



“TANTO RUMORE PER NULLA”: L'OPINIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE SUL RIPARTO DELLE GIURISDIZIONI

di

Mario Sanino

*(Avvocato e Docente di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Bologna- Sezione
Rimini -Facoltà Economica e Commercio)*

29 luglio 2004

1 - La tanto attesa, e in certe prospettive anche temuta, decisione della Corte Costituzionale sul riparto delle giurisdizioni ha per ora lasciato abbastanza indifferenti gli operatori*.

L'atteggiamento di indifferenza è sostanzialmente conseguente alla convinzione che in definitiva non si è realizzato quello sconvolgimento che si prospettava con riferimento soprattutto al modello di "nuovo" processo amministrativo disegnato con la legge 21 luglio 2000 n. 205 e all'azione risarcitoria definitivamente consacrata nell'ordinamento per violazione di interessi legittimi o, meglio, per la adozione di provvedimenti amministrativi illegittimi.

Ora si aprirà una stagione di incontri, convegni e tavole rotonde nel corso dei quali si potrà fare meglio il punto della situazione e verificare se questa decisione costituisca una ulteriore tappa in prospettiva del raggiungimento di una soddisfacente tutela giurisdizionale del cittadino avverso le autoritative, e spesso prevaricatrici, determinazioni della Amministrazione, ovvero sia un punto di approdo definitivo dal quale un possibile allontanamento è prospettabile solo a seguito di iniziative normative, come ad esempio quella (abbastanza goffa) manifestata dalla nota "Bicamerale" che pretendeva spazzare attraverso ermetiche e infelici formule secoli di tradizioni giuridiche del nostro Paese¹.

* Con decisione n. 281 del 28.7.2004 la Corte Costituzionale ha dato un assetto definitivo al riparto delle giurisdizioni.

Ed invero, a complemento di quanto già dedotto con la decisione n. 204 e ad integrazione di quanto a suo tempo specificato nella decisione n. 292/00, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 1 e 2 dell'art. 34 del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80.

Qualche osservazione è comunque opportuno iniziare a svolgere sin da ora ed allora sarà facile accorgersi che quell'atteggiamento di indifferenza forse non è più così giustificato.

Solo per mera completezza di esposizione potrebbe non essere inutile osservare in via preliminare che le problematiche sulle quali la Corte Costituzionale era stata sollecitata a pronunciarsi, sia pure attraverso diversificate articolazioni, afferivano essenzialmente a due argomenti: la prima concerneva la vicenda della individuazione del Giudice competente a pronunciare il risarcimento del danno subito dal cittadino la cui situazione giuridica soggettiva era stata incisa da un provvedimento illegittimo²; la seconda afferiva alla esigenza

Con la decisione 281 la Consulta, esaminando la materia edilizia ed urbanistica, ha precisato che il Legislatore delegante (legge n. 59/1997) intendeva estendere la giurisdizione amministrativa alla materia dei diritti patrimoniali consequenziali in essi compreso il risarcimento del danno; di qui la illegittimità costituzionale dell'art. 34, commi 1 e 2 citati, con i quali, per contro, si era preteso devolvere alla giurisdizione del Giudice amministrativo tutta la materia dell'edilizia e dell'urbanistica.

Su tale ulteriore determinazione della Corte di formula riserva di ritornare più approfonditamente.

¹ Per una completa disamina sull'argomento, si veda V. Cerulli Irelli, "Costituzione e Amministrazione", Torino, 2002, Giappichelli Editore, pagg. 8 e ss.

² Ovviamente non è questa la sede per riprendere la epocale questione del risarcimento degli interessi legittimi.

La soluzione consacrata nella legge n. 205/2000 e sulla quale si è espressa la Corte Costituzionale è l'epilogo di un crescendo che si è articolato attraverso sette ideali passaggi.

a) Il primo è caratterizzato dal Congresso di Napoli del 1963. In quella occasione (v. Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi, Milano 1965) si prese coscienza che la strada da percorrere non era tanto quella di scrutare sulla misteriosa situazione giuridica dell'interesse legittimo, quanto quella di verificare l'ambito di applicazione della prescrizione contenuta nell'art. 2043 c.c.; ancora oggi si ricorda la sorpresa delle parole di Giannini che seccamente disse: "sarebbe ora che i civilisti cominciassero a studiare il diritto amministrativo".

L'invito in realtà venne accolto, ma i risultati, non furono rilevanti; nel senso cioè che la giurisprudenza si mostrò tetragona al riconoscimento di un danno risarcibile nei confronti di interessi legittimi.

Sta di fatto che ne seguì una quasi rassegnazione della dottrina che considerò l'argomento più che altro come una utile palestra per un confronto di opinioni.

b) Un arricchimento della problematica - e questo può individuarsi come un secondo passaggio - è certamente la nota decisione della Cassazione (3 ottobre 1979, n. 5142, in Giust. civ., 1979, I, 1810): la sentenza citata, in materia di licenze di commercio, affermò senza esitazione che il ritiro di una licenza, dichiarato illegittimo, non può che comportare un risarcimento del danno a vantaggio del titolare della stessa.

La sollecitazione operata dalla sentenza ebbe l'effetto di provocare, da parte del Giudice amministrativo, una svolta in merito a vicende sulle quali il provvedimento amministrativo portato al suo esame non era più operante (si pensi a provvedimenti tariffari, alle decadenze da incarichi a funzioni ormai non più esercitabili al momento della sentenza); con riferimento a queste fattispecie si ribadì la necessità di procedere comunque alla declaratoria di annullamento, proprio nella prospettiva di una possibile azione risarcitoria da parte dell'interessato, problematica che oggi dovrebbe ritenersi superata.

c) Il terzo passaggio può individuarsi nell'avvento dell'art. 13 della L. 19 febbraio 1992, n. 142 (c.d. legge comunitaria per il 1991), che prevedeva il risarcimento del danno a seguito di annullamento di una aggiudicazione.

Tale principio è stato applicato anche agli appalti di servizi dall'art. 11 lett. i), L. 22 febbraio 1994, n. 146, c.d. legge comunitaria 1993, e, quindi, dall'art. 30 del conseguente D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, in attuazione della direttiva n. 92/50 CEE, in materia di appalti pubblici di servizi; inoltre, l'art. 32, 3° co., L. 11 febbraio 1994, n. 109, legge quadro in materia di lavori pubblici, aveva previsto che "La procedura di cui ..." a tale norma "... si applica anche alle lesioni derivanti da atti compiuti in violazione della presente legge e del regolamento"; ma questa estensione è stata poi eliminata nella scrittura dell'articolo, formulata dall'art. 9 bis, inserito nel D.L. 3 aprile 1995, n. 101, della relativa legge di conversione 2 giugno 1995, n. 216.

Come è noto, anche in questo caso, peraltro dopo un primo (apparente) entusiasmo, fu immediatamente ridimensionato l'argomento, pervenendo alla conclusione che era ravvisabile nella norma un caso (sia pure singolare) di responsabilità pre-contrattuale.

di puntualizzare un criterio di riparto di giurisdizione che negli ultimi anni, per ragioni varie che si erano accidentalmente sovrapposte, aveva smarrito gli esatti termini di riscontro³.

