

ROBERTO PREDEN
IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE DOPO LA SENTENZA N. 204/2004 DELLA
CORTE COSTITUZIONALE

1. Sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo sono intervenuti negli ultimi anni significativi mutamenti per effetto di provvedimenti legislativi e di sentenze della Corte costituzionale.

2. Il primo provvedimento legislativo è costituito dal d.lgs. n. 80 del 1998, che, mentre, nell'art. 29, devolveva al giudice ordinario le controversie relative a rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione (già oggetto di giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 29 del r.d. n. 1054 del 1924), negli artt. 33 e 34 ha istituito una nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per blocchi di materie di vasto contenuto, individuate nella materia dei pubblici servizi (art. 33) ed in quella urbanistica ed edilizia (art. 34), suscettive di ricomprendere ogni tipo di controversia (anche quelle di natura patrimoniale, come prevede l'art. 33, comma 2, lettera *f*, o concernenti, in relazione alla concessione di servizi pubblici, indennità, canoni ed altri corrispettivi, per effetto della soppressione, con l'art. 33, comma 3, delle parole "o di servizi" nell'art. 5, comma 1, della legge n. 1034 del 1971; o determinate da meri comportamenti dell'amministrazione come dispone l'art. 34, comma 1), configurandola come giurisdizione piena (art. 35, comma 1) mediante l'attribuzione del potere di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno (concentrazione di tutela alla quale si ricollega l'abrogazione, con il comma 5 dell'art. 35, dell'art. 13 della legge n. 142 del 1992, e che si espande ancor di più con la sostituzione, con il comma 4 dell'art. 35, dell'art. 7, comma 3, della legge n. 1034 del 1971, che determina l'eliminazione, in tutte le ipotesi di giurisdizione esclusiva, della riserva al giudice ordinario della cognizione delle questioni concernenti diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di illegittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre, e cioè questioni comunemente identificate con quelle risarcitorie).

3. La Corte costituzionale, con la sentenza 17.7.2000 n. 292, pronunciandosi sulla questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 76 e 77 Cost., dell'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998 (concernente i pubblici servizi), ha ritenuto non rispettati dal citato articolo i limiti fissati dall'art. 11, comma 4, lettera *g*, della legge delega n. 59 del 1997. Ha rilevato, in base all'interpretazione della legge delega, che "l'estensione della giurisdizione amministrativa esistente, tanto di legittimità che esclusiva era il compito assegnato al legislatore delegato; i diritti patrimoniali consequenziali, in essi compreso il risarcimento del danno, erano l'oggetto (normativamente individuato) di tale estensione; e le tre materie dell'edilizia, urbanistica e servizi pubblici si ponevano come l'ambito all'interno del quale la giurisdizione amministrativa doveva essere estesa. Ha quindi concluso che la legge delega non consentiva l'ampliamento della giurisdizione esclusiva all'intero ambito della materia dei pubblici servizi, ma soltanto l'estensione della giurisdizione amministrativa – nei limiti in cui essa, in base alla disciplina vigente, già conosceva di quella materia, sia a titolo di legittimità che in via esclusiva – alle controversie concernenti i diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno (controversie che, secondo la Corte, nell'evoluzione della giurisdizione esclusiva, avevano finito con l'identificarsi con le pretese risarcitorie legate al rapporto da un nesso di mera occasionalità). La Corte ha quindi dichiarato l'illegittimità per eccesso di delega: a) dell'art. 33, comma 1, *nella parte in cui istituisce una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno*; b) dell'art. 33, comma 2 del citato d. lgs. (che indicava le controversie incluse nella giurisdizione esclusiva); c) dell'art. 33, comma 3 del citato d.lgs. (che, intervenendo sull'art. 5 della legge n. 1034 del 1971, estendeva la giurisdizione amministrativa alla cognizione delle questioni concernenti indennità canoni ed altri corrispettivi in relazione a concessioni di pubblici servizi, e cioè alla cognizione di pretese direttamente nascenti dal rapporto di concessione, e non di diritti patrimoniali consequenziali). Ha precisato, in motivazione, che la dichiarazione di illegittimità si rifletteva anche sull'art. 35 del d.lgs., determinando la necessità di adeguarne in via

interpretativa il contenuto, ed in particolare di limitare la portata dei richiami fatti nei commi 1, 2, 3 e 5, di tale norma alla sola parte residua dell'art. 33 (non si è quindi pronunciata sull'art. 35, comma 4, che, sostituendo l'art. 7, comma 3, della legge n. 1034 del 1971, estendeva ad ogni ipotesi di giurisdizione esclusiva la cognizione di tutte le questioni relative a diritti, per il quale l'eccesso di delega era ancor più manifesto, ma che in relazione al rilevato generale effetto estensivo non era stato sottoposto al vaglio della Corte).

