

# La giurisdizione amministrativa nella Costituzione

Vincenzo Cerulli Irelli

## 1. Sulle norme della Costituzione e la loro formazione

**1.1.** La nostra Costituzione, unica tra le principali Costituzioni europee, contiene molteplici norme sulla giurisdizione amministrativa.

La Costituzione tedesca, all'art. 19, 4° co., stabilisce, com'è noto, il principio generale che chiunque venga leso “nei suoi diritti dal potere pubblico” possa “adire l'autorità giudiziaria”, senza specificare di quale autorità giudiziaria si tratti. E la norma aggiunge, come una sorta di clausola di chiusura, che laddove “non vi sia una diversa competenza” (cioè la competenza di un'altra autorità giudiziaria, come appunto quella amministrativa) “è competente l'autorità giudiziaria ordinaria”. E al successivo art. 95 stabilisce il principio dell'unità delle giurisdizioni.

Analogamente, la Costituzione spagnola, all'art. 106, dispone che “i tribunali controllano il potere regolamentare e la legalità dell'azione amministrativa, come la sottoposizione di essa ai fini che la giustificano”. Anche qui il riferimento è generico e non specifico a un tipo di giurisdizione. E agli artt. 117 ss., stabilisce il principio dell'unità della giurisdizione “come principio base dell'organizzazione e del funzionamento dei tribunali”.

La Costituzione spagnola, chiaramente echeggiando quella italiana, afferma il principio che ogni persona abbia “il diritto di ottenere protezione effettiva dei tribunali per esercitare i suoi diritti e interessi legittimi, senza che in alcun caso questa protezione gli possa essere rifiutata” (art. 24): principio generale sulla tutela giurisdizionale, del tutto analogo al nostro, dove il riferimento agli interessi legittimi, chiaramente indica la protezione anche nei confronti dell'azione amministrativa.

La Costituzione francese tace poi del tutto sul punto, e non contiene neppure questi principi generali. Per cui, il *Conseil constitutionnel*, nel Paese d'origine del contenzioso amministrativo, ha dovuto espressamente affermare come rientrante tra i «*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*» (sulla base del Preambolo), quello secondo il quale appartiene alla giurisdizione amministrativa «*l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités administratives*» (Cons. const. 23.1.1987, successivamente confermata).

La Costituzione italiana, viceversa, contiene numerose e incisive norme sulla giurisdizione amministrativa.

L'art. 24 afferma il principio generale della tutela (giurisdizionale) sia dei diritti che degli interessi legittimi (dove, per interessi legittimi indiscutibilmente si intendono le situazioni soggettive protette nei rapporti con le pubbliche Amministrazioni). L'art. 100, 1° co., individua il Consiglio di Stato come organo “di consulenza giuridico-amministrativa” nonché “di tutela della giustizia nell'amministrazione” (dove per “tutela della giustizia” si intende sia la tutela di carattere giustiziale, ad esempio quella esercitata in sede consultiva nei ricorsi al Presidente della Repubblica, sia quella propriamente giurisdizionale). L'art. 125 prevede l'istituzione presso ciascuna Regione di “organi di giustizia amministrativa di primo grado” (gli “altri organi di giustizia amministrativa” che, insieme al Consiglio di Stato, esercitano, secondo l'art. 103, la giurisdizione amministrativa). L'art. 103, 1° co., l'art. 113, 1° e 2° co., e l'art. 111, ult. co., individuano l'ambito della giurisdizione amministrativa come quella intesa alla “tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi” (così, l'art. 103, 1° co.). Tutela che non può essere “esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti” (così, l'art. 113, 2° co.). Essa, come quella che ha ad oggetto segnatamente “gli atti della pubblica amministrazione” è sempre ammessa, tanto se abbia ad oggetto diritti, quanto interessi legittimi, con la distinzione, tuttavia, che nel primo caso essa ha sede presso gli “organi di giurisdizione ordinaria”, nel secondo caso presso gli organi di giurisdizione “amministrativa” (così l'art. 113, 1° co.). Mentre l'art. 111, ult. co., stabilisce un limite al controllo in Cassazione delle decisioni assunte in sede di giurisdizione amministrativa dal Consiglio di Stato (come organo di giustizia amministrativa di secondo grado: cfr. art. 125), nel senso che il ricorso avverso tali decisioni è ammesso “per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”.