Tali argomenti si rinvergono agevolmente dalle varie ordinanze di rimessione⁴ che la

Al riguardo, è pressoché unanime l'opinione che l'argomento della risarcibilità dell'interesse legittimo ancora non fosse stato risolto.

d) La L. n. 142/1992 comunque originò il quarto passaggio; a trentacinque anni di distanza dal Congresso di Napoli fu nuovamente organizzato un Congresso su "Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi" a Varenna. Indubbiamente i contributi erano caratterizzati da una particolare coscienza della problematica e denotavano una maturità a risolvere la questione, anche in ragione delle aperture della Cassazione in altre prospettive come, ad esempio, in materia di tutela del credito e di risarcimento del danno per violazione del possesso.

e) Sta di fatto che a quei lavori seguì il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, emanato in forza della delega contenuta nell'art. 11, comma 4, della L. n. 59/1997, sancendo la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, anche per le controversie relative ai diritti patrimoniali consequenziali, compreso il risarcimento del danno, nelle materie dei servizi pubblici, dell'edilizia e dell'urbanistica. In un secondo momento, il Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 80, è stato oggetto di una sentenza della Corte Costituzionale che, in particolare, ha dichiarato incostituzionale, per eccesso di delega, l'art. 33 nella parte in cui ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo la materia dei servizi pubblici (Sentenza 17 luglio 2000 n. 292, in Foro it., 2000, I, 2393 ss.)

f) La legge dette luogo, al sesto e decisivo episodio, rappresentato dalla nota decisione 22 luglio 1999, n. 500 delle S.U. della Cassazione, i cui commenti dottrinari risultano in prevalenza ripetitivi sotto il profilo sistematico.

g) Infine con la legge 205/2000 e la presente decisione della Corte Costituzionale è operante il settimo e conclusivo episodio.

³ Il grado di consistente incertezza che era rinvenibile in quel periodo (1990 - 1997) nella giurisprudenza sul riparto delle giurisdizioni può ritenersi pacifico; in ogni caso solo per offrire in questa sede uno spunto significativo di riflessione possono considerarsi gli episodi che seguono.

La "svolta" giurisprudenziale iniziò proprio con la decisione 12221/1990 delle Sezioni Unite della Cassazione che ritenne sindacabili dal Giudice amministrativo gli atti del privato, adottati nell'esercizio di attività abilitata con provvedimento concessorio.

Le Sezioni Unite della Cassazione però con le decisioni nn. 4989, 4991 e 4992 del 6 maggio 1995 affermarono la giurisdizione del Giudice ordinario in ordine a controversie insorte tra terzi e società (di capitale pubblico) per la gestione dei servizi pubblici, costituite ai sensi dell'art. 22 lett. e), della legge 8 giugno 1990, n. 142.

Diverse sono le conclusioni cui giunse il Consiglio di Stato in relazione ad una controversia tra l'Ente Autonomo Fiera di Milano e terzi. Con la decisione n. 353 del 21 aprile 1995 la VI Sezione del Consiglio di Stato (in Cons. Stato, 1995, I, 557) ritenne prevalente il fatto che l'attività esplicata, pur essendo di natura commerciale e pur riconoscendo la natura imprenditoriale dell'ente, è comunque intesa a soddisfare bisogni di interesse generale.

Il Consiglio di Stato riconobbe la giurisdizione del Giudice amministrativo in relazione alle controversie concernenti gli atti di selezione dei possibili contraenti compiuti dalle Ferrovie dello Stato S.p.A. (Sez. V, 20 maggio 1995, n. 498, in Cons. Stato, 1995, I, 843). Da notare che in motivazione il Collegio aveva accennato al problema della privatizzazione degli enti pubblici economici trasformati in società per azioni (come è stato per la Società F.S. ai sensi del D.L. 11 luglio 1992, n. 333, convertito nella legge 8 agosto 1992, n. 359), ritenendo tale processo non irrilevante ai fini della modificazione del Giudice competente; in buona sostanza in questa occasione il "capitale pubblico" costituì il motivo di attrazione al Giudice amministrativo di alcune controversie.

Il Consiglio di Stato, peraltro, in altra pronuncia (Sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1577, in Cons. Stato, 1996, I, 1956) dichiarò la competenza del Giudice amministrativo a definire controversie relative a gare per la fornitura di materiale informatico indetta da un Consorzio di Comuni ed avente però la natura giuridica di società cooperativa a responsabilità limitata.

Adirittura in una nota decisione del Consiglio di Stato (Sez. VI, 27 ottobre 1998, n. 1478, in Cons. Stato, 1998, I, 1655) sembra ricavarsi che la individuazione del Giudice competente fosse il frutto di scelte operate dalla Amministrazione (nella specie si ritenne che la controversia dovesse essere risolta dal Giudice amministrativo nel presupposto che l'operatore committente, non propriamente pubblica amministrazione, aveva inteso applicare norme sulla evidenza pubblica).

Anche in questa prospettiva di esigenza di definitiva chiarificazione vennero accolte con favore le indicazioni del D.Lgs. 80/1998.

⁴ Precisamente, le ordinanze del Tribunale Civile di Roma nn. 680/2003 in G.U. del 17 settembre 2003 n. 37;

decisione ricorda nelle premesse. Per contro, successivamente, le ordinanze sembrerebbero non più considerate in modo rigoroso, dal momento che la Corte preferisce orientarsi a risolvere in generale la problematica che riassuntivamente viene individuata in quella afferente alla questione della attribuzione al Giudice amministrativo della cognizione anche dei diritti soggettivi, solo in particolari materie indicate dalla legge, nel presupposto che in favore dei giudici amministrativi è prefigurata la giurisdizione generale per la tutela degli interessi legittimi e, solo in particolari materie stabilite dalla legge, anche per la tutela dei diritti soggettivi, e di qui appunto il dubbio che il legislatore potesse generalizzare il sistema della giurisdizione esclusiva, in deroga a quelle del Giudice ordinario⁵.

* * *

2 - La prima esigenza è quella di constatare quale sia la nuova architettura disegnata dalla Corte Costituzionale.

La Corte riporta la giurisdizione amministrativa esclusiva allo schema originario e, in conseguenza, riscrive totalmente l'art. 33 del D.Lgs. 80/98.

Il nuovo testo della norma risulta essere il seguente:

(comma unico) *"Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi, ovvero relative ai provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore del pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla L. 241/90, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla L. 481/95"*.

La Corte dichiara quindi l'incostituzionalità del secondo comma dell'articolo 33 del D.Lgs. 80/98, come modificato per effetto dell'articolo 7 comma 1 lett. a) della legge 205/2000.

2.1 - Circa l'incidenza che può determinare sulle competenze del Giudice

488/2002 in G.U. del 6 novembre 2002 n. 4; 226/2003 in G.U. del 07 maggio 2003 n. 18; 227/2003 in G.U. del 07 maggio 2003 n. 18.

Per completezza può avere una qualche utilità ricordare che precedenti ordinanze di rimessione non dettero luogo ad alcuna decisione, pur avendo affrontato in maniera molto diffusa ed articolata le problematiche oggetto poi della presente decisione: ci si riferisce alle ordinanze nn. 584/2002 in G.U. del 22 gennaio 2003 n. 3; 47/2003 in G.U. del 19 febbraio 2003 n. 7; 310/2002 in G.U. del 03 luglio 2002 n. 26; 312/2002 in G.U. del 03 luglio 2002 n. 26; 341/2002 in G.U. del 21 agosto 2002 n. 33.

⁵ Sembra che la scelta operata dalla Corte nel concentrarsi su tale specifica problematica possa dedursi dalle argomentazioni che si rinvencono sulla sentenza nei paragrafi 3.1, 3.2 e 3.3., ovviamente della parte di diritto.

amministrativo l'abrogazione della disposizione di cui alla lett. a) del secondo comma dell'articolo 33, giova osservare quanto segue.

La disposizione attribuiva alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie *"concernenti la istituzione, la modificazione o la estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi, ivi comprese le aziende speciali, le istituzioni e le società di capitali anche di trasformazione urbana"*.

Sembrerebbe quindi doversi rilevare come le controversie riguardanti la istituzione, la modificazione o la estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi non siano più attratte alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.

