



*In corso di pubblicazione negli atti del Convegno su "I comportamenti della Pubblica Amministrazione", tenutosi a Catania, nei giorni 17-18 novembre 2006*

## Osservazioni in tema di giurisdizione e potere pubblico

*di Donato Messineo  
(dottorando di ricerca in diritto costituzionale presso la  
Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara)*

*Sommario:* 1. Considerazioni introduttive. Le *rationes* della giurisdizione esclusiva – 2. Gli accertamenti imposti dalla Corte costituzionale – 3. La giurisdizione amministrativa esclusiva sopravvissuta alla sua *ratio* – 4. Profili problematici. Il controverso valore dell'*original intent of the Framers* – 5. Una smagliatura nella motivazione della Corte? – 6. Una vicenda emblematica: il crocifisso nelle aule scolastiche.

1. La diffusa spiegazione della giurisdizione amministrativa esclusiva, a partire dalla Relazione sul r.d. n. 2840/1923, mette in evidenza l'esigenza di evitare difficili accertamenti circa la natura della situazione soggettiva dedotta [1]. Il generale criterio di riparto delle giurisdizioni, fondato sulla considerazione della *causa petendi* (per cui, in linea di principio, il giudice ordinario conosce dei diritti soggettivi ed il giudice amministrativo degli interessi legittimi) si rivela spesso inappagante, per il fatto di imporre valutazioni troppo gravose. In molte materie isolare i due tipi di situazioni soggettive risulterebbe particolarmente complesso. L'attribuzione a titolo di giurisdizione esclusiva delle controversie afferenti a siffatte materie consentirebbe di prescindere dalla natura della situazione soggettiva dedotta in giudizio, ed eliminare incertezze nella ripartizione delle giurisdizioni.

Tali 'storiche' motivazioni andrebbero probabilmente riviste alla stregua dei principi introdotti dalla Costituzione repubblicana a proposito del riparto di giurisdizioni, ma anche di quelli relativi alla tutela aquiliana delle situazioni

soggettive. Infatti, evitare la difficile ricerca del momento in cui il potere pubblico si manifesta, e correlativamente emerge l'interesse legittimo, trova un collegamento con il principio costituzionale della precostituzione del giudice per legge [2], agevolando il titolare del diritto alla difesa giurisdizionale nell'individuazione della giurisdizione da adire. Sembra questa l'implicazione più pregnante, sul piano dell'implementazione dei principi costituzionali, della constatazione secondo cui “*quando rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice, sia esso ordinario o amministrativo*”, “*la controversia supera il discrimine tra diritti e interessi*” [3]. Al di là della prospettazione diffusa, l'istituto in parola può essere visto come uno strumento per assicurare effettività alla tutela giurisdizionale nell'ambito di un sistema caratterizzato dalla presenza di più giurisdizioni. Gli assetti determinati in materia dai recenti interventi del giudice costituzionale, di cui alle sentt. nn. 204/2004 e 191/2006, meritano allora di essere esaminati alla luce di queste chiavi di lettura [4].

2. Invero, si può dubitare che la giurisdizione esclusiva amministrativa, di cui agli artt. 33 s., d. lgs. n. 80/1998, dopo la riformulazione ad opera della Corte costituzionale, sia ancora conforme alla ricostruzione che vi ravvisa la *ratio* di evitare complesse delibazioni sui rapporti tra potere pubblico e posizioni soggettive. In estrema sintesi, può dirsi che nelle due pronunce il giudice delle leggi ha reputato che la Costituzione consente al legislatore di attribuire alla giurisdizione amministrativa esclusiva solo materie nelle quali sia dato incontrare, *in via tipica*, l'esercizio di poteri autoritativi da parte della pubblica amministrazione. In coerenza con tale premessa, la Corte ha ridisegnato l'ambito dell'istituto, con particolare riferimento alle materie dei pubblici servizi, dell'urbanistica e dell'edilizia. In proposito si è notato che la sent. n. 204 ha posto un onere a carico dell'utente della giustizia, poiché a costui si richiede di individuare, nell'ambito di complessi rapporti (quali quelli inerenti ai servizi pubblici o all'uso del territorio), ciò che può essere imputabile alla amministrazione quale autorità e ciò che non lo è [5]. Certo, la giurisdizione amministrativa esclusiva, come rivisitata dalle riferite sentenze, può riguardare in concreto controversie attinenti anche soltanto a diritti soggettivi: tuttavia, per ricondurre una lite, anche siffatta, alla giurisdizione amministrativa esclusiva occorrerebbe comunque appurare che nell'ambito considerato la pubblica amministrazione *normalmente* agisca con poteri autoritativi – quantunque in concreto non esercitati [6]. Così, ad esempio, si è osservato che “il comportamento crea più problemi dopo la sua scomparsa, di quanti benefici si proponeva di assicurare l'originaria sua previsione” [7]. La constatazione è stata riferita alle controversie sui comportamenti della pubblica amministrazione in materia di edilizia ed urbanistica, poiché l'art. 34, d. lgs. n. 80/1998, come riformulato dalla Corte costituzionale,

impone di distinguere tra comportamento – anche mediamente – espressione di potere autoritativo e comportamento materiale in senso stretto. Un'aporia sembra allora segnare l'assetto scaturito dagli interventi del giudice costituzionale. Questi ultimi hanno ridisegnato la giurisdizione amministrativa esclusiva in modo tale da renderla inidonea a risolvere gli inconvenienti, legati alla fisionomia del riparto di giurisdizioni, per il cui superamento l'istituto medesimo era stato disciplinato. Le sentt. nn. 204 e 191 impongono proprio quei problematici accertamenti, relativi – per così dire – all'epifania o all'esercizio del potere pubblico, che l'istituto della giurisdizione esclusiva avrebbe la funzione di evitare.

3. All'indomani della sent. n. 204 ci si era interrogati sulla stessa sopravvivenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, poiché quella pronuncia pareva averne dissolto la nozione. Infatti, di fronte all'esercizio di poteri autoritativi da parte della pubblica amministrazione il privato vanterebbe sempre e solo interessi legittimi: pertanto, le controversie che, nell'ottica della Corte, sono ascritte alla giurisdizione esclusiva sarebbero già tutte ricomprese, per definizione, nella giurisdizione generale di legittimità [8]. Si era anche proposta una lettura della sent. n. 204 compatibile sia con la nozione di giurisdizione esclusiva come giurisdizione anche su diritti soggettivi, sia con la tradizionale impostazione che esclude la coesistenza di questi ultimi con il potere pubblico. Si era infatti sottolineato come nelle materie in cui esiste il potere amministrativo ben possono sussistere anche diritti soggettivi, estranei alla relazione che abbraccia interesse legittimo e potere: *ché interessi legittimi (e correlati poteri) e diritti, sarebbero sì intrecciati, “ma nella materia e non già nella relazione giuridica”* [9]. Questa ricostruzione ha certo il pregio di preservare valore precettivo alle norme interpretate, poiché vi attribuisce l'effetto di ricondurre alla giurisdizione amministrativa una serie di controversie in questa altrimenti non ricomprese in applicazione del generale criterio di riparto. Nondimeno, il paradosso che si vorrebbe superare non sembra realmente scongiurato; a ben vedere ne muta solo l'oggetto, poiché la giurisdizione amministrativa esclusiva, così concepita, sopravvive sì agli interventi della Corte costituzionale, ma finisce per sopravvivere anche alla propria *ratio*. L'operazione compiuta dal giudice delle leggi, pur non avendo cancellato l'istituto, ha avuto l'effetto di “normalizzarlo”: la rilettura della Corte ha riassorbito il valore dirompente dell'attribuzione al giudice amministrativo di interi blocchi di materie, poiché l'interprete deve ormai calarsi all'interno di tali blocchi, per andare a distinguere rapporto da rapporto, controversia da controversia; e questa operazione non è affatto dissimile da quella necessaria ai fini dell'applicazione dell'ordinario criterio di riparto [10]. In effetti, già a proposito della sent. n. 204 si era prontamente osservato che le tradizionali lenti che la Corte ha imposto

all'interprete di inforcare, allo scopo di condurre la verifica ora riferita, non sembrano più adeguate per leggere i rapporti tra pubblica amministrazione e privati. “Le dicotomie autorità-consenso, pubblico-privato, diritto-interesse legittimo, nei termini così netti enunciati nella sentenza, non corrispondono più alla prassi dell'amministrazione ed al contenuto della legislazione di settore”, pertanto, non si può fare affidamento su tali distinzioni per individuare “i casi in cui vi sia esercizio della funzione pubblica e spendita del relativo potere”: è per tale ragione che i confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo appaiono adesso più ristretti, ma non anche più sicuri [11]. Il riferimento operato dalla Corte al potere autoritativo dell'amministrazione quale chiave di lettura della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo [12] non fornisce all'interprete saldi punti di riferimento, poiché l'autoritatività è connotazione dell'agire amministrativo della quale sono state offerte numerose definizioni, che rimandano addirittura a diverse concezioni di fondo del diritto amministrativo [13]: sicché il criterio si rivela inidoneo a marcare la linea di confine tra rapporti pubblicistici e rapporti privatistici [14].