E l'art. 113, ult. co., consente alla legge di determinare “quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica Amministrazione nei casi e con gli effetti stabiliti dalla legge stessa”. Non solo perciò agli organi della giurisdizione amministrativa è riservato tale potere, secondo gli antichi principi derivanti dalle leggi rivoluzionarie francesi e da noi ribaditi dalle due leggi fondamentali del 1865 e 1889. Ma è il legislatore a stabilire a quali organi di giurisdizione esso spetta: e perciò, in via di principio anche agli organi della giurisdizione ordinaria.

**1.2.** E' affermazione corrente quanto infondata, che le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa, rappresentino una pedissequa recezione del sistema, come quello nel quale le

controversie con le pubbliche Amministrazioni sono affidate alla cognizione di due ordini giurisdizionali, a seconda che esse coinvolgano questioni di diritti o di interessi legittimi, sulla base dell'assetto normativo delineato dalle due leggi fondamentali del 20 marzo 1865, allegato E, e del 31 marzo 1889 n. 5992; assetto successivamente definito da una giurisprudenza della Corte di Cassazione che sin dall'inizio (a partire da Cass. SS.UU. 24/6/1891 n.460, caso Laurens) stabilì la rigidità del sistema del riparto come quello fondato sulla distinzione tra controversie concernenti diritti e controversie concernenti interessi, le une e le altre fornite di un sistema proprio e differenziato di tutela giurisdizionale esercitata dall'uno o dall'altro ordine giurisdizionale; assetto poi modificatosi in virtù della svolta giurisprudenziale, iniziata a partire da decisioni degli anni '20, ma consolidatasi solo negli anni 40 (Cass., S.U. 4/7/1949, n. 1657), secondo la quale a fronte dell'esercizio di poteri amministrativi di carattere discrezionale o comunque autoritativo, le situazioni soggettive di diritto vengono tutelate nella forma propria degli interessi legittimi, cioè davanti al giudice amministrativo (c.d. dottrina della degradazione); talché l'ambito della giurisdizione ordinaria nelle controversie amministrative si era venuto riducendo a casi marginali; assetto toccato nella sua sostanza dal legislatore soltanto con la legge del 1923 (r.d. 30/12/1923 n. 2840) istitutiva della giurisdizione esclusiva, di una giurisdizione cioè affidata al giudice amministrativo in determinate materie (segnatamente: pubblico impiego) con oggetto sia controversie concernenti diritti che interessi legittimi.

E invero, il testo costituzionale conferma la duplicità delle giurisdizioni, il criterio di riparto fondato sulla distinzione tra situazioni soggettive, la possibilità che in determinate materie il giudice amministrativo conosca anche delle controversie concernenti diritti; e si spinge sino a stabilire il limite del controllo in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato ai motivi attinenti alla giurisdizione, secondo quanto stabilito dall'antica legge del 31/3/1877 n. 3761.

Ma il testo costituzionale contempla principi innovativi dell'antico sistema; segnatamente su due punti.

Anzitutto, in quello che possiamo denominare il principio della pienezza della tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche Amministrazioni, principio che emerge dall'art. 24, laddove la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi è equiparata a quella dei diritti, come tutela piena, capace di utilizzare tutti gli strumenti previsti dall'ordinamento; e nell'art. 113, 2° co., laddove si stabilisce che questa tutela non possa essere esclusa a fronte di determinati atti o limitata a particolari mezzi di impugnazione, secondo quanto, viceversa, veniva praticato nell'anteriore legislazione.