Tuttavia, il nuovo assetto dell'articolo 33 del D.Lgs. 80/98, come delineato dall'intervento additivo della Corte Costituzionale, dovrebbe escludere novità di rilievo, ove si consideri che anche nella vigenza della lett. a) si era ritenuto che la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo riguardasse le sole vicende che originavano da atti della pubblica amministrazione che incidevano sulla genesi e sulla struttura stessa dei soggetti che avrebbero poi gestito il servizio. Di conseguenza rimanevano escluse dalla appartenenza al Giudice amministrativo tutte quelle questioni interne alla società, che rimanevano di competenza del Giudice ordinario.

Il nuovo articolo 33 affida alla Giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi relativi a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, nonché l'affidamento stesso del servizio.

Se si considera che la istituzione, la modificazione o la estinzione di soggetti gestori di servizi pubblici costituiscono vicende che traggono frequentemente origine da un provvedimento amministrativo adottato dall'ente pubblico, deve allora concludersi che tali controversie rimangono attratte alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.

Quanto precede rileva a maggior ragione se si considera che il comma 5 dell'articolo 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 prevede, quanto all'affidamento del servizio, una serie di alternative tutte implicanti l'esercizio di poteri pubblici.

L'impressione, dunque, è che su tali aspetti la pronuncia della Corte Costituzionale non sia destinata a produrre effetti sostanziali.

2.2 - La fattispecie di cui alla abrogata lett. b) ricomprendeva tra le controversie attratte alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo quelle *"tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi"*.

La disposizione non distingueva in relazione alle forme di attribuzione e di gestione del

servizio, atteso che ad esempio nessun riferimento era contenuto al rilascio di un titolo concessorio.

Di conseguenza dovevano ritenersi attratte nella giurisdizione esclusiva tutte le controversie insorte tra Amministrazione e gestore, quindi anche quelle in cui la gestione del servizio era affidata ad una società di capitali di tipo misto o interamente controllata dall'ente pubblico.

Ne deriva che anche le questioni sorte tra una Amministrazione e un gestore costituito in forma di società di capitali e originata dalla interpretazione del contratto di servizio - atto disciplinante il rapporto - dovevano ritenersi attratte alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.

Alla stregua della nuova fisionomia assunta dall'articolo 33, deve ritenersi che non tutte le controversie tra gestore ed Amministrazione potranno ritenersi devolute alla giurisdizione del Giudice amministrativo.

Infatti, le sole controversie tra Amministrazione e gestore del pubblico servizio, che sembrano rimanere devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, al di fuori del caso in cui ricorre una ipotesi di concessione di servizi pubblici, sono quelle che traggono origine dall' "affidamento di un pubblico servizio" e cioè dal provvedimento di attribuzione del servizio.

Sembra quindi di poter affermarsi che, con la nuova configurazione dell'articolo dovrebbero restare estranee alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie che dovessero insorgere tra l'Amministrazione e il gestore di un servizio pubblico (non in forza di un titolo concessorio) e che trovano causa non nel provvedimento di affidamento del servizio stesso, ma piuttosto nel contratto di servizio.

2.3 - La fattispecie disciplinata dall'abrogata disposizione di cui alla lettera c) secondo la quale spettavano alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie in materia di vigilanza e di controllo nei confronti di gestori di pubblici servizi non sembra prospettare problematiche di rilievo alla luce della formulazione dell'articolo 33.

Infatti, anche a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale, restano attratte alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie in tema di vigilanza e controllo nei confronti del gestore del pubblico servizio.

2.4 - Per quanto concerne la anch'essa abrogata lett. d) si osserva quanto segue.

Con la disposizione di cui al secondo comma del citato articolo 33 del D.Lgs. 80/98 il Legislatore aveva inteso specificare "in particolare" alcune tipologie di controversie in tema di pubblici servizi attratti nell'ambito della giurisdizione esclusiva del Giudice

amministrativo, senza peraltro che a tale indicazione potesse assegnarsi una pretesa di esaustività.

Tra le controversie indicate vi erano alla lett. d) quelle *"aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle Norme comunitarie e della normativa nazionale o regionale"*.

Norma, questa, peraltro sostanzialmente ripetitiva della disposizione di cui all'articolo 6 comma 1 della legge 205/2000, tuttora vigente.

E' agevole osservare, quindi, che al di là del nuovo assetto dell'articolo 33 del D.Lgs. 80/98 come delineato dalla pronuncia della Corte Costituzionale (per cui le controversie in tema di affidamento di un pubblico servizio erano devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo), comunque l'abrogazione della lett. d) non ha alcun impatto, sul piano delle competenze del Giudice amministrativo, attesa la persistente vigenza del comma 1 dell'articolo 6 della legge 205/2000 di identico tenore.

2.5 - Non vi è dubbio, piuttosto, che l'intervento della Corte Costituzionale sia destinato a produrre i maggiori effetti nell'ambito delle vicende di cui alla prima parte della lett. e), *"riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere e anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale e della pubblica istruzione..."*

Il riferimento alle attività e alle prestazioni di ogni genere, comprese quelle di natura patrimoniale rende l'idea di quanto ampia fosse sia sotto il profilo qualitativo, sia soprattutto sotto quello quantitativo, la giurisdizione del Giudice amministrativo. Il riferimento alle prestazioni di ogni genere rese nell'espletamento di pubblici servizi verosimilmente induceva a ritenere che l'ambito della giurisdizione arrivasse ad estendersi anche ai comportamenti.

La pronuncia della Corte Costituzionale incide viceversa in modo diretto e rilevante sull'assetto della giurisdizione esclusiva, sottraendo al Giudice amministrativo (e tale aspetto incontra sicuramente il consenso dei Giudici e degli stessi operatori del diritto) una rilevante serie di controversie, come del resto facilmente desumibile dalla nuova formulazione dell'articolo 33 del D.Lgs. 80/98.

2.6 - Come accennato, viene poi dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 34 nella parte in cui estende la giurisdizione amministrativa anche alle controversie sui "comportamenti" della pubblica amministrazione e dei soggetti ad essa equiparati, in materia urbanistica ed edilizia (controversie nelle quali, secondo la Corte "la pubblica amministrazione non esercita - nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici - alcun pubblico potere").

La norma risulta perciò così riformulata, nel primo comma (gli altri permangono nel testo vigente):

"1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia".

Restano perciò al di fuori della giurisdizione amministrativa le azioni possessorie che la giurisprudenza aveva attribuito, sulla base dell'art. 34, alla giurisdizione amministrativa. Restano al di fuori, è da ritenere, anche le controversie concernenti la c.d. occupazione usurpativa e anche quella meramente acquisitiva, stando alla nota distinzione. Sono, invece, comprese nella giurisdizione amministrativa le controversie di cui all'art. 43 del D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 che contempla, come noto, l'esercizio di un vero e proprio potere amministrativo di carattere ablatorio con oggetto l'acquisizione al patrimonio indisponibile dell'ente dell'immobile utilizzato "per scopi di interesse pubblico" e la determinazione del risarcimento dei danni subiti in favore del proprietario. Perciò la giurisdizione contemplata dai commi 3 e 4 del citato art. 43 è da ritenere resti immutata.

* * *

3 - Tali determinazioni sembrerebbero il frutto di una tradizionale (corretta) interpretazione dell'art. 24 della Costituzione e soprattutto del rilievo che il criterio operante nel nostro ordinamento per il riparto tra la giurisdizione del Giudice ordinario e quella del Giudice amministrativo ha come supporto la differenziazione delle situazioni giuridiche soggettive rappresentate da interessi legittimi e diritti soggettivi.

Si è volutamente utilizzato il condizionale, non solo per non nascondere una palese incertezza su tale presupposto, ma anche perché l'orientamento della Corte verso la soluzione espressa nel dispositivo non appare poi correlata in modo stringente e insuperabile con la premessa specificata.