Ad ogni modo, nella sent. n. 191 la Corte ha confermato i principi già enunciati con la sent. n. 204, allorché ha reputato “conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a ‘comportamenti’ (di impossessamento del bene altrui) *collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere*”; e dichiarato “costituzionalmente illegittima la devoluzione alla giurisdizione esclusiva di ‘comportamenti’ posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto” [15].

Oltre ai rilievi sinora ricordati, occorre notare che la posizione della Corte solleva profili problematici che attengono alla medesima metodologia interpretativa adoperata [16].

Inoltre, come ancora si vedrà, anche a muoversi all'interno dei binari argomentativi tracciati dalla Corte, pare che il ragionamento da questa proposto nella sent. n. 204 provi troppo, e risulti talvolta inapplicabile. A ragionare per paradossi, infatti, e se non fosse stata nel frattempo superata dal d. lgs. n. 29/1993 e dal successivo d. lgs. n. 80/1998, alla stregua della sent. n. 204 non risulterebbe possibile spiegare nemmeno l'esperienza della giurisdizione amministrativa esclusiva sul pubblico impiego sancita dal t.u. sul Consiglio di Stato, la quale si è esercitata prevalentemente su diritti soggettivi privati contrapposti ad una amministrazione non autoritativa, da ben prima del '48 fino ai tardi anni '90 [17].

Infine, va evidenziato che l'applicazione del criterio elaborato dal giudice costituzionale appare problematica

persino con riferimento a ipotesi che pure a prima vista parrebbero prestarsi particolarmente bene ad essere lette attraverso il prisma del rapporto autorità-libertà, come ad esempio il contenzioso sull'esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche [18].

4. Per il giudice costituzionale, la necessità che la giurisdizione esclusiva riguardi materie in cui sia presente un potere autoritativo deriverebbe dall'interpretazione dell'art. 103 Cost. alla luce del sistema di giustizia amministrativa che la Costituzione repubblicana avrebbe recepito. La disposizione, nella parte in cui affida alla legge di individuare “*particolari* materie” nelle quali il giudice amministrativo conosce “*anche* dei diritti soggettivi”, riconoscerebbe l'assetto preesistente e vi darebbe copertura per l'avvenire. Tale assetto appare alla Corte caratterizzato dalla regola generale per cui la cognizione dei diritti soggettivi spetta in via tipica al giudice ordinario, e solo eccezionalmente al giudice amministrativo. Così, l'aggettivo “particolari”, riferito dal testo costituzionale alle materie che è possibile affidare alla giurisdizione amministrativa esclusiva, varrebbe a circoscrivere la discrezionalità dell'attribuzione legislativa ai casi in cui l'amministrazione compare come autorità; l'avverbio “anche” starebbe a indicare che si debba trattare di materie in prevalenza popolate da interessi legittimi. Per giungere a tale conclusione, la Corte ha dato ampio spazio all'esame dei lavori dell'Assemblea Costituente, dai quali risulta l'intenzione di assorbire nella Costituzione i principi di cui all'allegato E della legge 2248/1865.

Tale modo di procedere evoca l'annoso interrogativo circa il peso da attribuire all'*original intent of the Framers* ai fini dell'interpretazione costituzionale. La questione è oggetto di dispute alle quali sono sottese alternative di natura culturale ed ideale, che rimandano a modi diversi di concepire il ruolo dell'interprete, gli equilibri della forma di governo e lo stesso diritto costituzionale [19]. Invero, l'approccio che esaurisce l'interpretazione nell'esegesi storico-letterale delle singole enunciazioni costituzionali – o addirittura, come nel caso di specie, di alcune loro parole: “particolari”; “anche” – appare insoddisfacente, poiché ad esso è connaturata una intrinseca carica di resistenza verso i mutamenti istituzionali. Pare invece più equilibrato riferirsi al limite dell'intenzione storica del Costituente, secondo quanto suggerito da una dottrina, “al solo scopo di segnare un confine ai significati della norma”, per “rapportarsi (cioè) a dei punti di partenza in qualche modo oggettivizzati”, accettando però che “l'esplicitazione di significati connessa all'attività ermeneutica” eventualmente sfoci “in determinazioni” anche “apertamente critiche rispetto a quei punti di partenza” [20].

Pertanto, non sembra che il problema del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo

possa essere impostato in termini di mera interpretazione della Costituzione repubblicana [21]. Del resto, ciò è confermato dalla giurisprudenza costituzionale relativa alla giurisdizione della Corte dei conti. In un primo tempo infatti la Corte ha reputato che l'art. 103, c. 2 Cost. avesse riconfermato e per certi versi ampliato la giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica, dovendosi ritenere che “il principio dell'art. 103 conferisca capacità espansiva alla disciplina dettata dal t.u. del 1934 per gli agenti contabili dello Stato, consentendone l'estensione a situazioni non espressamente regolate in modo specifico” [22]. Successivamente però il giudice costituzionale, con la sent. n. 641/1987 [23], ha avallato il drastico ridimensionamento legislativo della medesima giurisdizione, allorché ha rigettato la questione concernente l'art. 18, l. n. 349/1986, che aveva attribuito al giudice ordinario l'intera materia del risarcimento del danno ambientale, facendo salva la giurisdizione della Corte dei conti solo in alcune limitate ipotesi di responsabilità amministrativa. L'assetto scaturito da tale intervento legislativo si porrebbe in armonia con linee di tendenza profonde dell'ordinamento, poiché – ha considerato la Corte – la giurisdizione della Corte dei conti sulle materie di contabilità pubblica rappresenterebbe pur sempre una deroga alla regola generale per cui il giudice ordinario è il giudice naturale dei diritti soggettivi [24].

A ben vedere, se si confrontano le affermazioni delle Corte costituzionale anteriori alla sent. n. 641/1987 con l'impostazione accolta in tale pronuncia, si deve rilevare che, in momenti diversi, il giudice costituzionale ha attribuito alla Costituzione due linee di tendenza opposte e inconciliabili. In un primo tempo, infatti, la Corte era attestata sull'idea che l'art. 103, c. 2 ponesse *un principio espansivo* quanto alla giurisdizione della Corte dei conti nelle materie di contabilità pubblica, essendo questa caratterizzata dalla “tendenziale generalità” [25]. In quest'ottica, la piena attuazione del precetto costituzionale avrebbe semmai richiesto l'eliminazione delle preesistenti limitazioni legislative alla giurisdizione contabile, piuttosto che l'introduzione di ulteriori. Nella sent. n. 641 si è all'opposto riconosciuta nell'attribuzione delle controversie sul danno ambientale al giudice ordinario l'implementazione del principio che vede in quest'ultimo il giudice naturale dei diritti soggettivi (e, dunque, della responsabilità patrimoniale), e nella giurisdizione contabile *una deroga da contenere* entro margini ragionevoli [26]. La contraddizione pare emblematica dell'impossibilità di rinvenire nella Costituzione cogenti linee di confine, invalicabili da parte del legislatore nella rielaborazione del riparto delle giurisdizioni.

Essa alimenta l'insoddisfazione verso l'approccio teso a valorizzare, nella materia *de qua*, il riferimento all'intenzione storica del Costituente, poiché la stessa si

rivela quanto mai ambigua e sfuggente.

