

evincere il contrasto sussistente tra l'atto controllato e il principio (o il parametro normativo) indicato dall'organo di controllo» (cfr. sez. IV 11 dicembre 1997, n. 1375; sez. V 14 dicembre 1994, n. 1491, *id.*, Rep. 1995, voce *Atto amministrativo*, n. 318).

Premesso che è insindacabile da parte del giudice amministrativo la facoltà del Coreco di chiedere chiarimenti o elementi integrativi di giudizio, dal momento che il bisogno di chiarimenti è una condizione soggettiva e pertanto il giudice non può giudicare la necessità o meno dei chiarimenti senza cadere nell'arbitrio (cfr. sez. V n. 1191 del 19 agosto 1995, *id.*, Rep. 1995, voce *Regione*, n. 159), osserva, il collegio che il lamentato difetto di motivazione non appare configurabile, già in astratto, rispetto al provvedimento *de quo*, stante la sua natura di atto vincolato, in adesione ad un costante orientamento giurisprudenziale (cfr., *ex plurimis*, e da ultimo, Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 1995, n. 8, *id.*, 1996, III, 603; sez. V 4 ottobre 1994, n. 1097, *id.*, Rep. 1995, voce *Impiegato dello Stato*, n. 323, in tema di inquadramento e di controllo di legittimità; Cons. Stato, sez. V, n. 23 del 27 gennaio 1988, *id.*, Rep. 1988, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 613; n. 1305 del 17 novembre 1994, *id.*, Rep. 1994, voce *cit.*, n. 659, in tema di demolizione manufatti abusivi; Tar Reggio Calabria n. 973 del 3 novembre in tema di sgombrato area demaniale; Cons. Stato n. 286 del 6 maggio 1989, *id.*, Rep. 1989, voce *Impiegato dello Stato*, n. 900; in tema di recupero di somme indebitamente corrisposte; Cons. Stato n. 174 del 19 marzo 1992, *id.*, 1993, III, 176, in tema di esclusione di candidato da pubblico concorso).

Ma anche ad accogliere la tesi di chi in dottrina ritiene necessaria l'esplicazione chiara dell'*iter* logico della decisione amministrativa, ancorché vincolata, dopo l'entrata in vigore della l. n. 241 del 1990 (non essendoci una deroga espressa per gli atti vincolati a differenza di quelli normativi e generali ex art. 3 l. cit.), il collegio ritiene che tale obbligo di motivazione, nella specie, sia stato soddisfatto.

Deve infatti ritenersi necessaria e sufficiente, alla luce dei principi ispiratori della l. n. 241 del 1990, l'indicazione, nel provvedimento di controllo, della c.d. giustificazione, ovvero dell'esternazione dei presupposti di fatto e l'individuazione delle norme giuridiche.

Infatti, volendo considerare venuta meno con la l. n. 241 la differenza fra atti discrezionali e atti vincolati ai fini dell'obbligo di motivazione, va da sé che questo debba essere esteso anche ai provvedimenti per i quali, prima, detto obbligo non era previsto; fra questi, gli atti vincolati e quelli a domanda; risulterebbe, anche, che laddove prima si reputava sufficiente l'indicazione dei presupposti di fatto e di diritto legittimanti l'adozione del provvedimento per dedurre la negazione di un obbligo di motivazione, oggi si può dire che per gli atti vincolanti, in cui la valutazione non è discrezionale e la sua univocità non consente argomentazioni di sorta, l'enunciazione dei presupposti di fatto e di diritto, in termini di ragioni giuridiche che determinano la decisione ed in relazione alle risultanze dell'istruttoria, soddisfa il disposto sancito dall'art. 3, cit.

Correttamente, nella vicenda in esame, l'organo di controllo ha accertato l'illegittimità della delibera comunale, nel presupposto della non ricorrenza di alcuna delle tassative ipotesi legittimanti il ricorso alla trattativa privata, menzionate nell'art. 46 l. reg. n. 27 del 1985.

La pronuncia negativa di controllo, si inserisce coerentemente in un contesto giurisprudenziale rigoroso, nell'individuazione delle situazioni legittimanti la scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata diretta e non per il tramite di procedure meccaniche competitive:

A) «è illegittimo il ricorso alla trattativa privata per la stipula di un contratto . . . qualora la preferenza accordata a tale sistema di scelta del contraente, da considerarsi derogatorio rispetto ad altri sistemi fondati sulla regola della gara pubblica, si traduca in un provvedimento non rispondente ad un'interpretazione oggettiva dei requisiti di necessità ed urgenza richiesti dalla normativa vigente» (cfr. Corte conti, sez. contr. Stato, 9 gennaio 1996, n. 1, *id.*, 1996, III, 296);

B) «è illegittima la prassi per la quale il ricorso all'istituto della trattativa privata, strumento negoziale riservato ad eccezionali ipotesi, . . . sia prevalentemente utilizzato in via ordinaria» (cfr. Corte conti, sez. contr. Stato, 8 maggio 1997, n. 69);

C) «è illegittima l'aggiudicazione a trattativa privata di contratto di appalto . . . , giustificata dall'amministrazione con il richiamo all'attività pregressa, all'ubicazione e all'organizzazione dell'aggiudicataria ed all'urgenza di provvedere determinata da ritardi imputabili alla stessa amministrazione» (cfr. Corte conti, sez. contr. Stato, 17 maggio 1993, n. 80, 17 marzo 1993, n. 33, 15 febbraio 1993, n. 16, e 18 dicembre 1992, n. 79, *id.*, Rep. 1993, voce *Contratti della p.a.*, nn. 125, 126, 156, 158).

In *limine*, è appena il caso di sottolineare come, curiosamente, il consiglio comunale di Altamura abbia deciso di affidare a trattativa privata, nella stessa seduta del 27 febbraio 1987, e con identica stereotipa motivazione, non solo l'appalto di cui è causa, ma anche un ulteriore appalto, a diversa impresa, e sempre per il completamento di lavori concernenti opere pubbliche di interesse locale; oggetto, peraltro, di un distinto giudizio di appello trattato alla stessa udienza di discussione.

Sulla scorta delle rassegnate conclusioni, l'appello deve essere pertanto accolto.

CONSIGLIO DI STATO; adunanza generale; parere 12 marzo 1998, n. 30/98; Pres. LASCHENA.

Giustizia amministrativa — Edilizia e urbanistica — Servizi pubblici — Risarcimento del danno — Giurisdizione amministrativa esclusiva (L. 15 marzo 1997 n. 59, delega al governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa, art. 11; d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'art. 11, 4° comma, l. 15 marzo 1997 n. 59).

L'adunanza generale del Consiglio di Stato ha dato nei sensi della motivazione il parere sullo schema di decreto legislativo, concernente modificazioni al d.leg. 3 febbraio 1993 n. 29, ai sensi dell'art. 11, 4° comma, l. 15 marzo 1997 n. 59, relativamente all'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia di edilizia, urbanistica e di servizi pubblici. (1)

(1) I. - Il parere si riferisce all'allora schema di quel che è poi diventato il d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, emanato in base ad una delle varie delegazioni legislative che dispone la l. 15 marzo 1997 n. 59: a quella prevista dall'art. 11, 4° comma, concernente pressoché esclusivamente innovazioni da apportare alla vigente disciplina dell'impiego con le pubbliche amministrazioni, dettata dal d.leg. 29/93 e successive modificazioni.

Il parere, tuttavia, è stato chiesto dalla presidenza del consiglio dei ministri, non in relazione alla generale funzione consultiva attribuita al Consiglio di Stato, ma soltanto sul fondamento del r.d.l. 9 febbraio 1939 n. 273, provvedimenti legislativi riguardanti l'ordinamento e le funzioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, il quale richiede che i provvedimenti legislativi incidenti su queste materie, siano adottati « . . . previo parere, rispettivamente, del Consiglio di Stato in adunanza generale o della Corte dei conti a sezioni riunite ». E, perciò, si riferisce alle sole disposizioni relative alla giurisdizione e al processo amministrativo in senso stretto.

