

Articoli e note

n. 10-2004 - © copyright

ROBERTO CAPOBIANCO

I limiti della giurisdizione esclusiva nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004

INDICE

1. Il quadro normativo in materia di giurisdizione amministrativa **2.** Le questioni di legittimità costituzionale **3.** Le considerazioni della Corte Costituzionale **4.** Il contenuto demolitorio e ricostruttivo della sentenza **5.** Il contenuto di conferma e di consolidamento della sentenza **6.** Gli effetti della sentenza **7.** Conclusioni

1. Il quadro normativo in materia di giurisdizione amministrativa.

La giurisdizione amministrativa è stata oggetto negli ultimi anni di numerosi e importanti interventi legislativi e giurisprudenziali.

Da un lato, è stato ridotto notevolmente il suo tradizionale campo d'azione, con la devoluzione al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, prima assegnate, in prevalenza, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 68 del d.lgs n. 29 del 1993, sostituito dall'art. 29 del d.lgs n. 80 del 1998 e successivamente trasfuso nell'art. 63 del d.lgs n. 165 del 2001); dall'altro, quasi a compensazione di tale depauperamento, sono state attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo:

tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti pubblici o dai soggetti ad essi equiparati (art. 6 della legge n. 205 del 2000);

tutte le controversie in materia di pubblici servizi (art. 33 del d.lgs n. 80 del 1998, "rinnovato" dall'art. 7 della legge n. 205/2000);

le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti dei soggetti pubblici in materia urbanistica ed edilizia (art. 34 del d.lgs n. 80/1998, "rinnovato" dall'art. 7 della legge n. 205/2000).

Di grande rilievo anche le novità giurisprudenziali: la nota sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione ha ammesso la risarcibilità degli interessi legittimi "se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato una lesione del bene della vita al quale la posizione di interesse legittimo si correla".

A tale orientamento ha fatto eco il legislatore sancendo che:

il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone,

anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto (art. 35 del d.lgs n. 80/1998, “rinnovato” dall’art. 7 della legge n. 205/2000);

il tribunale amministrativo regionale, nell’ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all’eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali (articolo 7, primo periodo terzo comma, della legge n. 1034 del 1971, come riformulato dall’art. 35 del d.lgs n. 80/1998, nel testo modificato dall’art. 7 della legge n. 205/2000).

Il riconoscimento della giurisdizione del giudice amministrativo in materia di risarcimento del danno non riguarda quindi solo le materie attribuite alla sua giurisdizione esclusiva (ampliata a materie per le quali è particolarmente evidente la questione del risarcimento), ma anche i casi che rientrano nelle distinte giurisdizioni di legittimità e di merito.

Com’è stato acutamente osservato, le novità introdotte non hanno toccato semplicemente i criteri di riparto di giurisdizione e i poteri del giudice amministrativo, ma, per l’ampiezza delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva, hanno investito e trasformato, sostanzialmente, il ruolo stesso del giudice dell’interesse legittimo in quello di giudice naturale della pubblica amministrazione: il rapporto regola-eccezione che ha storicamente contraddistinto la relazione tra giurisdizione generale di legittimità sull’atto e giurisdizione esclusiva sul rapporto sottostante è stato fortemente ridimensionato .

In effetti, il legislatore si è orientato verso una giurisdizione amministrativa per “blocchi di materie”, come evidenziato dalla stessa Corte di Cassazione, che ha rilevato “una decisa scelta nel senso del superamento del tradizionale sistema del riparto della giurisdizione in riferimento alla dicotomia diritto soggettivo – interesse legittimo, a favore della previsione di un riparto affidato al criterio della materia”, con conseguente “sensibile attenuazione della generale rilevanza della distinzione tra le due figure”, essendo decisiva, ai fini della giurisdizione, non più la natura della posizione giuridica soggettiva tutelata, bensì la materia in cui rientra la controversia (sentenza n. 500/1999 citata).