5. Il fatto che la Corte abbia ricollegato l'ambito applicativo della disciplina sottoposta al proprio vaglio ad una nozione talmente sfuggente, quale quella del potere pubblico autoritativo, per di più nell'adottare una sentenza di carattere spiccatamente manipolativo, di per sé potrebbe suscitare qualche riserva. Ma la sistemazione proposta dal giudice costituzionale desta perplessità anche alla luce di un altro elemento, attinente all'evoluzione storica della giurisdizione amministrativa esclusiva, che sembra inficiarne la coerenza. Se, come accennato, ricostruire in positivo la fisionomia dell'"atto autoritativo", in modo da isolare le manifestazioni di volontà della pubblica amministrazione riconducibili a tale *genus*, appare compito alquanto complesso, sembra invece più agevole mettere a fuoco una serie di atti e comportamenti della pubblica amministrazione di natura sicuramente non autoritativa. Nella dogmatica, infatti, all'atto autoritativo si contrappone per definizione il c.d. atto paritetico. Esso "non è (un) atto amministrativo nel vero senso della parola, non costituisce manifestazione di un potere di supremazia della pubblica amministrazione, ma si pone, piuttosto, sulla stessa linea degli atti che possono essere posti in essere anche da un soggetto di diritto privato, in una sfera nella quale sussiste pariteticità di posizioni" [27]. Mediante tali atti, la pubblica amministrazione, per mezzo di un'attività di accertamento a carattere vincolato, determina unilateralmente l'entità dei propri obblighi e dei diritti altrui, inerenti a specifici rapporti, dei quali tuttavia essa non può, da sola, fissare l'assetto definitivo [28].

Come si sa, la categoria è stata elaborata in tempi ormai non recenti dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, proprio nell'esercizio della giurisdizione esclusiva, per aggirare l'ostacolo costituito dall'art. 26 del t.u. del 1923, che ne limitava la cognizione all'impugnazione di formali atti amministrativi. Il problema si poneva particolarmente con riferimento alle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dal r.d. 2840/1923, poi trasfuso negli artt. 29 s. del r.d. 1054/1924, in vigore anche dopo l'avvento della Costituzione del 1948. L'art. 29 aveva, per l'appunto, riguardo ai "ricorsi relativi al rapporto d'impiego prodotti dagli impiegati dello Stato, degli enti od istituti pubblici sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dell'amministrazione centrale dello Stato o da agenti di ferrovie e tramvie concesse all'industria privata ai sensi dell'art. 15 del r.d.l. 19 ottobre 1923, n. 2311, quando non si tratti di materia spettante alla giurisdizione della Corte dei conti o a quella di altri corpi o collegi speciali". Tali controversie prendevano quasi sempre le mosse dalla contestazione della legittimità di un atto della pubblica amministrazione quale datore di lavoro, come la determinazione di stipendi, di indennità, di emolumenti, di

trattamenti di licenziamento e di quiescenza spettanti agli impiegati: ed infatti, proprio tali atti sono stati assunti dalla manualistica quali esempi – per così dire – ‘scolastici’ di atti paritetici [29]. Attraverso la nozione in parola, si adattavano a giudizi sostanzialmente d’accertamento le forme processuali ideate dal legislatore per il processo amministrativo, di tipo impugnatorio [30]: a causa del riferito art. 26, persino il mero inadempimento di una prestazione pecuniaria da parte della pubblica amministrazione doveva essere artatamente sussunto al *genus* del provvedimento, affinché il Consiglio di Stato potesse conoscerne [31]. In realtà, però, la giurisdizione amministrativa esclusiva di cui all’art. 29 si svolgeva per larga parte non soltanto su atti amministrativi non autoritativi, ma persino su meri comportamenti della pubblica amministrazione, qualificati come provvedimenti solo alla stregua di una finzione giuridica.

Questo modello di giurisdizione è stato certo presupposto dall’art. 103 Cost. Ora, la coerenza interna del ragionamento della Corte andrebbe riverificata alla luce di tale dato.

La giurisdizione esclusiva sul pubblico impiego disciplinata dalla riforma del 1923 era pur sempre relativa – per così dire – ad una ‘classe di situazioni giuridiche’, per quanto particolarmente articolate, più che ad un complessivo settore d’intervento, legislativamente definito, quali quelli (servizi pubblici, uso del territorio) presi in considerazione dalla disciplina del 1998 [32]; e spesso si sottolinea che nella giurisdizione amministrativa – in generale, e segnatamente in quella esclusiva sul pubblico impiego – non hanno trovato ingresso azioni di accertamento autonomo del rapporto [33]. Epperò, talune ricostruzioni, già in passato, riconoscevano nella distinzione tra atti autoritativi e atti paritetici il portato di un principio più ampio, secondo cui “la giurisdizione esclusiva” abbraccerebbe “tutte intere le materie (o le sub-materie) indicate dalla legge, prescindendo dalla interferenza di ulteriori limiti, stabiliti secondo criteri di indole diversa”, in linea con le “finalità ‘politiche’ dell’istituto, volto essenzialmente ad evitare le difficoltà di ricerca della giustizia competente” [34]. Tali considerazioni offrono utili spunti per valutare criticamente i presupposti argomentativi delle sentt. nn. 204 e 191. In esse, la Corte ha fondato il richiamo al potere autoritativo quale necessario punto di riferimento della cognizione del giudice amministrativo sulla constatazione che la Costituzione del 1948 avrebbe recepito i previgenti principi relativi alla materia della giustizia amministrativa [35]. Alla stregua di tali principi – ha ragionato la Corte – il rapporto tra giudice ordinario e giudice amministrativo quanto alla cognizione su diritti soggettivi sarebbe rapporto di regola ad eccezione, così come, all’interno della giurisdizione del giudice amministrativo, di regola ad eccezione sarebbe il rapporto

tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione esclusiva: è per questo che la “particolarità” delle materie cui fa riferimento l’art. 103, c. 1 Cost. andrebbe intesa nel senso di una connotazione pubblicistica delle stesse.

Alla luce di queste riflessioni, però, la ricostruzione della Corte appare problematica: vi si omette infatti di considerare che proprio quell’assetto del sistema di giustizia amministrativa che la Costituzione avrebbe recepito contemplava anche importanti ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva su ambiti attraversati da atti tipicamente non autoritativi, a contenuto pressoché vincolato, indirizzati a titolari di diritti soggettivi [36]: nel contenzioso sui diritti pecuniari dei dipendenti pubblici l’amministrazione compariva davanti al giudice amministrativo più nelle vesti di comune debitore che in quelle di soggetto di supremazia. Pertanto, sembra doversi affermare che le argomentazioni della Corte provino troppo: pare infatti che ove la Costituzione abbia davvero recepito la regola enucleata dalla Corte, essa non possa che avere recepito anche... una facoltà di derogarvi ben più ampia di quella adesso riconosciuta dal giudice delle leggi [37].

6. Mutando angolo visuale, può considerarsi adesso una peculiare vicenda applicativa del criterio elaborato dalla Corte, che lo sottopone a *stress*. Negli ultimi anni, hanno destato clamore le problematiche originate dalle azioni in giudizio di alcuni genitori, finalizzate alla rimozione del crocifisso dalle aule scolastiche frequentate dai figli [38]. Siffatte iniziative suscitano importanti interrogativi in tema di giurisdizione, sui quali hanno avuto modo di pronunciarsi sia il Consiglio di Stato che la Corte di Cassazione. I provvedimenti dei due giudici hanno fatto seguito all’ord. n. 389/2004 della Corte costituzionale. Essa ha considerato manifestamente inammissibile la questione di legittimità relativa alle norme di cui all’art. 119 e allegata tabella C) del r.d. 1297/1928 – che prescrive l’affissione del crocifisso nelle aule scolastiche – proposta dal TAR Veneto. La questione era stata sollevata sul presupposto, poi disatteso dalla Corte, che le riferite norme costituissero diritto vivente di origine regolamentare, a tal punto saldatosi con la fonte legislativa in tema di arredo scolastico (il d. lgs. n. 297/1994), da poter essere sindacato dal giudice delle leggi. Nell’ordinanza di rinvio si era fatta in tal modo un’applicazione alquanto discutibile della tesi favorevole all’estensione del sindacato di legittimità sulle disposizioni regolamentari che concretizzano il significato della fonte primaria [39]. L’assorbimento nella fonte primaria del precetto specificato dalla fonte secondaria avrebbe infatti operato in relazione ad un regolamento (a tacer d’altro) di molto anteriore alla legge della quale esso dovrebbe incarnare il significato [40]: sicché l’entrata in vigore del d. lgs. n. 297 sarebbe stata di molto successiva rispetto... alla determinazione del proprio significato [41].