Più precisamente, la norma specificamente delegante l'emanazione di queste disposizioni, e cioè la lett. g) del citato 4° comma dell'art.

Premesso: L'amministrazione referente espone che lo schema di decreto legislativo in oggetto tende a completare la riforma del quadro normativo del lavoro pubblico, iniziata con il d.leg. 4 novembre 1997 n. 396, in attuazione della medesima delega.

Lo schema in oggetto,

a) innova le disposizioni del d.leg. n. 29 del 1993 sulle fonti in modo da rendere chiara, in coerenza con la riserva di legge contenuta nell'art. 97 Cost., la linea di separazione tra fonti dell'organizzazione degli uffici pubblici e fonti della regolazione dei rapporti di lavoro;

Il l. 59/97, attribuiva, come primo oggetto della delega, la devoluzione al giudice civile, entro il 30 giugno 1998, del contenzioso sul rapporto di impiego (non più pubblico ma) con le pubbliche amministrazioni, attuando, però anche completando e ampliando quanto già previsto inizialmente fin dalla l. 421/92, art. 2, e, poi, dall'art. 68 del conseguente d.leg. 29/93 e successive modificazioni. L'adunanza generale del Consiglio di Stato si era già espressa una prima volta in materia, col parere 31 agosto 1992, n. 146 (*Foro it.*, 1993, III, 4, con nota di richiami), in riferimento all'allora emanando art. 2 suddetto; e malgrado che pure in quel caso il suo intervento le fosse stato richiesto dal governo solo in base al r.d.l. 273/39, poiché il trasferimento di giurisdizione sul contenzioso inerente al suddetto rapporto di impiego era stato ricollegato esplicitamente nella domanda governativa alla c.d. «privatizzazione» del rapporto stesso, l'adunanza generale non si privò di esprimersi, e di esprimersi con accenti critici, su questa trasformazione sostanziale. Il parere ora riportato, significativamente, non riapre tale dibattito, e, senza pronunciarsi ulteriormente neppure sulla disposizione sulla giurisdizione, anche al riguardo rinvia al parere del 1992.

D'altra parte, la medesima nuova norma delegante della l. 59/97 ha previsto anche ulteriori innovazioni in materia di giustizia amministrativa, non collegate col rapporto di impiego con le pubbliche amministrazioni. E, in particolare, ha disposto in correlazione del suddetto trasferimento di giurisdizione al giudice civile, quasi a mo' di compenso (addirittura contestualmente, essa recita), l'estensione della giurisdizione del giudice amministrativo, «... alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici, ...». Ed è questi altri contenuti che il presente parere considera.

Per una migliore comprensione da parte del lettore dei problemi esaminati dal parere stesso, si riportano in calce, oltre il testo definitivo delle disposizioni che esso ha considerato, diventate gli art. 33, 34 e 35 d.leg. 80/98, anche i corrispondenti art. 38, 39 e 40 dell'originario progetto governativo; nonché il parere espresso al riguardo, secondo quanto richiesto dall'art. 11, 2° comma, l. 59/97, dalla commissione parlamentare composta da venti deputati e da venti senatori, prevista dal precedente art. 5 (in gergo, la c.d. Bicamerale).

II. - Il parere analizza, anzitutto, le definizioni che lo schema di decreto delegato aveva formulato, dell'edilizia, dell'urbanistica e dei servizi pubblici, come materie per le quali la norma delegante aveva disposto l'accennato passaggio, nella loro interezza, alla nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

E, in primo luogo, ha considerato l'orientamento che il legislatore mostra in generale di voler adottare, nei confronti della regola del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice civile: l'abbandono del criterio consistente nella contrapposizione degli interessi legittimi ai diritti soggettivi, ritenuto ormai superato, nonché di difficile comprensione e applicazione; e lo sviluppo del criterio detto per «blocchi di materie». E, al riguardo, ha osservato che questo pone «... problemi non sicuramente più semplici...» di quelli lamentati con l'altro; per contro, ha affermato che «... il criterio più semplice sembrerebbe quello fondato sulla presenza del soggetto pubblico quale parte della controversia»: mostrando di auspicare, così, più che un rinnovato riparto di giurisdizione tra giudice civile e giudice amministrativo in ordine all'amministrazione, basato sulla distribuzione tra di essi delle varie materie, la sola estensione in qualche modo totalmente assorbente della giurisdizione amministrativa.

Poi, il parere passa ad esaminare il progetto di definizione della nozione di «servizi pubblici», e, in particolare, l'elencazione, tuttavia non tassativa, delle controversie che vi devono ritenersi comprese, indicate dall'attuale 2° comma dell'art. 33 d.leg. 80/98.

Tra di queste, fa spicco, anche per l'attualità, l'importanza e l'eco dei dibattiti suscitati dalla precedente disciplina, quella enumerata alla lett. e): (le controversie) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale. La disposizione è chiaramente orientata nel senso di superare la tesi secondo la quale, se il soggetto appaltante non è formalmente pubblico, la sua soggezione alle norme comunitarie sugli appalti non è fattore sufficiente a sottrarre al giudice civile la giurisdizione sulle controversie conseguenti; tesi che trova la più nota espres-

b) definisce le condizioni in base alle quali le pubbliche amministrazioni, rispettando il principio dell'imparzialità e le disposizioni sul reclutamento e sulla selezione del personale, possono applicare la legislazione del lavoro riguardante le forme contrattuali flessibili (contratti a termine, formativi, lavoro interinale);

c) detta disposizione di adattamento per consentire l'applicazione delle norme del codice civile e delle leggi sul lavoro in materia di mutamento di mansioni; passaggio diretto di dipendenti pubblici tra amministrazioni; successione nella titolarità

sione nella sentenza della Cassazione conosciuta come la «Siena-Parcheggi» (sent. 6 maggio 1995, n. 4989, e altre di pari data, *id.*, 1996, I, 1363, con nota di CARINGELLA; successivamente, v. anche sent. 9 luglio 1997, n. 6225, *id.*, 1997, I, 3194, con nota di FRACCHIA; e, in dottrina, da ultimo, A. GRAZIANO, *I nuovi confini dell'ente pubblico e dell'atto amministrativo: il caso degli appalti delle società in mano pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 105). È incerta, peraltro, la sua portata: se andasse riferita agli appalti pubblici nella sola materia dei servizi pubblici oggetto della delega, si potrebbe dubitare della costituzionalità della diversità di trattamento di questi rispetto agli altri; se venisse intesa come regola generale per tutti gli appalti pubblici, si potrebbe dubitare, allora, della possibilità di ricondurla entro i limiti della delega medesima.

Il parere, tuttavia, non si occupa del problema. E, pur migliorando sotto diversi aspetti la precedente formulazione dell'intero attuale art. 33 d.leg. 80/98, non considera varie altre questioni che la norma pone, anche sotto il profilo della possibilità di prospettazione di ulteriori eccessi di delega, specie per quel che concerne l'ampiezza della definizione data alla materia dei servizi pubblici.

Per quel che riguarda le altre materie dell'urbanistica e dell'edilizia, il parere ha preso in considerazione solo la prima, accettando la formula già definita nello schema governativo, e poi transitata nel vigente art. 34, 2° comma, d.leg. 80/98, secondo la quale essa «... concerne tutti gli aspetti dell'uso del territorio»; ma anche consigliando (e il consiglio è stato accolto dal legislatore delegato), di stralciare le ulteriori precisazioni, specie in ordine alla tutela dell'ambiente, e dei valori artistici, storici e paesaggistici.