A fronte dell'esercizio del potere pubblico, tutte le situazioni protette (rappresentate dal distico "diritti e interessi legittimi" dell'art. 24), a prescindere dalla loro intima natura, sono allo stesso modo tutelate. Principio questo, dal quale possiamo trarre importanti conseguenze anche sul piano sostanziale, oltre che in ordine alla tutela giurisdizionale; in un ordinamento nel quale ormai prevale l'idea di un potere pubblico che si esprime in rapporti giuridici nei quali i soggetti si scontrano in posizione sostanzialmente paritaria, essendo ciascuno (pubblico o privato) portatore di situazioni protette, in differente modo, dalla legge, e operanti nello spazio a ciascuno riservato dalla legge.

Dagli Amici fiorentini, viene icasticamente affermato che il "punto logico di partenza" (da intendere: il fondamento della nostra disciplina), che Ranelletti identificava nello Stato (e non nella libertà!) si ribalta nel primato della libertà sullo Stato; cioè, appunto, nella pari dignità delle situazioni protette dalla legge, pubbliche o private che siano, come quelle che allo stesso modo accedono alla tutela giurisdizionale.

Il secondo punto di innovazione è dato dall'affermazione del principio di cui all'art. 113, ult. co., che il legislatore possa determinare quali organi di giurisdizione abbiano il potere di annullare gli atti della pubblica amministrazione, superando in ciò l'antico divieto di cui all'art. 4 della legge del 1865.

**1.3.** Su questi principi, nell'ambito dell'Assemblea Costituente si era sviluppato un ampio dibattito: punto centrale, fu quello dell'unità o pluralità delle giurisdizioni: se sopprimere le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e affidare perciò la cognizione delle controversie con le pubbliche Amministrazioni senz'altro alla giurisdizione ordinaria (semmai prevedendo Sezioni specializzate nell'ambito di essa); secondo la nota proposta dell'on. Calamandrei.

Egli riteneva che le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato "avessero esaurito storicamente il loro compito". Le ragioni che avevano portato nel 1889 all'istituzione della IV Sezione per colmare il buco di tutela apertosi nell'ordinamento dopo la legge del 1865 potevano considerarsi esaurite al momento in cui le controversie con le pubbliche Amministrazioni, di ogni tipo, avevano acquistato un carattere prettamente giuridico e gli organi chiamati a conoscerle, un carattere prettamente giurisdizionale.

Il testo che Calamandrei propose, avrebbe conferito all'autorità giudiziaria una tutela veramente piena nell'ambito di ogni controversia con le pubbliche Amministrazioni: il cittadino avrebbe potuto "ricorrere alla autorità giudiziaria ordinaria non soltanto per chiedere la reintegrazione del proprio diritto soggettivo violato da un atto della pubblica amministrazione, ma

anche per chiedere l'annullamento o la modifica per i motivi di legittimità o di merito stabiliti dalla legge, dell'atto amministrativo lesivo del suo interesse”.

A questa posizione si opposero gran parte dei membri della Commissione e successivamente essa fu rigettata dall'Assemblea. Ma il principio della pienezza della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, in essa così fortemente echeggiato, resta acquisito nel testo costituzionale.

La maggior parte dei Costituenti ribadirono con forza le ragioni per la permanenza della duplicità delle giurisdizioni; del Consiglio di Stato e della sua giurisdizione, chiamata a “valutare la discrezionalità della pubblica amministrazione che nello svolgimento della sua attività libera, ma tuttavia discrezionale (libertà, cioè, e non arbitrio), può ledere l'interesse di un cittadino”; come quella costituita “a difesa dello Stato e dei cittadini anche contro lo Stato”, per cui mezzo “il cittadino diventa uno strumento di quella che con frase felicissima è stata detta la giustizia dell'amministrazione” (on. Bozzi).

