

Sulla disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile.

Il “caso” del c.d. Decreto Paesi sicuri

di Angelo Danilo De Santis

professore associato di diritto processuale civile nell'Università Roma Tre

Il fermento determinato dai limiti alla sindacabilità, da parte del giudice civile, del c.d. Decreto Paesi sicuri, nell'ambito delle azioni di riconoscimento del diritto di asilo, pone all'attenzione un tema antico e al contempo modernissimo, quello del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo. Lo scritto si propone di evidenziare alcune incongruenze nella interpretazione dei limiti dell'esercizio di questo potere, dettati per lo più dal timore di travalicare i confini della giurisdizione ordinaria, e di suggerire una possibile soluzione interpretativa.

Sommario: 1. Breve premessa sistematica. / 2. Il “caso” del decreto c.d. Paesi sicuri. / 3. Gli incerti confini dell'esercizio del potere di disapplicazione. / 3.1.- Le coordinate del potere di disapplicazione da parte del giudice civile. / 4. Una proposta per riscoprire la centralità del diritto soggettivo inciso dall'azione amministrativa. / 5. Conclusioni.

1. Breve premessa sistematica

Ciclicamente, avviene che i giudici ordinari civili siano chiamati a decidere filoni di controversie in cui, lungo l'*iter* che conduce all'accertamento dei diritti soggettivi, si imbattono negli effetti - sulla fattispecie acquisitiva del diritto controverso - che derivano dall'esercizio, *de jure* o *de facto*, dei poteri autoritativi della Pubblica Amministrazione.

È accaduto, per esempio, con riferimento alle ipotesi c.d. di occupazione usurpativa¹ e in quei casi in cui l'azione amministrativa incide su «diritti incomprimibili», come quello alla salute².

¹ È stato evidenziato che la disapplicazione degli effetti dell'atto amministrativo sarebbe di ostacolo al riconoscimento del risarcimento del danno derivante dall'attività della P.A., in quanto presupporrebbe di ritenere non prodotti, cioè *tamquam non essent*, gli effetti pregiudizievoli che fonderebbero la domanda di risarcimento per equivalente (cfr. Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, p. 1331 ss.; Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2007, n. 2822); sennonché vi sono casi in cui è proprio il venir meno degli effetti dell'atto amministrativo a poter fondare la domanda risarcitoria (come, per es., nel caso di espropriazione per pubblica utilità cui non sia seguito, nei termini di legge, il compimento dell'opera, con conseguente declaratoria di inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità emessa dal giudice ordinario investito della domanda di risarcimento del danno per c.d. occupazione usurpativa; cfr. Cass. 3 maggio 2005, n. 9173; o nel caso di illegittimo annullamento d'ufficio di una procedura di affidamento pubblico, dalla quale scaturisca l'inadempimento della P.A. e la conseguente pretesa risarcitoria del privato; cfr. Cass. 19 gennaio 2007, n. 1142, che, però, ha sancito che «quando viene esercitato il potere di annullamento d'ufficio della procedura di affidamento, il contratto è radicalmente nullo per violazione di norme di ordine pubblico. Pertanto, dedotto l'inadempimento quale conseguenza di un illegittimo annullamento d'ufficio, il provvedimento non si pone quale antecedente logico al tema in contestazione ma costituisce esso stesso la causa unica del dedotto inadempimento e la relativa cognizione esula dalla giurisdizione del g.o.»); più in generale, la disapplicazione dovrebbe funzionare secondo uno schema per cui all'accertamento della illegittimità (senza efficacia di giudicato) consegue la neutralizzazione degli effetti ostativi al risarcimento; d'altronde, anche l'annullamento elide gli effetti dell'atto, in modo certamente più radicale e stabile rispetto alla disapplicazione, ma di regola non lo si ritiene ostativo al risarcimento del danno; v. Cass., sez. un., 22 settembre 2022, n. 27748, secondo cui «in tema di conflitto di giurisdizione avente a oggetto una controversia relativa a un'ipotesi di c.d. sconfinamento — ossia nel caso in cui la realizzazione dell'opera pubblica abbia interessato un terreno diverso o più esteso rispetto a quello considerato dai provvedimenti amministrativi di occupazione e/o di espropriazione, oltre che dalla dichiarazione di pubblica utilità — ovvero di cattiva esecuzione dell'opera che abbia determinato un impedimento alla possibilità di utilizzo di terreni circostanti, l'occupazione, la trasformazione o comunque l'impossibilità di utilizzo costituiscono comportamenti di mero fatto, perpetrati in carenza assoluta di potere, che integrano un illecito a carattere permanente, lesivo del diritto soggettivo del privato (c.d. occupazione usurpativa), onde l'azione ripristinatoria e risarcitoria per il danno che ne è conseguito rientra nella giurisdizione del giudice ordinario».

² Cfr. Cass, sez. un., 8 novembre 2006, n. 23735, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 2692, secondo cui «l'inibitoria con la quale il privato chieda nei confronti della pubblica amministrazione o dei suoi concessionari l'emanazione da parte del giudice di un ordine di interrimento della linea elettrica costruita e messa in esercizio a ridosso della sua abitazione per il pericolo

D'altronde, è del tutto fisiologico che l'«atto amministrativo» abbia effetti costitutivi (ma anche estintivi e modificativi) di rapporti giuridici tra privati e con i privati, da cui scaturiscono situazioni giuridiche di vantaggio conoscibili dal giudice ordinario, così come rientra nella comune esperienza l'attitudine dell'agire dell'amministrazione a produrre «effetti riflessi», cioè effetti che condizionano il modo di essere di altri rapporti giuridici che legano la parte privata a terzi³.

Per la verità, il giudice civile si trova spesso di fronte al dilemma di poter sindacare e, se sì, come, quando e con quali effetti, il provvedimento (o il comportamento) reso *jure imperii* dalla P.A., al fine di valutare la fondatezza della domanda avente ad oggetto un diritto soggettivo.

Senonché, da un lato, scorge le solide e apparentemente inespugnabili mura poste a presidio del principio del riparto di giurisdizione, con il suo corollario: di fronte all'esercizio del potere da parte della P.A., la situazione giuridica di diritto soggettivo del privato si estingue a prescindere dalla legittimità del provvedimento adottato, secondo il noto principio di equiparazione della fattispecie invalida a quella valida nella distribuzione del potere giurisdizionale tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo; se non annullato, in autotutela o dal G.A., l'atto produce i medesimi effetti del provvedimento valido e cioè effetti di perdita, estinzione o modificazione di diritti soggettivi dei privati, che, semmai, degradano ad interessi legittimi⁴.