4. Con la successiva sentenza 28.7.2004 n. 281, la Corte costituzionale, richiamando le argomentazioni svolte con la sentenza n. 292 del 2000, ha completato l'opera di ridimensionamento del d.lgs. n. 80 del 1998, con riferimento alla materia dell'urbanistica ed edilizia, ed ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 34, commi 1 e 2, *nella parte in cui istituisce una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di edilizia e urbanistica, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno.*

5. Alla prima sentenza della Corte costituzionale ha immediatamente risposto il legislatore, con la legge 19.7.2000 n. 205 (entrata in vigore il 10.8.2000), con la quale è stata ribadita la disciplina dettata dal d.lgs. n. 80 del 1998 circa l'istituzione della giurisdizione esclusiva in materia di servizi, urbanistica ed edilizia (con i caratteri di onnicomprensività e pienezza già ricordati), è stato esteso ancora l'ambito della giurisdizione esclusiva, ed a questa è stato attribuito in via generale carattere di pienezza, si è inciso altresì sulla giurisdizione generale di legittimità. L'art. 6 della legge n. 205 del 2000, il cui tenore richiama quanto già previsto dall'art. 33, comma 2, lettera e), devolve infatti, con autonoma disposizione, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale. L'art. 7, lettera a), sostituisce l'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, apportando solo lievi modifiche al comma 2: è eliminata la lettera e), in conseguenza della introduzione del citato art. 6; nella nuova lettera e l'esclusione dalla giurisdizione esclusiva delle controversie meramente risarcitorie è estesa a quelle riguardanti il danno alle cose. L'art. 7, lettera b), sostituisce l'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, con lievi modifiche al comma 1, nel quale viene inserita la menzione dei soggetti equiparati alle pubbliche amministrazioni. L'art. 7, lettera c), sostituisce l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, in modo tale che nel comma 1 (*Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto*), viene eliminato il riferimento alle materie di cui agli artt. 33 e 34, con conseguente estensione del menzionato potere ad ogni ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva, che diviene quindi in ogni caso giurisdizione suscettiva di erogare una tutela piena. L'art. 7, lettera c), sostituisce il comma 4 dell'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, e, nuovamente modificando l'art. 7, comma 3 della legge n. 1034 del 1971, introduce una norma (*“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.”*) che riguarda la giurisdizione amministrativa di legittimità (di quella esclusiva in generale si occupa infatti il novellato comma 1), e ne estende l'ambito (se sotto il profilo della cognizione o dei poteri di statuizione è dubbio, sul punto si tornerà più avanti).

6. E' utile ricordare che, con univoca giurisprudenza, le Sezioni unite della Corte di cassazione (ord. n. 149/2001; n. 12198/2002; n. 12199/2002; n. 14870/2002) hanno negato efficacia retroattiva alla legge n. 205 del 2000, con la conseguenza che, per i giudizi iniziati dopo il 30.6.1998 (data dalla quale ha avuto inizio l'operatività del d.lgs. n. 80 del 1998: art. 45, comma 18), ma prima del 10.8.2000 (data di entrata in vigore della nuova legge), la giurisdizione, nelle controversie in materia di pubblici servizi, urbanistica ed edilizia, deve essere regolata in base all'originario testo degli artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, quale risulta dalle sentenze additive della Corte costituzionale n. 292/2000 e 281/2004.

7. Della legittimità costituzionale degli artt. 33, commi 1 e 2, e 34, comma 1, come sostituiti dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000 diversi giudici hanno dubitato, ritenendo confliggente la

riaffermata giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle tre materie ivi contemplate con vari principi costituzionali, ma essenzialmente con la previsione dell'art. 103 Cost. La questione è stata dichiarata fondata dalla Corte costituzionale con la sentenza 6.7.2004 n. 204.

