

Pasquale de Lise

I nuovi confini della giurisdizione esclusiva^(*)

In questo intervento desidero esporre qualche riflessione sulla sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, con riguardo all'origine, al contenuto ed alle conseguenze.

1. Nell'ultimo decennio del secolo scorso vi è stata una forte tendenza verso l'ampliamento della giurisdizione amministrativa (si pensi all'affermazione di tale giurisdizione sugli atti dei concessionari di opere pubbliche [di cui a Cass. S.U. n. 12221/1990] e su atti di soggetti privati, anche non concessionari [di cui a Cons. St., Sez. VI, n. 1478/1998 e poi a Cass. S.U. n. 64/1999, a seguito del superamento dell'orientamento espresso dalle note sentenze del 1995 sulla vicenda della Siena parcheggi]) e, in particolare, della giurisdizione esclusiva, con l'attribuzione della giurisdizione per gruppi di materie omogenee o per settori organici di attività; tendenza che ha trovato rilevanti applicazioni in sede legislativa, culminate con il d. lgs. n. 80 del 1998 e con la legge n. 205 del 2000.

A cavallo tra questi due provvedimenti legislativi, si collocano due interventi giurisprudenziali estremamente significativi: la sentenza n. 500/1999 delle Sezioni unite e l'ordinanza n. 1/2000 dell'Adunanza plenaria.

Due monumenti giurisprudenziali, soprattutto la prima, alla quale va tributato un doveroso riconoscimento per aver infranto il tabù della irrisarcibilità degli interessi legittimi (che peraltro la stessa Cassazione aveva contribuito a creare).

Non può tuttavia non rilevarsi che la Cassazione avrebbe potuto trovare un'occasione migliore per l'affermazione di questo importantissimo principio. Mi riferisco al fatto che la sentenza n. 500 – ritenuto esattamente, sulla base del più recente ma ormai consolidato orientamento della Cassazione stessa, che l'improponibilità della domanda per mancanza di una norma che tuteli la situazione dedotta in giudizio dà luogo ad una questione di merito e non di giurisdizione – affrontò ugualmente la questione stessa in sede di regolamento di giurisdizione, dichiarando poi inammissibile il ricorso. Quindi, declaratoria di inammissibilità del ricorso ed esame nel merito della questione sottesa allo stesso: un enorme *obiter!* Ma forse, dopo l'emanazione del d.lgs. n. 80, il capovolgimento dell'orientamento precedente era apparso improcrastinabile.

Inoltre, con la sentenza n. 500 la Cassazione aveva consentito il sindacato – sia pure incidentale – del giudice ordinario sul cattivo esercizio del potere, obliterando il tradizionale criterio di riparto fondato sulla formula inesistenza del potere - illegittimo esercizio del potere, costantemente affermato dalla Cassazione stessa, e consentendo un sistema binario di tutela, con la possibilità di adizione, contemporanea o alternativa, dei due giudici, con la relativa menomazione della rispettiva potestà giurisdizionale e con l'ancor più grave inconveniente della possibilità di contrasto tra giudicati.

Da parte sua, l'Adunanza plenaria, con l'ordinanza n. 1/2000, aveva ampliato a dismisura la portata degli artt. 33-35 del d.lgs. n. 80/1998, creando una sorta di "pangiurisdizionalismo" amministrativo, che non poteva non determinare reazioni di segno opposto, tendenti alla restaurazione del sistema precedente.

^(*) Testo dell'intervento svolto il 20 ottobre 2004 alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in occasione dell'incontro di studio promosso dalla prof.ssa Maria Alessandra Sandulli sul tema "Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela *ante causam* e confini della giurisdizione esclusiva".

Le relazioni e gli interventi saranno pubblicati prossimamente in appendice al *Foro amministrativo* – T.A.R..