alla salute derivante dall'esposizione al campo elettromagnetico, a causa della breve distanza, è devoluta alla cognizione del giudice ordinario: atteso che la pubblica amministrazione è priva di qualunque potere, ancorché agisca per motivi di interesse pubblico, di affievolire o di pregiudicare indirettamente il diritto alla salute, il quale, garantito come fondamentale dall'art. 32 cost., appartiene a quella categoria di diritti che non tollerano interferenze esterne che ne mettano in discussione l'integrità»; Cass. 29 marzo 2005, n. 6598, in *Ragiufarm*, 2006, 92, p. 14 e in *Rass. dir. farmaceutico*, 2006, p. 731, secondo cui «Il diritto alla somministrazione dei farmaci è attribuito agli utenti del S.s.n. dall'art. 8, commi 9 ss., l. 24 dicembre 1993 n. 537, con la mediazione del provvedimento, a carattere generale e conformativo (espressione di discrezionalità amministrativa e non meramente tecnica, considerata la valutazione del rapporto costi - benefici demandata all'amministrazione), dell'organo collegiale del Ministero della sanità (ora della salute) denominato Commissione unica del farmaco, competente alla formulazione del giudizio circa il carattere essenziale di un farmaco o la sua significativa efficacia terapeutica ai fini dell'inserimento nelle classia) o b), comportante, rispettivamente, la somministrazione gratuita e il concorso dell'assistito alla metà della spesa, ovvero c), comportante, in linea generale e salva diversa previsione delle normative regionali, l'onere economico a carico dell'assistito. Pertanto, nel sistema delineato dalla legge - rispettoso del disposto dell'art. 32 cost., nella parte in cui, imponendo alla Repubblica la tutela della salute anche garantendo cure gratuite agli indigenti, contempla un diritto fondamentale condizionato, ai fini della determinazione dei suoi contenuti, alle scelte del legislatore, rispettose del nucleo irriducibile del diritto alla salute - il provvedimento amministrativo a carattere generale può essere disapplicato, ai sensi dell'art. 5 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, a tutela del diritto soggettivo alla prestazione dedotto in giudizio, ove risulti affetto da vizi di legittimità, restando preclusa alla giurisdizione, tanto ordinaria quanto amministrativa, la sostituzione delle valutazioni dell'amministrazione mediante un sindacato non circoscritto alla legittimità».

V., anche, nel senso che l'amministrazione deve essere convenuta davanti al giudice ordinario in tutte le ipotesi in cui l'azione costituisca reazione alla lesione di diritti incompressibili, come la salute, Cass. 7 febbraio 1997 n. 1187; 8 agosto 1995 n. 8681; 29 luglio 1995 n. 8300; 20 novembre 1992 n. 12386; 6 ottobre 1979 n. 5172; con riferimento all'integrità personale», v. Cass. 13 giugno 2006, n. 13659.

Peraltro, pronunciando nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., in una vicenda relativa alla emergenza rifiuti in Campania, la Cassazione ha affermato che, nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice speciale, questo ha giurisdizione anche qualora siano coinvolti diritti fondamentali, quale, appunto, il diritto alla salute: v. Cass. 28 dicembre 2007, n. 27187.

La giurisprudenza ha coniato le figure della disapplicazione principale, per le ipotesi in cui ravvisi la carenza di potere in concreto della P.A., e della disapplicazione incidentale, nei casi in cui – in estrema sintesi – la situazione giuridica di vantaggio è talmente importante da non tollerare affievolimento.

³ Si pensi, a mo' di esempio, al venir meno dei rapporti di locazione o di usufrutto intercorrenti tra locatari o usufruttuari e proprietario di un bene espropriato per pubblica utilità (sul punto, si rinvia a G. Greco, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, Milano, 1977; G. Treves, *Gli atti amministrativi costitutivi di rapporti tra privati*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1954, p. 318; G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, p. 28 ss.).

⁴ Cfr., esemplificativamente, AA.VV., *La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*, in *Questione giustizia*, 2021, fasc. 1.

Dall'altro, intravede gli scivolosi⁵ pendii lungo i quali sarebbe chiamato a muoversi se esercitasse il potere di verifica di «conformità alle leggi» degli atti e regolamenti amministrativi, che pure il comb. disp. degli art. 4 e 5 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E (d'ora in avanti, l.a.c.) gli riconoscono⁶.

In alcune pagine recenti, si è tentato di ricostruire l'evoluzione giurisprudenziale di tale potere, meglio noto come di «disapplicazione dell'atto amministrativo», e di fornire qualche spunto interpretativo per un suo *revival*⁷.

L'occasione è offerta da quanto sta accadendo, negli ultimi mesi, nell'ambito delle controversie per il riconoscimento del diritto di asilo dei cittadini *extra U.E.*

2. Il “caso” del decreto c.d. Paesi sicuri.

Il procedimento avente ad oggetto la domanda di asilo conosce talune deroghe previste, *inter alia*, qualora il richiedente provenga da uno dei «Paesi di origine sicuri» individuati, all'esito di un'istruttoria condotta sulla scorta dei criteri di cui all'art. 2 *bis*, d.lgs. n. 25/2008⁸, con decreto⁹ del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con i Ministri dell'interno e della giustizia. L'istituto, già previsto come facoltativo dall'art. 37 della direttiva 2013/32/UE¹⁰, è

⁵ V. A. Travi, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 3 ss. e, prima ancora, F. Roselli, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nella giurisprudenza della Cassazione civile*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 703 ss.

⁶ La cui percezione, nell'interprete, è talmente nebulosa, da aver suggerito al legislatore di ribadire, *expressis verbis*, che si tratta di disposizioni pienamente vigenti nell'ordinamento; infatti, l'art. 1, comma 1°, d. lgs. 1° dicembre 2009, n. 179, ha dichiarato indispensabile la permanenza in vigore, *inter alios*, degli artt. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16 dell'all. E. l.a.c.

⁷ Sia consentito rinviare, sin d'ora, per ulteriori e più ampi riferimenti giurisprudenziali, dottrinali e storici a A.D. De Santis, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile. Premesse per uno studio*, Roma, 2023, accessibile, in open access, al seguente link: <https://tinyurl.com/266c6pny>.

⁸ Sulla scorta delle informazioni fornite dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo, da altri Stati membri dell'UE, dall'EUAA, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti e volta a stabilire se, in quello Stato, possano escludersi, «sulla base del suo ordinamento giuridico, dell'applicazione della legge all'interno di un sistema democratico e della situazione politica generale [...] atti di persecuzione quali definiti dall'articolo 7 del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, né tortura o altre forme di pena o trattamento inumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale». Il comma 3° aggiunge che, ai fini di tale valutazione, «si tiene conto, tra l'altro, della misura in cui è offerta protezione contro le persecuzioni ed i maltrattamenti mediante: a) le pertinenti disposizioni legislative e regolamentari del Paese ed il modo in cui sono applicate; b) il rispetto dei diritti e delle libertà stabiliti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, aperto alla firma il 19 dicembre 1966, ratificato ai sensi della legge 25 ottobre 1977, n. 881, e nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 10 dicembre 1984, in particolare dei diritti ai quali non si può derogare a norma dell'articolo 15, paragrafo 2, della predetta Convenzione europea; c) il rispetto del principio di cui all'articolo 33 della Convenzione di Ginevra; d) un sistema di ricorsi effettivi contro le violazioni di tali diritti e libertà»: a ben vedere, le fonti di tali informazioni coincidono con quelle delle *country of origin information* previste dall'art. 8, d.lgs. n. 25/2008 e acquisibili d'ufficio a norma del successivo art. 27, comma 1 *bis*, nel corso dell'istruttoria relativa alla singola domanda del richiedente.