7.1. La Corte, dopo aver ripercorso l'evoluzione dei principi in materia di giurisdizione amministrativa a partire dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865, ha rilevato che tale evoluzione (scandita dalle leggi n. 5992 del 1889, n. 62 del 1907, n. 2840 del 1923) ha consegnato al Costituente, che l'ha fatta propria, una figura di giudice amministrativo avente piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dall'art. 2 della l.a.c., e cioè di quelle situazioni, che sarebbero state successivamente denominate "interessi legittimi" (espressione per la prima volta impiegata nella Carta costituzionale), che sorgono nelle ipotesi in cui il cittadino si confronta con la pubblica amministrazione che agisce in posizione di supremazia, esercitando, nelle forme che sono loro proprie, le potestà che l'ordinamento le attribuisce per lo svolgimento delle sue funzioni. Posta tale premessa, la Corte ha escluso che la Costituzione abbia definitivamente ed immutabilmente cristallizzato la situazione esistente nel 1948 circa il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ma ha anche escluso che dalla Costituzione non si desumano i confini entro i quali il legislatore ordinario, esercitando il potere discrezionale suo proprio, deve contenere i suoi interventi volti a ridistribuire le funzioni giurisdizionali tra i due ordini di giudici. Ha rilevato che risulta chiara l'opzione del Costituente in favore del riconoscimento al giudice amministrativo della piena dignità di giudice, per il quale milita la circostanza che l'art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi – la cui tutela l'art. 103 Cost. riserva al giudice amministrativo – le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare; e che, in presenza di tale opzione, il principio dell'unicità della giurisdizione – espresso dall'art. 102, con riguardo al giudice, e riflesso nell'art. 113 Cost., con riguardo alle forme di tutela garantire al cittadino – sta a significare che in nessun caso il legislatore ordinario può far sì che la pubblica amministrazione sia, in quanto tale, assoggettata ad una particolare giurisdizione, ovvero sottratta alla giurisdizione alla quale soggiace "qualsiasi litigante privato", poiché la specialità di un giudice può fondarsi esclusivamente sul fatto che questo sia chiamato ad assicurare giustizia "nell'amministrazione", e non mai sul mero fatto che parte in causa sia la pubblica amministrazione. Ha quindi osservato la Corte che il vigente art. 103, comma 1, 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: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie. Ha soggiunto che tale necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive – e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa – è espresso dall'art. 103 laddove statuisce che quelle materie devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo. Ha affermato che 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: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, comma 2, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice

amministrativo. In estrema sintesi, può quindi ritenersi, alla stregua delle considerazioni svolte dalla Corte, che le “particolari materie”, in relazione alle quali è consentito al legislatore ordinario prevedere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sono quelle in cui le posizioni di diritto soggettivo delle quali può essere chiesta tutela da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione al giudice amministrativo si collocano in un’area di rapporti nella quale la pubblica amministrazione opera come autorità.

7.2. Poste le richiamate premesse, la Corte ha quindi ritenuto che la formulazione dell’art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall’art. 7, lettera *a*), della legge n. 205 del 2000, confligge con i criteri ai quali deve ispirarsi la legge ordinaria quando voglia riservare una “particolare materia” alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Ha infatti osservato la Corte che non soltanto (e non tanto) il riferimento ad una materia (i pubblici servizi) dai confini non compiutamente delimitati (se non in relazione all’ipotesi di concessione prevista fin dall’art. 5 della legge n. 1034 del 1971), quanto, e soprattutto, quello a “tutte le controversie” ricadenti in tale settore rende evidente che la “materia” così individuata prescinde del tutto dalla natura delle situazioni soggettive in essa coinvolte: sicché, inammissibilmente, la giurisdizione esclusiva si radica sul dato, puramente oggettivo, del normale coinvolgimento in tali controversie di quel generico pubblico interesse che è *naturaliter* presente nel settore dei pubblici servizi. Ma, in tal modo, viene a mancare il necessario rapporto di *species a genus* che l’art. 103 Cost. 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. Ha aggiunto che la conclusione è avvalorata dalla circostanza che il comma 2 della norma individua esemplificativamente (“in particolare”) controversie.... nelle quali può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla pubblica amministrazione-autorità” (come quelle di cui alle lettere *b* ed *e*). Ha conclusivamente affermato che la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il potere autoritativo (ovvero si vale della facoltà di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241 del 1990).

7.3. La Corte ha quindi dichiarato: a) l’illegittimità costituzionale dell’art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall’art. 7, lettera *a*), della legge n. 205 del 2000, *nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “tutte le controversie in materia di pubblici servizi”*... (il dispositivo prosegue con la nuova formulazione della disposizione, che sarà più aventi oggetto di esame); b) l’illegittimità costituzionale dell’art. 33, comma 2, del medesimo d.lgs. come sopra sostituito.

