

Luisa Torchia

*Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n.204/2004  
della Corte costituzionale*<sup>[1]</sup>

*1. Premessa*

La lettura della sentenza n.204/2004 della Corte costituzionale provoca in un'amministrativista di mezza età, che conosce la dottrina risalente, ma si è formata su quella moderna, una suggestione che può ben essere resa con una parafrasi della famosa affermazione secondo la quale bastano «tre parole di rettifica del legislatore, e intere biblioteche diventano carta straccia»<sup>[2]</sup>. Tre parole del giudice costituzionale - verrebbe da dire - e intere biblioteche risorgono.

In effetti proprio di poche righe si tratta, con le quali il giudice delle leggi ha, più che "rettificato", direttamente riscritto una norma di legge<sup>[3]</sup>, stabilendo che alla giurisdizione del giudice amministrativo debbano essere attribuite non "tutte le controversie in materia di pubblici servizi", ma "*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*".

La sentenza esclude, altresì, dalla giurisdizione del giudice amministrativo i "comportamenti" della pubblica amministrazione in materia urbanistica ed edilizia e conferma, invece, la competenza del giudice amministrativo a conoscere del risarcimento del danno, sia in sede di giurisdizione generale di legittimità, sia in sede di giurisdizione esclusiva.

Più dell'esito finale del giudizio per quel che riguarda i confini delle giurisdizioni, interessa qui esaminare il percorso logico e l'*iter* argomentativo esposti nella sentenza, perchè da essi emerge una immagine dell'amministrazione e del diritto amministrativo che presenta alcuni profili critici.

*2. Il mancato esame della nozione di servizio pubblico.*

La sentenza colpisce, innanzitutto, per ciò che non c'è. Sarebbe stato ragionevole attendersi, in una decisione relativa alla giurisdizione in materia di servizi pubblici, l'esame o almeno la rapida evocazione degli elementi costitutivi del servizio pubblico, del tipo di funzioni, poteri e situazioni soggettive che l'organizzazione, la gestione e l'erogazione di un servizio pubblico comporta<sup>[4]</sup>.

La questione è invece del tutto assente dal ragionamento svolto nella sentenza, che apoditticamente applica alla materia dei servizi pubblici un armamentario tolto pari pari dai manuali di diritto amministrativo di mezzo secolo fa<sup>[5]</sup>. E disegna, quindi, un'amministrazione che esercita poteri autoritativi, una giurisdizione amministrativa giustificata dall'esercizio di quei poteri autoritativi e una rigida distinzione delle situazioni soggettive private fra diritti soggettivi e interessi legittimi, richiamata come (quasi) inderogabile criterio di riparto della giurisdizione.

L'obiettivo che si vuole raggiungere è di escludere che il giudice amministrativo possa essere il giudice "dell'amministrazione pubblica", o il giudice "dell'interesse pubblico". Su tale obiettivo si può discutere e le opinioni sono differenziate<sup>[6]</sup>, ma di tratta di un obiettivo ragionevole: ciò che è

meno convincente sono le forzature operate per raggiungerlo.

### *3. Alla ricerca del potere autoritativo*

La prima forzatura consiste nella enfaticizzazione dei poteri autoritativi dell'amministrazione. Prescindendo qui dalla fondatezza della ricostruzione storica fornita dalla Corte sui caratteri originari della giustizia amministrativa e sulle ragioni delle scelte costituzionali in materia di riparto della giurisdizione<sup>[7]</sup>, sono le stesse affermazioni della Corte sulla rilevanza dei poteri autoritativi a presentare aspetti contraddittori.

La Corte sostiene, infatti, che nella materia dei pubblici servizi l'amministrazione può agire come autorità oppure con strumenti consensuali. Nel primo caso la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo, nel secondo caso al giudice ordinario, perchè a fronte di poteri autoritativi stanno (sempre) interessi legittimi e a fronte di strumenti consensuali stanno (sempre) diritti soggettivi.