Anzi la soluzione offerta appare più la risultante di una sorta di compromesso come si vedrà, che può accettarsi con sereno, anche se non completo, soddisfacimento probabilmente non sorretto da un rigoroso ragionamento giuridico.

Conclusivamente ora al Giudice amministrativo competono, tutte le controversie nelle quali sia ravvisabile la adozione di un provvedimento amministrativo, ai sensi della legge 241/90, alle quali devono comunque aggiungersi le controversie individuate dall'art. 6, co. 1, della legge 205/2000 non considerate dalla decisione in questione.

Sono escluse quelle controversie originate da un mero comportamento della pubblica amministrazione, nonché tutte quelle controversie individuate con le lettere a), b), c), ed e)

dell'art. 33, co. 2; la lettera d) del comma 2 è, invece, coinvolta nella declaratoria di incostituzionalità, ma la materia – come si è appena detto - rimane nella competenza del Giudice amministrativo in virtù dell'art. 6, I° co., della legge 205/2000.

* * *

4 - Sulla base dell'indicato nuovo disegno normativo può ora passarsi a qualche ulteriore osservazione che coinvolge alcuni argomenti di particolare consistenza.

I costituzionalisti ci illustreranno le ragioni che supportano la conclusione di tale contenzioso che si connota di alcuni rilievi particolari.

La sentenza ha "riscritto" le norme e verosimilmente non trattasi di una semplice decisione additiva; è forse configurabile una nuova presa di posizione della Corte che funge anche attecnicamente da fonte normativa. La singolarità di tale forma di decisione è accentuata – come si è accennato nella premessa - dalla scarsa correlazione con le ordinanze di rimessione; cioè a dire nelle decisioni della Corte Costituzionale sino a qualche tempo fa si dava conto in modo rigoroso della articolazione e della indicazione della ordinanza di rimessione; sembrerebbe per contro che recentemente, e comunque ciò è rilevabile nel caso di specie, le varie ordinanze di rimessione siano state la mera occasione per una presa di posizione in merito alla problematica concernente il "nuovo" processo amministrativo disegnato nel 2000.

E' il caso precisare che la decisione scaturisce da quattro ordinanze di rimessione del Tribunale civile di Roma.

Con ordinanza del 31 luglio 2002 (n. r.o. 488/2002) il predetto Tribunale aveva sollevato la questione di << ... *legittimità costituzionale dell'art. 33, commi 1 e 2, lettere b) ed e), del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi tra le "amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi" e, in particolare, "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"*, per contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 102, 111 e 113 Cost.; ...>>.

Con distinte ordinanze del 11 ottobre 2002 (nn. r.o. 226/2003 e 227/2003) e del 31 gennaio 2003 (n. r.o. 680/2003) lo stesso Tribunale aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, il quale devolve alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i

provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia, per contrasto con gli artt. 3, 24, 102, 103, 111 e 113 Cost.

Dunque, su un piano formale, la decisione in commento sembra travalicare le singole questioni sollevate, atteso che, con riferimento al comma 2 dell'art. 33, il Giudice *a quo* poneva la questione di legittimità costituzionale relativamente alle sole lettere *b*) (controversie tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi) ed a parte della lettera *e*) (controversie 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).

Sotto tale profilo, dunque, la decisione sembra non essere in un rapporto di stretta correlazione con le ordinanze di rimessione, nella parte in cui ha "abrogato" completamente il comma 2 (e quindi anche le lettere non menzionate nell'ordinanza di rimessione).

Tuttavia tale "atipicità" è attenuata da diversi fattori.

Da un lato il carattere meramente esemplificativo della elencazione di cui al comma 2 dell'art. 33, che sembra vincolarlo in maniera stringente al comma 1. Di talché pare assai difficile immaginare una dichiarazione di "incostituzionalità" del comma 1 facendo salvo in tutto o in parte il comma 2 dell'articolo in esame.

Da altro lato, non può negarsi che il carattere della decisione in commento fosse preannunciata dal tenore delle ordinanze di rimessione alla Corte. I termini nei quali erano state sollevate, nella parte argomentativa, le questioni di legittimità costituzionale erano tali da precludere ad una decisione non circoscritta a specifiche questioni, ma che assumesse una posizione di carattere generale e netta sulla "questione" - della giurisdizione esclusiva per materia.

Sotto tale profilo un cenno telegrafico merita la "questione" - che la Corte affronta incidentalmente - relativa al risarcimento del danno ingiusto, di cui all'art. 35 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205. Occorre in proposito innanzitutto chiarire che in nessuna delle ordinanze di rimessione era stata formalmente sollevata la questione di legittimità costituzionale di detta norma; la questione veniva invece in rilievo nella parte argomentativa di dette ordinanze, adducendosi il potere risarcitorio riconosciuto al Giudice amministrativo (sia in ambito di giurisdizione esclusiva che di legittimità) quale esempio concreto della attuale proiezione del Giudice amministrativo in una dimensione civilistica.

In proposito la Corte ha in ogni caso ritenuto di dover chiarire che la dichiarazione di incostituzionalità non investe in alcun modo il potere riconosciuto al Giudice amministrativo di disporre il risarcimento del danno, atteso che non si tratterebbe di “nuova materia” attribuita alla sua giurisdizione, bensì di strumento di tutela ulteriore posto a garanzia del cittadino nei confronti dell’Amministrazione.

* * *

5 - Manifestata quindi questa prima valutazione può svolgersi qualche apprezzamento che afferisce più specificamente al merito della complessa problematica: trattasi di annotazioni assolutamente di prima lettura lasciando ovviamente agli istituzionali studiosi del processo di svolgere serie e produttive considerazioni sull’assetto normativo che ne è derivato.

Un primo rilievo afferisce alla palese contrapposizione con la nota decisione 500/99 della Cassazione che la Corte quasi platealmente ignora. Ed invero da quella sentenza, apparentemente tanto apprezzata, emergevano quanto meno due elementi dai quali la Corte per contro si discosta⁶.

Il primo era costituito dalla presa di posizione in ordine alla considerazione che ormai il riparto delle giurisdizioni è "affidato al criterio della materia".

Anche in questa prospettiva la decisione poteva ritenersi l’epilogo di una serie di interventi della giurisprudenza e ancor più della dottrina che avevano decisamente superato il criterio di giurisdizione basato sulle diverse situazioni giuridiche soggettive.

Il riscontro di tale affermazione avrebbe potuto individuarsi prendendo le mosse dalla nota decisione delle Sezioni Unite della Cassazione n. 12221 del 1990⁷ - citata in nota nel paragrafo 1 - che ha riconosciuto la giurisdizione amministrativa su atti di soggetti privati e sostanzialmente quindi attribuendo la competenza giurisdizionale al Giudice amministrativo in ordine a quella materia di per sé non afferente a interessi legittimi.

Il secondo connotato della sentenza della Cassazione era rappresentato dalla assoluta assenza di una valutazione dello strumento tipico attraverso il quale la Amministrazione

⁶ Sembra singolare che la nota sentenza della Corte di Cassazione, viene citata dalla decisione in esame solo in una occasione e per di più in sede di resoconto sulle ordinanze di remissione (v. paragrafo 2.2. del “fatto”)

⁷ E’ singolare che anche questa decisione della Cassazione, che ha costituito come si è visto una svolta importante nel riparto della giurisdizione, venga ignorata; ed anzi, allorquando si individua un episodio significativo in ordine al riparto delle giurisdizioni, tale decisione non si cita nemmeno, e viene segnalato il 1990 come l’anno di entrata in vigore della legge n. 287 che ha attribuito al Giudice amministrativo la competenza a giudicare gli atti delle autorità indipendenti.