7.4. Ha inoltre ritenuto la Corte, con la stessa sentenza n. 204 del 2004, che, per le suesposte ragioni, risulta in contrasto con la Costituzione anche la formulazione dell’art. 34, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall’art. 7, lettera *b*) della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui, comprendendo nella giurisdizione esclusiva – oltre gli atti ed i provvedimenti attraverso i quali le pubbliche amministrazioni (direttamente o attraverso soggetti alle stesse equiparati) svolgono le loro funzioni pubblicistiche in materia urbanistica ed edilizia – anche i comportamenti, la estende a controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita – nemmeno mediatamente – e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici, alcun pubblico potere.

7.5. La Corte ha quindi dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 34, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall’art. 7, lettera *b*) della legge n. 205 del 2000, *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.*

8. Per effetto della sentenza n. 204 del 2004, il testo del comma 1, dell’art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall’art. 7, lettera *a*), della legge n. 205 del 2000, risulta il seguente: *Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo*

disciplinato dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995 n. 481. Il comma 2 è cancellato. Il comma 3 non è colpito dalla pronuncia, ma i suoi effetti sono neutralizzati dal recupero, nel comma 1, della disciplina già dettata dall'art. 5 della legge n. 1034 del 1971 circa le controversie relative alla concessione di pubblici servizi.

9. Per effetto della stessa sentenza n. 204 del 1004, dal testo del comma 1 dell'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7, lettera a), della legge n. 205 del 2000, scompare il riferimento ai "comportamenti", e la norma quindi recita: *Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia.* Il comma 2 ed il comma 3 restano invariati.

10. Quelle sopra riportate sono quindi le norme vigenti (che sostituiscono, con efficacia retroattiva, fin dal momento della loro origine, quelle dichiarate illegittime) che attribuiscono al giudice amministrativo giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici, urbanistica ed edilizia. Occorre procedere alla loro interpretazione.

11. Dall'esame del nuovo testo dell'art. 34, comma 1, risultante dalla sola eliminazione del riferimento ai "comportamenti" è agevole constatare che, mentre viene confermata la previsione di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, estesa quindi alla cognizione dei diritti soggettivi concorrenti, in materia urbanistica ed edilizia (per la quale resta ferma la nozione formulata nel comma 2), in ossequio al requisito della "particolarità della materia" quale risulta dall'art. 103 Cost., come inteso dalla Corte, ne viene ristretto l'ambito quanto alle controversie specifiche in essa ricomprese, poiché ne restano escluse quelle che traggano origine da meri comportamenti della pubblica amministrazione o di soggetti ad essa equiparati. Si tratta dei comportamenti materiali commissivi, ovvero delle omissioni, e cioè di comportamenti non costituenti manifestazione di potere amministrativo, dovendo questo esprimersi nelle forme tipiche previste dall'ordinamento, e non implicanti quindi un sindacato sull'esercizio del potere, che è proprio della giurisdizione amministrativa e che costituisce il presupposto per la configurabilità di una giurisdizione esclusiva conforme a Costituzione. Non sembra invece che la limitazione possa valere per i comportamenti legislativamente significativi (ad esempio: il silenzio qualificato), da ricomprendere nelle manifestazioni tipizzate della potestà amministrativa. Ne risulta sicuramente esclusa tutta la materia delle azioni possessorie e nunciatorie. Analoga conclusione sembra da adottare per la c.d. occupazione usurpativa, mentre per quella acquisitiva, secondo i primi commenti, non v'è concordanza di opinioni.

12. Per quanto concerne la giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici, l'art. 33, comma 1, risultante dalla pronuncia additiva della Corte, si presenta come disposizione alquanto complessa, che, con una operazione di ortopedia normativa, in parte innova ed in parte conserva il testo della disposizione dichiarata illegittima. Resta ferma la previsione di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in una materia denominata "pubblici servizi"; è cancellata l'onnicomprendività della detta giurisdizione, già espressa dalle parole "tutte le controversie", e ne viene definito l'ambito mediante l'indicazione di alcune specifiche tipologie di controversie; viene conservata l'enumerazione delle ipotesi di servizio pubblico contenuta nella seconda parte dell'originario comma 1 dell'art. 33 (da "ivi compresi" in poi); è cancellato il comma 2 dell'art. 33, che indicava alcune delle controversie comprese "in particolare" nella nuova giurisdizione. Ne risulta una disposizione nella quale è dato cogliere la specifica indicazione (nella prima parte) nell'ambito della materia dei pubblici servizi - della quale non è fornita la nozione, ma che comprende, in virtù del recupero (nella seconda parte) del testo originario dell'art. 33, comma 1, il credito, le assicurazioni, il mercato mobiliare, il servizio farmaceutico, i trasporti, le telecomunicazioni, l'energia elettrica ed il gas - di alcune specifiche categorie di controversie, che traggono origine da determinati atti della pubblica amministrazione incidenti su servizi pubblici (concessione di pubblico servizio, provvedimenti adottati con un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, affidamento di un pubblico servizio, vigilanza e controllo). L'area nella quale può configurarsi la giurisdizione esclusiva è quindi quella segnata dall'ambito della materia dei pubblici servizi,