In questa situazione – aggravata dal fatto che prima il d.lgs. n. 80 e poi la legge n. 205 avevano esteso la giurisdizione esclusiva a materie, quale in particolare quella dei servizi pubblici, dai confini estremamente elastici o comunque non compiutamente delimitati (ricordo il dibattito che vi fu in Adunanza Generale sull'accoglimento della nozione soggettiva o oggettiva di servizio pubblico), comprensive di situazioni di diritto soggettivo puro, come quelle di contenuto meramente patrimoniale - era facilmente prevedibile l'intervento della Corte costituzionale, intervento che si è puntualmente verificato, con le sentenze che hanno riscontrato nel d.lgs. n. 80 il vizio di eccesso di delega (n. 292/2000 e n. 281/2004) e, relativamente alla l. n. 205, con la sentenza n. 204/2004.

Si può anche ritenere che questa sentenza si muova nel solco di una tradizione cui non sono estranee – come è stato rilevato – forme per così dire transattive o arbitrali, che vanno dal c.d. concordato giurisprudenziale intervenuto, oltre settanta anni fa, tra Mariano D'Amelio e Santi Romano, fino al documento redatto, all'unanimità, poco prima della sentenza, da una Commissione congiunta Cassazione-Consiglio di Stato (della quale ho avuto l'onore di far parte) e che quindi costituisca una sorta di “arbitrato costituzionale” sul riparto di giurisdizione; essa, tuttavia, comporta la soluzione di questioni relative alla concezione del potere pubblico, al trattamento della pubblica amministrazione, alla tutela del cittadino, questioni che toccano l'essenza della vita sociale, della politica, della democrazia; questioni, quindi, di un rilievo e di uno spessore ben più elevati di quelli che potrebbe avere un mero scontro tra apparati istituzionali.

2. Rivolgersi all'indietro -come ha fatto la Corte costituzionale- per capire l'itinerario che ha caratterizzato l'istituto della giurisdizione esclusiva nella sua lunga storia è uno strumento interpretativo corretto per intervenire sulle questioni poste dal d.lgs. n. 80 e dalla l. n. 205.

Con questo non si vuole dimenticare che l'ampliamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, specie con il meccanismo dei blocchi di materie, è stato auspicato da molti per correggere i difetti di quello che appariva ai più critici come un “parasistema che crea ingiustizia e genera disordine sociale”.

Non si vuole insomma negare o sottovalutare che per rendere più semplice il sistema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo il legislatore ha creato aree di giurisdizione esclusiva per ragioni per così dire di “convenienza” o di semplificazione (anche se non sempre un tale effetto si è verificato), così come non si può negare che questa tendenza legislativa è diventata, negli anni novanta, così forte da suscitare il timore per un effetto non correttivo sul sistema, ma dirompente.

Nondimeno la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo presenta tratti genetici che, seppur in un contesto sociale ed istituzionale profondamente mutato rispetto alle sue origini, sono individuabili anche negli ultimi interventi normativi, perché sono tratti consustanziali al sistema, che appartengono cioè alla sua essenza.

Si può dire, anche se l'affermazione può apparire paradossale, che la *ratio* sottesa alla giurisdizione esclusiva preesiste a se stessa. Anteriormente al r.d. n. 2840 del 1923 ed al t.u. n.1054 del 1924, la cognizione di controversie coinvolgenti posizioni di diritti era ammessa, infatti, dalla legge istitutiva della Quarta Sezione e, forse, ancor prima, quando il Consiglio di Stato esercitava “giurisdizione propria” sulle liti in tema di interpretazione dei contratti di prestito pubblico (art.10, comma 1, l. n. 2248 del 1865 all. D, recante la legge sul Consiglio di Stato). Inoltre, la quasi totalità delle ipotesi di giurisdizione esclusiva contemplate nell'art. 29 del t.u. n.1054 del 1924 deriva da ipotesi di giurisdizione di merito che leggi precedenti, come la legge istitutiva della Quarta Sezione o quella sulle IPAB, prevedevano.

