questo senso, Consiglio di Stato, Sez. V, 7 novembre 2011, n. 5032

74 Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10.

del successivo contratto, quanto un'associazione rappresentativa di un interesse diffuso, ritenuto leso dalle scelte (organizzative) e dalle condotte della p.a.
Evidenziata la sussistenza di un interesse "ulteriore" rispetto al buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione, ossia l'interesse alla preservazione del patrimonio artistico-culturale nazionale, si può affermare la legittimazione a ricorrere dell'associazione in questione. La violazione della norma sul procedimento (*de facto* anch'essa attinente l'organizzazione dell'azione amministrativa) non comporta, infatti, solo una lesione ai principi di cui all'art. 97 Cost., ma si traduce in un *vulnus* anche per il menzionato interesse diffuso.
Ugualmente, le delibere in questione possono essere correttamente qualificate come atti prodromici, considerata la loro "*dignità provvedimentale*", in quanto risultati di un procedimento pubblicistico espressione della *"formazione della volontà* [dell'Università] *di compiere un atto di diritto privato, di cui l'ente abbia valutato e approvato il contenuto*". Da ciò, la giurisdizione del giudice amministrativo.
Nessun dubbio, come dimostrato, può inoltre sorgere circa l'interesse ad agire dell'associazione, sia che si riconosca efficacia caducante dell'annullamento rispetto al successivo negozio, sia che se ne affermi la sola efficacia viziante o, meglio, sia che si ammetta la possibilità del giudice amministrativo di pronunciarsi circa l'inefficacia del contratto, sia che si ritenga necessario l'intervento in materia del giudice ordinario.
Si consenta un'ultima riflessione sull'efficienza di un siffatto sistema di tutela e di riparto tra giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario.
Prima di tutto, appare razionale l'orientamento adottato dalla giurisprudenza di limitare l'impugnabilità degli atti organizzativi generali alle ipotesi di lesività di un interesse ulteriore, concreto, attuale e personale vantato dal ricorrente, che vada al di là dell'interesse di mero fatto a una "buona organizzazione amministrativa". In assenza di specifiche indicazioni del Legislatore, i giudici hanno escluso l'ipotesi di un'azione popolare, eccessivamente invasiva dell'autonomia organizzativa delle amministrazioni e portatrice più che plausibile di un ulteriore aggravio per il sistema giurisdizionale, senza tuttavia escludere a priori la ricorribilità dei provvedimenti organizzativi. Di conseguenza, si sono fatti salvi i principi costituzionali di impugnabilità degli atti amministrativi, consentendo un controllo anche sul rispetto dei canoni di buon andamento e imparzialità, che sia però giustificato dalla concreta necessità di salvaguardare una situazione giuridicamente tutelata e riconosciuta, vantata dal soggetto presunto leso dall'azione organizzativa.
Maggiori dubbi, sempre in un'ottica efficientista, può destare la scelta del Legislatore di limitare la possibilità del giudice amministrativo di sindacare sulla sorte del contratto alle sole ipotesi disciplinate dal "codice degli appalti".
L'esigenza dell'unificazione delle tutele è stata più volte ravvisata tanto in dottrina che in giurisprudenza[75]. Difficilmente giustificabile, da un punto di vista "economico", è la perdurante separazione tra il giudice che può pronunciarsi sui vizi degli atti prodromici, annullandoli, e il giudice che, semplicemente preso atto di tali vizi, possa dichiarare (o disporre)[76] la conseguente efficacia del contratto. Né ciò pare giustificabile in conseguenza di quell'ormai superata "sensazione" secondo cui la tutela offerta dal giudice amministrativo si traduca, per le situazioni giuridiche sottoposte al suo giudizio, in un *quid minus* rispetto alla tutela offerta dal giudice ordinario[77].