alla quale si riferisce la seconda parte della norma, che non definisce la materia (a differenza dell'art. 34, comma 2), ma fornisce una elencazione di alcune ipotesi di pubblico servizio. L'elencazione deriva dall'originario art. 33, che aveva carattere meramente esemplificativo, e, non avendo la Corte censurato sotto questo profilo l'operazione compiuta con l'art. 33, deve ritenersi che siffatta natura ancora conservi. La norma non enuncia una nozione di servizio pubblico, ma fornisce all'interprete gli elementi necessari per ricavarla. In primo luogo, dall'elencazione, come detto esemplificativa, emerge un tratto comune dei servizi menzionati che è quello di essere destinati alla soddisfazione di una platea indeterminata di utenti e di consumatori: una siffatta funzione deve quindi caratterizzare una attività che possa essere qualificata come "pubblico servizio". In secondo luogo, dalla tipologia delle controversie emerge che ulteriore connotato del servizio pubblico è quello di essere gestito da soggetti (pubblici o privati) secondo un peculiare regime, caratterizzato, circa l'accesso al suo esercizio, da provvedimenti di concessione o affidamento e, circa il suo svolgimento, da interventi di vigilanza e controllo: occorre, cioè, che si tratti di attività suscettiva di essere oggetto di manifestazioni dei menzionati poteri autoritativi della pubblica amministrazione. Nell'ambito della materia dei pubblici servizi, come sopra definiti, la disposizione in esame, nella prima parte, riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (e quindi ad una giurisdizione che si connota, secondo tradizione, per essere estesa anche alla cognizione dei diritti soggettivi), soltanto alcune specifiche categorie di controversie che traggono origine da determinate ipotesi di azione amministrativa incidente su pubblici servizi (concessione di pubblico servizio, provvedimenti adottati, dall'amministrazione o dal gestore, con un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, affidamento di un pubblico servizio, vigilanza e controllo). Si tratta di controversie che (come ritenuto necessario dalla Corte) partecipano della medesima natura di controversie devolute alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, in quanto sono contrassegnate dalla circostanza che insorgono in situazioni nelle quali la pubblica amministrazione agisce come autorità esercitando pubblici poteri, poiché siffatto connotato esibiscono le ipotesi di azione amministrativa elencate nella prima parte della norma, mediante atti e provvedimenti espressione di supremazia a fronte dei quali si configurano interessi legittimi. Può ritenersi che le specifiche controversie in materia di pubblici servizi contemplate dalla norma e riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo costituiscono, nel loro complesso, la "particolare materia" di cui all'art. 103 Cost., nella lettura che ne ha fornito la Corte. La previsione per dette controversie di una giurisdizione esclusiva, determinante l'estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alla cognizione dei diritti soggettivi, realizza infatti un ampliamento della giurisdizione di legittimità, mediante la devoluzione al giudice amministrativo, nelle controversie che insorgono in particolari situazioni che vedono la pubblica amministrazione coinvolta in veste di autorità, oltre alla tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, degli interessi legittimi, anche quella dei diritti soggettivi eventualmente concorrenti nella detta situazione. Sempre nella prima parte del riformulato art. 33, concernente le specifiche categorie di controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si rinviene una significativa limitazione del catalogo. Si tratta della esclusione delle controversie che, in relazione alla concessione di pubblico servizio, hanno ad oggetto pretese concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi. Questa espressa limitazione, unitamente alla dichiarazione di illegittimità dell'art. 33, comma 2, lettera e), che affidava al giudice amministrativo anche le controversie riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, "anche di natura patrimoniale", rese nell'espletamento di pubblici servizi, consente di desumere una limitazione di carattere generale della nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi, nel senso che da essa sono radicalmente escluse le controversie di natura patrimoniale. Esclusione che trae giustificazione e sostegno nella considerazione che si tratta di controversie che, come rilevato dalla Corte, non vedono, normalmente, coinvolta la pubblica amministrazione-autorità. Ed ancora a maggior ragione, in quanto già originariamente escluse, nella lettera e), dall'art. 33, che configurava una giurisdizione tendenzialmente onnicomprensiva, non rientrano nella giurisdizione esclusiva le controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o a cose, per le quali vale peraltro, come ora si dirà, altra ragione preclusiva. Una ulteriore limitazione, di portata

