



COMMENTO A PRIMA LETTURA DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 204 DEL 5 LUGLIO 2004

di

Fabio Lorenzoni
(Avvocato in Roma)
8 luglio 2004

Una prima impressione che si ha alla lettura della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004 riguarda la tecnica di produzione normativa. Nel testo del *decisum* la Corte formula in modo espresso la disposizione legislativa, che essa ritiene legittima e che va a sostituirsi alla norma dichiarata illegittima e perciò annullata.

La sentenza *“dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. ... nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli» anziché «le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all’affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore...»*”. Le parole qui sottolineate sono quelle dettate dalla Corte in sostituzione di quelle dichiarate illegittime.

Con secondo capoverso la sentenza *“dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 33, comma 2, del medesimo decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall’art. 7, lettera a, della legge 21 luglio 2000, n. 205”*.

Infine *“dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 34, comma 1, del medesimo decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall’art. 7, lettera b, della legge 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto «gli atti, i provvedimenti e i*

*comportamenti» **anziché** «gli atti e i provvedimenti» delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparati, in materia urbanistica ed edilizia.*

Dei tre capoversi del dispositivo il secondo è formulato con la consueta espressione dell'annullamento, che comporta come risultato l'automatica espunzione dall'ordinamento della norma illegittima ed il rinvio all'interprete per colmare l'eventuale lacuna, ovvero per intendere il significato delle restanti disposizioni di legge senza quella dichiarata incostituzionale.

La formulazione del primo e del terzo capoverso aggiunge invece alla dichiarata incostituzionalità della specifica espressione legislativa la dizione che la norma deve avere, anticipandolo con l'avverbio *anziché*.

Per quanto riguarda il terzo capoverso la formulazione così espressa appare pleonastica. La sentenza ritiene incostituzionale la norma di legge che attribuisce cognizione giurisdizionale oltre che sugli atti anche sui comportamenti della pubblica amministrazione; espunge dall'ordinamento la parola "comportamenti" e la legge rimane per il resto in vigore, disciplinando soltanto il regime degli atti e dei provvedimenti, senza ricomprendere anche i comportamenti.

L'effetto concreto è di grande portata, ma sotto l'aspetto della tecnica di produzione normativa, al di là della modalità con cui si esprime la sentenza, l'effetto è quello tipico dell'abrogazione di una norma mediante suo mero annullamento per dichiarata incostituzionalità.

Anche per il primo capoverso vale il medesimo ragionamento, per un motivo però diverso.

Qui il testo che la Corte indica in sostituzione ("*anziché*") della norma che dichiara illegittima, è lo stesso testo che era previgente prima della modifica ora dichiarata incostituzionale. Anche qui quindi l'effetto è quello tipico dell'annullamento: espunto dall'ordinamento un disposto normativo, restano le altre norme, e più in particolare: espunta una norma che aveva modificato la precedente, torna in vigore quella che era stata incostituzionalmente modificata.

La sentenza però, per ottenere questo risultato del tutto normale, adotta la formulazione che le dà modo di scrivere essa stessa la norma che risulta in vigore a seguito del suo *decisum*. L'art. 5 della legge TAR, la legge 6 dicembre 1971, n. 1034 poi modificato con successive norme di legge, e da ultimo con l'art. 33, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, lettera a, della legge 21 luglio 2000, n. 205, oggi, dopo la sentenza n. 204/04, dispone così: "*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 ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore.” Il problema che attiene alla tecnica di produzione normativa è che il risultato di una operazione ermeneutica semplice, come quella di ricostruire il disposto di legge a seguito di una sentenza della Consulta, in questo caso non è operazione ricostruttiva affidata all'interprete; qui è la stessa Corte che formula la norma risultante dall'annullamento.

A questo punto si pone la questione del valore di questa norma così formulata in prima persona dal Giudice delle leggi. E, se nel caso della sentenza n. 204, come si è visto, la formulazione della norma voluta al posto di quella annullata, è in qualche misura una formulazione neutra, non costituisce altro che esplicitazione di un dato incontrovertibile e appunto normalmente derivato da ogni tipo di abrogazione, un qualche rilievo assume pur sempre il dato formale: per quanto attiene alla forza della legge così enunciata dalla sentenza.