Si tratta, per la verità, di una corrispondenza da tempo revocata in dubbio sia in dottrina, sia in giurisprudenza, a fronte della varietà di poteri amministrativi e di situazioni soggettive che certo non può essere racchiusa nella tradizionale e ormai superata dicotomia autorità/libertà. Per fare solo quale esempio, basti pensare ai diritti e doveri di prestazione, alle obbligazioni pubbliche, al potere regolativo e prescrittivo delle autorità indipendenti e alla pluralità di situazioni soggettive ad esso connesse, o all'obbligo per l'amministrazione di rispettare il principio di buona fede e, anche qui, alle situazioni soggettive connesse.

E' sempre più difficile, sotto altro profilo, tenere rigidamente distinti e separati, nel corso dell'azione amministrativa, autorità e consenso, momenti unilaterali e momenti di negoziazione, attività discrezionale ed attività vincolata. Anche le controversie, di conseguenza, spesso hanno ad oggetto un complesso di attività che non sempre possono essere "districate" secondo la distinzione autorità/consenso, come dimostrano, del resto, le contraddizioni in cui la sentenza incorre sia, sotto il profilo processuale, per quel che riguarda la configurazione della giurisdizione esclusiva, sia, sotto il profilo sostanziale, per quel che riguarda la configurazione dell'azione amministrativa.

La Corte applica, infatti, il criterio di riparto basato sulla natura delle situazioni soggettive in modo tale da relegare la giurisdizione esclusiva ad una variante appena più ampia della giurisdizione generale di legittimità. Può accadere, sembra di capire, che ove l'amministrazione operi come autorità - e sia quindi sottoposta alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo - vengano in essere delle controversie che coinvolgono diritti soggettivi (non "degradati", è da presumere, ad interessi legittimi) e in questi casi il legislatore può prevedere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La vera e propria "condanna" che la Corte così commina al criterio di riparto per materia è per la verità attenuata dall'altrettanto decisa conferma della risarcibilità degli interessi legittimi, ricollegata direttamente al diritto di difesa sancito dall'art.24 della Costituzione, sulla quale si tornerà in seguito.

La peculiare configurazione che la Corte fornisce delle "particolari materie"<sup>[8]</sup> di cui all'art.103 Cost. - particolari perchè in esse opera l'amministrazione come autorità - porta con sé alcune contraddizioni, visibili proprio nella materia dei pubblici servizi. Questa viene, in prima approssimazione, così frazionata: a) casi in cui l'amministrazione non esercita poteri autoritativi, da attribuire al giudice ordinario; b) casi in cui l'amministrazione esercita un potere autoritativo, da

attribuire al giudice amministrativo; c) casi in cui l'amministrazione adotta strumenti consensuali, ma è comunque titolare di un potere autoritativo, da attribuire anch'essi alla giurisdizione amministrativa.

Sembrerebbe qui che basti la sola titolarità, anche senza effettivo esercizio, di un potere autoritativo, perchè la controversia sia affidata alla giurisdizione amministrativa, con una sorta di assimilazione al potere autoritativo del ricorso allo strumento consensuale, quando quest'ultimo sia utilizzato in sostituzione del primo. Resta da comprendere come un accordo adottato "in sostituzione" di poteri autoritativi sia diverso da un accordo *tout court*, visto che in entrambi i casi la posizione delle parti dell'accordo è (o dovrebbe essere) simmetrica e paritaria. Non si finisce così per contraddire proprio il criterio di riparto basato sulla natura delle situazioni soggettive?<sup>[9]</sup>

La configurazione di un'amministrazione o tutta autoritaria - sottoposta alla giurisdizione amministrativa - o tutta paritaria - sottoposta alla giurisdizione ordinaria - non trova rispondenza, oltre che nella stessa sentenza della Corte, nella realtà e nel diritto amministrativo moderno che la studia. La capacità euristica dello schema dicotomico autorità/libertà è stata messa in dubbio proprio in relazione alla complessità dell'azione amministrativa e delle regole che essa applica e che ad essa si applicano, mostrando come il diritto amministrativo sia andato via via perdendo i caratteri originari della separatezza, della supremazia e della specialità, a favore di una natura non più solo duale - secondo la nota definizione di Einsenmann - quanto ormai mista delle regole e degli istituti<sup>[10]</sup>. Il *quid proprium* dell'azione amministrativa non è più da ricercare, in questo quadro in trasformazione<sup>[11]</sup>, nella natura autoritativa o unilaterale<sup>[12]</sup>, quanto piuttosto nella necessaria ponderazione di interessi, pubblici e privati, che caratterizza ogni attività amministrativa: e sono allora i principi generali che governano e regolano questa attività di ponderazione a venire in primo piano.