generale, si desume altresì, indirettamente, dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 1, nella parte in cui devolve alla giurisdizione del giudice amministrativo anche le controversie aventi ad oggetto "i comportamenti" della pubblica amministrazione in materia urbanistica ed edilizia, illegittimità conseguente al rilievo che nelle controversie determinate da meri comportamenti la pubblica amministrazione non esercita alcun pubblico potere a fronte del quale siano configurabili posizioni di interesse legittimo tutelabili dal giudice amministrativo. Analoga considerazione vale infatti anche per le controversie che, in materia di pubblici servizi, possono insorgere a fronte di meri comportamenti materiali (o di omissioni, tra le quali non è tuttavia riconducibile l'ipotesi del silenzio normativamente qualificato) della pubblica amministrazione. Si tratterà, prevalentemente, di controversie risarcitorie, che, anche sotto tale profilo, esulano quindi dalla giurisdizione amministrativa esclusiva. In conclusione, dalla proposta esegesi dell'art. 33, nel testo risultante dalla sentenza n. 204 del 2004, discende che, affinché sia configurabile, nella materia dei pubblici servizi, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo estesa alla cognizione dei diritti soggettivi è necessario: a) che le controversie insorgano nelle situazioni nelle quali la pubblica amministrazione agisce come autorità: come di norma avviene quando l'amministrazione instaura e svolge un rapporto di concessione di pubblico servizio, quando l'amministrazione (o il gestore) adotta provvedimenti concernenti il servizio secondo determinati procedimenti, quando l'amministrazione affida il servizio, vigila e controlla; b) che la controversia non abbia natura patrimoniale; c) che la controversia non sia determinata dall'adozione di meri comportamenti materiali od omissioni.

13. Non ha mancato di considerare la Corte costituzionale, in relazione a profili di illegittimità fatti valere con le ordinanze di rimessione, che l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva, estesa alla cognizione dei diritti soggettivi eventualmente concorrenti con gli interessi legittimi nelle particolari materie di cui agli artt. 33 e 34, come rimodellati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004, determina certamente la sottrazione al controllo di legittimità della Corte di cassazione, previsto dall'art. 111, comma 7, Cost., delle decisioni del giudice amministrativo aventi ad oggetto diritti soggettivi. Ma tale sacrificio è ritenuto giustificato dalla Corte costituzionale, in base al rilievo che è la stessa Costituzione, nel suindicato art. 111, comma 7, a prevedere che siano sottratte al vaglio di legittimità della Corte di cassazione le pronunce che investono diritti soggettivi nei confronti dei quali, nel rispetto della "particolarità della materia", ai sensi dell'art. 103 Cost., il legislatore ordinario prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Ciò è indubbiamente esatto sul piano formale, ma resta il dubbio se una cospicua dilatazione della giurisdizione esclusiva (che era ristretta in ambito assai limitato al momento in cui la Costituzione fu redatta), attenuandone il carattere di marginalità e specialità, non rischi di mettere in crisi la ragionevolezza dell'esclusione del controllo prevista dallo precetto costituzionale in relazione ad un diverso assetto del riparto di giurisdizione.

14. Di notevole rilievo, ai fini della configurazione della giurisdizione amministrativa, sono le considerazioni svolte dalla sentenza n. 204 del 2004 in relazione all'art. 7 della legge n. 205 del 2000 nella parte in cui (lettera c) sostituisce l'art. 35 del d.lgs. n. 8° del 1998. In relazione a tale disposizione, la sentenza ha ritenuto di dover precisare che la adottata dichiarazione di illegittimità costituzionale non la investiva in alcun modo. Ha infatti rilevato che 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*". Ed ha soggiunto che 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, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola che imponeva, una volta 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 (regola