D'altra parte, il parere tace anche sul significato da dare all'attuale 3° comma, lett. b), del medesimo art. 34, il quale fa salva la «... giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa». Che il legislatore delegato abbia sentito il bisogno di questa precisazione, deve fare ritenere all'interprete che rientri nella «urbanistica ed edilizia», così latamente definita, anche la materia dell'espropriazione; e che quindi anche nei suoi confronti il giudice amministrativo abbia ormai una giurisdizione esclusiva. Anzi: la «nuova» sua giurisdizione esclusiva, che, come si vedrà, comprende anche le domande di natura risarcitoria. Con una conseguenza, che, d'altra parte, lascia perplessi: non apparirebbe più ad un solo giudice il contenzioso sui diritti patrimoniali derivanti da vicende espropriative o ablativa; e ciò, malgrado che il legislatore di questi ultimi anni tenda, viceversa, a legare l'ammontare del risarcimento all'ammontare dell'indennità (v. l. 28 dicembre 1995 n. 549, misure di razionalizzazione della finanza pubblica, art. 1, comma 65, sulla questione di costituzionalità della quale la corte ha pronunciato la sentenza di accoglimento 2 novembre 1996, n. 369, *Foro it.*, 1996, I, 3257, con nota di BENINI, annotata pure da DE MARZO, *ibid.*, 3585, e da VERDE, *id.*, 1997, I, 2400; ma, poi, anche la l. 23 dicembre 1996 n. 662, misure di razionalizzazione della finanza pubblica, art. 3, comma 65).

III. - Il parere prosegue nell'analisi dello schema governativo, considerando, quindi, la portata di quella parte dell'attuale art. 35 d.leg. 80/98, la quale dispone l'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «... alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici, ...».

Apparentemente, la disposizione fa cadere, nelle materie indicate, quel limite particolare tradizionalmente apposto alla giurisdizione del giudice amministrativo, anche esclusiva, e, quindi, quella correlata riserva alla giurisdizione del giudice civile, costituito, appunto, dalla cognizione dei diritti patrimoniali consequenziali (v. r.d. 26 giugno 1924 n. 1054, t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato, art. 30, 2° comma; e l. 6 dicembre 1971 n. 1034, istituzione dei tribunali amministrativi regionali, art. 7, 3° comma). Di quei diritti patrimoniali consequenziali, cioè, il cui contenuto, dopo decenni di sua graduale e progressiva erosione specie da parte della giurisprudenza delle sezioni unite della Cassazione, si è ormai ridotto pressoché esclusivamente, appunto, ai diritti di natura risarcitoria; e anche questi non senza limitazioni.

Però, non su tutte le suddette materie dell'edilizia, dell'urbanistica e dei servizi pubblici contemplati dalla norma delegante, o, meglio, non su tutta la loro interezza, il giudice amministrativo aveva in precedenza

dei rapporti di lavoro in caso di trasferimento di attività esercitate da soggetti pubblici; gestione delle eccedenze di personale e la mobilità;

d) trasferisce al giudice del lavoro le controversie, predisponendo misure di contenimento del contenzioso;

e) riorganizza la dirigenza dello Stato, contrattualizzando il rapporto di impiego dei dirigenti generali ed istituendo un ruolo unico interministeriale dei dirigenti;

f) revisiona le norme del d.leg. n. 29 del 1993 che regolano l'anagrafe delle prestazioni dei pubblici dipendenti e i codici

la sua giurisdizione addirittura esclusiva: già nella stringata loro definizione data loro da tale norma delegante, ed assai di più in quella, ben più ampia, data loro dal d.leg. 80/98, art. 33, 1° e 2° comma, nonché art. 34, 1° e 2° comma; così che queste disposizioni vanno interpretate in primo luogo, almeno per implicito, come attributive di tale giurisdizione esclusiva sulla totalità di tali materie: del resto, in coerenza con l'evoluzione legislativa cui si è sopra accennato, che si va realizzando in ordine alle regole di riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice civile, con la tendenza verso il superamento della rilevanza sotto questo profilo, della contrapposizione degli interessi legittimi ai diritti soggettivi, e verso un ampliamento della giurisdizione amministrativa.

D'altra parte, la lett. g) del 4° comma dell'art. 11 l. 59/97, norma delegante, farebbe ritenere che i diritti patrimoniali consequenziali, ivi compresi quelli di natura risarcitoria, non costituiscono una materia ulteriore rispetto all'edilizia, all'urbanistica e ai servizi pubblici. Con le conseguenze: a) che l'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a tali diritti sia stata consentita al legislatore delegato solo nell'ambito di queste tre altre materie, indipendentemente da ogni questione di legittimità costituzionale per disparità di trattamento di questa limitazione; b) che debba essere interpretato in modo corrispondente l'attuale art. 35 d.leg. 80/98, specie ai commi 1° e 2°; c) e che appaia fortemente sospetto di incostituzionalità per eccesso di delega il 4° comma di questo stesso art. 35, il quale ha riscritto interamente il 3° comma dell'art. 7 l. 1034/71, sopprimendo in esso il riferimento ai diritti patrimoniali consequenziali: facendo cadere così per tutte le materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e non solo per quelle tre suddette, questo tradizionale limite di giurisdizione, e la correlata riserva alla giurisdizione del giudice civile.

Però, il parere riportato preferisce l'opposta interpretazione della norma delegante, secondo la quale essa considererebbe i diritti patrimoniali consequenziali, compresi quelli di natura risarcitoria, e costituenti una materia autonoma, rispetto all'edilizia, all'urbanistica e ai servizi pubblici; su questa premessa, dovrebbero essere capovolte le tre conseguenze ora accennate.

IV. - Il parere, poi, affronta il problema del fondamento e dell'ampiezza delle domande di natura risarcitoria ora affidate alla «nuova» giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Il 1° comma dell'art. 35 d.leg. 80/98, appare profilato come una norma che estende a questi contenuti la giurisdizione esclusiva. Ma, in realtà, è diventata la nuova disposizione che regola in linea di principio la responsabilità civile dell'amministrazione; pur se, anche qui, con dubbi sulla sua costituzionalità per eccesso di delega, la cui consistenza dovrebbe essere proporzionale alla portata, più o meno generale, che le si volesse attribuire.

Che sia questo il ruolo effettivo del ridetto 1° comma, risulta con immediatezza dal successivo 5° comma, il quale abroga l'art. 13 l. 142/92. Sembra che esso tenda soprattutto ad eliminare l'esigenza di un doppio processo, prima davanti al giudice amministrativo per l'annullamento dell'atto, e poi davanti al giudice civile per il risarcimento del danno, che l'art. 13 imponeva in caso di violazione delle norme di derivazione comunitaria che contemplava, come è reso evidente dalla sua prosecuzione: «Sono abrogati l'art. 13 . . . , ed ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi nelle materie di cui al 1° comma». Ma esso in tal modo, sopprime anche le disposizioni che parevano estendere la responsabilità civile dell'amministrazione, in particolare anche per la lesione degli interessi legittimi, fornendole un fondamento specifico, diverso da quello dell'art. 2043 c.c.

Ed è in ordine alla formulazione definitiva del 1° comma del medesimo art. 35, che si è avuto l'intervento di maggiore rilevanza e spessore dell'adunanza generale, che ha proposto la locuzione, ora diritto vigente per suo merito, del «. . . risarcimento del danno ingiusto»: la quale ha il grande pregio di richiamare il tenore dell'art. 2043 c.c., riconoscendogli il ruolo di principio generale dell'ordinamento, come tale applicabile a tutti i suoi soggetti, privati o pubblici che siano; e di riportare a questo principio il fondamento della responsabilità civile dell'amministrazione.

Il parere odierno è pervenuto a questa conclusione, dopo aver consi-

di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

Oltre a tali disposizioni, lo schema contiene norme volte ad agevolare la devoluzione delle controversie in materia di rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni al giudice ordinario (art. 11, 4° comma, lett. g, parte prima, l. 15 marzo 1997 n. 59), disposta dall'art. 68 d.leg. 29/93.