E la stessa commistione nel Consiglio di Stato di funzioni consultive e di funzioni giurisdizionali fu considerata positivamente rappresentando queste due funzioni “due manifestazioni di un'unica funzione, che non è suscettibile di divisione”, come quella intesa al controllo complessivo della pubblica amministrazione.

Il progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione conteneva norme in parte diverse da quelle tradotte nel testo. E così, l'art. 95, 2° co., del progetto (corrispondente, in parte, all'art. 103, 1° co.) prevedeva che al Consiglio di Stato “spetta la giurisdizione nelle materie e nei limiti stabiliti dalla legge”. E l'art. 103 del progetto (corrispondente, in parte, all'art. 113, 1° e 2° co.) prevedeva: “La tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi verso gli atti della pubblica amministrazione è disposta in via generale dalla legge e non può essere soppressa o limitata per determinate categorie di atti”. E l'art. 102 del progetto (corrispondente, in parte, all'art. 111, ult. co.) prevedeva “il ricorso per Cassazione secondo le norme di legge” contro ogni sentenza o decisione pronunciata dagli organi giurisdizionali sia ordinari che speciali.

Queste norme del progetto, recepiscono senz'altro l'opinione, del tutto maggioritaria in Commissione, che dovesse essere mantenuto il sistema di tutela giurisdizionale come sistema fondato sulla duplicità delle giurisdizioni e che dovesse essere mantenuto il Consiglio di Stato come organo con funzioni giurisdizionali, oltre che consultive. Mentre da questi testi non deriva senz'altro l'impostazione del sistema di riparto tra le due giurisdizioni fondata sulla distinzione tra diritti e interessi legittimi. Il progetto di Costituzione in realtà, una volta affermata la duplicità delle

giurisdizioni e la permanenza della giurisdizione amministrativa in capo al Consiglio di Stato rinviava alla legge la definizione dell'ambito e dei contenuti della giurisdizione stessa.

Il principio della pienezza della tutela emerge fortemente nelle discussioni che portarono alla formulazione dell'art. 113, 2° co., del testo attuale (nel progetto, commassato nell'art. 103, 1° co.): il principio cioè del divieto della limitazione della tutela verso gli atti della pubblica amministrazione a particolari categorie di atti (qui si fermava il testo del progetto) o a particolari mezzi di impugnazione (aggiunta questa in Aula in esito ad un emendamento dell'on. Mortati). Sul punto l'on. Ruini ricordava “l’abitudine di privare del ricorso giurisdizionale molte categorie di atti dell’autorità amministrativa lesive di interessi e di diritti dei privati”, durante il Fascismo. Da qui l’esigenza che non si possa “togliere ai cittadini per segmenti di materie e di atti la garanzia del ricorso giurisdizionale”.

La distinzione tra diritti e interessi legittimi come criterio di riparto delle giurisdizioni, compare nel testo finale approvato dall’Aula negli artt. 103, 1° co. e 113, 1° co., come anche la menzione delle “particolari materie” nelle quali il giudice amministrativo possa conoscere anche di diritti soggettivi. Nel progetto il criterio di riparto tra le giurisdizioni sarebbe stato stabilito dal legislatore senza alcun vincolo costituzionale.

L’art. 103, 1° co., deriva da un emendamento (all’art. 95 del progetto) presentato in Assemblea dagli on.li Conti ed altri: “Il Consiglio di Stato e gli organi di giustizia amministrativa, hanno giurisdizione per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, degli interessi legittimi, ed anche per la tutela di diritti soggettivi, nelle particolari materie determinate dalla legge”.

Mentre il testo finale dell’art. 113, 1° co., viene formulato dal Comitato di redazione cui era stato affidato il compito della revisione e del coordinamento di una serie di norme via via approvate dall’Assemblea.