alla quale era ispirato anche l'art. 13 della legge n. 142 del 1992, che pure era di derivazione comunitaria), costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost. La Corte si è quindi decisamente espressa per la conformità a Costituzione di una giurisdizione amministrativa configurata dal legislatore ordinario in modo tale da assicurare la concentrazione della tutela degli interessi legittimi davanti al giudice amministrativo, dotandolo di poteri adeguati, tra i quali è compreso quello di disporre anche dello strumento di tutela costituito dal risarcimento del danno. Si tratta di considerazioni che investono sicuramente il comma 1 dell'art. 35, come sostituito dalla lettera c) dell'art. 7 della legge n. 205 del 2000, nel quale è previsto che *“Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto”*. La Corte ha evidentemente riguardo agli interessi legittimi dei quali il giudice amministrativo conosce (unitamente ai diritti soggettivi) in sede di giurisdizione esclusiva, e ritiene realizzata dalla norma in esame l'esigenza di effettività della loro tutela mediante l'attribuzione del potere ulteriore (rispetto a quello classico di annullamento o conformativo) di pronunciare condanna al risarcimento del danno. Qualche dubbio può porsi, invece, circa l'estensione della valutazione compiuta dalla Corte anche al comma 4 dell'art. 35, in virtù del quale il comma 3 dell'art. 7 della legge n. 1034 del 1971, recita ora: *“Il tribunale regionale amministrativo, 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.”* Dubbio che, peraltro, si presta ad essere superato non solo in ragione del riferimento, nella sentenza, alla lettera c) dell'art. 7, senza ulteriori distinzioni, con conseguente equiparazione, nella (positiva) valutazione della Corte, delle due disposizioni, ma anche dal rilievo che ad esse, nonostante la diversità di formulazione (“dispone...il risarcimento”; “conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno”), va riconosciuta eguale portata: quella di norme volte a dotare il giudice amministrativo, quale giudice della tutela degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione, di ulteriori poteri rispetto a quelli classici demolitori o conformativi, mediante l'erogazione anche della tutela risarcitoria. Una diversa lettura del comma 4, che, valorizzando il termine “conosce”, conduca a ritenerla norma volta ad ampliare l'ambito della giurisdizione generale di legittimità estendendolo alla cognizione di una determinata categoria di diritti soggettivi (i diritti patrimoniali consequenziali, ivi compreso il risarcimento del danno, inteso come diritto di credito), esporrebbe la norma a fondati dubbi di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 111, comma 7, Cost., in quanto suscettiva di determinare la sottrazione al controllo di legittimità della Corte di cassazione pronunce del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, su alcuni diritti, senza che possa invocarsi neppure la giustificazione costituita dalla “particolarità della materia”. Una lettura della norma costituzionalmente orientata deve quindi far propendere per una diversa interpretazione, nel senso che, in virtù del novellato art. 7, comma 3, della legge n. 1034 del 1971, il giudice amministrativo, quale giudice naturale degli interessi legittimi, può accordare ad essi, oltre alla tutela tradizionale di tipo demolitorio o conformativo, quella “ulteriore” costituita dal risarcimento del danno. La giurisdizione amministrativa, sia esclusiva che di legittimità, in virtù delle due suindicate disposizioni, nel sistema delineato dalla legge n. 205 del 2000, integrata dalla sentenza n. 204 del 2004, assume quindi la consistenza di giurisdizione piena in quanto estesa alla tutela di tipo risarcitorio degli interessi legittimi. Per la giurisdizione esclusiva provvede il comma 1 dell'art. 35, che è norma: che ha portata generale, nel senso che, in difetto di riferimento alle specifiche ipotesi di cui agli artt. 33 e 34, riguarda qualsiasi ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva; che comporta per tale tipo di giurisdizione il superamento del tradizionale limite posto dall'art. 30 del r.d. n. 1054 del 1924, e ribadito dall'art. 7, comma 3, della legge n. 1034 del 1971, originariamente riguardante le controversie concernenti i diritti patrimoniali consequenziali, ma che successivamente, secondo la Corte costituzionale (sent. n. 292/2000), nell'evoluzione della giurisdizione esclusiva, avevano finito con l'identificarsi con le pretese risarcitorie; che realizza la concentrazione di una tutela potenzialmente esaustiva davanti al giudice amministrativo nelle ipotesi in cui conosce indifferentemente di interessi legittimi e di diritti soggettivi, così attuando i valori costituzionali dell'effettività della tutela (art. 24 Cost.) e della ragionevole durata del processo