Infine, sono contenute nello schema in oggetto disposizioni (art. 38, 39, 40 e, quanto alla normativa transitoria, l'art. 43, 2° comma) concernenti specificamente l'assetto della giurisdizione

gliato, con consiglio accolto dal legislatore delegato, di respingere l'originario testo dello schema governativo, che si riferiva blandamente alle domande «. . . volte ad ottenere, in presenza dei relativi presupposti, un'indennità o il risarcimento del danno da parte delle pubbliche amministrazioni o dei gestori». E, ancor più, il testo suggerito dalla commissione consultiva parlamentare, che specificava che «Sono risarcibili tutte le posizioni soggettive direttamente danneggiate da atti o comportamenti assunti dalle pubbliche amministrazioni o dai gestori, in violazione di norme di legge o di regolamento ovvero dalle comuni regole di diligenza, prudenza e perizia». Il parere motiva questa sua contrarietà specie nei confronti di quest'ultimo testo, osservando che la formulazione che propone di scartare, «. . . potrebbe far ritenere acquisita una posizione sul risarcimento del danno da lesione degli interessi legittimi pretesivi . . . », e considerando più opportuna, viceversa, «. . . una norma più elastica, che attraverso la clausola generale del danno ingiusto demandi all'interpretazione della giurisprudenza esclusiva del giudice amministrativo, consapevole delle esigenze di giustizia, esperta del controllo sull'esercizio del potere pubblico, attenta alla emergenza economica, che è elemento che permea l'ordinamento, la messa a punto della materia». In altre parole, il parere ritiene ancora non maturo il problema della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi. O, meglio, non vede che sia (ancora?) praticabile una sua soluzione in termini generali e totalizzanti. Perché ritiene che solo dall'analisi delle singole concrete situazioni per la cui lesione si invoca il risarcimento, possa concludersi se questo sia dovuto, oppure no. Indipendentemente dall'interrogativo, si può aggiungere, se essa sia qualificabile come un interesse legittimo rimasto tale, oppure come un interesse legittimo che si è fatto un diritto soggettivo (cfr. A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Riv. dir. amm.*, 1998, 1).

V. - Da ultimo, il parere dedica poche brevi battute agli altri commi, recanti disposizioni prettamente processuali, del vigente art. 35 d.leg. 80/98.

Tra di queste, acquista un particolare spicco l'attuale 3° comma, che dispone l'ampliamento dei mezzi di prova che il giudice amministrativo può utilizzare. La norma si muove nella direzione della tendenziale applicabilità al processo amministrativo dei mezzi di prova previsti per il processo civile, con la sola eccezione di quelli che risultino assolutamente incompatibili col primo, come, appunto, l'interrogatorio formale e il giuramento; direzione indicata da Corte cost. 23 aprile 1987, n. 146 (rel. Andrioli), *Foro it.*, 1987, I, 1349, con osservazioni di C. M. BARONE, la quale ha affermato l'incostituzionalità delle norme, legislative e regolamentari, che non consentivano nel contenzioso sul pubblico impiego l'utilizzabilità dei mezzi di prova deducibili nel giudizio civile del lavoro (tuttavia, sono solo sporadiche le applicazioni che del principio ha compiuto la successiva giurisprudenza amministrativa); d'altra parte, Corte cost. 18 maggio 1989, n. 251 (rel. Caianiello), *id.*, 1989, I, 2700, con nota di richiami, nella diversa prospettiva che il giudice amministrativo deve valutare la congruità dell'istruttoria già compiuta dall'amministrazione nel procedimento di emanazione del provvedimento impugnato, e che a tal fine non è necessario che abbia un accesso diretto al fatto, ha escluso l'incostituzionalità dell'art. 44 r.d. 1054/24, in quanto non prevede l'utilizzabilità dei mezzi di prova previsti per il processo civile, per la soluzione delle questioni pregiudiziali relative a diritti, nei giudizi amministrativi in sede di giurisdizione generale di legittimità.

Il ridetto 3° comma ha tentato di conciliare l'esigenza ritenuta urgente, che il giudice amministrativo possa disporre subito dei nuovi mezzi di prova, con quella di una più ricca e dettagliata loro disciplina. Ed ha mediato tra di esse, prevedendo sì che questa disciplina venga adottata, ma non vincolando alla sua adozione l'esperibilità di nuovi mezzi; i quali, perciò, sono già immediatamente deducibili nel giudizio amministrativo.

Quanto alla fonte dell'auspicata nuova disciplina, il parere, nel silenzio al riguardo dell'originario progetto governativo, ha indicato quella regolamentare; e il suggerimento è stato accolto dal legislatore delegato. Però, aveva anche individuato il fondamento di questo regolamento nell'art. 17, 2° comma, l. 400/88: ossia, aveva mostrato di ritenere possibile che il medesimo regolamento, pur disciplinando lo svolgimento di un vero e proprio processo come ormai da tempo è divenuto il

zione amministrativa, in attuazione della parte di delega che stabilisce la devoluzione al giudice amministrativo delle «controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici, prevedendo altresì un regime processuale transitorio per i procedimenti pendenti».

L'amministrazione sottolinea quindi che, a suo avviso, la delega legislativa ha inteso anche innovare la disciplina sostanziale della responsabilità civile della pubblica amministrazione: «il riferimento alle controversie "relative al risarcimento del danno"»

giudizio amministrativo, venisse comunque ascritto alla categoria dei regolamenti governativi; e più precisamente di quelli c.d. delegificanti. Senonché, il legislatore delegato ha preferito il richiamo del vigente regolamento di procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, dato col r.d. 17 agosto 1907 n. 642, dopo la prima riforma della legge del 1889 istitutiva della quarta sezione (l. 7 marzo 1907 n. 62), e contestualmente alla compilazione del testo unico di questa con la precedente legislazione (r.d. 17 agosto 1907 n. 638). Il riferimento è chiaro, nella parte in cui prevede che il vigente regolamento di procedura venga adeguato alle nuove disposizioni legislative; ma pone un problema di ricostruzione del fondamento del potere regolamentare dal cui esercizio deriveranno le sue future modifiche, e del loro rapporto con la normazione primaria. [A. ROMANO]

* * *

I

ORIGINARIO PROGETTO GOVERNATIVO

Articolo 38. (*Determinazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie riguardanti pubblici servizi*)

1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie:

- a) tra le amministrazioni pubbliche e i gestori, comunque denominati, dei pubblici servizi;
- b) aventi per oggetto gli atti e i provvedimenti di istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi, ivi comprese le aziende speciali, le istituzioni o le società di capitali anche di trasformazione urbana;
- c) tra le amministrazioni pubbliche e i soci di società miste e quelle riguardanti la scelta dei soci;
- d) in materia di provvedimenti di vigilanza o di controllo nei confronti dei gestori dei pubblici servizi;
- e) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti di lavori, di forniture e di servizi svolte da amministrazioni pubbliche o da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale;
- f) riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, nonché dell'istruzione e dei servizi pubblici;

2. All'art. 5, primo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, sono soppresse le parole «o di servizi pubblici».

MODIFICHE PROPOSTE DALLA COMMISSIONE PARLAMENTARE

— All'articolo 38, lettera a), è opportuno precisare che tra le controversie tra P.A. e gestore di un pubblico servizio sono comprese quelle relative alle procedure contrattuali, nelle diverse tipologie esistenti, occorrenti per l'affidamento della gestione o comunque per assicurare l'espletamento del servizio.

— L'articolo 38 pone il problema della devoluzione al giudice amministrativo delle controversie tra utente e gestore del pubblico servizio in qualsiasi forma esercitato. Mentre appare senz'altro opportuno devolvere al giudice amministrativo le controversie concernenti l'applicazione delle carte dei servizi ed i regolamenti generali dei servizi, appare non opportuno devolvere al giudice amministrativo anche le controversie aventi ad oggetto rapporti individuali di utenza con gestori privati che non implicino la cognizione delle clausole generali di contratto, controversie devolute oggi in prevalenza ai giudici di pace.

