

**Bruno Sassani**

### **Costituzione e giurisdizione esclusiva: impressioni a caldo su una sentenza storica**

1. E' infine arrivata la sentenza tanto attesa ed ha rovesciato la "inarrestabile corrente" che dal 1990 in poi aveva portato tanto materiale al lido del giudice amministrativo. L'art. 7 della legge n. 205/2000 è incostituzionale per la mancata esclusione dall'ambito della giurisdizione amministrativa delle controversie "nelle quali può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla pubblica amministrazione-autorità" (cosa che, per quanto attiene alla recezione dell'art. 33 d. lgs. n. 80/1998, vale per le controversie "concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi", e per quanto attiene alla recezione dell'art. 34 stesso d. lgs., vale per le controversie relative ai "comportamenti" dell'amministrazione).

L'inchiostro sta ancora asciugandosi sulla grande messe di lavori che aveva affrontato le vicende del biennio 98-2000 (dal d. lgs. n. 80/1998, alla legge n. 205/2000, passando per la S.U. n. 500/1999) che il giudice delle leggi riporta la situazione all'equilibrio storico-istituzionale *quo ante*. Su questo equilibrio riposava la peculiare via italiana alle giurisdizioni; sostanzialmente mantenutosi finché l'incremento era stato di un pezzo per volta, l'equilibrio era definitivamente saltato con la grandinata degli artt. 33 e 34 del d. lgs. n. 80/1998. La sentenza è nei fatti il ripristino dell'equilibrio turbato, ma la sua motivazione è pacatamente espressa in termini sistematico-interpretativi. I limiti del legislatore ordinario segnati dalla costituzione emergono dall'illuminazione del senso degli artt. 102 e 103 ottenuta attraverso gli elementi storici appropriati (il significativo dibattito dell'assemblea costituente). Il sistema è questo, sembra dire la sentenza, e – piaccia o meno – le norme considerate incarnano, "nella Costituzione, la storia della giustizia amministrativa in Italia".

Ritiene la Consulta che il riparto tra una giurisdizione ordinaria (generale) e una giurisdizione del giudice amministrativo (speciale, anche se non eccezionale) è inequivocabilmente legato in costituzione alla dicotomia interessi legittimi – diritti soggettivi. Non è esclusa la possibilità che la legislazione ordinaria attribuisca al giudice amministrativo il compito di conoscere e decidere di diritti soggettivi, ma la discrezionalità legislativa non è piena. La riserva di legge è infatti doppiamente condizionata: innanzitutto il criterio di attribuzione può esser solo la presenza di un "inestricabile nodo gordiano di diritti e interessi" in capo alle parti private che chiedono tutela nei confronti dell'amministrazione; in secondo luogo l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela di tali diritti non può mai essere una attribuzione "in prima istanza", potendo le situazioni di diritto sottratte alla tutela giurisdizionale ordinaria presentarsi solo in settori in cui il giudice amministrativo esercita già di suo la propria generale giurisdizione di legittimità.

Tutto questo riposa sull'assioma della "tendenziale generalità ed illimitatezza delle attribuzioni del giudice ordinario" (in tal senso la sentenza valorizza il comma 1 dell'art. 102 cost. come naturale corrispondenza della funzione giurisdizionale alla magistratura ordinaria, onde le attribuzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato conferite dall'art. 103 vengono viste quali investitura particolare). Ma ciò finisce per sancire:

a) la "naturalità" (evidentemente rilevante ai sensi dell'art. 25 cost.) del giudice amministrativo quale giudice delle controversie connesse al pubblico potere, e quindi quale giudice degli interessi legittimi;

b) l'iscrizione alla giurisdizione esclusiva del senso di una *prorogatio jurisdictionis* : è la giurisdizione naturale sugli interessi ad attrarre *propter opportunitatem* la cognizione dei diritti concorrenti.

Viene in tal modo delegittimata e bandita ogni possibilità di alterazione dei poteri di un apparato giurisdizionale rispetto all'altro. La linea baldanzosamente tracciata dal d. lgs. n. 80/98 – e prontamente recepita dalla legge n. 205/2000 (che, lo si dice con il senno di poi, ha sottovalutato il messaggio indirettamente lanciato dalla dichiarazione di incostituzionalità n. 292/2000) – si regge dunque sull'equivoco di immaginare che lo scambio di apparati giurisdizionali possa legittimarsi su criteri di opportunità altri che la pura e semplice intersezione di situazioni soggettive diverse in fattispecie di sicura ricaduta nella giurisdizione amministrativa. La discrezionalità del legislatore non è in alcuno modo quella di investire il giudice amministrativo di giurisdizione esclusiva, ma è invece ristretta alla possibilità di allargare una giurisdizione generale di legittimità già preesistente laddove ci si imbatta nella irragionevolezza della segmentazione della tutela del privato tra tale giurisdizione di legittimità e quella ordinaria.