Una volta che il nuovo dettato normativo è dato per sentenza, ciò non fa intravedere una sorte di nuova fonte normativa; non dà una forza propria alla legge così sancita; la norma non acquista un forza aggiuntiva rispetto alla fonte primaria da cui proveniva prima della pronuncia di costituzionalità; con quale procedura può essere modificata la norma, pur sempre nel rispetto dei principi affermati della Costituzione?

Nel caso della sentenza n. 204 la questione si presenta in buona sostanza marginale, perché, appunto, si è trattato di abrogare una norma modificativa di una precedente la quale semplicemente torna in vita dopo l'annullamento.

Ma se lo si assume come precedente, ove venisse applicato alle sentenze additive o manipolative il problema non potrebbe essere eluso.

E' solo di qualche giorno fa la pubblicazione della sentenza n. 196 in materia di condono edilizio. Qui la Corte, facendosi arbitra regolatrice del riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni ha dettato più di un principio quanto mai perentorio e specifico, al cui interno residuano al legislatore centrale e locale margini di autonomia davvero molto ristretti. Fino al punto che addirittura la Corte, in merito ai termini che devono essere assegnati al legislatore regionale, determina essa stessa direttamente gli effetti dell'eventuale mancato rispetto dei termini, ed in tal caso riattribuisce efficacia alla legge altrimenti dichiarata incostituzionale, stabilendo cioè essa Corte che se il legislatore regionale non esercita il potere riconosciutogli, allora, e per effetto della sentenza, verranno ad operare all'interno dell'ordinamento giuridico

di quella Regione le stesse disposizioni del condono, che ora sono invece censurate per aver compresso l'autonomia normativa riservata al legislatore locale.

Qui la Corte non ha adottato la formula “anziché”, ma, una volta che la sentenza si avventura nella riscrittura delle norme risultanti per effetto del dichiarato annullamento, la sua applicazione ad un caso come la sentenza n. 196 sul condono edilizio comporterebbe l'introduzione davvero di una nuova tecnica di produzione normativa.

L'esempio sul precedente del condono edilizio, sia pure su questione molto circoscritta, riguarda il caso in cui la Corte ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della disciplina di settore, ma lo ha fatto delineando con assoluta perentorietà quale deve essere il contenuto dispositivo della legge statale e quale quello delle leggi regionali, della cui necessità, secondo l'espressa considerazione della stessa Corte, non è dubbio: così la sentenza pone i legislatori, quello statale e tutti quelli regionali e delle Province Autonome, non solo di fronte ad una modifica dell'ordinamento, secondo la normale conseguenza che si determina allorché una norma di legge è dichiarata incostituzionale e quindi espunta, bensì li vincola ad adottare nuove formulazioni legislative, i cui contenuti sono indicati dalla Corte con prescrizioni di preciso dettaglio.

Il passaggio dalla prescrizione di quali sono i confini della legittimità costituzionale alla formulazione delle parole che devono avere le norme di legge, o addirittura alla diretta scrittura delle stesse norme che la Corte stabilisce “anziché”, cioè al posto di quelle annullate, rappresenta con evidenza una particolarità della sentenza, che è tanto più rilevante quanto più ampio è l'ambito su cui interviene la sentenza n. 204 del 5 luglio 2004.

Qui la Consulta ha restituito all'interesse legittimo una posizione nell'ordinamento che sembrava fosse stata scalzata in favore di un riparto della giurisdizione per comparti di materie, distribuendo il potere giurisdizionale fra Cassazione e Consiglio di Stato per settori di materie, anziché per la tradizionale connotazione delle posizioni giuridiche soggettive tutelate.