(art. 111, comma 2, Cost.), e rifiutando invece il modello della tutela per gradi successivi, prima davanti al giudice amministrativo e poi davanti al giudice ordinario, del quale era espressione l'art. 13 della legge n. 142 del 1992. Per la giurisdizione generale di legittimità provvede il novellato art. 7, comma 3, della legge n. 1034 del 1971, che è norma di portata generale, nel senso che opera al di fuori di un ambito di materia (diversamente da quanto avveniva per la norma risultante dalla precedente sentenza n. 292/2000, seguita dalla n. 281/2004), che conferisce al giudice amministrativo, quale giudice ordinario degli interessi legittimi, il potere di accordare ad essi la tutela ulteriore (rispetto a quella classica di tipo demolitorio, per gli interessi oppositivi, o conformativo, per quelli pretensivi) costituita dal risarcimento del danno. E' questo, sicuramente, l'aspetto di maggior rilievo della ridefinizione della giustizia amministrativa che ci viene consegnata dalla legge n. 205 del 2000 e dalla sentenza n. 204/2004. La tutela risarcitoria degli interessi legittimi trova quindi pieno riconoscimento nell'ambito della giurisdizione amministrativa (esclusiva o di legittimità), come mezzo di tutela ulteriore, rispetto a quelli classici, e complementare ad essi, ai fini della tendenziale realizzazione di una tutela effettiva di tale posizione giuridica soggettiva. Il carattere ulteriore, e quindi complementare, della tutela risarcitoria degli interessi legittimi, dovrebbe indurre a ritenere che questa debba essere richiesta, in sede di giurisdizione generale di legittimità, congiuntamente all'impugnazione di un provvedimento amministrativo al fine di ottenere un giudicato demolitorio o conformativo, e quindi nel rispetto dei termini di decadenza, e che ad essa il giudice amministrativo possa fare luogo solo quale completamento della erogata tutela di annullamento o conformativa.

15. Resta aperto il problema della configurabilità di una residua competenza del giudice ordinario in relazione a pretese risarcitorie conseguenti all'esercizio illegittimo dell'azione amministrativa, proposta indipendentemente dall'impugnazione del provvedimento, alla caducazione del quale sia venuto meno l'interesse, chiedendo al giudice di accertarne la illegittimità, quale elemento costitutivo della responsabilità da atto illecito ex art. 2043 c.c. La praticabilità di tale forma alternativa di tutela dell'interesse legittimo (ritenuto risarcibile, al pari di ogni altra posizione soggettiva giuridicamente rilevante, dalla sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 500/1999), se era ragionevolmente sostenibile in un sistema nel quale non era data una giurisdizione amministrativa davanti alla quale fosse possibile concentrare, per il titolare di interessi legittimi, la tutela demolitoria o conformativa e la tutela risarcitoria (dovendo questa essere richiesta al giudice ordinario dopo la riesplorazione dell'interesse legittimo in diritto soggettivo), non sembra esserlo più nel vigente sistema, che tale concentrazione assicura davanti al giudice al quale è affidata la tutela nei confronti dell'amministrazione-autorità degli interessi legittimi, dotandolo del potere di disporre (anche) il risarcimento del danno, se non ritenendo che non sia consentito svolgere davanti al giudice amministrativo, quale giudice al quale è riservato (secondo quanto ritenuto dalla Corte costituzionale) il sindacato sull'esercizio del potere amministrativo, una domanda limitata al mero accertamento dell'illegittimità del provvedimento lesivo ed alle consequenziali pronunce risarcitorie.

16. Non può tuttavia trascurarsi di rilevare che il giudice amministrativo, nel disporre il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, in sede di giurisdizione generale di legittimità, deve fare applicazione di regole sostanziali dettate dal codice civile ed appartenenti al diritto privato, la cui conformità alla legge non sarà soggetta, ai sensi dell'art. 111, commi 7 e 8, Cost., al controllo della Corte di cassazione. Conseguente che, nel caso di eventuali divergenze di interpretazione ed applicazione di norme recanti la disciplina dell'istituto del risarcimento del danno tra giudice amministrativo e giudici ordinari, queste non potranno essere composte in una comune sede superiore, e non sarà consentito alla Corte di cassazione di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge (art. 65 r.d. n. 12 del 1041). Non sembra che per sciogliere il dubbio di legittimità costituzionale possa valere il punto n. 3.3. della sentenza n. 204/2004, che ha riguardo alle sole ipotesi di giurisdizione esclusiva su "particolari materie".