Non sono mancate perplessità da parte della dottrina circa la coerenza costituzionale di tale nuovo criterio di riparto della giurisdizione:

alcuni Autori hanno infatti evidenziato che “l’articolo 103 della Costituzione non sembra consentire un ricorso generalizzato alla giurisdizione esclusiva, poiché tale tipo di giurisdizione è da tale disposizione vista come eventuale (in quanto di volta in volta prevista dalla legge), rispetto alla giurisdizione volta alla tutela degli interessi legittimi” ;

altri hanno visto la scelta della determinazione della giurisdizione per blocchi di materie come una “scorciatoia imboccata dal legislatore quale risposta al difetto (imputato al sistema) di essere costruito in maniera da esasperare l’incertezza sulla giurisdizione” ;

altri ancora hanno affermato apertamente che le nuove norme “nell’ampliare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, avevano avuto lo scopo (sia pure non scritto) di compensare, anche se parzialmente, il G.A. per la contemporanea sottrazione di quella che in origine costituiva la principale materia della giurisdizione esclusiva (il pubblico impiego)”.

2. Le questioni di legittimità costituzionale.

In tale quadro normativo, quattro distinte ordinanze di rimessione del Tribunale civile di Roma

hanno provocato l'importante intervento della Corte Costituzionale, con la sentenza n. 204 del 5 luglio 2004 .

La prima ordinanza ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998, come "rinnovato" dall'art. 7 della legge n. 205/2000, e riguardava una controversia tra l'Azienda Usl Rm/E e una casa di cura privata, in merito al pagamento di somme dovute dall'Azienda per prestazioni di ricovero convenzionate.

Le altre tre ordinanze hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 del d.lgs. n. 80/1998, come "rinnovato" dall'art. 7 della legge n. 205/2000, e riguardavano domande di risarcimento del danno connesse ai seguenti atti, provvedimenti e comportamenti del Comune di Roma:

occupazione abusiva di un fondo da parte del Comune per la realizzazione di un asilo nido, senza che la procedura di esproprio venisse mai portata a compimento e senza che venisse pagato il relativo indennizzo;

modificazione della destinazione edilizia di alcuni terreni (da aree edificabili ad aree per attrezzature di servizi di quartiere), in vista della costruzione di una strada (in realtà mai realizzata), con conseguente deprezzamento degli immobili di tale entità da indurre un istituto di credito a chiedere la restituzione dei prestiti garantiti da quei beni; richiesta che aveva provocato il fallimento della società proprietaria;

mancato allacciamento alla rete fognaria, da parte del Comune, di un locale di proprietà privata, a destinazione negozio, e conseguente diniego di agibilità dello stesso.

Le quattro ordinanze ponevano in sostanza un'unica questione: quella dei limiti che il legislatore ordinario deve rispettare nel disciplinare, ampliandola, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In particolare, secondo il Tribunale di Roma, la legge n. 205 del 2000, portando a compimento un disegno di politica legislativa volto ad estendere l'area della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ha sostituito al criterio di riparto della giurisdizione fissato nella Costituzione, fondato sulla dicotomia diritti soggettivi - interessi legittimi, il diverso criterio dei "blocchi di materie": in tal modo sarebbe stato alterato non soltanto il rapporto tra giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo – rapporto che, pur non essendo stato realizzato il principio dell'unicità della giurisdizione, dovrebbe pur sempre essere di regola ad eccezione quanto alla cognizione su diritti soggettivi – ma anche il rapporto, all'interno della giurisdizione del giudice amministrativo, tra giurisdizione (generale) di legittimità e giurisdizione (speciale, se non eccezionale) esclusiva.

Tale legge avrebbe trasformato il Consiglio di Stato da giudice "nell'amministrazione" in giudice "dell'amministrazione", abbandonando il criterio dello «inestricabile nodo gordiano» ravvisabile in specifiche controversie correlate all'interesse generale per accogliere quello dei «blocchi di materie», nelle quali «la commistione di diritti soggettivi ed interessi legittimi non si debba ricercare nelle varie tipologie delle singole controversie ma nell'atteggiarsi dell'azione della pubblica amministrazione in settori determinati, anche se molto estesi, connotati da una significativa presenza dell'interesse pubblico».

Di qui, la violazione degli articoli 102 e 103 della Costituzione, che, attribuendo al giudice ordinario «il ruolo di giudice naturale dei diritti soggettivi tra privati e pubblica amministrazione», avrebbe recepito i principi ispiratori della legge n. 2248 del 1865, All. E, conferendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo un carattere residuale, che può giustificare

«eccezioni ma non stravolgimenti» rispetto alla «tendenziale generalità ed illimitatezza delle attribuzioni del giudice ordinario».