In conseguenza dell'applicazione di quei principi la "specialità" dell'amministrazione e del suo diritto può assumere diverse configurazioni. L'ordinamento conosce, infatti, oltre alla tradizionale configurazione di una specialità quale supremazia, in deroga alla disciplina civilistica generale, regimi giuridici la cui specialità consiste nella previsione di garanzie ulteriori e maggiori per il soggetto che entra in relazione con l'amministrazione: anche la (apparente) parità fra le parti viene considerata in questi casi insufficiente e il soggetto ritenuto più debole viene, appunto, munito di particolari tutele.

La sottovalutazione di questi sviluppi e la riaffermazione in termini apodittici, da parte di una sede così autorevole, dello schema basato sulla contrapposizione fra autorità e libertà, fra unilateralità e consenso, desta perplessità non solo sul piano della riflessione scientifica, ma anche sul piano applicativo, perchè potrebbe portare ad una improvvisa reviviscenza e moltiplicazione di poteri autoritativi, a fini di giustificazione della giurisdizione del giudice amministrativo.

In questa direzione sembra andare, per esempio, una recente decisione del Consiglio di Stato<sup>[13]</sup>, successiva alla sentenza n.204/2004, con la quale si dà inizio ad una nuova ricerca di poteri autoritativi, a diversi livelli. Sul livello che si potrebbe dire macro, il Consiglio di Stato trae - del tutto ragionevolmente, occorre dire - dalla sentenza della Corte costituzionale una "presunzione" di autoritatività per le attività di servizio pubblico rimaste indenni dalla pronuncia di incostituzionalità, quali la vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, il servizio farmaceutico, i trasporti, le telecomunicazioni e i servizi di cui alla legge n.481/95<sup>[14]</sup>.

Sul livello che si potrebbe dire micro, invece, viene qualificata in termini di esercizio di potere

autoritativo l'(omessa) erogazione, da parte di una regione, delle risorse necessarie a coprire i costi derivanti dai contratti di programma relativi ai servizi minimi di trasporto extraurbani e interregionali. Il Consiglio di Stato non ha difficoltà a trovare "indizi" di potere autoritativo nel collegamento fra erogazione e finalità di interesse collettivo e nella duplice natura dell'attività di erogazione quale espressione di autonomia finanziaria ed esercizio di una funzione amministrativa di tipo organizzativo-contabile e può quindi concludere che "in ciò sta l'autoritatività della posizione della Regione che, attraverso il meccanismo della erogazione dei fondi per il funzionamento del servizio, viene in definitiva ad incidere unilateralmente sull'impianto organizzativo funzionale del servizio pubblico di autotrasporto locale".

E' facile prevedere che, a fronte di molte pretese riconducibili al diritto di credito ai sensi dell'art. 1173 c.c., la posizione del debitore sarà qualificata in termini di potere autoritativo quando il debitore sia una pubblica amministrazione, mentre di tali poteri non vi sarà traccia quando il debitore sia un soggetto privato.

#### *4. Provvedimento e procedimento fra pubblica amministrazione e gestori di servizi pubblici*

Si trova, poi, nella sentenza, una seconda forzatura, evidente nella nuova formulazione della norma imposta dalla Corte. La Corte introduce, qui, una figura di dubbia consistenza: i "*provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n.241 del 7 agosto 1990*".

La legge n.241/90 contiene, in verità, principi generali che si applicano a tutti i procedimenti amministrativi, con l'eccezione degli atti generali, in genere sottoposti a specifica disciplina. Il richiamo alla legge n.241/90 non è quindi utile ai fini della qualificazione dei provvedimenti e può considerarsi, nel migliore dei casi, superfluo per quel che riguarda l'amministrazione.

Per quel che riguarda i soggetti privati gestori di pubblico servizio, invece, erano sinora applicabili solo le norme sull'accesso, mentre l' "addizione" della Corte sembra estendere l'applicabilità a tutte le norme della legge, con rilevanti obblighi, per fare solo qualche esempio, in materia di comunicazione di avvio del procedimento, di partecipazione, di completezza dell'istruttoria.