La cognizione del giudice amministrativo su controversie coinvolgenti posizioni di diritto non nasce dall'eccentricità o dall'arbitrio del legislatore, ma dalla "compresenza" di posizioni di diritto con quelle di interesse legittimo.

Questa "compresenza" è stata spiegata spesso ricorrendo all'immagine dell'intimo intreccio tra diritti ed interessi contenuta nella Relazione al r.d. n. 2840 del 1923. La fortuna di questa elaborazione molto semplificante deriva con ogni probabilità dal fatto che spesso un'immagine è più efficace di tante parole.

Ma se si ha la pazienza di rivedere questa Relazione, oggi da alcuni vigorosamente criticata, si rileva che in essa vi erano considerazioni più avvertite: per spiegare meglio il fenomeno della giurisdizione esclusiva la Relazione fa riferimento testualmente a "taluna determinata materia nella quale è così connaturato col diritto l'interesse pubblico, che è impossibile o assai difficile separare l'uno dall'altro, mentre l'interesse suddetto è così prevalente ed assorbente da far scomparire o affievolire la portata effettiva della questione patrimoniale o di diritto privato".

"Taluna determinata materia" che, nel linguaggio dell'art. 103 della Costituzione, diventa l'espressione "particolari materie".

E' quindi un ininterrotto percorso che lega tutti i principali interventi normativi sulla giustizia amministrativa a dimostrare che l'espressione "particolari materie" contenuta nell'art. 103 Cost. va interpretata non in base ad un criterio quantitativo – particolari materie come materie eccezionali –, bensì in base ad un criterio qualitativo – particolari materie come materie specifiche –, ove la specificità è segnata dalla predetta "compresenza", sì da configurare la giurisdizione esclusiva come complementare rispetto alla giurisdizione generale di legittimità.

La sentenza n. 204 – superando, forse proprio in relazione all'ampiezza dell'estensione della giurisdizione esclusiva disposta dalla l. n. 205, il precedente orientamento della Corte costituzionale che lasciava sostanzialmente libero il legislatore ordinario nel ripartire tra giudice ordinario e giudice amministrativo le più varie tipologie di controversie – ha accolto la predetta impostazione, quando osserva che "il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare 'particolari materie' nelle quali 'la tutela nei confronti della pubblica amministrazione' investe 'anche' diritti soggettivi".

Questa è la chiave di volta della sentenza. Fra i molti rilievi che ad essa sono stati rivolti (non mi posso occupare qui di tutti) i principali concernono l'impossibilità di configurare diritti soggettivi di fronte al potere (perché questo dialoga solo con l'interesse legittimo, per usare questa immaginifica espressione), di tal che ne resterebbe svuotata di significato la giurisdizione esclusiva, rendendola un doppione della giurisdizione di legittimità, e quindi ormai inutile.

A tali rilievi può a mio avviso replicarsi che – oltre al caso di potere vincolato di fronte al quale può ben esservi il diritto soggettivo – dal ragionamento della Corte non si evince che nella giurisdizione esclusiva il diritto soggettivo debba essere contrapposto al potere; occorre, invece, che si tratti di una materia in cui sia presente necessariamente un potere amministrativo (esercitato, per il perseguimento della funzione, in forma autoritativa o anche con l'uso di moduli consensuali, direttamente dalla p.a. o da altri soggetti ad essa equiparati, come i gestori di pubblici servizi) e, di fronte ad esso, vi è l'interesse legittimo; insieme a questo – e strettamente connessi ad esso – vi possono essere diritti soggettivi (la "compresenza" cui accennavo prima).

Questa è la situazione che legittima il legislatore ordinario ad istituire, senza violare l'art. 103, nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva, aventi ad oggetto interessi legittimi e "anche" (come vuole l'art. 103) diritti soggettivi.