In particolare, la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione 29 dicembre 1990, n. 12221 (in Foro it. 1991, III, 3405) è di particolare interesse, attesa l’affermazione del principio, secondo il quale rientrano nella giurisdizione del Giudice amministrativo le controversie afferenti l’osservanza delle regole che disciplinano le gare per l’aggiudicazione e, in particolare, la legittimità dei relativi provvedimenti di ammissione e di esclusione anche quando i medesimi vengono emanati da soggetti privati.

agisce (nell'esercizio dei suoi poteri autoritativi) e cioè il provvedimento amministrativo.

E' verosimile che la assenza di una valutazione di tale aspetto ha forse indotto a raggiungere quella conclusione che può in teoria condividersi se limitata alla prospettiva del "danno ingiusto" (sulla qualificazione del quale molto si sofferma la sentenza), che deve essere ristorato comunque, qualora collegato ad una "condotta positiva o omissiva della P.A..".

Conclusivamente per la sentenza della Cassazione, se si configura un interesse giuridicamente protetto, e si ravvisa un danno ingiusto provocato dalla Amministrazione, non può precludersi al Giudice ordinario di esaminare la fondatezza della pretesa risarcitoria avanzata dal privato.

Ma sulla sorte del provvedimento amministrativo la sentenza nulla diceva lasciando non risolti i vari problemi afferenti, tra gli altri, alla esecutorietà del provvedimento, alla discrezionalità amministrativa che ha sollecitato il provvedimento, alla compatibilità con la L. 20 marzo 1865 n. 2248, All. E, al principio della divisione dei poteri, che seppure nella sua labile ed evanescente configurazione, pur sempre preclude al Giudice di sostituirsi alla Amministrazione.

La Corte Costituzionale – come detto – non solo, sembra regredire rispetto a tali posizioni, ma addirittura appare non condividere la impostazione: può pertanto ora esaminarsi la congruità e l'esattezza di tale apprezzamento.

* * *

6 - La Corte ha ribadito che, nel quadro costituzionale del sistema di tutela giurisdizionale, non è ravvisabile un Giudice della Amministrazione⁸. La sentenza afferma che questa soluzione si porrebbe in contrasto con il principio costituzionale dell'immutabilità del Giudice naturale precostituito per legge, nonché con il divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali (artt. 25 e 102, comma II, Cost.).

Tale affermazione è di particolare rilievo e richiama problematiche che si sono contrapposte in questi ultimi anni senza rinvenire una soluzione soddisfacente. Forse può rappresentare una qualche utilità osservare che tale argomento è stato valutato con particolare profondità da M.S. GIANNINI nel Discorso Generale sulla Giustizia Amministrativa del 1963⁹ e venne ripreso dieci anni dopo in sede di legge istitutiva dei Tribunali Amministrativi.

⁸ V. § 2.1.

⁹ Cfr. in *"Riv. dir. proc."*, 1963, 522 (I parte); 1964, 12 e 217 (II e III parte). Senza avere la presunzione di ripercorre anche per sommi capi il pensiero esposto dall'illustre Autore nell'opera citata, si rammenta come avesse ivi segnalato a più riprese le difficoltà e i pericoli insiti in un sistema di riparto di giurisdizione fra

All'indomani dell'entrata in vigore della Legge, infatti, da più parti fu osservato che con essa si era persa l'importante occasione di costituire nel Giudice amministrativo di primo grado un'autorità che conoscesse della totalità delle controversie in cui fosse coinvolta la pubblica amministrazione, e che da questo punto di vista, l'opzione per contro scelta dal legislatore, non fosse stata abbastanza "coraggiosa".

Sta di fatto che appare puntuale il rilievo della decisione secondo cui non può non tenersi conto della inequivoca volontà del legislatore che non solo non ha mai affrontato l'argomento, ma addirittura ha lasciato cadere il problema non coltivando un disegno di legge in tali termini predisposto¹⁰.

* * *

7 - Altro argomento di meditazione è costituito dall'opinione della Corte secondo la quale l'attrazione di una materia al sindacato del Giudice amministrativo non è dovuta al connotato del perseguimento dell'interesse pubblico della materia stessa¹¹. Tale affermazione che, ripetesì, può senz'altro condividersi, non sembra peraltro che abbia costituito sino ad oggi

Giudice ordinario e Giudice amministrativo fondato esclusivamente sul tradizionale criterio (diritto soggettivo – interesse legittimo) della natura della situazione giuridica soggettiva lesa. Giannini avanzava soprattutto riserve sulla modalità operativa che del suddetto riparto finì per adottare la giurisprudenza al termine di un annoso processo evolutivo, allorché attribuì valore decisivo alla indagine circa la sussistenza o meno del potere amministrativo in relazione alla fattispecie concreta, onde affermare la sussistenza della giurisdizione ordinaria solo nella seconda ipotesi (dottrina della c.d. "carenza di potere"). L'Autore osservava infatti che l'adozione di simile prospettiva comportava di negare che, ovunque l'amministrazione agisse in via autoritativa (e quindi anche nel caso dell'emanazione di un provvedimento invalido), vi fosse spazio per la configurazione di diritti soggettivi, con conseguente eccessiva dilatazione della nozione di imperatività del provvedimento amministrativo e sostanziale diminuzione della tutela apprestata al cittadino.

Ancora, in altro passo dell'opera citata, Giannini si doleva del fatto che materie rilevanti, quali l'edilizia e l'urbanistica, fossero sprovviste di regolamentazione normativa, lasciate "allo stato brado".

¹⁰ Già in epoca risalente si ricorda la proposta di legge ad iniziativa dei deputati Luzzatto ed altri presentata alla Camera dei deputati l'11 novembre 1968 che all'art. 13 "prevedeva l'attribuzione al tribunale amministrativo regionale della competenza a decidere sui ricorsi proposti avverso ogni atto, di qualsiasi natura, degli organi dello Stato, delle provincie, dei comuni, dei consorzi amministrativi e di ogni altro ente pubblico avente sede nella circoscrizione" (cfr. V. Caianiello, "Lineamenti del processo amministrativo", II ed., 1979, Torino, 201 in nota).

Assai più di recente, il disegno di legge di cui si discute è stato presentato nel corso della XIV legislatura, reca il n° C7465 e così recita: "Proposta di legge costituzionale.

Art. 1.

1. Il primo comma dell'articolo 103 della Costituzione è sostituito dal seguente:

"Sono organi della giurisdizione amministrativa i tribunali amministrativi regionali e il Consiglio di Stato. La giurisdizione amministrativa ha ad oggetto le controversie con la pubblica amministrazione nelle materie indicate dalla legge. E' riservata, in ogni caso, alla giurisdizione amministrativa la cognizione delle controversie riguardanti l'esercizio di poteri amministrativi".

Art. 2.

1. Il primo comma dell'articolo 113 della Costituzione è sostituito dal seguente:

"Contro gli atti della pubblica amministrazione la tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti".

2. Il secondo comma dell'articolo 113 della Costituzione è abrogato".

Il disegno di Legge è stato presentato il 28 novembre 2000, assegnato alla Commissione I - Affari costituzionali in sede referente il 5 dicembre 2000, ma successivamente è stato abbandonato.

¹¹ V. § 3.2.

supporto decisivo per orientare una qualche materia verso il Giudice amministrativo; né si vede come avrebbe potuto svolgere questo compito. Infatti, essendo la stessa funzione di tutela giurisdizionale connotata dall'interesse pubblico (alla Amministrazione della giustizia), questo non vale a distinguere alcune controversie da altre. Inoltre, sotto un diverso ma pur collegato profilo, è priva di riscontro l'affermazione per cui l'attività giurisdizionale amministrativa, a differenza di quella civile, avrebbe ad oggetto l'interesse pubblico alla legittimità degli atti amministrativi e in generale alla correttezza dell'agire dei pubblici poteri: costituisce infatti un dato ormai acquisito che nel giudizio amministrativo tale interesse pubblico è oggetto di tutela occasionale e mediata dall'interesse individuale azionato dal ricorrente; in altre parole nel processo amministrativo si tutela l'interesse pubblico in quanto coincide con l'interesse di parte, ma ciò è appunto quanto accade anche in sede civile¹². Sicché anche per questo verso si coglie l'inutilità di un simile approccio alla problematica posta.