Per altro verso, invece, il richiamo a provvedimenti espressi lascia qualche dubbio in ordine alla sorte delle controversie relative ad eventuali silenzi ed inerzie della pubblica amministrazione o del gestore. Andranno considerati come "comportamenti", al pari di quelli in materia edilizia e urbanistica, e quindi affidati al giudice ordinario <sup>[15]</sup>? Oppure si dovrà distinguere, come si è visto prima per gli accordi, fra comportamenti comunque connessi all'esistenza di un potere amministrativo - che, ad esempio, non viene esercitato - e comportamenti, per così dire, "puri"?

#### *5. Il risarcimento come rimedio costituzionalmente necessario*

La sentenza si sofferma brevemente sul potere riconosciuto al giudice amministrativo di risarcire il danno ingiusto, ma con affermazioni piuttosto nette, sia di segno negativo, sia di segno positivo.

Si esclude, sotto il primo profilo, che il risarcimento del danno ingiusto costituisca una materia, mentre si afferma, sotto il secondo profilo, che si tratta di uno strumento ulteriore ed aggiuntivo rispetto alla tutela di annullamento.

Ancor di più, questo strumento è costituzionalmente necessario, perchè il suo fondamento viene identificato direttamente nell'art.24 della Costituzione. La piena ed effettiva tutela delle situazioni soggettive (di tutte le situazioni soggettive) attribuite alla cognizione del giudice amministrativo richiede ed impone che questo giudice disponga di poteri adeguati a garantire, appunto, una tutela effettiva. Parte essenziale dell'effettività è anche la concentrazione delle azioni dinanzi ad un unico giudice, visto che la Corte considera con favore il superamento della precedente situazione, nella quale l'azione di annullamento e l'azione di risarcimento andavano proposte dinanzi a giudici diversi.

Il risarcimento viene configurato, come è stato osservato <sup>[16]</sup>, come un vero e proprio rimedio, con conseguente marginalizzazione della questione relativa alla natura di diritto soggettivo del diritto al risarcimento, frequentemente evocata dalla Cassazione.

Resta da vedere in quale misura questa moderna configurazione dell'azione di risarcimento sarà condizionata dalla enfaticizzazione del potere autoritativo come indice di riconoscibilità della giurisdizione amministrativa, soprattutto per quel che riguarda i rapporti con l'azione di annullamento e il carattere eventuale o necessario della pregiudizialità.

## 6. Conclusioni

Nessun criterio di riparto della giurisdizione è perfetto e consente di stabilire con certezza assoluta i confini. Ogni criterio va valutato, quindi, più che per i suoi pregi assoluti, per i suoi vantaggi comparativi.

Con la sentenza n.204/2004 la Corte costituzionale ha espresso una netta preferenza per il criterio basato sulla natura delle situazioni soggettive rispetto al criterio basato sulle materie e lo ha fatto con argomentazioni potenzialmente rilevanti non solo per il processo amministrativo, ma anche per il diritto amministrativo, ricondotto a concettualizzazioni in larga misura superate, con due diversi possibili rischi.

Il primo rischio è relativo alla non corrispondenza fra le dicotomie rievocate nella sentenza - autorità/libertà, unilateralità/consenso - e la varietà e ricchezza di poteri, situazioni soggettive, regole e principi che animano il diritto amministrativo moderno. Il secondo rischio è relativo alla possibile (ri)espansione del potere autoritativo e della sua specialità in un quadro in cui ogni deviazione dalla generale disciplina civilistica potrebbe essere interpretato come diritto pubblico: e oggi che il territorio coperto dalle eccezioni, dalle deroghe e dalle regole e regimi speciali va sempre più espandendosi, potrebbe trattarsi di una conseguenza inattesa e indesiderata.

---

[1]

Intervento all'Incontro di studio organizzato da M.A. Sandulli su “*Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*”, Roma, 200 ottobre 2004, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Roma Tre (gli atti del convegno saranno pubblicato in un supplemento della rivista Foro amministrativo Tar.