Che questi siano lo spirito e la portata della sentenza n. 204 deriva dalla testuale affermazione della stessa che ha dichiarato la incostituzionalità della disposizione sui pubblici servizi (l'art. 33, comma 2, del d.lgs. n. 80), "in quanto individua controversie nelle quali può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla pubblica amministrazione-autorità", cioè all'esercizio del potere (e ciò a prescindere dall'uso, fatto nella sentenza, di espressioni che possono apparire desuete, come è stato rilevato in alcuni studi che hanno operato una sorta di vivisezione della motivazione, anche sotto l'aspetto lessicale!).

Mi sembra che dalla sentenza della Corte resti convalidata, nella sostanza, una idea che avevo avuto modo di esprimere nella relazione tenuta in occasione delle giornate di studio in memoria del Prof. Sandulli, nel febbraio scorso.

La previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è consentita – si può dire è imposta – nelle materie nelle quali la fruizione del diritto è, in varia misura e con varie modalità, condizionata dall'esercizio di un potere amministrativo.

In questi casi il giudice competente a stabilire se il potere sia stato o meno correttamente esercitato non può che essere il giudice amministrativo, che è deputato a conciliare due esigenze ugualmente rilevanti: da un lato, la salvaguardia dell'apparato amministrativo, che è andato sempre più assumendo una connotazione marcatamente democratica e quindi di diretta derivazione politica, come interprete dei bisogni della comunità; dall'altro, l'effettività della tutela giurisdizionale, che comporta il controllo da parte del giudice della legittimità dell'operato dell'amministrazione, senza peraltro travalicare nel merito dell'azione amministrativa, nel sindacato dei fini e degli obiettivi perseguiti (e qui emerge la nota distinzione tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa, soggette ai differenti poteri del giudice ordinario e del giudice amministrativo), salvaguardando in tal modo, insieme alla garanzia della tutela giurisdizionale, l'autonomia costituzionalmente garantita del potere amministrativo e la sua funzione di interprete e di realizzatore dei bisogni collettivi.

Peraltro, se questa è la giustificazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, essa ne segna anche il limite, oltre il quale viene meno la ragion d'essere di tale attribuzione: questa infatti non è giustificata allorché trattasi di controversie concernenti esclusivamente diritti patrimoniali, le cui vicende si collegano non all'esercizio di pubblici poteri bensì a rapporti di natura paritaria, anche se di essi sia parte la pubblica amministrazione.

Questo è il canone fondamentale che deve presiedere alla delimitazione, in via interpretativa e in sede applicativa, dell'area delle nuove materie di giurisdizione esclusiva, avendo presente che l'esigenza, costituzionalmente garantita, della giurisdizione esclusiva è quella di adeguare il controllo sull'esercizio del potere amministrativo alla nuova realtà normativa, che trova giustificazione soltanto quando vi sia la "compresenza" di cui parlavo prima tra interesse legittimo e diritto soggettivo e quest'ultimo sia comunque influenzato dall'esercizio del potere, mentre tale esigenza non si manifesta con riguardo alle pretese nascenti da rapporti paritari di natura sinallagmatica.

Queste sono le condizioni che, da un lato, consentono (o impongono) al legislatore di istituire nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva in conformità all'art. 103 (come è avvenuto di recente per gli atti del CONI e delle Federazioni sportive: art. 3 del d.l. 19 agosto 2003, n. 220, convertito in l. 17 ottobre 2003, n. 280) e, dall'altro (ma è aspetto poco considerato), inducono ad eliminare ipotesi già

esistenti ove la “compresenza” non si rinvenga più per effetto di radicali riforme degli aspetti sostanziali (ad esempio, pubblico impiego contrattualizzato).

3. Con la sentenza n. 204 la Corte costituzionale ha fatto giustizia, a mio avviso esattamente, di talune fughe in avanti del legislatore ordinario (e della stessa giurisprudenza amministrativa), riconducendo la giurisdizione esclusiva nei limiti previsti dalla Costituzione vigente.