— All'articolo 38, lettera f) il Governo consideri l'opportunità di escludere le controversie concernenti il riconoscimento della invalidità civile e le somme da corrispondere agli invalidi civili; si tratta infatti di questioni che si fondano, in modo pressoché esclusivo, su accertamenti tecnici di tipo medico legale cui, per l'organizzazione degli uffici

evidenza che in tali materie si è prevista la devoluzione al giudice amministrativo di una giurisdizione volta a dare un'effettiva e piena tutela nel caso di adozione di provvedimenti illegittimi della pubblica amministrazione oltre che nel caso in cui vi sia una sua condotta illecita, sicché all'annullamento dell'atto illegittimo può seguire la condanna al risarcimento dei danni subiti dal suo destinatario, anche quando non sia ravvisabile una posizione di diritto soggettivo».

Nella relazione si espone quindi che il tema principale posto dall'attuazione di tale parte della delega è stato quello di deter-

minare la giustizia amministrativa, si potrebbe provvedere soltanto con estrema difficoltà.

— All'articolo 38, comma 2, occorre sopprimere la parola «pubblici» che nell'articolo 5 della legge n. 1034/1971 è riferita anche ai «beni».

TESTO DEL DECRETO LEGISLATIVO

Art. 33.

1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481.

2. Tali controversie sono, in particolare, quelle:

- a) concernenti la istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi, ivi comprese le aziende speciali, le istituzioni o le società di capitali anche di trasformazione urbana;
- b) tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi;
- c) tra le amministrazioni pubbliche e i soci di società miste e quelle riguardanti la scelta dei soci;
- d) in materia di vigilanza e di controllo nei confronti di gestori dei pubblici servizi;
- e) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale;

f) riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e della pubblica istruzione, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona e delle controversie in materia di invalidità.

3. All'articolo 5, primo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, sono soppresse le parole: «o di servizi».

II

ORIGINARIO PROGETTO GOVERNATIVO

Articolo 39. (*Determinazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di urbanistica ed edilizia*)

1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia.

2. Agli effetti del presente decreto legislativo, la materia dell'urbanistica concerne tutti gli aspetti dell'uso del territorio, compresi la protezione dell'ambiente e dei valori artistici, storici e paesaggistici e gli aspetti della trasformazione e della salvaguardia del suolo, anche in relazione ai vincoli di qualsiasi natura imposti sulla proprietà privata.

3. Nulla è innovato in ordine:

- a) alla giurisdizione del tribunale superiore delle acque, prevista dalle leggi attualmente in vigore;
- b) alla giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa od ablativa.

TESTO DEL DECRETO LEGISLATIVO

Art. 34.

1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i com-

minare il significato dei concetti di «materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici».

La materia dell'urbanistica è definita dall'art. 39, 2° comma, dello schema.

Quanto alla materia dei pubblici servizi, nella relazione si osserva che essa non è legislativamente definita, tanto che la dottrina ha spesso posto l'accento sulla sua indeterminatezza.

L'amministrazione riferente sul punto aggiunge che, in base al diritto comunitario ed alle leggi di recepimento delle direttive dell'Unione europea, la nozione di pubblico servizio va determinata non attribuendo specifico rilievo alla natura giuridica, pubblica o privata, del soggetto che lo svolge, come del resto è confermato dalle varie leggi speciali, anche istitutive di autorità indipendenti, con le quali si sono poste particolari regole per la salvaguardia degli utenti e per la trasparenza dei rapporti intrattenuti da questi con i gestori, pubblici o privati dei servizi pubblici.

Secondo l'amministrazione, quindi, considerata l'attuale genericità (o, se si vuole, indeterminatezza) del concetto di servizi pubblici, risulta evidente l'intenzione del legislatore di delegare

portamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia.

2. Agli effetti del presente decreto, la materia urbanistica concerne tutti gli aspetti dell'uso del territorio.

3. Nulla è innovato in ordine:

- a) alla giurisdizione del tribunale superiore delle acque;
- b) alla giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa.

III

ORIGINARIO PROGETTO GOVERNATIVO

Articolo 40. (Disposizioni comuni)

1. Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi, urbanistica ed edilizia, conosce anche delle domande proposte per la rimozione, ove possibile, degli effetti dell'atto illegittimo o del comportamento illecito, ovvero volte ad ottenere, in presenza dei relativi presupposti, una indennità o il risarcimento del danno da parte delle pubbliche amministrazioni o dei gestori.

2. Nei casi previsti dal comma 1, qualora lo ritenga opportuno, il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, col ricorso previsto dall'art. 24, n. 4, del testo unico approvato col regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, può essere chiesta la determinazione della somma dovuta.

3. Il giudice amministrativo, nelle controversie previste dal comma 1, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento.

4. L'articolo 30 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, è abrogato.

5. L'articolo 7, terzo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, è sostituito dal seguente:

«Il tribunale amministrativo regionale nelle materie deferite alla sua giurisdizione esclusiva conosce anche di tutte le questioni relative a diritti. Restano, tuttavia, sempre riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità dei privati individui, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso».

MODIFICHE PROPOSTE DALLA COMMISSIONE PARLAMENTARE

— All'articolo 40, la Commissione ritiene utile sostituire il primo comma con il seguente:

«Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi, urbanistica ed edilizia, conosce anche delle domande proposte per la rimozione, ove possibile, degli effetti dell'atto illegittimo o del comportamento illecito e di quelle volte ad ottenere, da parte delle pubbliche amministrazioni o dei gestori, una indennità nei casi previsti dalla legge o dai regolamenti o il risarcimento del danno ove se ne verificano i presupposti di fatto e

il governo a precisarne la nozione, al fine di determinare l'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

L'art. 38 dello schema, concernente tale materia («Determinazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie riguardanti pubblici servizi»), specifica quali categorie di controversie, riguardanti lo svolgimento dei servizi pubblici, sono devolute alla giurisdizione esclusiva.

Con la lett. a) essa è prevista per le controversie tra le amministrazioni pubbliche e i gestori, comunque denominati, dei pubblici servizi.

Le lett. b e c) riguardano due categorie di controversie aventi una stretta correlazione con quelle previste dalla lett. a), ma che se ne discostano perché non riguardano le controversie tra l'amministrazione e il gestore del pubblico servizio: esse si riferiscono a tutte le fasi concernenti l'istituzione, la modifica o l'estinzione dei soggetti (pubblici o privati), che sono istituiti dalle amministrazioni per svolgere il servizio pubblico.

La lett. d) si riferisce alle controversie promosse da coloro che abbiano titolo ad agire in sede giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione che ometta di esercitare le do-

di diritto. Sono risarcibili tutte le posizioni soggettive direttamente danneggiate da atti o comportamenti assunti dalle pubbliche amministrazioni o dai gestori in violazione di norme di legge o di regolamento ovvero delle comuni regole di diligenza, prudenza e perizia».

— All'articolo 40, conseguentemente, è opportuno, integrando la disposizione del comma 4, abrogare l'articolo 13, l. 19 febbraio 1992, n. 142.

— All'articolo 40, primo comma, la Commissione ritiene auspicabile prevedere che il giudice amministrativo possa disporre il risarcimento anche in misura inferiore all'entità del danno; non sono infrequenti i casi in cui l'annullamento di atti amministrativi deriva da vizi formali, mentre la parte dispositiva ha una sostanziale giustificazione, sicché l'interessato che pure afferma di subire un danno non ha in sostanza ragione di affermare la propria pretesa.

Al secondo comma, è necessario espungere l'inciso «qualora lo ritenga opportuno» e sostituire il riferimento all'art. 24, n. 4 con quello, corretto, all'art. 27, n. 4.