3. Le considerazioni della Corte Costituzionale.

La Corte costituzionale è risalita alle origini storiche della giustizia amministrativa italiana ed ha evidenziato come la legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, assicurando tutela al cittadino davanti al giudice ordinario per «tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione» (art. 2), avesse sancito in ogni altro caso (per «gli affari non compresi nell'articolo precedente») la totale sottrazione a qualsiasi controllo giurisdizionale della sfera della c.d. amministrazione pura (art. 3). Il vuoto di tutela lasciato dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, fu colmato solo nel 1907, dalla legge n. 62, istitutiva della V Sezione, che definendo «giurisdizionali» questa e la IV Sezione, riconobbe alle loro decisioni l'efficacia del giudicato.

La giurisdizione amministrativa è sorta quindi «non come usurpazione al giudice ordinario di particolari attribuzioni, ma come conquista di una tutela giurisdizionale da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione» (Leone, Assemblea costituente, 1947).

Secondo la Corte, il Costituente, accogliendo tale impostazione, ha riconosciuto al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dall'art. 2 della legge del 1865; così come di questa legge ha recepito, con l'art. 113 Cost., il principio per il quale, «quando un diritto civile o politico viene leso da un atto della pubblica amministrazione, questo diritto si può far valere di fronte all'Autorità giudiziaria ordinaria, in modo che la pubblica amministrazione davanti ai giudici ordinari viene a trovarsi, in questi casi, come un qualsiasi litigante privato soggetto alla giurisdizione» (Calamandrei, Assemblea costituente, 1947).

Sempre dai lavori della Costituente, la previsione della giurisdizione esclusiva, nel testo dell'art. 103 Cost., compare quasi come accessoria rispetto a quella generale di legittimità, per «l'inscindibilità delle questioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, e per la prevalenza delle prime», le quali impongono di «aggiungere la competenza del Consiglio di Stato per i diritti soggettivi, nelle materie particolari specificamente indicate dalla legge» (Ruini, Assemblea costituente, 1947).

La Corte, pur escludendo che la Costituzione abbia definitivamente e immutabilmente cristallizzato la situazione esistente nel 1948 circa il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ritiene tuttavia che dalla Costituzione si desumano i confini entro i quali il legislatore ordinario, esercitando il suo potere discrezionale, deve contenere i suoi interventi volti a redistribuire le funzioni giurisdizionali tra i due ordini di giudici.

Evidenzia inoltre la chiara opzione del Costituente in favore del riconoscimento al giudice amministrativo della piena dignità di giudice: l'art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi – la cui tutela l'art. 103 riserva al giudice amministrativo – le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice e alla effettività della tutela che questi deve loro accordare.

Il principio dell'unicità della giurisdizione, espresso dagli artt. 102 e 113, va inteso nel senso che in nessun caso il legislatore ordinario può far sì che la pubblica amministrazione, in quanto tale, sia assoggettata ad una particolare giurisdizione, ovvero sottratta alla giurisdizione alla quale soggiace «qualsiasi litigante privato»: la specialità di un giudice può fondarsi esclusivamente sul fatto che questo sia chiamato ad assicurare la giustizia «nell'amministrazione», e non mai sul mero

fatto che parte in causa sia la pubblica amministrazione.

A giudizio della Corte, effettivamente il legislatore ordinario del 1998-2000, ha adottato un'idea di giurisdizione esclusiva ancorata alla pura e semplice presenza, in un certo settore dell'ordinamento, di un rilevante pubblico interesse; idea questa che presuppone l'approvazione (mai avvenuta) di quel progetto di riforma (Atto Camera 7465 XIII Legislatura) dell'articolo 103 della Costituzione, secondo il quale «la giurisdizione amministrativa ha ad oggetto le controversie con la pubblica amministrazione nelle materie indicate dalla legge».

Il vigente articolo 103, primo comma, della Costituzione ha conferito al legislatore ordinario non già un'assoluta e incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma il più limitato potere di indicare “particolari materie” nelle quali “la tutela nei confronti della pubblica amministrazione” investe “anche” diritti soggettivi: un potere, quindi, che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie.