La scelta di devolvere una determinata materia alla cognizione del Giudice amministrativo, più volte manifestata dal legislatore e dalla giurisprudenza, non sembra peraltro che abbia avuto la spinta dell'interesse pubblico eventualmente ad essa correlato; più spesso, si ha la convinzione che la scelta è dovuta alla specificità della materia, al connotato culturale della stessa, alle problematiche che quella materia sollecitava. Tale opinione sembra trovare una qualche conferma se si riflette sulle scelte operate dal legislatore ad attribuire al Giudice amministrativo il sindacato degli atti delle Autorità indipendenti¹³, ovvero allorché la giurisprudenza (sia la Cassazione che il Consiglio di Stato) abbondantemente prima della legge 205/2000 ha attribuito - come più volte ricordato - al Giudice amministrativo la competenza ad esaminare atti del concessionario di lavori pubblici, ovvero gli atti di una procedura concorrenziale che un soggetto avesse avviato pur non essendo tenuto alla applicazione di normativa comunitaria. Sull'argomento si rinvia alla nota inserita in calce al paragrafo 1.

* * *

8 - Altro rilievo è costituito dal mantenimento della azione risarcitoria nelle vertenze trattenute sulla competenza del Giudice amministrativo. Non sembra che l'assunto sia

¹² Vedi M.S. Giannini, op. cit., parte II, 216. L'Autore già nel 1963 rilevava che "l'interesse pubblico in quanto interesse della collettività generale alla composizione operativa degli interessi e alla repressione delle composizioni errate è il grande assente dalla scena della giustizia amministrativa, e ormai i più giovani studiosi lo rilevano apertamente".

¹³ Vedasi la recente e interessantissima sentenza del Consiglio di Stato, Sezione VI, 2 marzo 2004, n° 926, in Cons. Stato, 2004, I, 486 in cui si esamina (§ 3.3.) il contenuto della giurisdizione esclusiva in tema di autorità antitrust traendo le conclusioni - di autentica *rottura* con la giurisprudenza precedente.

suscettibile di incertezza; esso è esplicitamente affermato dalla decisione là dove si sottolinea che *"la dichiarazione di incostituzionalità non investe in alcun modo - nonostante i rimettenti ne adducano il disposto a sostegno delle loro censure - l'art. 7 della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui (lett. c) sostituisce l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998: il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione."*

La valutazione della Corte Costituzionale non può non condividersi¹⁴; ogni apprezzamento sul punto non potrebbe che apparire superfluo e può ritenersi (almeno nella limitata prospettiva del presente resoconto) sufficiente rinviare alle osservazioni introduttive che tra l'altro costituiscono l'epilogo del consistente lavoro della giurisprudenza e della dottrina.

In particolare, è stato correttamente rilevato che è escluso che la tutela risarcitoria costituisca una nuova materia devoluta alla giurisdizione amministrativa.

La possibilità di chiedere ed ottenere il risarcimento del danno ingiusto costituisce uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio, da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Questa affermazione dà fondamento a una cognizione giudiziale che per un verso mantiene come oggetto principale l'interesse legittimo e, per altro verso, è in grado di evolvere, in perfetta armonia con l'art. 103, comma 1, Cost., in una pronuncia di condanna al risarcimento del danno. Sembra, insomma, che la Corte abbia inequivocabilmente avallato la tesi che considera questo tipo di risarcimento come rimedio a tutela dell'interesse legittimo, senza possibilità di confusione, dal punto di vista del fondamento costituzionale, col diritto soggettivo¹⁵.

Non può che apprezzarsi in questa prospettiva il contributo della giurisprudenza della

¹⁴ La Corte aggiunge che *"L'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato (sub 3), ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola (avvenuto, peraltro, sovente in via pretoria nelle ipotesi olim di giurisdizione esclusiva), che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l'art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, che pure era di derivazione comunitaria), costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost."*

¹⁵ Per ulteriori approfondimenti si veda il recentissimo contributo di F. CINTIOLI, *La Giurisdizione piena del Giudice Amministrativo dopo la sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale*, in www.giustamm.it.

Cassazione che proprio insistendo su una strada coraggiosamente intrapresa ha voluto configurare il risarcimento correlando a tipi di responsabilità singolari anche se giuridicamente supportati, come la responsabilità "da contatto", la responsabilità "da ritardo", ovvero la responsabilità "da apparato".

* * *

9 – Inoltre non può sottacersi che la Corte Costituzionale ha decisamente ribadito il modello di processo amministrativo nel quale "campeggia" il provvedimento amministrativo¹⁶.

Sembrano confermare tale opinione i ripetuti riferimenti della decisione alla circostanza che sembra irrilevante il rilievo secondo il quale *"il c.d. modello autoritativo dei rapporti cittadino-pubblica amministrazione viene sempre più sostituito il c.d. modello negoziale, tale scelta - unita al conferimento al giudice amministrativo di "pienezza di poteri decisori" e quindi anche risarcitori, perfino "al di fuori della giurisdizione esclusiva e nell'ambito della sua giurisdizione generale di legittimità" - farebbe sì che il "giudice amministrativo sia ormai proiettato in una dimensione civilistica che fino a ieri costituita territorio esclusivo del giudice ordinario", per giunta senza sottostare al controllo nomofilattico, che costituisce anche garanzia di parità di trattamento, della Corte di cassazione"*; ovvero il rilievo secondo il quale il Giudice amministrativo deve intervenire allorché *"la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo"*.

Tale valutazione deriva non solo da una interpretazione letterale della decisione¹⁷, ma

¹⁶ L'espressione è tratta da M. NIGRO, in *Giustizia Amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1994.

In particolare, l'Autore descrivendo il processo amministrativo come processo di impugnazione ha affermato che *"la caratteristica fondamentale e determinante è che in esso "campeggia" l'atto amministrativo"*. Ed ancora secondo l'Autore, *"l'atto amministrativo campeggia in questo processo, in quanto esso è ... un processo di impugnazione dell'atto amministrativo, un processo di demolizione giuridica (di demolizione, cioè, dell'atto amministrativo invalido), cioè, in definitiva, un processo all'atto"*.

Tuttavia lo stesso Autore non ha mancato di rilevare come varie ragioni abbiano determinato la crisi del modello del *"processo all'atto e avviato la trasformazione del processo amministrativo nel senso di aprirlo, oltre l'atto, alla considerazione e conformazione del modo di esercizio del potere amministrativo allo scopo di soddisfazione dell'interesse materiale del ricorrente"*.

¹⁷ In particolare, la Corte ha rilevato come in virtù dell'art. 103 Cost., il legislatore nella scelta per l'attribuzione di quelle "particolari materie" alla Giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo *"deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato oggettivo, delle materie. Tale necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive - e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa - è espresso dall'art. 103 laddove statuisce che quelle materie devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo."*

anche dal contesto nel quale si collocano le determinazioni della Consulta.

Nel momento in cui senza esitazione (e forse è possibile osservare anche senza motivazione) si afferma che non è costituzionalmente consentito che il Giudice amministrativo sia Giudice dei comportamenti della Amministrazione, ma può solo sindacare l'esercizio del potere esternato attraverso il provvedimento, non può non pervenirsi alla conclusione che l'orientamento della Corte Costituzionale è nel senso che si può accedere al processo amministrativo in presenza di un provvedimento del quale si chiede la declaratoria di annullamento nel presupposto che abbia illegittimamente inciso su situazioni giuridiche soggettive.