Sul tema, v. Flamini, *La protezione dei cittadini stranieri provenienti da c.d. Paesi sicuri in seguito alle modifiche introdotte dal d.l. n. 20 del 2023*, in www.questionegiustizia.it; Venturi, *Il diritto di asilo: un diritto “sofferente”. L'introduzione nell'ordinamento italiano del concetto di «Paesi di origine sicuri» ad opera della l. 132/2018 di conversione del c.d. «Decreto Sicurezza» (d.l. 113/2018)*, in www.dirittoimmigrazione cittadinanza, 2/2019, il quale, nel denunciare la vaghezza dei criteri enunciati dalla norma e la conseguente permeabilità dell'istituto a valutazioni squisitamente politiche, avverte che «la nozione di 'Paesi di origine sicuri' si fonda su una valutazione di 'safety for the majority' che difficilmente si concilia con la dimensione individuale del diritto di asilo, fortemente sminuendo 'the role of individual case by case assessment'».

⁹ Il cui ultimo aggiornamento risulta essere del 7 maggio 2024 ed è accessibile sul sito della Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana (<https://tinyurl.com/2ryt6zuz>).

¹⁰ L'origine eurounitaria dell'istituto risale, ancora prima, alla direttiva 2005/85/CE che, agli artt. 29 e 30, consentiva non soltanto agli Stati membri, ma anche al Consiglio dell'UE, su iniziativa della Commissione e previo parere del Parlamento, di adottare una «*minimum common list of third countries regarded as safe countries of origin*»; tuttavia, Corte giust. UE, 6 maggio 2008, causa n. C-133/06, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, p. 711 ss., con nota di Minchella, *Nonostante una sentenza a favore del Parlamento europeo, quale sarà il locus standi dei singoli in relazione agli elenchi dei Paesi terzi sicuri?*, ha censurato tale norma, ritenendo l'incompetenza del Consiglio in materia.

Sulle diverse proposte volte all'adozione una lista comune di Paesi sicuri a livello europeo v. Venturi, *op. ult. cit.*, nonché, da ultima, la sezione V della *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU* (in <www.data.consilium.europa.eu>) approvata in data 8 giugno 2023.

stato introdotto dalla l. n. 132/2018 di conversione del d.l. n. 113/2018¹¹ al fine di una «più efficiente ed efficace gestione del fenomeno migratorio»¹² e di evitare il «rischio di un ricorso strumentale agli istituti di tutela previsti»; così si legge nella circolare del Ministero dell'interno del 18 dicembre 2018, che lo presenta come uno «strumento di semplificazione».

Sebbene non esoneri il giudice dall'esercizio officioso dei propri poteri istruttori, la nozione di «Paesi di origine sicuri» condiziona le regole processuali, giacché la domanda, davanti alla sezione specializzata competente, va proposta nel termine, dimidiato, di quindici giorni¹³ dalla notificazione del provvedimento amministrativo di rigetto per manifesta infondatezza e, a norma dell'art. 35 bis, 3° comma, *lett. c)*, d.lgs. n. 25/2008, non sospende automaticamente l'efficacia di quest'ultimo¹⁴, che, ai sensi del 4° comma, dell'art. 32, d.lgs. cit., reca altresì l'attestazione dell'obbligo di rimpatrio e del divieto di reingresso e «tiene luogo e produce» i medesimi effetti del provvedimento di espulsione di cui all'art. 13, d.lgs. n. 286/1998; il richiedente può, a norma dell'art. 35 bis, 4° comma, d.lgs. n. 25/2008, attivare un subprocedimento¹⁵ di natura cautelare che, in prima istanza, si svolge *inaudita altera parte* e, a seguito dell'instaurazione del contraddittorio in forma esclusivamente scritta, si conclude con la conferma, la modifica o la revoca del decreto precedentemente emanato e non altrimenti impugnabile.

L'inclusione, operata dal decreto aggiornato «periodicamente», del paese di provenienza del richiedente asilo tra quelli sicuri, appare in grado di incidere sul diritto soggettivo¹⁶, che, sebbene

Sul tema v., anche, Bolognese, *Il diritto di asilo costituzionalmente garantito versus il concetto di "Stato terzo sicuro" nel parere dell'Assemblea generale del Consiglio di Stato francese*, in *www.questionegiustizia.it*; Costello, *Safe country? Says who?*, in *International Journal of Refugee Law*, 2016, p. 606 ss.

¹¹ In passato, a livello interno, una funzione assimilabile era assolta dai singoli Accordi bilaterali di riammissione sottoscritti dall'Italia (soprattutto) con i Paesi del Nordafrica, sui quali v. Borraccetti, *L'Italia e i rimpatri: breve ricognizione degli accordi di riammissione*, in *www.dirittoimmigrazione cittadinanza*, 2/2016; sul tema v., anche, Sciarba, *Ai confini dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'hotspot alla decisione della Commissione territoriale*, in *www.questionegiustizia.it*.

¹² Al riguardo, Venturi, *op. ult. cit.*, nel denunciare l'eterogeneità dei fini subita dalla disciplina in materia di immigrazione, rileva come anche l'istituto *de quo* sia strumentale non già all'attuazione del diritto costituzionale di asilo, quanto alla gestione e al contenimento dei flussi migratori.

¹³ Ovvero di trenta giorni se il richiedente si trova in un Paese terzo *ex art. 35 bis*, 2° comma, d.lgs. n. 25/2008; al riguardo v., però, quanto deciso da Cass. 10 marzo 2021, n. 6745; 25 marzo 2020, n. 7520, le quali, contrariamente a quanto affermato da Cass. 16 aprile 2020, n. 7880, hanno chiarito che il termine dimezzato di quindici giorni per l'impugnazione del provvedimento di rigetto reso dalla commissione territoriale opera nei soli casi in cui la procedura sia stata effettivamente adottata, sin dall'inizio, nelle forme accelerate di cui all'art. 28 bis, d.lgs. n. 25/2008; in tutte le altre ipotesi, invece, troverà applicazione il termine ordinario, giacché la qualificazione peculiare della procedura come accelerata deve porsi come antecedente logico alla statuizione finale, non potendo discendere dalla mera formula di 'manifesta infondatezza' pure contenuta nel provvedimento di rigetto, pena la violazione del diritto di difesa del richiedente, che ha il diritto di conoscere preventivamente il modello procedimentale con il quale verrà esaminata la propria domanda; sul tema v. GATTUSO, *Tre domande sui Paesi sicuri*, in *www.questionegiustizia.it*.

¹⁴ Si segnala l'ordinanza *ex art. 363 bis c.p.c.*, con la quale il Tribunale di Bologna, nel ripercorrere i tre diversi orientamenti insorti nella giurisprudenza di merito, ha sottoposto alla Suprema Corte il seguente quesito in via pregiudiziale: «in caso di ricorso giurisdizionale avente ad oggetto provvedimento di manifesta infondatezza emesso dalla Commissione territoriale per il riconoscimento della Protezione Internazionale nei confronti di soggetto proveniente da paese di origine sicuro, è applicabile la deroga al principio (imposto dalla Direttiva europea, salvo casi tassativi) di sospensione automatica del provvedimento impugnato, quando la Commissione territoriale non abbia rispettato le regole endoprocedimentali proprie della procedura?»; sul tema v. GATTUSO, *op. ult. cit.*, il quale si interroga sull'ammissibilità dell'applicazione del rinvio pregiudiziale ai procedimenti, quali quelli cautelari, nei quali non è previsto il ricorso per cassazione; circostanza, questa, invero valorizzata *a contrario* dalla Prima Presidente; FLAMINI, *op. ult. cit.*; Cass., sez. un., 9 aprile 2024, n. 11399 ha risposto ai quesiti posti dal Tribunale di Bologna (v. Castagnini – Sturiale, *Procedure accelerate e mancato rispetto dei termini: intervengono le Sezioni Unite*, in *www.questionegiustizia.it*).