Più che il merito della questione, se le predette norme regolamentari possano considerarsi ancora in vigore, qui interessano i profili relativi alla giurisdizione [42].

Ebbene, per le Sezioni unite della Cassazione [43] “non è contestabile che l’affissione del crocifisso nelle scuole avvenga sulla base di provvedimenti dell’autorità scolastica conseguenti a scelte dell’Amministrazione, contenute in regolamenti e circolari ministeriali, riguardanti le modalità di erogazione del pubblico servizio, e quindi riconducibili (...) alla potestà organizzatoria della stessa”. Il giudice del riparto ha affermato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi, in applicazione dell’art. 33, d. lgs. n. 80/1998, “venendo qui in discussione provvedimenti dell’autorità scolastica” di attuazione di “disposizioni di carattere generale adottate nell’esercizio del potere amministrativo e quindi riconducibili alla pubblica amministrazione-autorità”. Analoghe considerazioni si rinvencono nella sent. n. 556/2006 del Consiglio di Stato [44], che avendo ravvisato “atti riconducibili all’espressione di una potestà regolamentare dell’Amministrazione, potestà quindi tipicamente discrezionale”, ha correlativamente riscontrato l’esercizio del potere pubblico, ed affermato la giurisdizione del giudice amministrativo. Entrambi i giudici hanno riconosciuto un potere di scelta in capo alla pubblica amministrazione, cui spetterebbe la decisione in merito all’esposizione del crocifisso: l’affermazione della giurisdizione amministrativa è stata ricollegata in entrambe le decisioni all’esercizio di potestà discrezionali da parte dell’amministrazione scolastica [45].

Tale comune passaggio argomentativo, centrale nell’economia delle pronunce in punto di giurisdizione, non va esente da osservazioni critiche. Nell’attuale ordinamento costituzionale, informato al pluralismo, la decisione sull’esposizione dei simboli religiosi nei luoghi pubblici concorre a delineare il contenuto della libertà religiosa ed a specificare il significato della laicità dello Stato, sicché deve collocarsi almeno al livello legislativo [46]. Lo si evince del resto da un passaggio del provvedimento della Cassazione, in cui si evoca il complesso bilanciamento tra il principio di laicità dello Stato, il potere organizzatorio della pubblica amministrazione, le esigenze di tutela delle minoranze: la legge appare la fonte abilitata a sancire il punto di equilibrio tra i confliggenti principi costituzionali. L’esposizione del crocifisso non può rientrare oggi nella disponibilità della fonte regolamentare: la Costituzione, lastricata di riserve di legge relativamente alle limitazioni ai diritti fondamentali, non ammette certo, in materia, poteri di amministrazione esercitabili discrezionalmente. Come si sa, però, l’osservanza delle norme sulla competenza va valutata con riferimento al momento in cui l’atto è stato emanato (*tempus regit actum*). Al riguardo si osserva infatti che “i poteri normativi che una legge anteriore alla

Costituzione abbia affidato a fonti subordinate in materia poi da quella riservata alla legge, mentre debbono essere ritenuti (...) legittimamente esercitati prima dell'entrata in vigore della Costituzione, cessano dopo questo momento di essere esercitabili, a causa della nuova ripartizione di competenza introdotta dalla norma che pone la riserva di legge" [47].

A ben vedere, peraltro, l'inclusione del crocifisso tra gli arredi scolastici delle scuole del Regno, ad opera del r.d. n. 1297, tecnicamente non appare l'esito di una scelta di livello regolamentare nemmeno con riferimento al momento in cui l'atto fu emanato. Il regolamento del 1927 è intervenuto infatti sulla scia di importanti trasformazioni legislative: la riforma scolastica che ha preso il nome di Giovanni Gentile, introdotta con r.d. 2185/1923, aveva già fatto della religione cattolica un perno del sistema educativo pubblico, allorché ne aveva reintrodotta l'insegnamento obbligatorio nelle scuole elementari, quale "fondamento e coronamento" dell'istruzione primaria [48]. Le disposizioni regolamentari del 1928 sull'esposizione del crocifisso, valutate con riferimento all'epoca della emanazione, appaiono dunque mere specificazioni esecutive di una scelta di fondo, relativa al rapporto tra servizio scolastico e religione dello Stato operata a livello legislativo. Di tale scelta, a livello sostanziale le norme regolamentari non possono dirsi minimamente partecipi, poiché esse si sono limitate a darvi esecuzione in un ambito settoriale. L'esposizione del simbolo della religione cattolica si è posta, infatti, quale diretta conseguenza della peculiare configurazione legislativa che il fenomeno religioso aveva già ricevuto in ambito scolastico [49]. In materia, il 'peso specifico' assunto nel 1928 dalla citata fonte secondaria è paragonabile a quello che si potrebbe attribuire oggi al regolamento che specificasse aspetti grafici della segnaletica stradale, in relazione alle tematiche della responsabilità civile nei sinistri automobilistici.

Resta allora il problema relativo al significato da attribuire al silenzio serbato oggi dalla legge sul tema del crocifisso nelle aule scolastiche. Per le ragioni suesposte, tale silenzio non può valere a considerare la questione attratta alla potestà discrezionale della pubblica amministrazione: il regolamento del 1928, venuta meno la disciplina scolastica di cui alla riforma gentiliana, nella quale esso trovava fondamento, appare oggi privo di base legale, e dunque sostanzialmente indipendente [50]. Alla stregua di quanto sinora osservato, si deve concludere che un "potere autoritativo" della pubblica amministrazione sulla questione *de qua* non sembra essere mai esistito, né prima né dopo il 1948. Non prima, perché il regolamento n. 1297 ha costituito mera specificazione esecutiva di un punto qualificante della riforma Gentile; non dopo, perché la Costituzione repubblicana non ammette un tale potere dell'amministrazione nella materia considerata [51]. Se non

esiste il potere, dovrebbe correlativamente escludersi la giurisdizione amministrativa, contrariamente a quanto statuito dai giudici.

In definitiva, dunque, la Cassazione ed il Consiglio di Stato mostrano di attribuire rilievo sistematico alle indicazioni della Corte costituzionale, e di ritenere che il giudice ordinario sia il giudice dei diritti soggettivi e il giudice amministrativo il giudice del potere autoritativo. Tale affermazione non sembra che la riformulazione del generale criterio di riparto delle giurisdizioni, salvo che la locuzione “potere autoritativo” prende il posto usualmente attribuito a quella di “interesse legittimo”: un cambiamento di prospettiva per designare la medesima realtà, indotto – per così dire – dalle posizioni della Corte costituzionale.

Il sistema di giustizia amministrativa non pare guadagnare chiarezza da tale sostituzione [52]. Infatti, ponendo l’accento sui profili organizzatori del servizio pubblico è facile intravedere dappertutto l’ombra del potere, sino a sfocare i contorni della giurisdizione del giudice amministrativo, e renderli ‘illeggibili’ [53]. La vicenda della giurisdizione sull’ostensione del simbolo religioso ne offre un esempio emblematico, poiché tramite il richiamo ai profili organizzatori del servizio scolastico la cognizione del giudice amministrativo ha finito per esercitarsi su una questione di tono tipicamente costituzionale, quale la ricognizione del significato simbolico del crocifisso – se esso evochi valori puramente religiosi o anche civili – e la specificazione del principio di laicità dello Stato [54]. Tale terreno, come si percepisce intuitivamente, non evoca certo la dimensione della giustizia nell’amministrazione, bensì quella della giurisdizione – costituzionale ed ordinaria – delle libertà. Il criterio elaborato dal giudice costituzionale pare rispondere a profonde esigenze di razionalizzazione del sistema di giustizia amministrativa, poiché questa, “per come è stata configurata in seguito allo sviluppo storico ed alle stesse prescrizioni costituzionali” dovrebbe pur sempre “seguire e presupporre” la potestà dell’amministrazione, per garantirne il corretto svolgimento [55]. Nondimeno, l’applicazione di codesto criterio richiede complesse valutazioni tecniche, dagli esiti difficilmente predeterminabili [56]. Pertanto, la riscrittura operata dalla Corte sembra avere allentato il collegamento tra la giurisdizione amministrativa esclusiva ed il principio di precostituzione del giudice per legge, il quale, letto in funzione del diritto alla tutela giurisdizionale, esigerebbe la più agevole individuazione del giudice naturale da parte dell’utente della giustizia.