In buona sostanza sembra possa recepirsi dalla complessa argomentazione della Corte Costituzionale che il nostro ordinamento offre un sistema di diritto amministrativo caratterizzato dalla attribuzione all'organo pubblico di un potere esclusivo, che si esprime (oltre che con strumenti di diritto comune anche) in provvedimenti autoritativi (non necessariamente discrezionali) capaci di incidere nella sfera giuridica del privato, dotati di uno statuto peculiare di cui fanno parte, oltre che l'esecutorietà, anche la c.d. presunzione di legittimità nonché l'idoneità a divenire "inoppugnabili" se non impugnati entro un breve termine di decadenza.

Finchè questo è vero, rimane anche l'interesse legittimo, inteso come la posizione del privato assoggettato a quel potere e destinatario degli atti che ne costituiscono l'esercizio.

Riconoscere, quindi, che gli atti emessi in violazione di un interesse legittimo possono dar luogo ad un'obbligazione risarcitoria - come ha consacrato la Corte Costituzionale - attiene alla sfera dei rimedi e delle sanzioni, vale a dire alla sfera della patologia dell'atto amministrativo.

Questo peculiare statuto della P.A. e dei suoi atti può essere anche il residuo di antichi ed obsoleti privilegi come qualche insigne Autore ha avvertito; ma la Corte Costituzionale dimostra che è correlato ad un sistema di riparto di giurisdizioni che risente in modo insuperabile di diverse situazioni giuridiche soggettive confermate dall'agire autoritativo della

Il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo."

pubblica amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico. Per quanto si voglia (giustamente) espandere la tutela degli interessi privati e rendere più penetrante il sindacato del Giudice sugli atti della Amministrazione, resterà sempre l'antologica differenza fra l'interesse pubblico e l'interesse privato. Il primo deve potersi realizzare anche con il sacrificio di quello privato e (occorrendo) contro la volontà del suo titolare di quell'interesse privato che occasionalmente viene sacrificato.

Se questa conclusione è esatta, non è impegnativo affermare che viene decisamente recuperato un processo di tipo demolitorio, con conseguenze (ad esempio in merito alla necessità di un provvedimento per la proposizione del ricorso, in merito al termine per l'impugnativa, in merito all'interesse a ricorrere) diffusamente illustrate dalla giurisprudenza amministrativa.

In questa luce appare coerente con il sistema la conclusione che chi non ha utilmente impugnato l'atto amministrativo non possa neppure esperire, in seguito, l'azione risarcitoria.

La decadenza dell'impugnazione dell'atto amministrativo (ovvero la conclusione sfavorevole del relativo giudizio, eventualmente anche per ragioni meramente processuali: inammissibilità, perenzione, estinzione; a maggior ragione il rigetto del ricorso nel merito) comporta che il rapporto rimane definito sulla base del provvedimento amministrativo non utilmente impugnato.

Ne consegue, altresì che la supposta illegittimità del provvedimento non può essere dedotta o accertata *incidenter tantum* al fine di fondarvi una pretesa risarcitoria¹⁸.

¹⁸ Ci si riferisce naturalmente alla nota decisione della Adunanza Plenaria n. 4/2003 nella quale il Consiglio di Stato ha affermato il principio che "*L'Accertamento incidenter tantum dell'illegittimità di un provvedimento amministrativo - ai soli fini di un giudizio risarcitorio - non è possibile nel vigente sistema di giustizia amministrativa, nel quale sono previsti rigidi termini per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi e non è consentita la disapplicazione da parte del giudice di atti di natura non regolamentare; pertanto, l'azione di risarcimento del danno proposta unitamente all'azione di annullamento o in via autonoma è ammissibile e resta procedibile solo a condizione che sia stato tempestivamente impugnato il provvedimento illegittimo e sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, essendo necessario e vincolante in sede di decisione sulla domanda di risarcimento del danno un previo o contestuale accertamento circa l'illegittimità dell'atto, operato dal giudice amministrativo in sede di giudizio di impugnazione.*" (cfr. C.d.S. 26 marzo 2003 n. 4, in Foro it. 2003, III, 433).

Peraltro è utile rilevare che anche la Cassazione ha recepito tale principio allorché ha ritenuto che "*Va respinta la domanda di risarcimento dei danni causati da un provvedimento illegittimo (nella specie, esclusione di socio di cooperativa a contributo statale), se non siano stati esperiti i rimedi specifici apprestati dall'ordinamento per contestare quel provvedimento; infatti, l'antigiuridicità del provvedimento non può essere accertata in via incidentale e il giudice non può qualificare come fatto illecito una situazione che, non essendo stata rimossa mediante gli specifici rimedi, l'ordinamento riconosce e garantisce come produttiva di effetti*" (Cass., Sez. II civile, 27 marzo 2003, n. 4538 in Foro it., 2003, I, 2073).

In realtà, in altre occasioni la Suprema Corte ha affermato un principio apparentemente opposto (pure se riferito a controversie insorte precedentemente alla entrata in vigore del D.Lgs. n. 80/98): "*In tema di azione risarcitoria aquiliana proposta nei confronti della Pubblica Amministrazione, la già avvenuta qualificazione - in sede di regolamento preventivo di giurisdizione - in termine di interesse legittimo, della posizione giuridica soggettiva*

Tale orientamento non può scalfire peraltro i nuovi connotati del processo cautelare disegnati dall'art. 3 della legge 205/2000, in ordine alla possibilità di avanzare richieste di tutela anche avverso provvedimenti cosiddetti negativi.

* * *

10 - Mario Nigro con molta saggezza ricordava che "è pazzesco trarre delle conclusioni"¹⁹; sulla questione in esame tale avvertimento è ancor più puntuale se si considera che le premesse del discorso e le sue articolazioni sono tutte da verificare. Però qualche nuova annotazione può svolgersi.

a) Si è forse avuta conferma che la decisione della Corte Costituzionale per le sue motivazioni e le conclusioni finali sia l'epilogo di una sorta di soluzione intermedia (all'inizio si è parlato di compromesso) tra l'esigenza sempre più sentita di una differenziazione basata sulle materie e l'altra che sollecitava un contenimento della sempre più ampia gamma di sindacato del Giudice amministrativo.

In questa prospettiva si è voluto mantenere giustamente, come scelta civile la possibilità di un ristoro del pregiudizio subito dalla adozione di un provvedimento amministrativo riconosciuto illegittimo (quindi si è confermata l'azione risarcitoria), ma non si è ritenuto opportuno riconoscere al Giudice amministrativo, attraverso l'incremento delle materie di sua competenza, una posizione di predominanza nello scenario della tutela giurisdizionale.

V'è da osservare però che la decisione della Corte, non può alterare le importanti conclusioni alle quali la giurisprudenza da tempo è pervenuta, sempre in tema di atto

di cui venga lamentata la lesione, non preclude - di per sé - al giudice di merito ordinario l'accoglimento della pretesa fatta valere innanzi a lui" (Cass., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in Foro it., 2003, I, 78).

¹⁹ L'espressione, mutuata da Flaubert ("la stupidità consiste nel voler trarre delle conclusioni") è utilizzata da Nigro nel suo lavoro "E' ancora attuale una giustizia amministrativa?" (in Foro it., 1983, V, p. 249), che costituisce il testo ricostruito dalla lezione di chiusura dell'Autore del suo insegnamento universitario.

Lo scritto presenta ancora oggi notevoli profili di attualità soprattutto allorché analizza il sistema di giustizia amministrativa rispetto alla forma di organizzazione e ai modi di agire dell'Amministrazione.