¹⁵ Che, per le domande di protezione internazionale presentate direttamente alla frontiera o nelle zone di transito da un richiedente proveniente da un Paese designato di origine sicura, è disciplinato dall'art. 35 ter, d.lgs. n. 25/2008, il quale è stato introdotto, *ex novo*, dal d.l. n. 20/2023 e prevede che, ove il ricorrente sia trattenuto ai sensi dell'art. 6 bis, d.lgs. n. 142 del 2015, il ricorso avverso il diniego reso dalla commissione territoriale debba essere proposto nel termine di quattordici giorni e che l'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva sia proposta, a pena di inammissibilità, unitamente al ricorso introduttivo, il quale «è immediatamente notificato a cura della cancelleria al Ministero dell'interno [...] Alla scadenza del predetto termine il giudice in composizione monocratica provvede allo stato degli atti entro cinque giorni con decreto motivato non impugnabile»; prima del d.l. n. 130/2020, anche la sospensiva *ex art. 35 bis*, 4° comma, d.lgs. cit., era decisa dal giudice monocratico in luogo del collegio.

¹⁶ Cfr., esplicitamente in tal senso, Cass. 10 marzo 2021, n. 6745, la quale ha ritenuto ineludibile, ad opera del giudice, l'esercizio di un potere/dovere di verifica officiosa delle condizioni applicative delle procedure accelerate di cui all'art. 28 bis, d.lgs. n. 25/2008; conforme, anche, Cass. 30 giugno 2021, n. 18518.

pre-esistente, è subordinato al necessario riconoscimento dell'autorità amministrativa e, eventualmente, di quella giudiziaria¹⁷.

In questo contesto si inseriscono:

a) alcune pronunce di merito, secondo cui, se le norme che disciplinano il procedimento avente ad oggetto la domanda di asilo condizionano il riconoscimento di tale diritto, allora il decreto recante l'elenco dei Paesi di origine sicuri, nel consentire la deroga a tali norme, impatta sul diritto di asilo stesso e concorre alla sua formazione o, meglio, a limitarne il riconoscimento; poiché rileva nella fattispecie acquisitiva (*rectius*, nell'*iter* che ne conduce all'accertamento) del diritto di asilo dedotto in giudizio, il d.m. 17 marzo 2023 (quello cioè precedente all'ultimo aggiornamento del 7 maggio 2024) si espone al sindacato, incidentale, di legalità disciplinato dal combinato disposto degli artt. 4 e 5, l.a.c.¹⁸;

b) il diverso convincimento, maturato in seno alla sezione specializzata del Tribunale di Firenze¹⁹, secondo cui il sindacato cui è chiamato il giudice ordinario in sede di disapplicazione dell'atto amministrativo deve essere di mera legittimità e non di merito, quale sarebbe quello che ritenesse censurabile l'inclusione di un paese "non sicuro" tra quelli considerati, dai Ministeri competenti, "sicuri"; tale inclusione è il risultato, invece, dell'esercizio di poteri discrezionali della P.A., in quanto tali insindacabili dal G.O. e il mancato aggiornamento non integra né una violazione di legge né un eccesso di potere; il decreto inoltre non sarebbe «pregiudiziale, un antecedente logico insuperabile alla riconoscibilità del pieno diritto azionato», sicché in conformità con la giurisprudenza di legittimità, che esclude la disapplicazione dell'atto amministrativo che è il fondamento del diritto dedotto o della sua limitazione – come avviene nelle cause in cui è parte la P.A. -, non può essere disapplicato;

c) Cass., sez. un., 9 aprile 2024, n. 11399, secondo cui sembrerebbe ammessa la possibilità che la censura della qualificazione di un paese come sicuro avvenga anche in sede amministrativa prima che giurisdizionale e, in tal caso, al di là dell'esito della decisione, qualora si rendessero necessari accertamenti non più compatibili con i termini della procedura accelerata, non potrebbe comunque operare la deroga all'effetto sospensivo automatico;

d) le conclusioni dell'Avvocato generale Emiliou, presentate il 30 maggio 2024 dinanzi alla Corte di giustizia dell'U.E. nella causa C-406/22 (CV v. Ministerstvo vnitra České republiky, Odbor azylové a migrační politiky)²⁰, secondo cui il giudice nazionale ha il potere di rilevare d'ufficio che l'inclusione di un paese terzo tra quelli considerati sicuri dall'autorità amministrativa sia in contrasto con la Direttiva 2013/32 (c.d. direttiva procedure);

e) due ordinanze²¹ di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, aventi ad oggetto la questione relativa alla conformità al diritto dell'U.E. della designazione di un paese di origine quale sicuro, con esclusione però di alcune categorie a rischio e quella, in tal caso, relativa al fatto che il paese possa essere considerato nel suo complesso non sicuro, anche alla luce delle difficoltà di accertamento dell'appartenenza del richiedente alle categorie a rischio nel contesto di una procedura accelerata.

3. Gli incerti confini dell'esercizio del potere di disapplicazione

L'analisi della giurisprudenza più recente mostra un elevatissimo grado di resistenza all'uso della disapplicazione, per lo più derivante dalla convinzione che, là dove sussista un potere esercitato dall'amministrazione, si determini quasi sempre il c.d. affievolimento o la c.d. degradazione delle

¹⁷ Cfr. Poliseno, *La tutela dei minori non accompagnati*, in AA.VV., *Diritto processuale dell'immigrazione*, a cura di G. Trisorio Liuzzi e D. Dalfino, Torino, 2019, p. 55 ss., secondo la quale «L'atto amministrativo che riconosce la protezione internazionale ha natura dichiarativa perché accerta l'esistenza di 'un diritto preesistente'»; Gaeta, *A che serve studiare la protezione internazionale?*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 392, il quale, però, precisa che, se la (allora vigente) protezione umanitaria «si fonda sulla sopravvenuta integrazione nel contesto nazionale, il riconoscimento ha natura più costitutiva (concessiva) che dichiarativa».

¹⁸ Si tratta di Trib. Firenze 20 settembre 2023, in *Giusto processo civ.*, 2024, p. 559 ss., con commento di G. Ammassari e di altri tre provvedimenti emessi dal Trib. Firenze 25 ottobre 2023, inediti.

¹⁹ Cfr. Trib. Firenze 11 gennaio 2024, pres. Guttadauro, rel. ed est. Condò, inedita.

²⁰ Accessibili al seguente link: <https://tinyurl.com/mr34jrss>

²¹ Entrambe del Trib. Firenze 15 maggio 2024, Pres. Minniti, est. Castagnini e Pres. Minniti, est. Fabbrini, inedita.

situazioni di vantaggio del privato: la conseguenza è che di fronte al giudice civile si innalza il confine del riparto e la preclusione di qualunque forma di sindacato, anche di quella incidentale, sull'atto amministrativo.