---

[1] Per la dottrina sul tema, *ex multis*, V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988, 7 ss.; e P.M. Vipiana, *Giurisdizione amministrativa*

*esclusiva*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, 382 ss. Più sinteticamente, A. Quaranta, *La giurisdizione esclusiva oggi*, in *Nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Torino, 2000, 85 ss.; e F. Caringella, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2005, 214 s. La ragione storico-politica alla base dell'introduzione dell'istituto è stata individuata, da una parte della dottrina, nell'idea di istituire una magistratura speciale con giurisdizione piena in tutte le materie amministrative, già concepita nei lavori della Commissione Reale nominata nel 1910 per la riforma della giustizia amministrativa: in argomento cfr. A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 978; e A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, 139 s., nota 199, e ivi altri riferimenti. La relazione della Commissione è stata pubblicata in *Rivista di diritto pubblico*, 1916, I, 290 ss. Per la tesi che ricollega la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo all'esigenza di un giudice specializzato, più idoneo alla valutazione di materie particolarmente "improntat(e) ed influenzat(e) dall'interesse pubblico che la pubblica amministrazione deve istituzionalmente perseguire", G. Roherssen, *La giurisdizione esclusiva*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1978, 130-138. Sulle riforme del 1907 e del 1923, E. Cannada Bartoli, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, 541 ss.

[2] Da ultimo, tale collegamento è stato sottolineato da G. Virga, *Il giudice della funzione pubblica*, in *www.lexitalia.it*, 2004, 2 s., seppure in un'ottica diversa da quella qui assunta, poiché, secondo l'A., la sent. n. 204/2004, restituendo il giudice amministrativo alla pretesa identità originaria di giudice della funzione pubblica, avrebbe dato maggiore chiarezza al riparto delle giurisdizioni. Che al momento dell'entrata in vigore della Costituzione del '48 il giudice amministrativo potesse essere raffigurato come "il giudice della funzione pubblica" è revocato in dubbio *infra*, § 5. Se la sent. n. 204 abbia reso più chiaro il riparto di giurisdizioni è discusso *infra*, §§ 3 e 6. Comunque, sul nesso tra giurisdizione esclusiva e precostituzione del giudice cfr. anche P.M. Vipiana, *op. et loc. ultt. citt.*, e ivi ulteriori riferimenti.

[3] M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, VI ed., Bologna, 2002, 154, corsivo testuale.

[4] Sulla necessità di leggere le categorie della giustizia amministrativa, ed in particolare la dualità delle giurisdizioni e delle posizioni soggettive, nel prisma dell'effettività della tutela assicurata al singolo, piuttosto che in funzione delle esigenze di organizzazione dei pubblici poteri, G. Berti, *Art. 113 e 103, 1° e 2° comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1987, 86 ss. Per l'analisi degli svolgimenti

storici del diritto amministrativo dal punto di vista della rilevanza della tutela giurisdizionale, E. Cannada Bartoli, *Vanum disputare de protestate: riflessioni sul diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, 187 ss., il quale riporta le opinioni di S. Romano, G. Zanobini e M.S. Giannini sul rilievo della rivoluzione francese per la formazione del diritto amministrativo, e ne sottolinea l'apporto per la ricerca di un nuovo equilibrio nel rapporto tra organizzazione pubblica e garanzia delle libertà individuali, segnato dalla progressiva centralità della tutela giurisdizionale.

[5] Cfr., per tutti, A. Di Majo, *Il waltzer delle giurisdizioni rigira e ritorna a fine ottocento*, in *Corr. Giur.*, 2004, 1135 s.

[6] Il riferimento immediato è agli accordi sostitutivi di provvedimento, espressamente rimessi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dalla sent. n. 204. Più in generale, cfr. L. Mazzaroli, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 214 ss..

[7] S. Benini, *I comportamenti in materia di urbanistica ed edilizia*, in *www.cortedicassazione.it*, 2005, § 4.

[8] Cfr. F.G. Scoca, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 2209 ss.; A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., § 5; M.A. Sandulli, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2004, 1232; G. Stancanelli, *La giurisdizione esclusiva nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 (Riflessioni 'a caldo')*, in *www.giustamm.it*, 2004, § 4.

[9] Così F. Fracchia, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, IV, 799 ss., § 4, corsivo non testuale; conforme L. Mazzaroli, *Sui caratteri*, cit., 234. Cfr. anche P. De Lise, *I nuovi confini della giurisdizione esclusiva*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2004, § 2.

[10] Ed infatti in dottrina si è alluso in proposito al "ritorno di tutte le annose e inesauribili questioni della distinzione tra diritti e interessi legittimi", B. Sassani, *Costituzione e giurisdizione esclusiva: impressioni a caldo su una sentenza storica*, in *www.giustamm.it*, 2004, § 5. Ivi però si sottolinea pure come la vocazione alla "semplificazione dei problemi" insita nella "distribuzione della giurisdizione 'per materie omogenee'" di cui alla disciplina del 1998 non avesse "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”.

[11] Così A. Pajno, *Giurisdizione esclusiva ed “arbitrato” costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 985, ss., donde le citazioni; analoghe le considerazioni di L. Torchia, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sent. n. 204/2004 della Corte costituzionale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2004; cfr. anche B.G. Mattarella, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell’attività amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 979. Sulla “palese asimmetria tra la realtà positiva dell’azione amministrativa ed i modelli teorici di riferimento”, dovuta al “pregiudizio pubblicistico” della cultura giuridica italiana tra il XIX e il XX secolo, solo di recente superato, cfr. A. Romano Tassone, *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, in *www.giustamm.it*, 2005.

[12] Sulla vocazione estensiva di tale riferimento, tra molti, A. Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, 2004, 2602; V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *www.federalismi.it*, 2004, 4; F. Fracchia, *La giurisdizione*, cit., § 8.

[13] B.G. Mattarella, *Il lessico*, cit., 979-982; e, più ampiamente, Id., *L’imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.

[14] Non sembra meno plurivoca la nozione di “funzione pubblica”, alla quale la Corte ha fatto più volte riferimento in passaggi chiave della sent. n. 191: sulla grande varietà dei significati alla stessa ascritti dalla dottrina, per tutti, F. Benvenuti, *Semantica di funzione*, in *Jus*, 1985, 3 ss.

[15] N. 5 del *Considerato in diritto*, enfasi aggiunta.

[16] V. *infra* § 4.

[17] Pertanto – sebbene la sent. n. 191 abbia reso l’interrogativo circa la definizione del potere autoritativo della pubblica amministrazione ancor più incalzante – piuttosto che cercare di maneggiare lo strumento indicato dalla Corte, pare opportuno ribadire l’inadeguatezza: v.

*infra* § 5. E' da ricordare, peraltro, che la giurisdizione amministrativa esclusiva permane con riferimento al personale in regime di diritto pubblico (magistrati, avvocati e procuratori dello Stato, personale militare e delle forze di polizia di Stato, personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, professori e ricercatori universitari, etc., cfr. d. lgs. n. 165/2001, artt. 3 e 63, c. 4.).

[18] V. *infra* § 6.