Tali materie devono essere “particolari” rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo.

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. In definitiva, la Corte esclude che:

la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (che finirebbe per assumere le sembianze di giudice “della” pubblica amministrazione, con violazione degli artt. 25 e 102, comma 2, Cost.); il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia sia sufficiente perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo.

Conseguentemente, la disciplina dettata dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui sostituisce gli artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, non viene ritenuta conforme alla Costituzione.

4. Il contenuto demolitorio e ricostruttivo della sentenza.

A giudizio della Corte, il riferimento a “tutte le controversie” ricadenti nella materia dei pubblici servizi rende evidente che la “materia” così individuata prescinde del tutto dalla natura delle situazioni soggettive in essa coinvolte: la giurisdizione esclusiva si radica quindi, inammissibilmente, sul dato, puramente oggettivo, del normale coinvolgimento in tali controversie di quel generico pubblico interesse che è naturalmente presente nel settore dei pubblici servizi.

Viene quindi meno il necessario rapporto di species a genus che l'art. 103 della Costituzione esige allorché contempla, come “particolari”, rispetto a quelle nelle quali la pubblica amministrazione agisce quale autorità, le materie devolvibili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale:

dell'art. 33, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, lettera a, della legge 21 luglio 2000, n. 205, 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, nonché» (a giudizio della Corte, la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà che, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo, ex art. 11 della legge n. 241 del 1990);

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 (a giudizio della Corte, tale conclusione è avvalorata dalla circostanza che il comma 2 della norma individua esemplificativamente controversie, quale quella incardinata davanti al giudice a quo, nelle quali può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla pubblica amministrazione-autorità);

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 (a giudizio della Corte, nel caso dei “comportamenti”, la pubblica amministrazione non esercita – nemmeno mediatamente, cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici – alcun pubblico potere; in altri termini, i comportamenti sono meri contegni materiali, estranei alle manifestazioni di autorità amministrativa e al rilievo funzionale che l'attività amministrativa ha assunto).

Come si può notare, la Corte, facendo uso della tecnica manipolativa e additiva “con maggiore disinvoltura che in casi precedenti” , ha “riscritto” gli artt. 33 e 34 del D.L.vo n. 80, dettandone una nuova formulazione; in effetti, facendola precedere dalla congiunzione “anziché”, la Corte ha formulato in modo espresso la disposizione legislativa ritenuta legittima, che va a sostituire la norma annullata.

E' da ritenere che tale particolarità della sentenza sia dovuta alla delicatezza della materia trattata (la determinazione della giurisdizione), che impone certezza sulle conseguenze della pronuncia: la Corte pertanto non ha affidato all'interprete il compito di ricostruire le disposizioni di legge a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale, ma ha preferito definire direttamente le norme risultanti dall'annullamento.

5. Il contenuto di conferma e di consolidamento della sentenza.

La principale innovazione della legge n. 205 era stata l'attribuzione al giudice amministrativo

della cognizione delle azioni risarcitorie in ogni materia soggetta alla sua giurisdizione; in ciò, la legge di riforma aveva ampliato la scelta fatta nel decreto legislativo n. 80, che aveva esteso solo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla cognizione delle azioni risarcitorie.

La sentenza affronta la questione incidenter tantum e finisce per confermare e consolidare autorevolmente la scelta fatta dal legislatore, agganciando all'articolo 24 della Costituzione la disciplina dell'azione risarcitoria, sia a tutela dei diritti che degli interessi legittimi .

Secondo la Corte, 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.

L'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato, ma anche, e soprattutto, affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 della Costituzione, che, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri.

Ecco perché il superamento della regola 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, costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 della Costituzione.

Con una presa di posizione così netta, la Corte riconosce sostanzialmente la scarsa aderenza costituzionale del sistema precedente e il definitivo superamento della regola del doppio giudizio . Altra questione confermata e consolidata dalla sentenza è quella della legittimità (in relazione all'articolo 111, comma 7) dei limiti imposti al ricorso in Cassazione avverso le decisioni del giudice amministrativo, anche nelle controversie concernenti diritti soggettivi: secondo la Corte, è la stessa Costituzione a prevedere che nei casi di giurisdizione esclusiva, proprio in ragione della particolarità delle materie riservate al giudice amministrativo, la ricorribilità alle Sezioni Unite sia limitata ai soli motivi di giurisdizione e non invece a tutti i motivi previsti nel caso di decisioni dei giudici ordinari .