2. Inutile ripercorrere qui la strada battuta dalla sentenza che ha ricostruito il senso degli artt. 103 e 102 cost. attraverso una puntigliosa indagine sui lavori preparatori, mostrando come questi articoli costituiscano il rifiuto di tradurre in testo costituzionale le due tesi estreme prospettate e discusse in assemblea costituente (tanto la tesi dell'indifferenza del giudice rispetto alla situazione soggettiva, quanto quella opposta dell'esclusività della giurisdizione ordinaria sui diritti). La motivazione della sentenza offre al lettore una chiarezza che di glosse e riassunti può solo soffrire.

Meglio vale qui piuttosto dire che viene definitivamente meno la tecnica della determinazione della giurisdizione per blocchi di materie, esattamente la scorciatoia imboccata dalla legislazione dell'ultimo decennio quale risposta al difetto (imputato al sistema) di essere costruito in maniera da esasperare l'incertezza sulla giurisdizione. Si tratta di una linea che conduce inevitabilmente a giustificare l'iscrizione di una data materia alla giurisdizione esclusiva in forza della rilevanza pubblica degli accertamenti operati (che si tratti di rilevanza pubblica del soggetto o dei soggetti coinvolti, di rilevanza pubblica dell'assetto di interessi scaturente dall'accertamento, di rilevanza pubblica dell'attività su cui incide la *regula juris*).

La Corte arresta così le possibilità di sviluppo di un processo legislativo in corso, a cui può guardarsi sotto due punti di vista. Da un lato esso aveva assecondato il moto di un apparato di potere, quello della giurisdizione amministrativa che – superato il rischio di estinzione venuto dalla “Bicamerale” – aveva velocemente ed efficacemente “rilanciato”, muovendosi decisamente verso l'obiettivo di portare a sé il governo giurisdizionale dell'economia (economia in cui la progressiva riduzione della soggettività pubblica – privatizzazione – è sempre più ampiamente compensata dalla “deprivatizzazione” delle procedure e dall'incremento di vincoli pubblici).

Dall'altro lo sviluppo dell'ambito della giurisdizione esclusiva aveva espresso il bisogno di rifondazione di processo e giurisdizione amministrativa che faceva capo (dò una indicazione sommaria, ma non penso di allontanarmi dalla sostanza delle cose) alla idea della “differenza qualitativa” (e, in qualche misura, della superiorità, in prospettiva storica) della giurisdizione esclusiva rispetto a quella di legittimità (a me piace chiamarla, per comodità espressiva, “dottrina Nigro”, pur nella consapevolezza che Mario Nigro – estraneo alla logica delle “dottrine” – non avrebbe gradito) con il suo postulato della “completa parità e originarietà dei due ordini di giurisdizione” e tutti i suoi corollari. In questo ordine di idee la ricostruzione della Corte costituzionale rischia di apparire un passo all'indietro, sicché è facile prevedere un fiorire di reazioni critiche nell'incombente (e presumibilmente molto ampio) dibattito sulla sentenza.

La “dottrina Nigro” è uno dei più seri tentativi di modernizzare e rendere effettivo il processo amministrativo attraverso un rilevante sforzo di pensiero. Il suo postulato – la lettura estensiva dell'art. 103 come “attribuzione ai giudici amministrativi di competenza in materia di diritti soggettivi”, e quindi l'allargamento della giurisdizione amministrativa quale forma di “giurisdizione unica” – esce però oggi irrimediabilmente sconfitto dal confronto con l'ordinamento, considerato che le sentenze della Corte costituzionale “sono” l'ordinamento.

Non resta che prenderne atto.