— All'articolo 40, comma 3, è opportuno prevedere che il giudice amministrativo possa avvalersi di consulenti tecnici d'ufficio, cioè di organi ausiliari certamente non compresi nella nozione di «mezzi di prova».

TESTO DEL DECRETO LEGISLATIVO

Art. 35.

1. Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli articoli 33 e 34, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto.

2. Nei casi previsti dal comma 1, il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, col ricorso previsto dall'articolo 27, primo comma, n. 4, del testo unico approvato col regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, può essere chiesta la determinazione della somma dovuta.

3. Il giudice amministrativo, nelle controversie di cui al comma 1, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento. L'assunzione dei mezzi di prova e l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio sono disciplinati, ove occorra, nel regolamento di cui al regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, tenendo conto della specificità del processo amministrativo in relazione alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio.

4. L'articolo 7, terzo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, è sostituito dal seguente:

«Il tribunale amministrativo regionale, nelle materie deferite alla sua giurisdizione esclusiva, conosce anche di tutte le questioni relative a diritti. Restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità dei privati individui, salvo che si tratti delle capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso».

5. Sono abrogati l'articolo 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, e ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi nelle materie di cui al comma 1.

vute funzioni di controllo o di vigilanza nei confronti del gestore del servizio pubblico.

La lett. e) si riferisce a tutti i procedimenti di gara, da indire (anche in base al diritto comunitario) per la scelta del gestore del pubblico servizio.

Si intende così superare ogni rilievo sulla giurisdizione della natura — pubblica o privata — del soggetto che bandisce la gara.

La lett. f), con tecnica diversa, attribuisce alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie riguardanti le attività e le prestazioni rese nell'ambito del servizio sanitario nazionale, dell'istruzione e dei servizi pubblici.

L'art. 39, concernente la materia dell'urbanistica e dell'edilizia, dà, al 2° comma, una definizione di urbanistica sulla base di quella contenuta nell'art. 80 d.leg. 24 luglio 1977 n. 616.

Il 3° comma di tale art. 39 intende poi evitare che la definizione enunciata nel 2° comma incida sull'ambito della giurisdizione del Tribunale superiore delle acque e della giurisdizione del giudice ordinario in tema di indennità per l'adozione di atti ablativi.

L'art. 40 dello schema dell'articolato prevede alcune regole, processuali e sostanziali, applicabili nelle tre materie devolute alla giurisdizione esclusiva.

Mentre le regole processuali discendono dall'esigenza di disciplinare le domande proponibili in sede di giurisdizione esclusiva, quelle sostanziali trovano il loro fondamento secondo l'amministrazione referente, nei concetti di diritti patrimoniali conseguenziali e di risarcimento del danno contenuti nella legge delega.

L'amministrazione, pur muovendo dall'interpretazione della delega sopra riportata che va nel senso di un ampliamento dell'area del danno risarcibile anche agli interessi legittimi pretenitivi, espone di aver ritenuto opportuno disporre regole di carattere generale, che per la loro duttilità consentiranno al giudice amministrativo di verificare di volta in volta la compatibilità dei principi del diritto civile con le esigenze del diritto amministrativo.

Il 1° comma dello schema utilizza pertanto espressioni che mirano ad attribuire al giudice amministrativo ampi poteri sulla ravvisabilità dei presupposti per disporre il pagamento di somme in favore del ricorrente.

Esso dispone che il giudice amministrativo conosce delle domande proposte per la rimozione, ove possibile, degli effetti dell'atto illegittimo o del comportamento illecito, ovvero volto ad ottenere, in presenza dei relativi presupposti una indennità o il risarcimento del danno.

Il 2° comma consente al giudice di fissare, nella sentenza di accoglimento del ricorso, alcuni criteri in base ai quali va quantificata la somma da corrispondere al ricorrente. Tenuto conto anche delle particolari questioni di carattere istruttorio che potrebbero sorgere, si prevede che possa rinviarsi ad un eventuale giudizio di ottemperanza (e quindi in sede di giurisdizione di merito) la determinazione della somma spettante al soggetto leso ingiustamente dall'amministrazione.

Il 3° comma prevede quali mezzi di prova, previsti dal codice di procedura civile siano compatibili con le esigenze del processo che si svolge in sede di giurisdizione esclusiva. In considerazione dell'indisponibilità degli interessi pubblici, si sono ammessi tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento.

Il 4° comma prevede l'abrogazione dell'art. 30 d.leg. 17 marzo 1995 n. 157, per il quale il soggetto danneggiato da atti illegittimi, emessi nel procedimento di scelta del contraente nel settore dei servizi pubblici, può ottenere attualmente il risarcimento dei danni innanzi al giudice ordinario dopo aver ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo da parte del giudice amministrativo. Considerato che il 1° comma concentra presso il giudice amministrativo sia la tutela di annullamento che quella risarcitoria, l'abrogazione del citato art. 30 consente di rendere più sollecita l'integrale soddisfazione del soggetto che sia stato leso mediante una violazione del diritto comunitario.

Il 5° comma modifica in parte l'art. 7, 3° comma, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, adattandolo all'introduzione della giurisdizione esclusiva nelle tre materie dei servizi pubblici, dell'urbanistica e dell'edilizia.

Il testo attuale del 3° comma demanda al giudice ordinario

la giurisdizione, senza limiti, sulle questioni patrimoniali conseguenziali: il 5° comma mantiene ferma tale regola per le altre materie sottoposte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

L'art. 43 prevede alcune norme di carattere transitorio, espressamente consentite dalla legge delega, in modo da consentire un graduale passaggio al nuovo regime.

Considerato: 1. - L'ambito del parere, richiesto esclusivamente ai sensi del r.d.l. 9 febbraio 1939 n. 273, è conseguentemente limitato a quella parte dello schema contenente le norme sulla giustizia amministrativa, le norme cioè, di cui agli art. 38, 39, 40 e per quanto riguarda la normativa transitoria, 43, 2° comma, dello schema.

Per quanto concerne l'attuazione della delega sulla devoluzione delle controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art. 11, 4° comma, lett. g, prima parte, l. 15 marzo 1997 n. 59), tale devoluzione è stata disposta dall'art. 68 d.leg. 3 febbraio 1993 n. 29 e successive modificazioni e su di essa si è già espresso il Consiglio di Stato in adunanza generale.

Le disposizioni dello schema di attuazione di tale devoluzione non formano oggetto, pertanto, del presente parere, il cui ambito è in tal senso delineato dall'amministrazione, ed ha ad oggetto l'attuazione della delega concernente «le controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali conseguenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici, prevedendo altresì un regime processuale transitorio per i procedimenti pendenti».

Va sottolineato che la norma delegante tende ad attuare un cambiamento di rilievo storico nell'ordinamento; essa incide in via immediata sul riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, introduce il criterio del riparto della giurisdizione in base a specifiche materie e, anche se le conseguenze di tale cambiamento non possono essere interamente valutate, comporterà inevitabilmente una variazione dell'assetto di tali materie, indipendentemente da ogni previsione sostanziale.

I punti di maggior rilievo della disciplina posta dallo schema sono la determinazione dell'ambito delle materie devolute alla giurisdizione amministrativa, i rimedi per le lesioni delle situazioni giuridiche soggettive, l'adeguamento del processo alle esigenze connesse alle nuove attribuzioni.

Per quanto concerne la prima delle indicate questioni, relativa alla traduzione in concreto del criterio di riparto sulla base di materie, contenuto in delega, essa pone al legislatore delegato problemi, oltre che di delimitazione esterna delle materie, di precisazione dell'ambito delle controversie all'interno della materia stessa (ad es. una controversia tra soggetti privati concernente le distanze tra edifici) e, prioritariamente, di tecnica di individuazione delle materie: 1) casistica, 2) astratto-definitoria, 3) mista, cioè casistica, ma con una previsione astratta di chiusura.