Ciò ha fatto probabilmente venir meno – come è stato da molti rilevato – il sistema di riparto della giurisdizione fondato sui “blocchi” o sui settori omogenei di materie. Ma – a parte il rilievo che il primo periodo di applicazione di tale sistema, nella misura in cui era stato introdotto dal d.lgs. n. 80 e dalla l. n. 205, non ha arrecato grandi benefici nell’individuazione del giudice fornito di giurisdizione (è stato anzi rilevato l’aumento delle pronunce delle Sezioni Unite in tema di giurisdizione) – la verità è che l’introduzione di tale nuovo criterio di riparto necessitava di una apposita copertura costituzionale.

A ciò aveva pensato la Commissione bicamerale per le riforme istituzionali (istituita con la l. cost. n. 1/1997 e presieduta dall’on. D’Alema), con l’art. 119, che comportava il superamento del criterio fondato sulla natura della situazione soggettiva a favore di quello che prevedeva l’attribuzione al giudice amministrativo di “materie omogenee indicate dalla legge riguardanti l’esercizio di pubblici poteri” (formula, questa, che presentava, a mio avviso, un rilevante profilo negativo, consistente nella mancanza, a livello costituzionale, di una clausola generale che garantisse, rispetto al legislatore ordinario, l’estensione della giurisdizione esclusiva, che avrebbe potuto ridursi fino a scomparire).

E vi aveva pensato la proposta di legge costituzionale presentata, nella precedente legislatura, dall’on. Cerulli Irelli (A.C. n. 7465), intesa a modificare gli artt. 103 e 113 Cost., nel senso di riservare in ogni caso alla giurisdizione amministrativa – sul modello tedesco – la cognizione delle controversie riguardanti l’esercizio di poteri amministrativi.

Dalla sentenza n. 204, pertanto, non derivano il depotenziamento del giudice amministrativo o la dequotazione della giurisdizione esclusiva, ma il preciso ristabilimento dei confini segnati dalla Costituzione vigente.

Altro aspetto importante della sentenza n. 204 è l’espressa riaffermazione della piena dignità di giudice del giudice amministrativo, il quale, entro il principio di unità della giurisdizione, inteso in senso non organico ma funzionale (che non esclude ma implica la divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi ed autonomi), è il giudice ordinario delle situazioni soggettive attribuite alla sua cognizione. In tal modo la Corte ha fatto giustizia di talune tendenze (di ben individuata provenienza) a favore della giurisdizione unica considerata come unico apparato di giudici.

Dal riconoscimento della posizione costituzionale e del ruolo del giudice amministrativo, operato dalla Corte costituzionale, derivano importanti conseguenze, che la Corte stessa ha tratto.

Innanzitutto, quella, anche se contenuta in un *obiter* (peraltro necessario per disattendere talune prospettazioni contenute nelle ordinanze di rimessione), relativa alla legittimità della scelta di affidare alla cognizione del giudice amministrativo l’azione risarcitoria. Ciò è affermato espressamente nella sentenza per la giurisdizione esclusiva, ma – facendo leva il ragionamento della Corte sull’art. 24, che garantisce l’effettività, la celerità ed anche la concentrazione della tutela, con il superamento della regola del doppio giudizio – non può non valere anche allorché l’azione risarcitoria sia proposta nell’ambito della giurisdizione generale di legittimità (ai sensi della innovativa disposizione dell’art. 7 della l. n. 205).

L’altro aspetto, non meno rilevante, attiene alla nomofilachia: le decisioni del Consiglio di Stato, anche quelle su diritti soggettivi e quelle in materia di risarcimento del danno, sono sottratte al

ricorso per Cassazione, salvo che per motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost., per cui legittimamente non sono soggette al potere nomofilattico della Corte di Cassazione, bensì a quello del Consiglio di Stato.

Il giudice amministrativo è consapevole della necessità di “riconversione” di ordine culturale e professionale che le recenti profonde innovazioni comportano.