Pare emblematico di una sorta di "stato confusionale", il richiamo ad alcune recenti decisioni di legittimità: secondo Cass., sez. un., 12 aprile 2021, n. 9543, «il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice ordinario può essere esercitato unicamente nei giudizi tra privati e nei soli casi in cui l'atto illegittimo venga in rilievo come mero antecedente logico, e non già come fondamento del diritto dedotto in giudizio»; e però, nell'ambito di una controversia tra privati, e cioè tra occupante *sine titulo* di un alloggio di edilizia residenziale pubblica e precedente assegnatario, Cass. 19 dicembre 2019, n. 33773, ha escluso che l'occupante senza titolo di un alloggio di edilizia residenziale pubblica possa contestare la domanda di rilascio proposta dall'assegnatario, deducendo la decadenza dell'istante dall'assegnazione, perché «esula dai poteri del giudice ordinario il sindacato, sia pure incidentale, sugli atti amministrativi attinenti all'eventuale decadenza del precedente assegnatario in relazione alla menzionata regolarizzazione, vertendosi in tema di interventi discrezionali dei competenti organi dell'ente assegnante, a fronte dei quali non sono ravvisabili posizioni di diritto soggettivo dell'occupante stesso».

Al contempo, proprio con riguardo a decreti ministeriali i cui effetti sono stati considerati in grado di pregiudicare o ledere il diritto soggettivo di privati, si riscontrano, seppur in modo sporadico, aperture della giurisprudenza²².

Senonché, qualora l'atto amministrativo si ponga come antecedente logico rispetto alla fattispecie acquisitiva del diritto, in grado di condizionarne l'esistenza o il modo della sua esistenza, si sarebbe al cospetto di effetti riflessi, cioè di effetti non direttamente voluti dall'Amministrazione, e quindi l'atto varrebbe alla stregua di un mero fatto, sottratto ad ogni spazio di valutazione da parte del giudice civile.

Sul punto, si riportano le parole di Aldo Travi: «Vi sono infatti casi rispetto ai quali l'atto amministrativo 'presupposto' (in senso tecnico) rileva solo come 'fatto', e cioè si presenta in termini analoghi ad altre circostanze materiali dalle quali dipende la concreta connotazione del diritto soggettivo fatto valere in giudizio. In questi casi le previsioni dell'atto amministrativo sono rilevanti

²² Cfr. Trib. Cassino, sez. lav., 1 luglio 2021, n. 642, in *Dejure.it*, secondo cui «In materia di interventi straordinari di integrazione salariale, l'omessa comunicazione alle OO.SS. dei criteri specifici di individuazione dei lavoratori da sospendere determina l'illegittimità del provvedimento di sospensione dell'attività lavorativa, in quanto preclude la verifica del corretto esercizio del potere datoriale. Detta illegittimità può essere fatta valere dagli stessi lavoratori *uti singuli*, per ottenere, previa disapplicazione *incidenter tantum* del decreto ministeriale, il pagamento della retribuzione piena e non integrata»; Trib. Reggio Emilia, sez. II, 24 settembre 2015, n. 1251, in *Dejure.it*, secondo cui «Ferma restando la interpretazione coerente con la struttura della norma di cui all'art. 644 comma IV c.p. quanto alla valutazione in concreto dell'interesse usurario nel caso sottoposto a scrutinio, non è in astratto da precludersi la eventuale disapplicazione del Decreto Ministeriale che sia frutto di procedimento viziato da violazione dell'art. 2 comma I legge 108/1996 o di illogicità nell'esplicazione della discrezionalità tecnica sottesa alle rilevazioni statistiche del TEGM, solo entro questo limitato campo trovando spazio le conseguenze, sugli esiti delle valutazioni giurisdizionali, del procedimento amministrativo descritto dalla norma da ultimo richiamata. Il Decreto Ministeriale 20-12-2007 risulta illegittimo e va disapplicato»; Trib. Ivrea, sez. lav., 22 giugno 2005, in *Dejure.it*, secondo cui «In tema di cassa integrazione guadagni straordinaria, la violazione dell'obbligo di comunicazione da parte del datore di lavoro, da un lato, integra una vera e propria ipotesi di condotta antisindacale, che può formare oggetto dell'azione prevista dall'art. 28 l. n. 300 del 1970 e dall'altro lato, investendo un elemento essenziale della complessa fattispecie, è causa diretta di illegittimità del provvedimento finale, perché preclude la mancata verifica del corretto esercizio del potere del datore di lavoro ed impedisce il perseguimento dello scopo previsto dalla legge, ne consegue che i lavoratori che ne subiscono gli effetti, possono convenire il datore di lavoro davanti al giudice ordinario, allo scopo di conseguire, previo accertamento in via incidentale dell'illegittimità del decreto ministeriale con conseguente disapplicazione del medesimo ex art. 5 l. n. 2248 del 1865 all. E, il pagamento della retribuzione piena e non integrata»; Cass, sez. lav., 10 marzo 2004, n. 4926, secondo cui «In tema di determinazione dell'ammontare dei contributi per i giornalieri di campagna - che, ai sensi dell'art. 28 d.P.R. 27 aprile 1968 n. 488, è stabilito con riferimento alle retribuzioni medie da determinarsi annualmente (con decreto del ministro del lavoro e della previdenza sociale) per provincia, e non già su base nazionale - il giudice ordinario può bensì disapplicare un decreto ministeriale che, prendendo in considerazione una retribuzione rapportata ad un orario giornaliero maggiore di quello effettivamente praticato in una determinata provincia, finisca col prendere a parametro, per il calcolo dei contributi, retribuzioni notevolmente sperequate rispetto alle retribuzioni previste dalle pattuizioni più usuali in ambito locale, (v. Corte cost. n. 342 del 1992), ma deve adeguatamente motivare in ordine alla sussistenza del presupposto della rilevante sperequazione, senza limitare il proprio accertamento al rilievo che in ambito locale sia previsto un orario ridotto rispetto a quello stabilito dalla contrattazione nazionale tenendo conto che la sperequazione legittimante la disapplicazione del decreto deve essere grave e riguardare le retribuzioni».

per identificare i contenuti del diritto soggettivo su cui verte il giudizio civile (tant'è vero che possono determinare l'esito del giudizio), ma la questione della legittimità di tale atto non lo è assolutamente. Si pensi, per esempio, al giudizio su un'indennità di esproprio, rispetto al quale è certamente 'rilevante' la destinazione urbanistica dell'area espropriata, che risulta impressa dallo strumento urbanistico vigente all'epoca dell'atto ablatorio: il privato che proponga opposizione all'indennità non può invocare l'illegittimità di questo strumento urbanistico per ottenerne la disapplicazione da parte del giudice e pretendere, sulla base di una disciplina urbanistica più favorevole, un'indennità più elevata. Ai fini della determinazione dell'indennità di esproprio è rilevante il contenuto della previsione urbanistica vigente: è alla stregua di esso che, in base alla legge, va liquidata l'indennità. La questione della legittimità di tale previsione è pertanto irrilevante nel giudizio civile.

Si noti che in casi del genere non è identificabile una deroga al potere del giudice civile di disapplicare l'atto amministrativo 'presupposto'. L'esclusione della disapplicazione non dipende da una norma processuale che limiterebbe i poteri del giudice civile; dipende invece dalla disciplina sostanziale, in forza della quale solo la previsione urbanistica stabilita nell'atto amministrativo può implementare il contenuto pratico di quel diritto.