Proprio la nuova dizione della norma, formulata dal Comitato, è quella che stabilisce in maniera vincolante il criterio di riparto come quello fondato sulla distinzione tra controversie concernenti diritti e controversie concernenti interessi legittimi, che non compariva né nel testo approvato dalla Commissione né in quello approvato dall’Assemblea (incredibile ma è così!). E nessuna spiegazione, su questo punto, viene fornita all’Assemblea né viene richiesta (!).

La questione del potere di annullamento degli atti amministrativi, poi tradotta nell’art. 103 ult. co., viene anch’essa affrontata nella parte finale dei lavori dell’Aula; anche come frutto di una mediazione intesa ad accogliere almeno in parte la posizione dell’on. Calamandrei il quale “vorrebbe che, quando un giudice ritiene che un atto amministrativo violi un diritto privato, può

annullare e anche modificare l’atto amministrativo” (“un semplice pretore potrebbe nonché annullare rifare esso decreti e provvedimenti di governo di estrema importanza. Non è troppo?”), è da respingere secondo l’on. Ruini. Ma il Comitato, spiegava Ruini, ha cercato di trovare la soluzione del problema prospettato da Calamandrei, “dando modo di giungere, anche in tema di violazione di diritti, a quell’annullamento di atti amministrativi, che è consentito, con determinate cautele, per violazione di interessi legittimi”. E così nella riformulazione del testo dell’art. 113, viene aggiunta la dizione, con riferimento agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa, che essi “possono annullare gli atti dell’amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge”.

Quanto al ricorso in Cassazione, la limitazione ai “soli motivi inerenti alla giurisdizione” fu introdotta in Aula in base alla considerazione illustrata dall’on. Leone, che fosse necessario, una volta mantenute le giurisdizioni speciali deputate al controllo della pubblica amministrazione (che “incidono con la loro attività nell’atto amministrativo”) escludere il motivo di violazione di legge “che si radica sull’essenza, sulle finalità, … che ispirano l’atto amministrativo”. Una sorta di riserva di giurisdizione (peraltro con qualche contraddizione rispetto all’art. 113, ult. co., introdotto contestualmente).

**1.4.** Questo è il quadro estremamente sintetico dei lavori dell’Assemblea Costituente sulle norme in materia di giustizia amministrativa.

Da essi emerge una forte consapevolezza circa le scelte di politica costituzionale sottese ad alcune di queste norme (e segnatamente, sul principio della pienezza della tutela giurisdizionale tanto dei diritti quanto degli interessi legittimi, entrambe situazioni giuridicamente protette nei confronti della Pubblica Amministrazione: art. 24, art. 113 2° co.; sulla permanenza in vita della sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, e della giurisdizione amministrativa in genere, come eccezione nell’ambito di un sistema improntato al principio dell’unità della giurisdizione, in considerazione della specificità delle controversie con le Pubbliche Amministrazioni che giustifica la specialità del giudice: art. 100, 1° co., art. 102, 1° co., art. 103, 1° co.; sulla necessità di spezzare l’antico divieto di annullamento degli atti amministrativi da parte dei giudici ordinari, lasciando al legislatore la scelta circa il giudice cui conferire detto potere: art. 113, ult. co.; sulla limitazione ai motivi inerenti alla giurisdizione della ricorribilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato, oltre che di quelle della Corte dei Conti: art. 111, ult. co.). Ma appare una certa trascuratezza circa l’impatto che altre norme avrebbero avuto sul sistema positivo e segnatamente, circa quelle di cui all’art. 103, 1° co., e all’art. 113, 1° co., laddove cristallizzano l’antico sistema di riparto