Ma il tradizionale equilibrio del Consiglio di Stato e l'impegno da esso profuso nell'applicazione della nuova disciplina – anche con l'insostituibile apporto della Dottrina e del Foro, che con esso hanno sempre condiviso i grandi processi di riforma – danno sicuro affidamento di scelte che, in relazione alla duplicazione della funzione nomofilattica, evitino la formazione di discipline divergenti (soprattutto in materia risarcitoria), governate l'una dalla Cassazione e l'altra dal Consiglio di Stato.

Va peraltro considerato che la giurisdizione amministrativa, intesa come giurisdizione speciale, non può non tener conto della specialità dei rapporti che intercorrono tra cittadini e p.a., che si riverbera sul piano processuale e che quindi consente – o impone – di conservare, anche nei giudizi risarcitori, la specificità che distingue comunque il processo amministrativo dal processo civile.

Non penso quindi che il giudice amministrativo possa accogliere l'invito che, da varie parti gli viene rivolto, a “civilizzarsi”: senza che questa mancata adesione comporti, peraltro, una attenuazione della pienezza e della effettività della tutela per il cittadino.

A questo riguardo mi sembra significativo richiamare uno dei problemi che la sentenza lascia aperto: quello della pregiudizialità. Io sono favorevole alla pregiudiziale amministrativa perché ritengo che consentire al privato di scegliere tra agire contro un atto illegittimo chiedendone l'annullamento o lasciarlo divenire inoppugnabile e chiedere poi il risarcimento del danno esporrebbe la collettività al doppio danno della permanenza in vita di un atto illegittimo e del costo del risarcimento.

Non senza considerare che, in molti casi, il danno potrebbe essere eliso proprio dall'annullamento dell'atto, ottenendosi in tal modo la tutela dell'interessato e l'esclusione del costo sociale costituito dal risarcimento.

Per ragioni analoghe, vale a dire poiché ritengo che la giustizia amministrativa tenda non solo alla tutela degli interessi dei singoli ma anche, attraverso tale tutela, a garantire il buon andamento dell'amministrazione (art. 97) e quindi il pubblico interesse previsto dalla norma attributiva del potere (una sorta – soltanto una sorta – di oggettivizzazione del giudizio amministrativo), per tali ragioni mi lascia perplesso la tesi che vorrebbe attribuire al giudice amministrativo ai fini del risarcimento del danno, il semplice accertamento della illegittimità dell'atto, indipendentemente dall'annullamento. In tal modo, infatti, non si avrebbe tutela dell'interesse pubblico, ma soltanto la mera monetizzazione dell'interesse privato leso.

Non sarebbe, questa, giustizia nell'amministrazione.

In conclusione, la sentenza n. 204, anche se finora ha ricevuto più critiche che consensi (critiche peraltro non accompagnate da proposte costruttive), deve essere vista con favore. E' una sentenza, che individua l'ambito della giurisdizione esclusiva in coerenza con la tradizione ma con una duttilità che consente l'evoluzione del sistema, che non fa venir meno la giurisdizione esclusiva, della quale anzi legittima la pienezza (con il risarcimento del danno). Tuttavia essa lascia aperti numerosi problemi, molti dei quali sono stati già posti in luce, che dovrà risolvere la Cassazione, quale organo regolatore della giurisdizione, da cui è lecito attendersi grande equilibrio affinché questi continui cambiamenti delle regole non aggravino ulteriormente la situazione del servizio giustizia amministrativa e di coloro che ad esso sono costretti a ricorrere (basti pensare, ad esempio,

alla inapplicabilità, già affermata in giurisprudenza, del principio della *perpetuatio iurisdictionis*, di cui all'art. 5 cod. proc. civ., che neppure un espresso intervento legislativo potrebbe rendere utilizzabile, attesa la incostituzionalità della norma attributiva della giurisdizione). Certo è che il dibattito sul futuro della giustizia amministrativa è tuttora aperto.