In particolare, l'Autore in chiusura affermava che *"la conclusione riassuntiva del mio discorso è che una giustizia amministrativa come è oggi ordinata non è più attuale nel senso che non è più adeguata ai modi di essere della amministrazione ed ai rapporti fra amministrazione e amministrato che essi comportano.*

Per la parte in cui l'Amministrazione eroga servizi, solo un giudizio come il giudizio civile, un giudizio cioè che totalmente equipari questi rapporti a quelli obbligatori interprivati, può considerarsi come soddisfattivo del bisogno di giustizia. Per la parte in cui l'Amministrazione opera come quittance publique, questo bisogno è soddisfatto da un sistema che, al posto dell'unico giudizio di legittimità, collochi un ventaglio di mezzi di tutela capaci di aggredire nel modo giusto e al momento giusto le molte e sempre nuove forme in cui oramai si manifesta la supremazia dell'amministrazione".

Le aspettative di Nigro sembrano - almeno parzialmente - essere state accolte dalla L. 205/00, con i correttivi apportati dalla Corte.

Ed infatti, da un lato il legislatore ha ampliato i mezzi di tutela a disposizione del G.A. (primo fra tutti il risarcimento del danno) e offerto allo stesso Giudice strumenti processuali mutuati dal processo civile; dall'altro la Corte ha restituito al loro Giudice naturale quelle controversie nelle quali l'Amministrazione agisce iure privatorum, o per lo meno, senza esercitare poteri autoritativi.

impugnabile, anche prima della legge 205/2000. Ci si riferisce ad esempio alle questioni che seguono.

Possono essere impugnati non solo i provvedimenti, come atti conclusivi dei procedimenti amministrativi, ma anche i singoli atti del procedimento nella ipotesi in cui siano idonei ad incidere su situazioni giuridiche soggettive²⁰.

Devono considerarsi atti impugnabili quelli adottati da un privato in virtù della funzione conferita con un provvedimento concessorio.

Non possono essere impugnati atti a contenuto generale, al momento della loro adozione, ma possono contestarsi solo nel momento della adozione dell'atto attuativo e contestualmente allo stesso²¹.

Ogni provvedimento amministrativo deve essere tempestivamente impugnato per evitare il consolidamento di posizioni inoppugnabili e che potrebbero venir meno solo in presenza di un annullamento in sede giudiziaria, con effetti cosiddetti caducanti.

b) Di qui, attraverso la valorizzazione del criterio del riparto basato sulla differenziazione di situazioni giuridiche soggettive, si è recuperata la necessità della presenza dell'esercizio del potere autoritativo attraverso il provvedimento, che collega in modo inscindibile il sindacato del Giudice amministrativo relativamente ad una determinata fattispecie.

Come la stessa Corte ha segnalato trattasi di scelta che forse non è in sintonia con la spinta alla privatizzazione dalla attività della pubblica amministrazione; anzi di qui a breve il Parlamento dovrebbe definitivamente evadere un testo normativo che consacra come usuale la

²⁰ A tale riguardo, l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza è stato confermato di recente con riferimento proprio agli interessi "pretensivi": *"la regola secondo la quale l'atto endoprocedimentale non è autonomamente impugnabile - giacché la lesione della sfera giuridica del soggetto destinatario dello stesso è da imputarsi all'atto che conclude il procedimento - incontra un'eccezione nel caso di atti di natura vincolata (pareri o proposte), di atti interlocutori idonei a cagionare un arresto procedimentale capace di frustrare l'aspirazione dell'istante ad un celere soddisfacimento dell'interesse pretensivo prospettato e di atti soprassessori che, rinviando ad un avvenimento futuro ed incerto nell'an e nel quando il soddisfacimento dell'interesse pretensivo fatto valere dal privato, determinano un arresto a tempo indeterminato del procedimento che il privato ha attivato a sua istanza"* (C.d.S., Sez. VI, 11 marzo 2004, n. 1246 in C.d.S., 2004, I, 557).

Il principio affermato sottintende certamente quegli obblighi di correttezza e buona fede, ai quali l'Amministrazione è tenuta nell'ambito del rapporto procedimentale.

Il principio della immediata impugnabilità degli atti non conclusivi di procedimento allorché direttamente lesivi è pacifico in materia di gare, nei limiti e con le modalità chiarite da ultimo dall'Adunanza Plenaria (cfr. C.d.S., Ad. Plen. 29 gennaio 2003, in C.d.S., 2003, I, 1).

²¹ A tale "regola" fanno eccezione gli atti a contenuto generale che contengono disposizioni idonee a ledere direttamente le posizioni giuridiche dei destinatari (cfr. da ultimo C.d.S., Sez. VI, 29 aprile 2003, 2164 in C.d.S., 2003, I, 993; C.d.S., Sez. VI, 3 settembre 2003, n. 4898 in C.d.S., 2003, I, 1882; C.d.S., Sez. VI, 18 marzo 2003, 1414 in C.d.S., 2003, I, 638). L'eccezione va certamente inquadrata nell'ambito del principio della effettività della tutela giurisdizionale.

utilizzazione di strumenti di diritto comune da parte della Amministrazione. E' auspicabile che la decisione della Corte Costituzionale non ritardi la promulgazione di quella legge.

c) Ma non solo: forse possono definitivamente accantonarsi le dialettiche sull'oggetto del sindacato del giudizio amministrativo che contrapponevano appunto alla valutazione del provvedimento l'esame del rapporto controverso.

d) In definitiva ora si consolida la necessità della configurabilità di un provvedimento per far scattare il meccanismo della tutela del Giudice amministrativo con le connotazioni a ciò conseguenti e illustrate dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Del resto non sembra che possa ritenersi vulnerata la consistenza del sindacato dell'intervento del Giudice amministrativo con la sottrazione ad esso delle controversie sulle prestazioni del Servizio Sanitario Nazionale, ovvero sulle materie della dismissione dei beni pubblici.

* * *

11. V'è piuttosto da auspicare che da questa situazione tragga energica consapevolezza il Giudice amministrativo nell'esercizio delle sue funzioni. In tale ulteriore prospettiva la decisione della Corte Costituzionale costituisce un evento significativo e sarebbe davvero grave che non se ne percepisca subito la rilevante consistenza.

E' ben vero che la tradizionale, riconosciuta e apprezzata capacità di equilibrio del Giudice amministrativo ha consentito di contemperare l'interesse privato con l'interesse pubblico. Ma è pur vero che il provvedimento amministrativo, che a seguito della decisione della Corte, assume ora quella posizione che è stata descritta, deve essere valutato senza limitazioni di sorta e soprattutto il potere della pubblica amministrazione deve trovare, nell'interesse del cittadino, un argine nel Giudice che ne sappia valutare adeguatamente il suo esercizio in sintonia con le garanzie costituzionali.

Segni di debolezza e di incertezza, che purtroppo sono rinvenibili anche nella giurisprudenza recente, addirittura lasciando spazio ad altri giudici o offrendo spunto per altre iniziative, in questo contesto potrebbero avere ripercussioni delicate proprio a danno della efficienza e della funzionalità dell'apparato ordinamentale.

E' questo l'aspetto assolutamente imprescindibile che emerge ancora una volta, e prepotentemente in questa occasione: al Giudice amministrativo è stata riconosciuta la sacrale posizione di Giudice del potere amministrativo. Il Giudice ha i mezzi per erigersi effettivamente a difensore del cittadino e non deve trincerarsi dietro impedimenti apparentemente rappresentati da valutazione di merito o esercizio di discrezionalità tecnica, ovvero utilizzare astratte formule come quella di sindacato "forte" o sindacato "debole" per vanificare le aspirazioni di Giustizia del cittadino.

In tale prospettiva la decisione della Corte Costituzionale costituisce una grande occasione che non può perdersi nuovamente.

E' questo l'auspicio di chi abitualmente si colloca contro il sopruso, le prevaricazioni e la compressione dei diritti del privato costituzionalmente garantiti.