Con il decreto delegato si è ricorso ad un criterio misto per le controversie riguardanti pubblici servizi (art. 38), si è data una definizione di urbanistica (art. 39, 2° comma), si è rinviato all'ordinamento vigente per quanto concerne il risarcimento del danno e l'edilizia (art. 39), si è specificato, per le materie dell'urbanistica e dell'edilizia, che l'attribuzione della giurisdizione riguarda gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche — con esclusione quindi delle controversie fra privati relative a comportamenti fondati su atti della pubblica amministrazione.

Si rileva, attraverso questo riferimento alle tecniche di determinazione delle materie, come un criterio di ripartizione della giurisdizione fondato su materie ponga problemi non sicuramente più semplici rispetto a quelli posti dal criterio fondato sulle situazioni giuridiche soggettive, mentre il criterio più semplice sembrerebbe quello fondato sulla presenza del soggetto pubblico quale parte della controversia.

2. - Venendo alla materia dei pubblici servizi, l'art. 38 non dà una definizione di servizio pubblico e la relazione fa riferimento alla concezione di servizio pubblico elaborata dalla giurisprudenza francese ed alla nozione oggettiva di servizio pubblico affermatasi in giurisprudenza e delineata dalla dottrina sulla base del contenuto delle norme di cui agli art. 41 e 43 Cost.

Ora, sia la giurisprudenza del Conseil d'Etat, per la quale la nozione di servizio pubblico con i suoi corollari in materia di responsabilità e contratti ha costituito un principio di fondo fino alla prima guerra mondiale, sia la nostra attuale giurisprudenza sembrano accogliere una nozione soggettiva di servizio pubblico da intendersi quale attività di interesse pubblico riferibile anche indirettamente ad un soggetto pubblico.

La nozione soggettiva di servizio pubblica accolta dalla più recente dottrina si fonda sull'imputabilità all'amministrazione pubblica di attività di interesse collettivo, la cui gestione è organizzata secondo modalità predeterminate (ad es., art. 22, 3° comma, l. 8 giugno 1990 n. 142).

È vero però che il legislatore delegante indicando la materia dei servizi pubblici senza il riferimento alla concessione o a rapporti di concessione, contenuto nell'art. 5, 1° comma, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, parrebbe indirizzarsi verso una nozione oggettiva di servizio pubblico.

Ora, la nozione oggettiva di servizio pubblico nella sua portata più ampia comprende tutte le attività svolte da qualsivoglia soggetto, riconducibili ad un ordinamento di settore, sottoposte cioè a controllo, vigilanza o a mera autorizzazione da parte di una amministrazione pubblica.

L'art. 38 dello schema per quanto concerne la materia dei servizi pubblici, prescinde da una espressa definizione di servizio pubblico, rinviando all'elaborazione dell'interprete e indicando in via esemplificativa, o aggiuntiva, quale oggetto della devoluzione le materie della sanità (art. 32 Cost.), e dell'istruzione (art. 33 e 34 Cost.) inquadrabili fra i servizi sociali.

Per quanto concerne l'ambito delle controversie all'interno della materia, l'articolo in questione il quale indica una serie di controversie tipizzate (lettere *a, b, c, d, e, e*, alla lett. *f*), riferendosi alle attività ed alle prestazioni di ogni genere, può apparire intendere devolvere alla giurisdizione del giudice amministrativo anche tutte le controversie fra utente e gestore relative a servizi pubblici, sanità e istruzione. Riguardo a quest'ultimo aspetto può ritenersi che le controversie relative all'ammissione al servizio pubblico, così come quelle per danno nei confronti dell'autorità di settore, che non possono considerarsi meramente risarcitorie investendo ambiti di esercizio del potere, rientrano fra quelle devolute al giudice amministrativo; dovrebbero intendersi, invece, comunque, escluse le controversie relative alla c.d. responsabilità amministrativa del dipendente pubblico attribuite alla giurisdizione della Corte dei conti, così come quelle meramente risarcitorie e, in particolare, quelle promesse dall'utente del servizio leso nella sua integrità fisica, ambito quest'ultimo attratto nella materia della tutela della persona fisica.

In altre parole, la devoluzione al giudice amministrativo della materia della responsabilità si dovrebbe avere quando quest'ultima sia comunque connessa all'esercizio del potere. Sotto tale aspetto potrebbe essere utile una norma espressa concernente la giurisdizione in materia di risarcimento del danno per illecito esercizio di funzioni pubbliche, ivi compresa la funzione del giudice.

Comunque, ferme restando queste precisazioni interpretative, il consiglio ritiene utile una previsione espressa, che escluda dalla devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie concernenti i rapporti individuali di utenza con soggetti privati relative alle prestazioni del servizio.

Ancora, sempre per quel che riguarda le controversie all'interno della materia, può essere valutata l'opportunità dell'esclusione all'interno della materia riguardante le prestazioni del servizio nazionale sanitario delle controversie riguardanti il riconoscimento dell'invalidità civile e le somme spettanti agli invalidi civili.

Riprendendo il tema della delimitazione esterna della materia dei servizi pubblici, tenuto conto della scelta operata dall'amministrazione di prescindere da una espressa definizione della materia, potrebbe essere valutata l'utilità di introdurre nel testo un'indicazione esemplificativa di settori rientranti nella nozione oggettiva della materia, quali il credito, le assicurazioni, il mercato mobiliare, il servizio farmaceutico, trasporti, telecomunicazioni, i servizi di cui alla l. 14 novembre 1995 n. 481 e così via.

Con la precisazione dei limiti soggettivi interni alla materia

sopra detta, un'estensione dei limiti esterni nella direzione della concezione oggettiva del servizio appare accettabile.

Per quanto concerne l'esercizio del credito, un'indicazione nel senso della sua natura di servizio di pubblica utilità deriva dall'art. 1, 2° comma, l. 481/95.

Potrebbe inoltre essere opportuna la previsione di una espressa clausola di salvezza delle norme speciali esentive che, nelle materie indicate da tale art. 38, prevedono la competenza di uno specifico tribunale amministrativo regionale (ad es., art. 25 l. 14 novembre 1995 n. 481).

Infine, sempre all'art. 38, al 2° comma, la parola «pubblici» dovrebbe essere tolta, in quanto essa è riferita, nell'art. 5 l. 1034/71, anche ai «beni».

In definitiva, nella stessa linea concettuale alla base del testo predisposto dall'amministrazione, con alcune modifiche formali tendenti a riferire in modo espresso alla materia dei servizi pubblici le lett. da *a*) ad *e*), eliminando i riferimenti ad atti e provvedimenti, e con la delimitazione soggettiva riferita alla lett. *f*) sopra indicata, si propone il seguente testo dell'art. 38.

Art. 38

(Determinazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie in materia di servizi pubblici)

1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi ed in particolare quelle:

a) concernenti l'istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi, ivi comprese le aziende speciali, le istituzioni o le società di capitali anche di trasformazione urbana;

b) tra le amministrazioni pubbliche e i gestori, comunque denominati, di pubblici servizi;

c) tra le amministrazioni pubbliche e i soci di società miste e quelle riguardanti la scelta dei soci;

d) in materia di vigilanza e di controllo nei confronti di gestori di pubblici servizi;

e) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti e di forniture in tema di pubblici servizi, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale;

f) riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniali rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e della pubblica istruzione, con esclusione dei rapporti individuali di vertenza con soggetti privati.

2. - All'art. 5, primo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, sono soppresse le parole «*o di servizi*».

3. - Per quanto concerne l'art. 39, potrebbe apparire che la definizione ampia di urbanistica, ripresa dall'art. 80 del decreto legislativo 24 luglio 1977, n. 616, vada oltre la delega, considerato il particolare contesto del rapporto Stato-Regioni, in cui si pone la norma richiamata, pur sussistendo una intrinseca connessione fra le materie della protezione dell'ambiente e dei valori artistici, storici e paesaggistici e quella della gestione del territorio.