Tutto ciò significa, proseguendo nell'esempio proposto, che il privato che intenda contestare la legittimità delle previsioni urbanistiche, ai fini della sua pretesa a conseguire una indennità di esproprio più elevata, deve necessariamente aver posto in discussione tali previsioni urbanistiche, impugnandole (tempestivamente) avanti al giudice amministrativo. È ragionevole ammettere che, quando sia stata proposta una impugnazione del genere, in linea di principio il coordinamento fra i due giudizi si attui secondo le regole generali, e cioè applicando l'istituto della sospensione del processo civile [...]; ed ancora: «Allo stesso modo, a ben vedere, non troverebbe riconoscimento una pretesa al rilascio di un permesso di costruire in contrasto con le previsioni dello strumento urbanistico, ancorché illegittimo. Una pretesa del genere potrebbe ammettersi solo dopo che le previsioni urbanistiche illegittime siano state annullate, perché solo in tal caso verrebbe meno il contrasto con la disciplina urbanistica»²³.

Mettendo da parte la confusione in cui talvolta la giurisprudenza è incorsa nella valutazione dell'atto come mero fatto, non sembra che questa impostazione contribuisca a chiarire come e quando il giudice civile possa disapplicare l'atto amministrativo.

Infatti, prima ancora di addentrarsi nella questione relativa alla qualifica di atto «presupposto», il che pone quella della sussumibilità dello scrutinio di compatibilità con la legge nella previsione dell'art. 34 c.p.c., sembra rilevare un'obiezione, di tipo sostanziale.

Se chi invoca la tutela del diritto soggettivo davanti al giudice civile è legittimato ad invocare la tutela dell'interesse legittimo rispetto all'atto presupposto illegittimo, davanti al giudice amministrativo, non si vede perché, qualora agisca solo davanti al primo non possa confidare nel suo potere di disapplicazione dell'atto viziato.

Considerando l'atto posto in rapporto di pregiudizialità rispetto alla fattispecie acquisitiva del diritto soggettivo, pare davvero arduo distinguere i casi in cui rilevi come mero fatto, cioè i casi in cui l'atto amministrativo «implementa il contenuto pratico di quel diritto», dai casi in cui, invece, sia qualcosa di altro e diverso e, dunque, sia conoscibile, *incidenter tantum*, dal giudice civile.

Peraltro, è possibile considerare tutte le ipotesi in cui l'adozione di un provvedimento amministrativo o di un regolamento non sia in grado di incidere su situazioni soggettive rilevanti di un privato entro il termine previsto per la proposizione dell'impugnativa e, invece, a distanza di tempo, il privato manifesti invece l'interesse ad agire davanti al giudice civile per tutelare un diritto soggettivo che da quell'atto o regolamento o dalla sua illegittimità è inciso o condizionato²⁴.

Una dimostrazione della non del tutto convincente tenuta sistematica di questa impostazione si ricava dalla difficoltà di indicare quando, invece, l'atto amministrativo presupposto non sia un mero fatto e dai disorientamenti della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale, ogni qual volta si è al cospetto di un caso di c.d. pregiudizialità logica del rapporto amministrativo realizzato dall'atto rispetto al diritto soggettivo controverso, il giudice civile, in genere, dovrebbe arrestarsi ad accertare

²³ Cfr. A. Travi, *op. ult. cit.*, p. 17 ss.

²⁴ Sia consentito rinviare, per più ampi riferimenti, a A.D. De Santis, *op. ult. cit.*, p. 35 ss.

di quell'atto amministrativo solo la vigenza e le previsioni, senza spingersi a verificarne anche la legittimità, giacché l'atto amministrativo così rileverebbe sempre come "fatto".

In particolare, nelle controversie tra privato e P.A. (mettendo da parte quelle in cui il giudice civile ha una giurisdizione piena sull'atto amministrativo), ogni qual volta venga in gioco un atto amministrativo presupposto, nella sequenza di atti e rapporti che conducono alla esistenza del diritto soggettivo, allora l'atto rileverebbe come mero fatto, precludendo al giudice ordinario l'esercizio dello scrutinio ex art. 5 l.a.c.

L'impressione è di trovarsi al cospetto di un artificio interpretativo utilizzato al solo fine di evitare il rischio di addentrarsi nel vaglio di legittimità dell'atto amministrativo, il che, però, sembra essere proprio quanto prescritto dalla lettera degli art. 2, 4, e 5 l.a.c.: secondo queste disposizioni, lo scrutinio di compatibilità tra atto amministrativo e legge, da parte del giudice civile, non incontra limitazioni di sorta, nel senso che la portata precettiva del combinato disposto delle norme *de quibus* parrebbe consistere nel garantire l'esercizio del relativo potere, nel processo civile, ogni qual volta l'esistenza o il modo in cui esiste il diritto soggettivo posto a fondamento della domanda "dipenda" da un atto amministrativo.

3.1. Le coordinate del potere di disapplicazione da parte del giudice civile

Rinviando al più ampio studio richiamato *supra*, in questa sede pare opportuno porre l'accento su una premessa valoriale: il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo, anziché operare come elemento da cui trarre l'immanenza del riparto di giurisdizione²⁵, merita di essere inteso come indice della preminenza della tutela del diritto soggettivo anche rispetto all'esercizio del potere pubblico; in altri termini, l'esistenza del potere di disapplicazione è funzionale a garantire la centralità, nell'ordinamento, della tutela giurisdizionale dei diritti affidata al giudice ordinario. D'altronde, gli art. 102, comma 1°, Cost., l'art. 1 c.p.c. e l'art. 2 l.a.c. forniscono elementi interpretativi sufficienti ad affermarla.

Il potere di annullamento dell'atto amministrativo, conferito dalla legge sovente ma non sempre al giudice speciale, impone l'adozione di accorgimenti, quali appunto, il riconoscimento del potere di disapplicazione al giudice civile, funzionale a garantire la tutela del diritto soggettivo inciso dall'azione amministrativa.

All'indomani dell'unità d'Italia, la disapplicazione era percepita alla stregua di un principio fondante del nostro ordinamento, su cui pure, ma non solo, riposerebbe il valore della separazione tra i poteri dello Stato²⁶ e la sotto-ordinazione dell'attività amministrativa al sindacato del giudice ordinario era intesa quale principio basilare degli ordinamenti liberali²⁷.

Il potere degli «organi giurisdizionali» di disapplicare, nel caso concreto, l'atto amministrativo, seppur non di annullarlo con efficacia generale, prima ancora che sancito nella l.a.c., era ricavabile sulla «scorta e autorità di grandi principi»²⁸, sicché nella teoria del c.d. affievolimento dei diritti e nella stessa distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi si ravviserebbe «l'incamminarsi dell'esperienza verso approdi autoritari»²⁹ ovvero una manifestazione della «tendenza a creare alla Pubblica Amministrazione uno statuto particolare e privilegiato»³⁰.

²⁵ Cfr. G. Costantino, «Questioni inerenti alla giurisdizione» ed *effettività della tutela giurisdizionale. Guerra tra le Corti o intemperanze verbali?*, in *Processo civile e Costituzione. Omaggio a Nicolò Trocker*, a cura di Chizzini, Abraham, Andrews, Silvestri, Stürner, Varano, Milano, 2023, p. 311 ss.

²⁶ Cfr. G. Verde, *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività della tutela (art. 5 l. 20 marzo 1965, n. 2248, all. E)*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 42; E. Capaccioli, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 411; v., anche, A. Pajno, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 454, secondo cui «la risposta fornita con la legge del 1865, contiene, come una sorta di DNA, i caratteri di tutto il futuro sistema italiano di giustizia amministrativa».