[19] Le ragioni tradizionalmente invocate a favore dell'interpretazione della Costituzione secondo l'originario significato da attribuirsi al momento della sua entrata in vigore sono riportate in modo sintetico ma efficace in A. Scalia, *A Theory of Constitution Interpretation*, discorso tenuto il 18 ottobre 1996 presso la Catholic University of America, Washington D.C., vedilo in [www.courtstv.com](http://www.courtstv.com). In tale prospettiva, si nega che le interpretazioni della Costituzione ad opera dei giuristi, tecnici del diritto, debbano tener dietro all'evoluzione della società, poiché tale attività sarebbe riservata al legislatore. La forbice eventualmente apertasi tra la Costituzione e la mutata coscienza sociale andrebbe riallineata semmai attraverso la revisione costituzionale. Detta ricostruzione, per la quale cfr. in Italia A. Vignudelli, *Enigmistica interpretativa od interpretazione chiromantica?*, in *Nomos*, 2004, II, 7 ss., e ivi ulteriori riferimenti, è stata prospettata (particolarmente dai *justice* H. Rehnquist e A. Scalia, nonché da R. Bork, che, nominato nel 1987 da Reagan alla Corte suprema, non ottenne la conferma da parte del Senato) al fine di reagire all'attivismo manifestato negli anni '60 dalla Corte suprema U.S.A. (allora presieduta da E. Warren) nella promozione e tutela creativa di diritti civili e sociali (tali vicende sono adesso ripercorse da C. Pinelli, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte suprema*, Relazione al Convegno A.I.C. 2006, vedila in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)). In Italia, su altri presupposti e ad altri fini, la tesi che cristallizza le nozioni utilizzate dal Costituente nel significato presupposto nel 1948 ha trovato espressione nelle riflessioni di A. D'Atena, *L'autonomia legislativa delle Regioni*, Roma, 1974, 117 ss.; S. Mangiameli, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, 1986, 37 ss, 72 ss.; Id., *Le materie di competenza regionale*, Milano, 1992, 103 ss.

Un diverso orientamento riconosce alle giurisdizioni costituzionali un ruolo attivo di continua rielaborazione delle coordinate del sistema, fondato sulla legittimazione tecnico-culturale del giudice costituzionale, funzionale alla sua posizione di garante del pluralismo sociale. Ponendo l'accento sulla tolleranza, il pluralismo e i diritti delle minoranze quali tratti caratterizzanti l'odierno modello di Stato costituzionale europeo, una parte della dottrina afferma il carattere evolutivo dell'interpretazione costituzionale, in funzione della disponibilità al

cambiamento degli equilibri delle società aperte, cfr., per tutti, P. Häberle, *Stato costituzionale*, in *Enc. Giur.*, XXX, Roma, 2000. In tale prospettiva, il dato del pluralismo implicherebbe il carattere storico e relativo dell'interpretazione giuridica, sempre aperta alla possibilità che i suoi esiti siano superati, in futuro, da opzioni ermeneutiche alternative. Coerentemente con siffatta impostazione, si osserva che “i sistemi costituzionali variano e i loro equilibri interni si ricompongono continuamente proprio per opera di fattori esterni rispetto alla logica dei singoli sistemi”: “il giurista che consideri realisticamente i rapporti tra diritto costituzionale e società sarà portato a considerare il mutamento dell'idea di costituzione muovendo dall'esame dei dati reali, dei conflitti tra interessi e visioni del mondo”; pertanto, i principi di un ordinamento giuridico non possono essere fissati una volta per tutte, ma restano sempre aperti alle proposte di innovazione, così A.A. Cervati, *A proposito di metodi valutativi nello studio del diritto costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2005, 707 ss. Al riguardo si è pure osservato che “l'adesione a modelli interpretativi e giudiziari imperniati sull'ispirazione originaria del Costituente (...) implicherebbe la rinuncia a fare della Costituzione lo strumento di integrazione sociale *hic et nunc* delle diverse componenti sociali, richiamate, invece, ad un preteso obbligo di adesione ad istanze di *Founding Fathers* sempre più lontani nel tempo, intenti inidonei, pertanto, ad esprimere valori fondanti l'attuale ordine sociale”, A. Cariola, *Regolazione e giurisdizione: la prospettiva europea e italiana*, in *Jus*, 2005, 458. Spingendo sino alle sue estreme conseguenze la lettura della Costituzione come puro catalogo di valori pluralistici, inadatto ad esprimere un disegno rigido e predeterminato, una dottrina ha persino osservato che “paradossalmente, se non ci fosse una Costituzione, oggi avremmo in ogni caso bisogno di una Corte costituzionale”, C. Mezzanotte, *Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste istituzioni*, 1991, 53.

[20] Così A. Poggi, *Il sistema giurisdizionale tra 'attuazione' e 'adeguamento' della Costituzione*, Napoli, 1995, 295 s. Dal canto suo A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. Cost.*, 2001, pur sottolineando l'attitudine del testo costituzionale a segnare “il limite delle possibilità ‘creative’ dell'interprete”, 45, ritiene “che il giurista debba interpretare la Costituzione mantenendosi il più possibile aderente e fedele al valore espressivo della forma rappresentativa che si tratta d'intendere (...) senza pregiudizi d'ordine semantico o chiusure dogmatiche e, comunque, tenendo sempre presente che *la disposizione deve essere valutata nel contesto attuale*, scopo dell'interpretazione giuridica essendo la risoluzione di problemi ‘attuali’”, 39 s., enfasi aggiunta. Cfr. anche Id., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *www.constituzionalismo.it*, 2006, 19, ove si afferma anche

che dal significato originale della Costituzione, quale si deduce dagli antecedenti storici e dai lavori preparatori, “si deve quantomeno partire”, ma che esso non ha valore dirimente, 22.

[21] Come osservato da A. Poggi, *Il sistema giurisdizionale*, cit., 309, “sarebbe illusorio (...) immaginare che con il solo utilizzo di strumenti ermeneutici, per quanto raffinati e persuasivi questi possano essere, si possa razionalizzare una situazione ed una realtà di queste dimensioni”.

[22] Cfr. sent. n. 110/1970, in *Giur. cost.*, 1970, 1203 ss., n. 3 del *Considerato in diritto*; v. anche sent. n. 211/1972, in *Giur. cost.*, 1972, 2271 ss..

[23] In *Giur. cost.*, 1987, 3788 ss.

[24] Cfr. n. 2.2 del *Considerato in diritto*. Su tale percorso giurisprudenziale, v. adesso A. Police, *Art. 103, 1° e 2° c.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, III, 2006, 1997 ss.

[25] Cfr. A. Police, *op. et loc. ultt. citt.*

[26] La contraddizione è sottolineata nell’analisi di S. Mileto, *Giurisdizione della Corte dei conti nelle materie di contabilità pubblica e interpositio del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1987, 3804 s.

[27] Così G. Roehrssen, *La giurisdizione esclusiva*, cit., 150.

[28] A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, XV ed., Napoli, 1989, 632.

Più in generale, il nesso tra le manifestazioni di volontà del privato e l’esercizio dell’attività amministrativa ha ricevuto per la prima volta organica considerazione, in dottrina, nel lavoro di G. Miele, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931. Ivi è offerta separata considerazione alle fattispecie in cui la volontà del privato concorre in posizione di uguaglianza con quella dell’amministrazione a dar vita a un rapporto giuridico; a quelle in cui l’atto del privato sia necessario per la validità o l’efficacia di un atto amministrativo; a quelle in cui l’atto del privato assume efficacia giuridica indipendente, rilevante nei rapporti con l’amministrazione.

[29] Cfr. A. M. Sandulli, *op. et loc. ultt. citt.*

[30] Per tutti, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 257 ss.

[31] Come testimonia una vivace polemica tra Bozzi e Ranelletti, a cavallo degli anni '30 dello scorso secolo: cfr. C. Bozzi, *La competenza esclusiva del Consiglio di Stato e il rapporto di pubblico impiego*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, 192 ss.

[32] Su tale distinzione, G. Trotta, *La nuova giurisdizione esclusiva del d. lgs. n. 80 del 1998*, in *Nuova giurisdizione*, cit., 138.

[33] Da ultimo, V. Domenichelli, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1 ss.

[34] Così A. Quartulli, *Atti autoritativi e atti paritetici: validità di una distinzione*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, 1523 s.