Si propone quindi, immutati gli altri commi, il seguente testo del 2° comma dell'art. 39, che, pur consentendo di tener conto delle connessioni, appare più coerente con la norma di delega:

«*2. Limitatamente agli effetti del presente decreto legislativo, la natura dell'urbanistica concerne tutti gli aspetti dell'uso e della gestione del territorio.*»

4. - Per quanto concerne l'art. 40, la cui formulazione, al primo comma, potrebbe far ritenere acquisita una posizione sul risarcimento del danno da lesione degli interessi legittimi pretesivi, appare da preferirsi una norma più elastica, che attraverso la clausola generale del danno ingiusto, demandi all'interpretazione della giurisprudenza esclusiva del giudice amministrativo consapevole delle esigenze di giustizia, esperta del controllo sull'esercizio del potere pubblico, attenta all'emergenza economica, che è elemento che permea l'ordinamento, la messa a punto della materia.

Tale clausola, che non esclude il danno da inadempimento, non rinvia ad ipotesi tipizzate, ma consente al giudice amministrativo, nell'ambito della materia devolutagli, di valutare diverse situazioni giuridiche soggettive ai fini della loro reintegrazione dopo la lesione, ai fini dell'interpretazione dell'elemento del «danno ingiusto», interpretazione che costituisce l'essenza della giurisdizione del giudice amministrativo nella materia.

Il primo comma dell'art. 40, quindi, potrebbe così essere riformulato.

«1. Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi dei precedenti articoli 38 e 39, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto».

Appare apprezzabile, poi, l'innovazione introdotta dal 2° comma dell'art. 40. Va comunque eliminata l'espressione «qualora lo ritenga opportuno» ed il riferimento all'art. 24, n. 4, va modificato in quello all'art. 27, n. 4, t.u. n. 1054.

Per quanto concerne il 3° comma, le regole processuali sulle controversie devolute dagli art. 38 e 39 al giudice amministrativo potrebbero essere demandate ad un regolamento governativo, da emanarsi entro il 30 giugno 1998 ai sensi dell'art. 17, 2° comma, l. 23 agosto 1988 n. 400. In tal caso la norma del decreto delegato dovrebbe indicare fra le regole della materia quelle 1) della specificità del processo amministrativo, che concerne, a parte il risarcimento del danno, attività formalizzata, 2) della concentrazione del giudizio, 3) del risparmio dell'attività istruttoria, 4) della celerità (specificità, celerità, snellezza).

Infine, per quanto riguarda i commi 4° e 5°, l'interpretazione ampia della delega data dall'amministrazione, ricavabile dalla previsione dell'art. 39, lett. b), condivisa dall'adunanza generale, rende superfluo il 4° comma e consente il mantenimento dell'ultimo comma.

La delega è stata infatti intesa come concernente tre ambiti distinti e cioè:

1) le controversie concernenti i diritti patrimoniali conseguenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, 2) le controversie concernenti la materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici, 3) il regime transitorio. L'interpretazione riduttiva che avesse legato in uno solo i primi due ambiti creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento, rendendo più oneroso il risarcimento nelle materie diverse da quelle dell'edilizia, dell'urbanistica e dei servizi pubblici, e si rivelerebbe irrazionale. Per l'interesse legittimo, quindi, come per il diritto soggettivo, il risarcimento del danno si otterrà con un unico giudizio (non vi è differenza infatti ai fini del risarcimento del danno fra l'annullamento di una concessione edilizia e di una espropriazione).

Si proporrebbe quindi la seguente ipotesi relativamente all'art. 40.

Art. 40

(Disposizioni comuni)

1. Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli articoli 38 e 39 dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto.

2. Nei casi previsti dal comma 1, il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del servizio pubblico devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, col ricorso previsto dall'art. 27, n. 4, del testo unico approvato col regio decreto del 26 giugno 1924, n. 1054, può essere chiesta la determinazione della somma dovuta.

3. Il giudice amministrativo, nelle controversie previste dal comma 1, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento. Con regolamento, da emanarsi entro il 30 giugno 1998, sarà emanata, ai sensi dell'art. 17, comma 2, l. 23 agosto 1988, n. 400, la disciplina dell'acquisizione delle prove e della consulenza tecnica d'ufficio, tenendo conto delle specificità del processo amministrativo e delle esigenze di celerità e snellezza in materia.

4. L'art. 7, terzo comma, l. 6 dicembre 1971, n. 1034 è così sostituito:

«Il tribunale amministrativo regionale nelle materie deferite alla sua giurisdizione esclusiva conosce anche di tutte le questioni relative a diritti. Restano, tuttavia, sempre riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità dei privati individui, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso».

5. Appare infine necessario coordinare il termine di inizio di efficacia delle norme, di cui all'art. 43, con quello di inizio dell'efficacia delle altre norme contenute nello schema, efficacia, distinta dall'entrata in vigore che dovrebbe essere riferita al 1° luglio 1988.

Per questi motivi, nelle suesposte considerazioni è il parere dell'adunanza generale.

CONSIGLIO DI STATO; sezione VI; decisione 20 gennaio 1998, n. 107; Pres. ANCORA, Est. VACIRCA; Federazione italiana esercenti settore alimentare, Confesercenti e Angelotti (Avv. ANDREUZZI), Gambarelli e altri (Avv. SAPORITO) c. Min. industria, commercio e artigianato (Avv. dello Stato DI PACE), Associazione nazionale industria e commercio carni e bestiame, Soc. Industria alimentare carni e Soc. Ultrocchi carni (Avv. D'AMELIO, SCIACCA). *Annulla Tar Lazio, sez. III, 11 ottobre 1996, n. 1874.*

Commercio (disciplina del) — Tabelle merceologiche — Modifica — Circolare ministeriale — Illegittimità — Fattispecie (D.m. 4 agosto 1988 n. 375, norme di esecuzione della l. 11 giugno 1971 n. 426, sulla disciplina del commercio, all. 5).

Posto che le carni porzionate confezionate in atmosfera modificata sono assimilabili alle carni fresche e possono essere poste in vendita soltanto negli esercizi commerciali provvisti della II tabella merceologica di cui all'allegato 5 d.m. 4 agosto 1988 n. 375, è illegittima la circolare 24 marzo 1995, n. 3367, con la quale il ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato ha stabilito che le carni sottoposte al predetto trattamento possono essere commercializzate anche nelle rivendite dotate della I e VI tabella merceologica. (1)

(1) I. - Il Consiglio di Stato ha posto la parola fine a una controversia iniziata a seguito dell'adozione della circolare ministeriale 24 marzo 1995, n. 3367, i cui sviluppi hanno avuto larga eco anche sulla stampa (cfr. *Una lite continua sulle carni vendute non in macelleria*, in *Il Sole-24 Ore* del 16 febbraio 1998, 17).

Con la decisione in epigrafe, il massimo organo di giustizia amministrativa, nell'equiparare le carni confezionate in atmosfera modificata a quelle fresche, ha escluso che le stesse possano essere vendute al di fuori degli esercizi dotati della II tabella merceologica. In precedenza, la medesima sezione ha avuto modo di pronunciarsi in sede cautelare sulla stessa questione in due distinte occasioni (ord. 30 agosto 1996, n. 944, e 18 ottobre 1996, n. 1100, inedite), dapprima, sospendendo l'efficacia della circolare 18 marzo 1996, n. 3391, emanata dal ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato e di contenuto pressoché analogo a quella ora annullata e, successivamente, confermando la stessa misura interinale. Non di meno, anche la circolare 3391/96 cit. ha superato, a sua volta, il vaglio di Tar Lazio, sez. III, 26 agosto 1997, n. 2027, *Trib. amm. reg.*, 1997, I, 3530 (m), in motivazione, che ha ribadito il principio accolto dalla sentenza qui riformata.

II. - Non constano ulteriori precedenti in termini.

Con specifico riguardo all'autorizzazione per la rivendita di carni,