²⁷ La cui traccia può cogliersi anche dall'art. 1 delle preleggi, secondo cui «Sono fonti del diritto: 1) le leggi; 2) i regolamenti; 4) gli usi».

²⁸ Cfr. P.S. Mancini, *Discorso pronunciato durante i lavori preparatori della l.a.c. in A. Salandra, La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, p. 329 ss.

²⁹ Cfr. V. Cerulli Irelli, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, Pescara, 1979, p. 5 ss.

³⁰ Cfr. G. Verde, *op. ult. cit.*, p. 45.

Vale la pena tener presente che la P.A., «pur se svolge funzioni di imperio, è un soggetto di diritto come tutti gli altri e deve operare secondo principi di legalità e imparzialità (art. 97 Cost.): di fronte al potere giudiziario, ossia nel momento della tutela dei diritti e degli interessi, essa è in posizione di parità con gli altri soggetti dell'ordinamento, per cui deve essere assicurata al cittadino anche contro gli atti pubblici la completezza della protezione, mediante il controllo pieno, da parte degli organi giurisdizionali, della liceità delle scelte compiute (art. 24, co. 1, 103, co. 1, 113 cost)»³¹.

Che l'atto amministrativo sia espressione del potere autoritativo della P.A., dovrebbe essere irrilevante, giacché comunque il giudice civile, investito della domanda sul diritto soggettivo, è chiamato a compiere lo scrutinio di conformità «alle leggi» sostanziali che regolano il rapporto e che disciplinano l'esercizio del potere o la manifestazione della volontà negoziale dell'ente.

Nel caso del riconoscimento del diritto di asilo, questo principio dovrebbe addirittura essere rafforzato, giacché il giudizio ha – quanto meno – una veste impugnatoria del provvedimento amministrativo di rigetto della domanda, il che imporrebbe una maggior dimestichezza, in capo al giudice, con il potere di disapplicazione.

Quanto al *quomodo* di tale scrutinio, «il controllo del provvedimento ad opera del giudice [civile, ndA] è quello che di solito è consentito in sede di legittimità; perciò, la conformità dell'atto alla legge o al regolamento deve essere valutata sotto i profili non soltanto della incompetenza e della violazione di legge, ma anche dell'eccesso di potere»³²; prima ancora, con riferimento alle questioni poste dal riparto di giurisdizione in materia di pubblico impiego, è stato autorevolmente escluso che il parametro sul quale il giudice deve valutare se disapplicare l'atto presupposto illegittimo possa essere «un ipotetico diritto comune (diverso dal diritto amministrativo) perché il riferimento alla categoria della legittimità dell'atto impone una verifica di correttezza dell'azione amministrativa che non può consistere in altro che nella verifica di sussistenza di violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere»³³.

4. Una proposta per riscoprire la centralità del diritto soggettivo inciso dall'azione amministrativa

La ragione che fonda la scelta della giurisprudenza civile di escludere – salvo rari casi – il potere ex art. 5 l.a.c. nelle controversie tra P.A. e privato pare consistere nel corto circuito cui condurrebbe ammettere la cognizione del giudice ordinario sulla legittimità dell'atto amministrativo che si ponga in rapporto di pregiudizialità logica rispetto al diritto soggettivo azionato; per evitare di correre il rischio che il giudice conosca con efficacia di giudicato della legittimità dell'atto amministrativo, si finisce per ritenere vincolato il giudice al contenuto dell'atto, ora giustificando tale vincolo con l'impossibilità di travalicare i confini della propria giurisdizione, ora considerando l'atto alla stregua di un mero fatto.

Nei casi in cui la controversia intercorre tra P.A. e privato, la giurisprudenza esclude il potere di disapplicazione da parte del giudice civile; questi, in difetto di impugnazione davanti al giudice speciale, si limita a prendere atto dell'esistenza del provvedimento amministrativo e a decidere sulla tutela invocata senza metterlo in discussione.

Questa impostazione sembra orientata ad evitare che la conoscenza dei vizi del fatto generatore del diritto soggettivo da parte del giudice ordinario finisca per fargli acquistare un potere di annullamento dell'atto, preclusogli dal sistema del riparto, cui in effetti concorre la stessa l.a.c.

La legittimità o la illegittimità del provvedimento devono essere intesi, in questi casi, come la *causa petendi*, il rapporto giuridico dal quale nasce l'effetto dedotto in giudizio o, secondo altra convergente accezione, il fatto costitutivo del diritto fatto valere davanti al giudice, integrante il «punto pregiudiziale».

³¹ S. Menchini, *La tutela del giudice ordinario*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, V, Milano, 2003, p. 4896 s.

³² Cfr. S. Menchini, *op. ult. cit.*, p. 4913; in senso conforme, v., esemplificativamente, Cass. 15 febbraio 2022, n. 4927; Cass. 12 luglio 2019, n. 18813; Cass. 3 giugno 2015 n. 11487; Cass. 2 agosto 2005 n. 16143.

³³ Cfr. B. Sassani, *Giurisdizione ordinaria, poteri del giudice ed esecuzione della sentenza nelle controversie di lavoro con la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 417.

Nel caso del decreto c.d. Paesi sicuri, la provenienza del richiedente da un paese inserito nella lista ministeriale plasma non solo la procedura, ma anche la concreta tutelabilità del diritto, incidendo sulle *chances* di riconoscibilità.

Qualora si ammettesse la conoscibilità (anche attraverso le strade della c.d. cooperazione istruttoria), da parte del giudice ordinario, dei vizi di legittimità dell'atto, dovrebbe ammettersi anche l'estensione del relativo giudicato.

L'oggetto del processo è rappresentato dalla declaratoria del modo di essere del rapporto sostanziale, mentre la questione relativa all'effettiva esistenza del potere e/o alla validità dell'atto hanno valore meramente pregiudiziale.

Quando il nesso tra un rapporto regolato dal potere amministrativo e gli effetti che da questo potere (*rectius*, dal suo cattivo uso) scaturiscono, incidendo sui diritti soggettivi, diviene controverso, la giurisprudenza civile nega la conoscibilità del vizio dell'atto e, argomentando con l'impossibilità di utilizzare la disapplicazione nella controversia tra P.A. e privato (senza che tale affermazione abbia alcun addentellato positivo), in realtà sembrerebbe voler evitare di fronteggiare il problema, costituito dall'estensione oggettiva del giudicato sul diritto soggettivo al rapporto c.d. complesso, originato dal provvedimento amministrativo e dai vizi da cui è affetto, il che – e questo integra il timore maggiore – determinerebbe il superamento dei limiti della giurisdizione ordinaria.

La giurisprudenza erode, quindi, una porzione dell'oggetto della domanda e del giudicato sostanziale, stabilendo che il punto pregiudiziale è sottratto alla cognizione del giudice, il quale deve solo limitarsi a prendere atto dell'esistenza dell'atto amministrativo, senza poter trarre, dagli altri fatti integranti i suoi vizi, gli effetti che la legge prevede.

Lo "sbarramento" operato dalla giurisprudenza sembra dipendere, in realtà, dal timore che dalla decisione scaturiscano obblighi conformativi a carico della P.A. soccombente.

Senonché, parrebbe essere proprio questo il contesto in cui il combinato disposto degli art. 4 e 5 l.a.c. dovrebbe poter trovare piena operatività. Nel senso che, ogni qual volta il giudice civile, investito di una domanda sul diritto soggettivo, si trovi al cospetto di un rapporto complesso tra P.A. e privato, da cui il diritto soggettivo è inciso (*o, a fortiori*, originato o impedito), i poteri riconosciuti, in particolare dall'art. 5 l.a.c., dovrebbero poter essere esercitati.