3. La strada scelta dalla Corte ha il pregio di risolvere indirettamente anche il problema della violazione dell'art. 111 c. 7 cost. ("*Contro le sentenze ... è sempre ammesso il ricorso in cassazione per violazione di legge*"), problema sottovalutato (o volutamente svalutato) dalla linea "espansiva", ma fortemente sentito nella cultura dominante nel modo giudiziario. La sentenza evita abilmente di arenarsi sulle secche logiche di un problema che si pone come interno alla costituzione stessa: è la carta costituzionale infatti a costruire come limitata la garanzia del giudizio di cassazione, espressamente escludendola per le decisioni provenienti dall'apparato giurisdizionale amministrativo. Né si può stabilire una equazione stretta tra g.o./diritto soggettivo e giurisdizione amministrativa/interesse legittimo, perché la giurisdizione esclusiva era fiorente anche al momento della scrittura della carta costituzionale (pubblico impiego) e chiara era la consapevolezza che le sentenze del Consiglio di Stato facevano giudicato di diritti veri e propri.

Ora il sacrificio della garanzia del controllo finale della cassazione viene giustificato con la tecnica tipica della Corte costituzionale, cioè sulla base del valore prevalente nel conflitto tra esigenze: la prevalenza è data alla necessità di garantire una tutela ragionevole di fronte alla "inestricabilità del nodo gordiano". La tutela dei diritti soggettivi davanti al giudice ordinario garantisce il controllo della Corte di cassazione, ma la garanzia recede nelle ipotesi in cui di un diritto soggettivo giudichi il giudice amministrativo: tale opzione è di per sé costituzionale, coperta com'è dal dato formale dell'attribuzione della cura del diritto soggettivo ad un organo (costituzionalmente) svincolato dal controllo della Corte. Tuttavia la conclusione non ha validità incondizionata, poiché una incostituzionalità indiretta e consequenziale può profilarsi allorché il legislatore ordinario abbia, per così dire, esercitato la sua scelta discrezionale *ultra vires*. La libertà di determinare la giurisdizione è condizionata e riposa sulla fiducia che il legislatore ordinario abbia razionalmente risolto a favore della semplificazione (e quindi della razionalizzazione) il conflitto tra accesso alla tutela (difficoltà di individuazione del giudice, frammentazione della tutela in più vie giurisdizionali) e perfezione della tutela (suo coronamento nel responso finale della Corte di cassazione). Se il sacrificio della garanzia è implicitamente condizionato dal riscontro di un valore prevalente (e solo per questo evita l'incostituzionalità), la esorbitanza dal limite inverte il rapporto regola-eccezione e precipita nella incostituzionalità.

In altre parole, l'ambito dell'incostituzionalità dichiarata assorbe completamente il problema dell'art. 111 c. 7 cost.: le parti degli artt. 33 e 34 d. lgs. n. 80/1998 sopravvissute sopportano il venir meno della garanzia del ricorso in cassazione.

Nell'economia della motivazione questo ragionamento agisce quale prova logica a posteriori, rispetto agli argomenti *stricto sensu* impiegati quali *ratio decidendi* esplicite. E tuttavia essa non è mero *obiter*, assumendo piuttosto il ruolo di *further reason* a forte valore esplicativo rispetto ad un problema condizionato da uno status logico sfuggente.

4. Complice la sua lunga gestazione, la decisione della Corte era stata caricata di attese di risposta ai molti problemi della risarcibilità del danno connesso alla c.d. lesione di interessi legittimi, problemi in sospenso tra l'affidamento al giudice amministrativo di generali poteri risarcitori da parte dell'art. 7 della legge n. 205/2000, e la perplessa, discontinua (ma non rassegnata) giurisprudenza delle Sezioni Unite, dopo il boomerang della sentenza n. 500/99.

Le attese sono state solo parzialmente soddisfatte poiché la Consulta si è limitata a chiarire 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 (lettera c) sostituisce l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998*". Come si vede la pronuncia si riferisce solo dell'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del generale potere risarcitorio: in questo specifico ambito l'abilitazione del giudice amministrativo ad accertare un danno risarcibile e a condannare (anche attraverso reintegrazione in forma specifica) al risarcimento, non viola in alcun modo la costituzione. Anzi! La norma sviluppa un precetto costituzionale, attuando l'art. 24 cost. quale garanzia, sul piano dei poteri del giudice, di piena ed effettiva tutela delle situazioni soggettive

devolute alla sua giurisdizione (il che equivale a dire che, semmai, censure di scarsa aderenza costituzionale dovrebbero appuntarsi sul sistema ante art. 35 d.lgs. n. 80/1998).