[35] L'assunto della Corte costituzionale non è da tutti condiviso; per la posizione secondo cui l'art. 103 Cost. avrebbe inserito nella Carta costituzionale il germe per il superamento della tradizionale regola di riparto delle giurisdizioni, oltre a G. Berti, *Art. 113*, cit., *passim*, v. almeno anche A. Pajno, *Mutamento dei modelli amministrativi e cambiamento dei modelli di tutela giurisdizionale: "La giurisdizione concentrata"*, in *Il sistema della giustizia amministrativa*, Milano, 2000, 108 ss. e G. Trotta, *Qualche riflessione ancora in tema di giurisdizione esclusiva*, in *Nuova giurisdizione*, cit., 203.

[36] Anche la dottrina – poi seguita dalla Corte nella sent. n. 204 – che prima di tale pronuncia aveva ammesso la giurisdizione esclusiva limitatamente alle materie caratterizzate dalla preminenza dell'esercizio del potere pubblicistico, moveva dalla constatazione che "materie che si caratterizzano per l'esclusivo o prevalente coinvolgimento di diritti soggettivi non sono trasferibili, né risulta che lo siano state in significative occasioni, al giudice amministrativo", G. Ruoppolo, *Profili costituzionali sulla giurisdizione e sul processo amministrativo*, in *Giust. civ.*, 2000, XII, 551 ss., § 4, corsivo non testuale. Per potere imputare all'art. 103, c. 1 Cost. la portata preclusiva affermata da tale dottrina (e dalla Corte), sarebbe infatti indispensabile escludere che a cavallo del 1948 il giudice amministrativo abbia avuto giurisdizione in ambiti segnati dalla prevalente presenza di diritti soggettivi, e di una pubblica amministrazione dai connotati non autoritativi. Come osservato nel testo, però, i termini della questione non sembrano così netti come si pretenderebbe in tali ricostruzioni.

[37] Nella sterminata letteratura sul tema del rapporto tra giustizia amministrativa e Costituzione prevale l'orientamento secondo cui la Costituzione abbia recepito il

sistema previgente. Tale dibattito è stato di recente ripercorso da A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 12 ss.. Con più specifico riferimento all'ambito esaminato nel testo, una dottrina ha sottolineato che, all'entrata in vigore della Costituzione, la materia del pubblico impiego "era ben lungi da assumere le dimensioni quantitative che raggiunse negli anni '70: soprattutto per le massicce assunzioni nell'istruzione e nella sanità. E inoltre, non era segnata dalla esasperata conflittualità, quindi dall'inusitato moltiplicarsi del contenzioso, sviluppatosi in quegli stessi anni, anche in correlazione della accentuata sindacalizzazione del settore"; cosicché, se pure "l'istituzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ormai costituzionalmente ammessa, conteneva in sé il seme del superamento del nostro sistema dualistico di giustizia amministrativa, del resto costituzionalmente recepito", tuttavia "all'epoca esso constava" pur sempre "di una regola (l'attribuzione al giudice civile della tutela dei diritti soggettivi), che era ancora una regola; e di un'eccezione (l'attribuzione di questi in particolari materie, viceversa al giudice amministrativo), che era ancora un'eccezione": rispetto a tale assetto, i numerosi interventi legislativi che, a partire dagli anni '70, fino alla l. n. 205/200, hanno moltiplicato gli ambiti di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, isolatamente considerati, non violerebbero l'art. 103, c. 1 Cost., "ma se venissero valutati nel loro complesso, il giudizio dovrebbe necessariamente cambiare", A. Romano, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 610 ss.

[38] Su cui cfr. il dibattito sviluppatosi in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), nonché gli atti del seminario preventivo ferrarese del 2004 su *La laicità crocifissa*, nell'omonimo volume a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, 2004.

[39] Il riferimento obbligato è a C. Esposito, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 605 ss. Da un punto di vista più generale, C. Mortati, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, 93 ss.; e Id., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, IX ed., 1976, 1402 ss. La "disponibilità (...) della Corte costituzionale a servirsi (anche) di un diritto vivente di matrice regolamentare" è stata analizzata da A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, 1994, 456-471, movendo dall'esame delle sentt. nn. 1104/1988, 26/1990, 364/1990 e 257/1991; in argomento cfr. anche Id., *La rivincita di Esposito (legge, regolamento e sindacato di costituzionalità)*, in *Giur. cost.*, 1995, 588 ss., a commento della sent. n. 456/1994, che si è misurata con la norma vivente di matrice regolamentare in tema di responsabilità della concessionaria telefonica S.I.P.

[40] Tale critica è stata sviluppata da R. Bin, *Inammissibile, ma inevitabile*, in *La laicità crocifissa*, cit., 37 s.

[41] Altra tesi, per affermare la sindacabilità della normativa regolamentare da parte della Corte costituzionale, ha attribuito rilevanza al puro dato dell'esistenza "di una norma vivente regolamentare che impone o consente l'esposizione del crocifisso nelle scuole", la cui "fonte di cognizione sono le bianche pareti delle aule scolastiche, dove la croce fa mostra di sé, pressoché ovunque", A. Pugiotto, *La Corte messa in croce dal diritto vivente regolamentare*, in *La laicità crocifissa*, cit., 288. A prescindere dalla applicabilità al caso di specie della teorica del diritto vivente regolamentare, va rilevato che V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1984, 356 s., in una serie di casi in cui sia sottoposto alla Corte un atto oggettivamente privo della forza di legge, ha reputato "preferibile ai fini della certezza del diritto (...) dichiararne la illegittimità costituzionale, anche se – a rigor di logica – la Corte dovrebbe, piuttosto, limitarsi a concludere, *in limine*, per la propria incompetenza". La considerazione è stata formulata dall'A. con riferimento alle ipotesi del decreto del presidente della Repubblica che si presenta esteriormente come decreto legislativo delegato ma non è realmente tale, e del decreto-legge emesso da una regione (ipotesi quest'ultima che, come riferisce anche l'A., ha dato effettivamente luogo ad una pronuncia di illegittimità costituzionale, cfr. sent. n. 50/1959). Tuttavia la ricostruzione di Crisafulli si sarebbe potuta applicare anche alla vicenda qui considerata, nella quale si ponevano le medesime esigenze di certezza del diritto.

[42] Tali profili sono stati esaminati anche da N. Colaianni, *Prospettive processuali della questione del crocifisso*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2005, particolarmente § 5; e M. Tigano, *Il crocifisso nelle aule scolastiche e la 'croce' del riparto di giurisdizione: interventi giurisprudenziali a confronto*, in *Rivista giuridica della scuola*, 2005, 631 ss.

[43] Ord. n. 15614/2006, vedila in [www.eius.it](http://www.eius.it).

[44] Vedila in [www.olir.it](http://www.olir.it).

[45] In tal senso, v. già l'ord. di rinvio del TAR Veneto, n. 56/2004, in [www.unife.it/amicuscuriae](http://www.unife.it/amicuscuriae), con cui era stata sollevata la questione decisa dalla riferita ord. della Corte cost. n. 389, su cui i rilievi critici di L. Coen, *La giurisdizione amministrativa tra libertà di coscienza e interesse dell'organizzazione scolastica*, in *La laicità crocifissa*, cit., 81 ss.

[46] La considerazione sistematica delle riserve di legge contenute nella Costituzione induce a ravvisare nella legge

statale ordinaria la fonte in esclusiva abilitata al bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti. In applicazione di tale ricostruzione, si è dubitato, in dottrina, della legittimità delle “Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita” (emanate dal Ministero per la Salute nel giugno 2004, in attuazione dell’art. 7, l. n. 40/2004), nella parte in cui vi si dispone che “ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell’articolo 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale”. Se “intesa come divieto di utilizzare tecniche diverse da quelle adoperabili al microscopio”, la disciplina regolamentare introdurrebbe limitazioni al diritto alla salute della donna (la quale resterebbe esposta all’impianto di un embrione eventualmente affetto da anomalie cromosomiche o genetiche non riscontrabili al microscopio) e alla libertà di ricerca clinica e sperimentale che non trovano una base sostanziale nella legge, in violazione degli artt. 32 e 33 Cost., così A. Cariola, S. Papandrea, *Riflessioni minime su una legge controversa: l’obbligo di impianto nella disciplina sulla fecondazione assistita*, in *Procreazione assistita. Problemi e prospettive*, a cura dell’ISLE, della Fondazione Nuove Proposte e del Centro Studi Giuseppe Chiarelli, Fasano, 2005. In argomento, v. almeno anche P. Veronesi, *Le "linee guida" in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all’orizzonte*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2004. Più in generale, sul rapporto tra legge e regolamento L. Carlassare, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. Cost.*, 1990, 7 ss.