La locuzione «in questo, come in ogni altro caso» con cui si apre l'art. 5 l.a.c. dovrebbe poter contenere le ipotesi riconducibili all'art. 4 l.a.c., proprio cioè quelle in cui il giudice non può che limitarsi a conoscere degli effetti dell'atto, senza poterlo annullare («L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato»).

Il giudice civile dovrebbe poter esaminare la compatibilità dell'atto con la legge e rilevarne gli eventuali vizi, sulla base degli elementi emergenti *ex actis* (ovvero di quelli che è in grado di ricercare o rilevare d'ufficio, in relazione ai diversi modelli processuali), ove sia necessario ai fini dell'accertamento del diritto invocato.

La struttura che dovrebbe portare alla cognizione della questione relativa alla invalidità dell'atto amministrativo da cui è inciso il diritto potrebbe considerarsi assimilabile, *mutatis mutandis*, a quella che è stata affermata dalle sezioni unite n. 26242 e 26243 del 2014 .

Il giudice chiamato a decidere sul diritto soggettivo inciso dall'atto amministrativo dovrebbe avere l'obbligo di rilevare d'ufficio – previa instaurazione del contraddittorio – l'esistenza di una causa di invalidità dell'atto amministrativo, anche per un motivo diverso da quello dedotto originariamente dalla parte (e in tal senso depongono, *inter alia*, le conclusioni dell'Avvocato generale Emiliou, *supra* citate).

Se il giudice civile dovesse ravvisare l'illegittimità dell'atto o del comportamento, dovrebbe poterne trarre tutte le conseguenze giuridiche, derivanti dal suo annullamento o dalla sua dichiarazione di nullità - come già avviene nei casi di carenza di potere in concreto indicati dalla giurisprudenza e nei casi in cui in gioco ci sia la tutela di un diritto costituzionalmente rilevante, quale quello alla salute - in ordine all'esistenza e al modo di conformarsi del diritto, la cui tutela sia stata invocata.

Per evitare che la legittimità dell'atto o del comportamento amministrativo a monte e rientrante, al pari di una qualunque questione pregiudiziale in senso logico, nell'oggetto del processo sul diritto

sogettivo a valle, rientri anche in quello del giudicato, gli art. 4 e 5 l.a.c. pongono un argine: in nessun caso l'accertamento della legittimità, validità, illegittimità, invalidità, annullabilità, nullità, inesistenza dell'atto amministrativo, su cui si fonda il *decisum* che abbia accolto o rigettato la domanda relativa al diritto soggettivo, può essere coperto dall'efficacia di giudicato che normalmente, invece, copre tutte le altre questioni pregiudiziali in senso logico³⁴.

5. Conclusioni

Le dense e complesse questioni poste dall'esercizio del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile non sembrano affatto esaurirsi, ma, forse, i tempi sono maturi per mettere in discussione il fatto che il diritto amministrativo deroghi al diritto comune e che, una volta esercitato il potere, la fonte regolatrice della fattispecie sia affidata al potere amministrativo (*id est*, all'insieme di regole sostanziali che lo disciplinano) «senza che il diritto civile possa avere alcuno spazio»³⁵.

Di fronte a diritti soggettivi, ancor più se collegati ai principi fondamentali della Costituzione repubblicana (ad es., art. 10), il giudice civile deve - e non può non - fare i conti con il dato positivo ricavabile dagli art. 2, 4 e 5 l.a.c.

Anche prendendo spunto dalla giurisprudenza maturata in alcuni casi in cui il diritto - nella specie, quello alla salute - che risultava inciso dell'azione amministrativa era considerato fondamentale ed in cui il giudice civile si è rivestito di pieni poteri cognitivi rispetto alla conoscibilità dell'illegittimità del provvedimento reso dalla P.A., appare ragionevole ipotizzare di porre il giudice della sezione specializzata, chiamato ad accertare il diritto di asilo, quanto meno nella medesima posizione in cui si troverebbe il giudice amministrativo adito in via principale in sede di impugnativa del decreto c.d. Paesi sicuri, con l'unico limite della inattitudine al giudicato della decisione sulla legittimità del provvedimento.

D'altronde, in un contesto di giurisdizione "duale", occorre tener presente, per un verso, l'impossibilità pratica per il richiedente di impugnare tempestivamente il decreto davanti al G.A.³⁶, e, per l'altro, il superamento, consacrato dall'art. 30 c.p.a., della c.d. pregiudiziale amministrativa.

Non c'è dubbio che il giudice civile - e in particolare quello specializzato in materia di immigrazione - sia chiamato ad una non facile sfida, anche sotto il profilo delle nozioni tecniche con cui attrezzarsi³⁷; ma può darsi che il fermento determinato dall'impatto del decreto c.d. Paesi sicuri sulla concreta tutelabilità del diritto di asilo potrà consentire un'ulteriore presa di coscienza della centralità della giurisdizione ordinaria nel sistema della tutela dei diritti.

³⁴ Si rinvia, per più ampi riferimenti e approfondimenti, a A.D. De Santis, *op. ult. cit.*, spec. p. 78 ss.

³⁵ V. G. Montedoro - E. Scoditti, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*, in *Questione giustizia*, 2021, p. 17, i quali però non possono fare a meno di ricordare che «Cons. Stato, ad. plen., n. 5 del 2018, ha ricondotto l'esercizio dell'attività autoritativa, nella fase antecedente all'aggiudicazione nella procedura di evidenza pubblica, al dovere civilistico del comportamento secondo buona fede, riaprendo le porte a quella scuola di pensiero che ricostruisce il rapporto fra amministrazione e privato in termini di obbligazione in senso tecnico e minando così le basi della stessa distinzione fra le due giurisdizioni - con gli ulteriori effetti di un allargamento della giurisdizione del giudice ordinario mediante la "categoria" della violazione della buona fede (su cui, da ultimo, Cass., sez. unite, n. 8236/2020)».

³⁶ Nella maggior parte dei casi, il richiedente non avrebbe ancora maturato l'interesse ad impugnarlo.

³⁷ Nel senso che il sindacato del giudice civile «rischia di essere meno penetrante di quello che è compiuto in sede di legittimità, essendo il magistrato ordinario culturalmente meno attrezzato di quello amministrativo, soprattutto per la ricerca delle figure di sviamento di potere», v. S. Menchini, *Il nuovo assetto delle tutele giurisdizionali avverso gli atti amministrativi illegittimi*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 123; nello stesso senso, con riferimento specifico alla disapplicazione dell'atto presupposto, da parte del giudice del lavoro, nelle controversie di pubblico impiego, v. G. Trisorio Liuzzi, *Controversie relative ai rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona, 2^a ed., Milano, 2000, III, p. 1821 ss., spec. p. 1828 ss.; B. Sassani, *Il passaggio alla giurisdizione ordinaria del contenzioso sul pubblico impiego: poteri del giudice, esecuzione della sentenza, comportamento antisindacale, contratti collettivi in cassazione*, in AA.VV., *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, a cura di Perrone e Sassani, Padova 1999, p. 5 ss.; v., anche, la motivazione di Corte cost. 23 luglio 2001, n. 275.