Nella sentenza è possibile leggere anche la conferma e il consolidamento della cd. pregiudiziale amministrativa, cioè della necessità di impugnazione dell'atto amministrativo nei termini decadenziali per poter poi accedere alla tutela risarcitoria: in effetti, se il risarcimento del danno costituisce un'ulteriore forma di tutela amministrativa, la relativa azione è sottoposta alle regole del giudizio amministrativo.

In proposito è stato autorevolmente osservato che "Il collegamento che la sentenza postula tra l'esercizio del potere autoritativo e la questione risarcitoria sembra confortare l'idea che tale potere vada sempre contestato nel termine di decadenza, secondo la tecnica impugnatoria. Sicché resterebbe esclusa la proponibilità, nel termine di prescrizione e davanti al g.o., di una domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi cagionata da un atto amministrativo rimasto inoppugnato..... siffatta evenienza dovrebbe escludersi per due concorrenti ragioni: perché, secondo la Corte, il sindacato sul potere dell'amministrazione e la tutela degli interessi legittimi sono riservati, per via della costituzionalizzazione del sistema risultante dalla l.a.c. e dalla legge Crispi, esclusivamente al giudice amministrativo e qualsiasi modello che conferisse al g.o., sia pure per il tramite della disapplicazione, il medesimo tipo di sindacato sulla

discrezionalità sarebbe irrimediabilmente in conflitto con questo sistema; perché, una volta identificata la giurisdizione risarcitoria del giudice speciale come un rimedio per la protezione dell'interesse legittimo, l'introduzione di una giurisdizione parallela del g.o., a contenuto egualmente risarcitorio sulle medesime fattispecie, rischierebbe di rompere l'equilibrio costituzionale quale delineato nella decisione della Corte, introducendo poi inevitabili disarmonie e incertezze.

6. Gli effetti della sentenza.

I processi pendenti dinanzi al giudice amministrativo, spettanti, secondo la Corte, al giudice ordinario (canoni, indennità, tariffe in materia di pubblici servizi, comportamenti in materia di edilizia e urbanistica), subiranno le prime conseguenze della sentenza: il giudice adito dovrà pronunciare immediatamente la propria carenza di giurisdizione.

In effetti, la fattispecie è regolata dall'articolo 30, comma 4, della legge 11 marzo 1953 n. 87, secondo il quale "le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione".

Dopo la pubblicazione della sentenza (avvenuta il 14 luglio 2004), sono già state emanate alcune pronunce, secondo le quali esulano ormai dalla giurisdizione del giudice amministrativo:

a) le azioni proposte da soggetti convenzionati con il SSN per chiedere ad una Azienda USL il pagamento delle prestazioni specialistiche effettuate; tali controversie, infatti, attengono a diritti soggettivi e rientrano nella tipologia di cui al comma secondo, lettere b) ed e), dell'art. 33 D.Lgs. n. 80/1998, dichiarato incostituzionale con la sentenza della Corte ;

b) le controversie riguardanti diritti di credito, nelle quali la pubblica amministrazione non sia coinvolta come autorità e, in particolare, le azioni con le quali un privato chiede il pagamento di prestazioni sanitarie erogate nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale .

Non è applicabile nel nostro caso la *perpetuatio jurisdictionis*; infatti, secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, "il principio sancito dall'art. 5 c.p.c., secondo cui la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della domanda, non opera quando la norma che detta i criteri determinativi della giurisdizione è successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima, atteso che la norma dichiarata costituzionalmente illegittima - a differenza di quella abrogata - non può essere assunta, data l'efficacia retroattiva che assiste tale tipo di pronunce della Corte Costituzionale, a canone di valutazione di situazioni o di rapporti anteriori alla pubblicazione della pronuncia di incostituzionalità, salvo il limite dei rapporti esauriti al momento della pubblicazione della decisione, intendendosi per tali quelli accertati con sentenza passata in giudicato o per altro verso già consolidati" .