La sentenza respinge categoricamente la tesi dei remittenti secondo cui la previsione censurata avrebbe creato una ulteriore “materia” di giurisdizione esclusiva. Non si tratta di nuova materia (la “materia danno ingiusto”), proprio perché la legge non attribuisce alla g. e. l’insieme delle controversie risarcitorie nei confronti della p.a., bensì consente, in controversie già di per sé ricadenti in tale giurisdizione, di impiegare di uno “strumento di tutela ulteriore”; con ciò essa adegua lo strumentario del giudice alla giurisdizionalità piena del giudice amministrativo sancita dalla costituzione. Anche questa scelta, come quella operata nei confronti dell’art. 111 c. 7, si presenta quale corollario dell’impostazione globalmente data al tema.

Restano privi di esplicite risposte problemi come quello della c.d. pregiudizialità dell’annullamento, e quello della possibilità che il giudice ordinario continui a conoscere autonomamente del danno risarcibile secondo il modello della sentenza S.U. n. 500/1999. La Corte ha probabilmente scelto di commisurare la propria risposta al tenore delle remissioni, così ritenendo di dover lasciare problemi e soluzioni a future, più puntuali rimissioni (ovvero alla futura attività interpretativa della giurisprudenza). Il lettore attento sembra però legittimato ad esprimere qualche valutazione sulle linee di costituzionalità del sistema, solo che colleghi all’impostazione globalmente data al tema dei rapporti tra le giurisdizioni, le locuzioni consapevolmente spese in motivazione con sicura calibratura dei termini.

Si è detto che il potere di condannare ai danni è definito

strumento di “tutela *ulteriore* rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo)”. Azzarderei a dire che, così esprimendosi, la sentenza offre una chiave a favore della “complementarità necessaria” della tutela risarcitoria rispetto all’esercizio positivo dell’annullamento. O meglio: poiché il richiamo allo strumento “conformativo”, anche in alternativa all’esito demolitorio, libera da un’idea di giurisdizione amministrativa quale giurisdizione di annullamento in senso stretto, la complementarità del risarcimento va commisurata al più generico accoglimento della domanda, eventualmente consistente nell’accertamento della illegittimità dell’azione amministrativa, indipendentemente dall’annullamento di atti. Un accoglimento, in cui si formalizzino gli *essentialia jurisdictionis* è però indispensabile: solo attraverso l’aggancio ad esso si giustifica il giudizio positivo di costituzionalità del potere risarcitorio senza cadere nella attribuzione generale di una materia, secondo la tesi dei remittenti.

5. Che dire degli effetti della sentenza? Sembra ragionevole supporre che la scelta operata abbia scontato come male minore il ritorno di tutte le annose e inesauribili questioni della distinzione tra diritti e interessi legittimi.

La distribuzione della giurisdizione “per materie omogenee” aveva uno dei suoi punti di forza nella asserita capacità di semplificazione dei problemi; occorre però dire che la scelta del legislatore del 1998 non ha dato i risultati sperati perché, da allora in poi, le SS.UU. hanno finito per essere progressivamente investite da un numero di questioni di giurisdizione sempre più alto, che ha condotto non di rado a responsi difformi da quelli del Consiglio di Stato. Si può pensare quindi che la semplificazione sia illusoria quando la scelta legislativa si cala in un contesto di opposizione tra apparati istituzionali, quale si è dimostrato essere quello che ha portato alle remissioni accolte (chi ha osservato con un po’ di attenzione la giurisprudenza della Corte di cassazione avrà sicuramente notato come, attraverso un lavoro interpretativo, questa si era messa da tempo – diciamo dalle SS.UU. nn. 71 e 72/2000 – sul terreno alla giurisdizione ordinaria del recupero delle cause a valenza patrimoniale).

Per quel che riguarda il destino dei processi in corso va segnalato che la sentenza avrà effetti dirompenti. Per i processi pendenti di fronte al giudice amministrativo spettanti al giudice ordinario a tenore della sentenza (canoni, indennità, tariffe in materia di pubblici servizi; comportamenti in materia di edilizia e urbanistica) la sentenza determina infatti il venir meno immediato della giurisdizione con obbligo altrettanto immediato del giudice di pronunciare la propria carenza di giurisdizione. Non opera qui la *perpetuatio jurisdictionis* dell’art. 5 c.p.c. la cui fattispecie è integrata

dal sopravvenire della legge (cioè di un fatto realmente modificativo della realtà giuridica e inteso a regolare gli effetti di fatti futuri) mentre la sentenza di incostituzionalità retroagisce sulla legge rendendo a posteriori errata la scelta giurisdizionale operata ed impedendo ogni consolidamento.

La sentenza predetermina anche l'esito dei tanti regolamenti di giurisdizione in corso rispetto alle controversie che tornano al giudice ordinario.

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