[47] R. Balduzzi, F. Sorrentino, *Riserva di Legge*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1209.

[48] Cfr., in questi termini, la Circ. min. pubbl. istr. n. 77/1924. L’evoluzione normativa in materia è sinteticamente ripercorsa da S. Lariccia, *Diritti di libertà in materia religiosa e principi di imparzialità e di laicità delle istituzioni civili: la parola alla Corte costituzionale*, in *La laicità crocifissa*, cit., 181 ss.

[49] Peralto di lì a poco, nel 1929, il Concordato avrebbe più complessivamente ridefinito il regime del tempo in senso confessionale.

[50] Sicché, si è osservato che “venuto meno per mutamento legislativo il ruolo privilegiato per l’innanzi riconosciuto alla religione cattolica, anche i suddetti regolamenti avrebbero potuto intendersi tacitamente abrogati. In ogni caso, agli stessi sarebbe venuto a mancare ogni fondamento legislativo, presupposto necessario per la legittimità di atti normativi di rango sublegislativo (principio di legalità)”, così ad es. V. Baldini, *Integrazione ‘sociale’, verità costituzionali e pluralismo religioso*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2006, nota 45 (l’A.,

però, è tra coloro che ammettono l'esposizione del crocifisso movendo dal "dato reale del profondo radicamento della religione cattolico-cristiana nelle matrici etico-culturali e sociali del Paese", *ivi*, § 4.1). Più in generale, per la tesi che nega l'ammissibilità in uno Stato di diritto dei regolamenti indipendenti, sulla base del principio di legalità in senso sostanziale, alla cui stregua "le scelte fondamentali, l'individuazione degli interessi da realizzare (e la priorità tra i medesimi) non possono essere dell'apparato amministrativo, ma del legislatore"; e gli atti della pubblica amministrazione devono sempre essere emanati in base ad una previa norma legislativa che, disciplinandoli, ne renda possibile il controllo giurisdizionale, cfr., per tutti, L. Carlassare, *Regolamento*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 620 ss.

[51] L'atto sorto in costanza del precedente regime resta però formalmente in piedi; e così anche la norma sull'obbligo di esporre il crocifisso, fin tanto che i giudici non la ritengano, eventualmente, affetta da invalidità sopravvenuta ovvero abrogata, perché incompatibile col nuovo regime costituzionale.

[52] Per questa posizione, B.G. Mattarella, *Il lessico*, cit., 981 s., con ricchezza di esemplificazione.

[53] A favore della soluzione elaborata dal giudice costituzionale, militerebbe invece, secondo una parte della dottrina, l'esigenza che "la giurisdizione amministrativa, intesa come giurisdizione speciale," rispecchi, "sul versante processuale, la specialità dei rapporti sostanziali che intercorrono tra il cittadino e la pubblica amministrazione"; e che dunque il sindacato del giudice amministrativo abbia ad oggetto essenzialmente l'azione amministrativa che si esprime nella "cura di interessi pubblici attuata principalmente, anche se non esclusivamente, con strumenti diversi e ulteriori da quelli offerti dal diritto comune", M. Clarich, *La 'tribunalizzazione del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 974. Più in generale, per la posizione che valorizza la specificità delle due giurisdizioni in funzione della maggiore garanzia del cittadino, A. Romano, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, cit., 628 ss. Movendo da una siffatta prospettiva, una parte della dottrina ha mostrato apprezzamento per gli interventi della Corte costituzionale qui esaminati, che restituirebbero al giudice amministrativo "la sua storica ed insostituibile funzione di giudice del potere e delle situazioni giuridiche soggettive che con il potere dialogano", così ad es. A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., 978; e F. Cintioli, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in *www.giustamm.it*, 2004, § 5.

[54] Nella sent. n. 556 si afferma, tra l'altro, che "come a

ogni simbolo, anche al crocifisso possono essere imposti o attribuiti significati diversi e contrastanti, oppure ne può venire negato il valore simbolico per trasformarlo in suppellettile, che può al massimo presentare un valore artistico. Non si può però pensare al crocifisso esposto nelle aule scolastiche come a una suppellettile, oggetto di arredo, e neppure come a un oggetto di culto; si deve pensare piuttosto come a un simbolo idoneo a esprimere l'elevato fondamento dei valori civili sopra richiamati, che sono poi valori che delineano la laicità nell'attuale ordinamento dello Stato", e che "la decisione delle autorità scolastiche, in esecuzione di norme regolamentari, di esporre il crocifisso nelle aule scolastiche, non appare pertanto censurabile con riferimento al principio di laicità proprio dello Stato italiano". Contro la possibilità di assumere il crocifisso quale simbolo (dell'identità) nazionale si osserva però in dottrina che la materia è diversamente disciplinata dall'art. 12 Cost.: R. Bin, *Inammissibile ma inevitabile*, cit., 40; A. Pugiotto, *Verdetto pilatesco sul crocifisso in aula - Dopo l'ordinanza si naviga a vista*, in *Diritto & Giustizia*, 2005, III, 80 ss.; A. Morelli, *Se il crocifisso è simbolo di laicità l'ossimoro costituzionale è servito*, in *Diritto & Giustizia*, 2006, X, 60 ss.

[55] Cfr. A. Cariola, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 203.

[56] In proposito, occorre anche ricordare gli esiti cui era pervenuta, nel dicembre 2003, la Commissione di studio mista Cassazione – Consiglio di Stato, incaricata di esaminare le più rilevanti e difficili questioni in tema di riparto di giurisdizione. Nella relazione di sintesi dei lavori, in *Foro it.*, 2004, V, 18 ss., particolarmente 27 ss., con riguardo a "caratteri e ambito della giurisdizione esclusiva sui servizi" ai sensi dell'art. 33, d. lgs. n. 80/1998, si legge che "la verificata inerenza della controversia alla materia preclude (...) l'applicazione del criterio generale di riparto, cosicché *non rileva la mancanza, nella fattispecie concreta, di contestazioni inerenti all'esercizio di funzioni, ovvero ai moduli organizzativi e di gestione del servizio (...).* Come pure, si ritiene che non si possa dubitare dell'inerenza alla 'materia' della domanda di tutela di diritti fondamentali (quali la salute, la libertà religiosa, di informazione, di soggiorno e circolazione, ecc.), condizionati dalle norme costituzionali alle scelte inerenti al servizio destinate a realizzarli, compresi i profili concernenti il nucleo irriducibile di questi diritti ad opera delle scelte medesime", corsivo non testuale. Con le sentt. nn. 204 e 191, la Corte costituzionale ha deciso in senso opposto rispetto alla soluzione abbracciata nella relazione, poiché ha ricollegato la giurisdizione del giudice amministrativo all'esercizio della funzione pubblica da parte della pubblica amministrazione. Dunque, nel 2003 la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie in tema di libertà religiosa nei servizi pubblici era ricollegata dalla

Commissione all'asserita *irrilevanza* del criterio dell'esercizio della funzione pubblica; nella sent. del Consiglio di Stato n. 556/2006 e nell'ord. della Cassazione n. 15624/2006 essa è stata ricollegata all'*applicazione* del criterio medesimo. Tale constatazione concorre ad alimentare i dubbi circa l'attitudine del criterio introdotto dal giudice costituzionale ad apportare chiarezza al riparto di giurisdizioni.

21 marzo 2007

---

[Home](#)

[Attività](#) | [Organizzazione](#) | [Link](#) | <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/redazione.html>  
[Dibattiti](#) | [Cronache](#) | [Dossier](#) | [Materiali](#) | [Novità editoriali](#) | [Appuntamenti](#)