La tecnica con cui la sentenza opera questa attività sostanzialmente e formalmente normativa qui è più semplice di quanto non fosse stato per il condono edilizio, per la ragione che la sentenza, anziché riscrivere i connotati essenziali della legge imposta al Parlamento, si limita a dire che è incostituzionale la norma perché si discosta dal precedente disposto legislativo, questo così ripristinandolo per l'effetto di puro annullamento della innovazione ritenuta incostituzionale. Annullata la norma abrogatrice, torna in vigore la vecchia norma non più abrogata.

Se però la tecnica additiva qui è semplice, ben più complesso è il ragionamento che sta alla base della pronuncia che costituzionalizza una certa concezione dell'interesse legittimo storicamente determinata, laddove i riferimenti lessicali contenuti in Costituzione non necessariamente valevano a tanto.

Per restare ancora al confronto con la sentenza sul condono si consideri ad esempio con quanta semplicità la Corte liquida le censure avanzate avverso la legge che era stata impugnata per non aver rispettato i principi e il disposto dell'art. 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001 in materia di leale collaborazione fra Stato e Regioni nell'attività legislativa. Qui la Corte nega che si possa individuare un fondamento costituzionale dell'obbligo di procedure legislative ispirate alla leale collaborazione tra Stato e Regioni relegando ad un inciso parentetico il richiamo all'art. 11 citato, considerato come solo 'sommario riferimento', piuttosto che esaminare la norma positiva che pure è di rango costituzionale, certamente vincolante per il legislatore ordinario.

In fondo, ben poteva la Corte attribuire un carattere se non di 'sommario riferimento' (così sostanzialmente rendendolo irrilevante o quanto meno diminuendone la efficacia vincolante per il legislatore ordinario), almeno calibrandone diversamente la valenza prescrittiva, alla menzione che alcune disposizioni del testo costituzionale del 1948 fanno all'interesse legittimo, nella accezione conosciuta all'epoca costituente, in quella accezione che, secondo parte della dottrina, attribuisce all'interesse legittimo una valenza non così generale come quella oggi riaffermata dalla Consulta.

Tanto più serviva calibrare il valore della menzione dell'interesse legittimo nel testo costituzionale alla luce della più recente evoluzione dell'ordinamento che nel corso dell'ultimo decennio del secolo scorso ha visto ridursi lo spazio di supremazia della pubblica amministrazione, così plasticamente risultante dalla affermata risarcibilità dei danni da violazione dell'interesse legittimo.

L'evoluzione degli anni '90, dalla legge n. 241 del 1990 nelle sue esperienze applicative e di integrazione progressiva nel corso del decennio, alla sentenza n. 500 delle SS.UU. del 1999, non è stata tutta lineare né sempre univoca, e non senza ragione la sentenza della Consulta ricorda che la progettata riforma dell'art. 103 Cost. si è arenata con la caduta dell'intero progetto della Commissione bicamerale appunto della seconda metà degli anni '90.

E tuttavia non era affatto scontato né tanto meno pacifico che si riconoscesse all'interesse legittimo una durezza costituzionale come quella ora affermata dalla Corte.

Resta almeno la risarcibilità, che la sentenza ricorda, nella doppia accezione del risarcimento in forma specifica e per equivalente.

Di una qualche utilità allora può essere riflettere sull'effettività della tutela degli interessi legittimi nell'esperienza dei due Giudici, ordinario e amministrativo, e allo scopo si consideri il significato che ha assunto la risarcibilità nella figura tipica della perdita di *chance*, in particolare nel passaggio dal regime pubblicistico a quello privato del rapporto di pubblico impiego.

Nel regime pubblicistico, alla mancata promozione si reagiva impugnando i risultati negativi della procedura selettiva. Se questa era viziata il candidato danneggiato aveva tutela ripristinatoria in forma specifica. L'amministrazione doveva rinnovare gli atti annullati conferendo la promozione al dipendente ingiustamente pretermesso. La risarcibilità si fermava qui, nel senso che il tempo perso nel quale il dipendente avrebbe dovuto essere promosso non era recuperabile, salvo problematici effetti 'ora per allora'.

Ma tuttavia l'effettività della tutela era ben pregnante, e lo era in modo particolarmente invasivo nelle prerogative dell'amministrazione.