[2]

J.H. von Kirchmann, *Della mancanza di valore della giurisprudenza come scienza* (1848), trad. e pref. di Paolo Frezza, Pisa, 1942.

[3]

La vera e propria riformulazione ad opera della Corte potrebbe porre anche qualche problema per quel che riguarda i giudizi in corso. Ove si ritenesse, infatti, che si tratti di una ordinaria pronuncia di incostituzionalità, il principio di *perpetuatio iurisdictionis* non dovrebbe operare e tutti i giudizi in corso dinanzi al giudice amministrativo dovrebbero essere iniziati *ex novo* dinanzi al giudice ordinario, con il rischio che siano, però, trascorsi nel frattempo i termini previsti per l'azione: rischio che rimarrebbe tutto a carico del ricorrente/attore, non essendo configurabile l'errore scusabile. Se si tenesse conto, invece, dell'effetto sostitutivo che la norma dettata dalla Corte ha rispetto alla norma dichiarata incostituzionale, si potrebbe sostenere che il computo della decorrenza dei termini dovrebbe seguire la successione fra norme.

[4]

Per un quadro d'insieme v. F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, e F. Salvia, *I servizi pubblici nella letteratura recente*, in AIPDA, *Annuario 2001*, Milano, Giuffrè, 2002, rispettivamente a p.63 e a p.87; con particolare riferimento al riparto di giurisdizione v. G. Montedoro, *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n.5, 2004.

[5]

Considerazioni di analogo tenore sono svolte da F. Patroni Griffi, *Brevi riflessioni a margine della sentenza n.204/2004 della Corte costituzionale*, [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.9, 2004, p.974; A. Pajno, *Giurisdizione esclusiva ed "arbitrato" costituzionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.9, 2004, p.983; per un esame di tipo lessicale v. B. Mattarella, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.9, 2004, p.979; G.P. Rossi, *Il "vecchio" interesse legittimo ringrazia la Corte Costituzionale*, in *Servizi pubblici e appalti*, n.3, 2004.

[6]

Fra i primi commenti sul punto v. M. Clarich, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte costituzionale 5 luglio 2004, n.204*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.9, 2004; B. Sassani, *Costituzione e giurisdizione esclusiva: impressioni a caldo su una sentenza storica*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); F. Cintioli, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n.204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

[7]

Sulle quali v. le puntuali considerazioni critiche di A. Police, *op. cit.*, che ricorda come il criterio di riparto fondato sulla natura delle situazioni soggettive è sorto successivamente rispetto alla giurisdizione "propria" del Consiglio di Stato prevista dall'art.10 della legge n.2448/1865, all. D.

[8]

Sulla scarsa consistenza e logicità di tale configurazione v. le considerazioni critiche di A. Pajno, *op. cit.* e di A. Police, *op. cit.*

[9]

Potrebbe trattarsi di una giustificazione *ex post* della giurisdizione esclusiva in materia di accordi, prevista dall'art.11 della legge n.241/1990, ma rimane il problema relativo alla natura delle situazioni soggettive coinvolte nell'accordo "sostitutivo".

[10]

Sia consentito, in proposito, il rinvio a L. Torchia, *La scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n.4, 2000.

[11]

S. Cassese, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n.1, 2002.

[12]

L'esistenza di situazioni asimmetriche fra soggetti coinvolti nello stesso rapporto non solo non caratterizza necessariamente il diritto amministrativo, ma è anche più frequente nel diritto privato di quanto l'immagine tramandata non lasci supporre, come dimostrano, per fare solo due esempi, la disciplina *antitrust* e le nuove regole in materia di *governance* societaria.

[13]

Cons. St., IV, 5 ottobre 2004, n.6489.

[14]

Secondo il Consiglio di Stato, la seconda parte dell'art.33, c.1, del d.lgs. n.80/98 sarebbe stata esclusa

dalla pronuncia di incostituzionalità “sulla base - deve ritenersi - di un implicito giudizio di configurabilità, in detti settori (sempre e in ogni caso) del potere autoritativo dell’Amministrazione”.

[\[15\]](#)

V. sul punto F. Cintioli, *op. cit.*.

[\[16\]](#)

A. Pajno, *op. cit.*.