Vengono meno molte delle incertezze sulla giurisdizione esclusiva in materia di urbanistica ed edilizia, prevista dall'art. 34 del citato decreto, in quanto sono sottratti a tale tipo di giurisdizione "i comportamenti" della P.A. nei predetti settori.

Sono dunque fuori dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le azioni possessorie, di nunciazione e di manutenzione correlate all'esecuzione di opere pubbliche, che una nota recente giurisprudenza, confermata dalla Corte di Cassazione, aveva attribuito - trattandosi di comportamenti - alla giurisdizione amministrativa, ai sensi del citato articolo 34 .

Per le stesse ragioni restano al di fuori della giurisdizione amministrativa le controversie

concernenti l'occupazione usurpativa: qui il presupposto per la richiesta di risarcimento del danno è l'occupazione del suolo sine titulo, che non costituisce un atto, ma un comportamento.

Quanto alle controversie in materia di occupazione acquisitiva, occorre distinguere:

da un lato, la richiesta di risarcimento del danno fondata sulla mancata emissione del decreto di esproprio nel periodo dell'occupazione legittima (comportamento illegittimo della P.A., che ha trasformato il fondo irreversibilmente);

dall'altro, le ipotesi in cui la dichiarazione di pubblica utilità o il decreto di esproprio siano stati annullati dal giudice amministrativo.

E' evidente che nel primo caso non si può dubitare della competenza del giudice ordinario, in quanto oggetto della controversia è un comportamento della pubblica amministrazione.

Diversamente, nella seconda ipotesi non si è in presenza di un mero "comportamento" della pubblica amministrazione, ma di atti ritenuti illegittimi dal giudice amministrativo, che dispone, a pieno titolo, di 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: può emettere infatti sentenze di condanna al risarcimento del danno anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità (non essendo possibile, nel nostro caso, la reintegrazione in forma specifica, a causa dell'irreversibile trasformazione del fondo).

Rimangono altresì nell'orbita della giurisdizione amministrativa le controversie collegate all'articolo 43 (utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico) del d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327, che, a fronte del potere di acquisizione al patrimonio indisponibile dell'ente dell'immobile utilizzato "per scopi di interesse pubblico", prevede la determinazione del risarcimento dei danni subiti a favore del proprietario ad opera del giudice amministrativo.

Va infine evidenziato che, rispetto alle controversie che tornano alla giurisdizione ordinaria, la sentenza della Corte predetermina anche l'esito dei numerosi regolamenti di giurisdizione in corso.

Alla chiusura della giurisdizione amministrativa corrisponde la riapertura della via giurisdizionale civile; resta però il grave rischio della prescrizione eventualmente maturata.

7. Conclusioni.

La giurisdizione per blocchi di materie, dopo l'auspicato assestamento dei suoi confini a seguito delle pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, avrebbe dovuto garantire la concentrazione della tutela presso un unico giudice e, conseguentemente, una giustizia più efficace.

Il legislatore, proprio per adeguare gli strumenti del giudice amministrativo alla sua ampliata funzione di giudice dei diritti, aveva anche incrementato i mezzi di tutela cautelari e probatori a sua disposizione.

Bisogna però riconoscere che la distribuzione della giurisdizione per materie omogenee non ha dato i risultati sperati in termini di semplificazione dei problemi, se è vero che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono state investite da un numero crescente di questioni di giurisdizione, che ha condotto spesso a responsi difformi da quelli del Consiglio di Stato.

D'altro canto non può essere taciuto il fatto che la riforma legislativa si è imbattuta in un contesto di "opposizione tra apparati istituzionali", quale si è dimostrato essere quello che ha portato alle

remissioni accolte .

La sentenza della Corte segna ora il ritorno alle annose e inesauribili questioni sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi e riceve, inevitabilmente, numerose critiche.

Alcuni Autori evidenziano che “la ripartizione delle situazioni giuridiche soggettive fra TAR e tribunali civili determina una diminuzione di tutela, perchè alcuni interessi rimangono privi di protezione. Nella materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva il TAR, infatti, non è semplicemente il giudice dell’atto, ma è il giudice del rapporto del privato con la Pa, della relazione complessiva tra loro intercorrente. In tale prospettiva assumono rilievo gli stessi comportamenti tenuti dalla Pa, che divengono giustiziabili” .