Nel rapporto privatizzato non è nemmeno immaginabile, certamente non è ipotizzabile che il dipendente pretermesso ingiustamente in una procedura selettiva possa ottenere la promozione, per effetto di una sentenza che riconosca l'ingiustizia.

L'unica tutela può operare per equivalente, quantificando il danno da perdita di *chance*, con la conseguente corresponsione di una somma di danaro a titolo di risarcimento, non certo in forma specifica.

La ragione di questa differenza sta nel fatto, per vero piuttosto teorico ed astratto, ma ben fermamente costante nella giurisprudenza lavoristica, che la sentenza non può invadere la sfera riservata all'autonomia imprenditoriale. Il datore che intenda favorire un lavoratore in danno di altro non rischia di vedersi imposto quello che in linea di diritto ne ha maggior titolo; incorre soltanto nel rischio di dover indennizzare il lavoratore sacrificato ingiustamente. Il datore infatti è libero di spendere il suo denaro e di organizzare a suo piacimento le risorse della sua azienda, in buona misura senza rischio di imposizioni esterne.

Questa regola vale ora anche nell'impiego pubblico a regime privatistico, ma è chiaro che non può negarsi almeno tutela risarcitoria per equivalente, per la ingiusta perdita di *chance*.

Resta lo squilibrio per quanto riguarda la responsabilità del datore di lavoro pubblico e di come risponde degli errori che compia nelle scelte selettive di chi ha minori o maggiori titoli, ma ciò esorbita dalla questione qui in esame, della tutela e del risarcimento del danno arrecato al titolare di interesse legittimo: quella che dà il giudice amministrativo è tutela che è dotata di effettività di gran lunga più invasiva nelle prerogative e nella sfera di competenza riservata alla pubblica amministrazione. Ma proprio l'esempio esaminato indica che la questione non

riguarda il riparto di giurisdizione fra Giudice degli interessi e Giudice dei diritti, il problema va visto nella disciplina delle forme di tutela e nella disciplina sostanziale del rapporto. Il rapporto di pubblico impiego privatizzato non toglie che le posizioni giuridiche soggettive di cui è titolare il lavoratore siano per alcuni aspetti di diritto soggettivo e per altri di interesse legittimo, tanto è vero che ai primi anni '70 si era affacciata l'ipotesi degli interessi legittimi di diritto privato, la cui tutela era affidata al Giudice ordinario per l'applicazione estensiva dei principi di buona fede e correttezza contrattuale di cui agli artt. 1075 e 1375 cod. civ.

Di effettività della tutela la sentenza però non sembra darsi cura, e il ragionamento sul carattere più o meno generale della casistica di giurisdizione esclusiva resta fondamentalmente ancorato ad opzioni culturali risalenti, e non a caso riferite più alle parole usate dai legislatori costituenti del 1948 che non alle originarie scelte di fondo, né tanto meno alle problematiche maturate nel Paese.

L'interesse legittimo è menzionato per la prima volta nel testo costituzionale del 1948, ma le problematiche risalgono già allora ad almeno un secolo precedente. La sentenza appare ancorata più a quelle problematiche teoriche, che non protesa alla verifica dell'attualità e della capacità dell'ordinamento di rispondere alle esigenze contemporanee.

Parlando della sentenza in una tavola rotonda in chiusura dell'anno di corso con gli studenti della Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali della Sapienza che chi scrive aveva dedicato per tutto il corso di diritto amministrativo a ripercorrere le problematiche dell'ultimo decennio del secolo scorso, dalla legge 241 del 1990 alla sentenza n. 500 delle Sezioni Unite della Cassazione, si esprimeva l'auspicio che questa sentenza non costituisse il punto di arrivo (o di arresto) di quel processo di espansione del diritto comune, come ebbe in quella sede a sottolineare Piero D'Amelio, e nemmeno segnasse un allontanamento dal diritto europeo, che Eugenio Piccozza indicava come riferimento piuttosto trascurato in questa occasione dalla sentenza della Consulta.