---

75 In giurisprudenza,, questa esigenza ha avuto espressione nelle pronunce già menzionate alla nota 59, tanto in quelle a favore di un'unificazione innanzi al giudice amministrativo (Consiglio di Stato, Sez. V, 7 novembre 2011, n. 5032), quanto in quelle a favore di un'unificazione innanzi al giudice ordinario (Cassazione civile, SS.UU., 17 maggio 2013, n. 12110). In dottrina, a favore dell'unificazione innanzi al giudice amministrativo, si richiamano A. TRAVI, *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria: la disciplina del c.p.a. e i nuovi interrogativi*, cit. e A. MASSERA, *Enti territoriali e contratti derivati: un rapporto travagliato*, cit.

76 "Dichiarare" se si accolgono le teorie che, dall'annullamento degli atti prodromici, fanno discendere un effetto caducante, "disporre" se si sostiene la produzione di un mero effetto viziante.

77 Sul tema della "pienezza" del sindacato del giudice amministrativo, conforme alla situazione giuridica di cui è

Allo stesso modo, una scelta unificatrice generale del Legislatore non parrebbe in grado di violare l'attuale criterio di riparto tra giurisdizioni, come sancito dalle citate pronunce della Corte costituzionale, in quanto il giudice amministrativo non diverrebbe in alcun caso il giudice esclusivo della "materia" dei contratti pubblici *latu sensu* intesi (tanto della loro fase di formazione che della loro fase di esecuzione), rimanendo al centro della sua attenzione l'attività amministrativa "a monte" del contratto, e diventando la pronuncia sulla sorte di quest'ultimo un segmento della decisione complessiva, che permetta di definire nel suo insieme gli effetti dell'annullamento di un provvedimento amministrativo[78].
Rendere necessario l'intervento prima del giudice amministrativo e poi del giudice ordinario, se non addirittura consentire l'intervento di entrambi, in contemporanea, sulla stessa materia (permettendo al giudice ordinario di conoscere in via incidentale della legittimità dell'atto prodromico amministrativo ed, eventualmente, di disapplicarlo) è chiaro sintomo di disfunzione e inefficienza di un Legislatore che fa eccessivo affidamento sul "dialogo fra giurisdizioni", quando dovrebbe essere lui stesso a limitare, coordinare e razionalizzare i propri interventi, così da garantire chiarezza ed efficienza a un sistema giurisdizionale le cui attuali debolezze si traducono non solo in un sacrificio dei diritti dei singoli, ma in una ferita al sistema stesso, che perde ulteriormente in attrattività e competitività rispetto ad altri ordinamenti stranieri[79].

---

titolare il ricorrente, anche nei confronti di scelte tecnico-discrezionali delle Autorità amministrative indipendenti, si è già avuto modo di esprimersi in L. GALLI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: pienezza e bilanciamento del controllo*, in *Dir. proc. amm.*, Milano, 2014. In materia, si richiamano, su tutti, i contributi di R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, Milano, 2003; A. LALLI, *La sindacabilità giurisdizionale del potere neutrale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il procedimento di controllo in materia di concentrazioni*, in *Foro amm.-C.d.S.*, Milano, 2003; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato: poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005.
In tal senso, vedasi anche la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha sostenuto la necessità di superare il binomio "controllo debole/controllo forte", concentrandosi sulla pienezza ed effettività del sindacato, nonché sulle conseguenti garanzie per il ricorrete (Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926 e Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515).

78 In questo senso, A. TRAVI, *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria: la disciplina del c.p.a. e i nuovi interrogativi*, in *Urb. e app.*, cit.

79 Sull'esigenza di un'azione di semplificazione e razionalizzazione da parte del Legislatore in tema di riparto fra giurisdizioni, considerati anche i risvolti "economici" delle incertezze in materia, si segnalano gli interventi avvenuti nel corso dell'incontro del Gruppo San Martino, svoltosi a Pisa il 24 aprile 2015, sul tema "Giurisdizione e attività economiche". *Ex pluribus* si richiamano quelli di M. LUCIANI, M. DUGATO, R. FINOCCHI GHERSI e M. DELSIGNORE.