Altri disapprovano il fatto che la sentenza trascuri del tutto l’impatto che sull’interpretazione della norma costituzionale si sarebbe potuto ritrovare nella normativa comunitaria e in quella degli altri paesi membri dell’Unione, con i quali il confronto è giornaliero, paesi ai quali è del tutto ignota la distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi .

Altri ancora accusano la Corte di aver riconosciuto all’interesse legittimo una particolare “durezza costituzionale” e di aver trascurato l’effettività della tutela, seguendo un ragionamento “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” .

Non manca chi sostiene che “l’andirivieni tra legislatore e giudici, costituzionali e non, cui nella specie verosimilmente non è rimasta estranea la lotta tra i poteri, rischia di evolversi in una corsa al massacro ad esclusivo danno degli utenti del servizio giustizia.... in molti casi, la riapertura della via giurisdizionale civile risulterà preclusa dalla prescrizione eventualmente maturata....” e ciò rende “drammatica la condizione del comune cittadino, il quale, privato del benché minimo barlume di certezza del diritto, anche ai soli fini dell’individuazione del giudice a cui rivolgersi per ottenere giustizia, ergo della garanzia di effettività della tutela giurisdizionale, si sente sempre più sottoposto all’arbitrio.....sarebbe comunque doveroso, da parte del legislatore nei confronti del cittadino, attuare una volta per tutte quella «operazione di savia mini-politica del diritto», suggerita da autorevole processualcivilista, consistente nel consentire a colui che, avendo sbagliato giurisdizione, si senta dire che la sua domanda non è decidibile nel merito di avere un meccanismo di riassunzione della causa presso l’altra giurisdizione, che faccia salvi gli effetti sostanziali e processuali dell’azione esercitata” .

Le critiche mosse da alcuni dei primi commentatori della sentenza appaiono alquanto sommarie e sicuramente troppo severe.

E’ vero che la Corte non ha neppure tentato un’interpretazione evolutiva dell’art. 103 della Costituzione né ha tenuto conto della normativa comunitaria o degli altri paesi membri dell’Unione Europea; bisogna però considerare che la materia del riparto della giurisdizione è particolarmente delicata, in quanto tocca l’apparato della giustizia e, soprattutto, le possibilità per i cittadini di far valere le proprie pretese e facoltà: di qui, è essenziale che la legislazione sia rispettosa dei principi sanciti nella Costituzione.

Il ruolo stesso della Corte è proprio quello di verificare la rispondenza delle norme di legge al dettato costituzionale, per assicurare che principi di rango costituzionale non vengano stravolti da una legge ordinaria.

Pretendere quindi dalla Corte un’interpretazione evolutiva dei principi costituzionali, sì da consentire a una legge ordinaria di modificare in modo sostanziale le disposizioni della

Costituzione, significa far venir meno la stessa ragion d'essere della Corte, che assumerebbe in tale ipotesi il ruolo di un organo deputato alla mera attuazione di volontà politiche.

Le modifiche al dettato costituzionale non possono essere frutto di interpretazioni "a maglie larghe", ma debbono conseguire a una precisa volontà del Parlamento, che deve esprimere in proposito, attraverso un procedimento rafforzato, la maggioranza qualificata prevista dall'articolo 138 della Costituzione: non è sufficiente a un simile scopo la maggioranza semplice, in grado di produrre unicamente leggi ordinarie.

Se è vero dunque che la Costituzione (e la Corte) non può piegarsi all'evoluzione della legge ordinaria, bisogna riconoscere che la sentenza risulta equilibrata e rispettosa dei principi costituzionali, ricostruiti alla luce di un attento esame dei lavori dell'Assemblea Costituente.

Si può anche concordare con chi ritiene che il sistema della giustizia amministrativa esiga, per poter funzionare correttamente, un riparto delle competenze tra giudice ordinario ed amministrativo effettuato per blocchi di materie, in modo tale da concentrare in un solo giudice tutte le questioni attinenti ad un determinato settore.

L'operazione però può prendere l'avvio solo con la modifica dell'articolo 113 della Costituzione, che ha consacrato il giudice ordinario a tutela dei diritti soggettivi ed il giudice amministrativo a tutela degli interessi legittimi.