fondato sulla distinzione tra diritti e interessi legittimi, anziché rinviare alla legge, come proposto dalla Commissione, l'individuazione delle controversie da sottoporre all'una o all'altra giurisdizione; e la stessa previsione inserita all'ultimo momento, circa le "particolari materie" di giurisdizione esclusiva. Nel testo costituzionale perciò c'è molto, e anche molto di innovativo. E certamente non ci sono alcuni vecchi *idola* residuati dalla esperienza precedente (che tuttavia hanno continuato a vivere nella esperienza successiva, alcuni sino ad oggi). Non c'è, lo si è appena visto, il divieto per il giudice ordinario di annullare atti amministrativi, legato alla antica idea della divisione dei poteri (come se l'amministrazione come azione concreta di governo non fosse *in toto* soggetta alla giurisdizione!). E non si rinviene neppure in Costituzione, all'incontrario, alcun aggancio del curioso principio consolidatosi in giurisprudenza della "degradazione" dei diritti soggettivi a fronte del potere amministrativo. Dottrina questa infondata sul piano teorico (chè come ci insegnano i civilisti, la vicenda, ad esempio, del diritto di proprietà di fronte al potere espropriativo è del tutto ragguagliata alla vicenda dello stesso diritto di proprietà di fronte alla azione esecutiva del creditore, cedevole in entrambi i casi), la quale semmai può trovare una smentita laddove più volte si afferma che il diritto soggettivo resta tutelato davanti al giudice ordinario a fronte del potere amministrativo, salvi i casi eccezionali in cui i diritti soggettivi sono tutelati davanti al giudice amministrativo, laddove previsto dalla legge.

Quest'ultima prescrizione invero non avrebbe senso, lo stabilire cioè che il giudice amministrativo tuteli in questi casi oltre che interessi legittimi anche diritti soggettivi, laddove la Costituzione avesse voluto affermare che i diritti soggettivi di fronte all'esercizio del potere amministrativo si configurano sempre come interessi legittimi.

## 2. Il modello di riparto

Il modello di giustizia amministrativa fissato dalla Costituzione si è venuto consolidando, nei decenni successivi, senza rilevanti scosse, fino alla svolta degli ultimi anni '90. Ovviamente si fa riferimento all'assetto del sistema quale delineato dalle norme costituzionali, e non anche alla disciplina processuale e all'organizzazione del settore, che, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 1034 del 1971 istitutiva dei TAR, ha avuto una evoluzione importantissima. Talchè le dimensioni della giustizia amministrativa ed il suo impatto nella vita di relazione dei cittadini italiani nei confronti dello Stato, dopo cinquant'anni di esperienza costituzionale non è in alcun modo confrontabile con quella di allora.

Ma il sistema di riparto tra le due giurisdizioni, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, si è consolidato secondo gli orientamenti precedentemente emersi. *Grosso modo*, possiamo affermare che il contenzioso con le Pubbliche Amministrazioni relativo a controversie aventi ad oggetto episodi di esercizio del potere amministrativo è stato attratto nell'ambito della giurisdizione amministrativa attraverso il consolidarsi della dottrina c.d. della degradazione emersa nei decenni anteriori alla Costituzione. Mentre, immediatamente dopo l'entrata in vigore della Costituzione, si consolida definitivamente, con la cit. sentenza n. 1657 del 1949 delle SS.UU., la dottrina della carenza di potere (come vizio che produce la nullità dei relativi atti) che viene a stabilire l'effettivo criterio di riparto. Laddove si litiga circa le modalità di esercizio del potere, anche se lesivo di diritti soggettivi, è competente il giudice amministrativo. Laddove si litiga circa l'esistenza del potere la tutela dei diritti soggettivi resta affidata al giudice ordinario.

L'applicazione di questo criterio, riduce l'ambito di cognizione delle controversie con le pubbliche Amministrazioni, da parte del giudice ordinario, a ben poca cosa.

Restano invero affidate a questa giurisdizione alcune categorie di controversie che possono essere ricondotte *grosso modo* a quattro gruppi, nell'ambito dei quali tuttavia restano in giurisprudenza forti margini di perplessità. Anzitutto, appunto, le controversie circa gli atti emanati in carenza di potere, nelle quali tuttavia resta assai perplessa la nozione stessa di carenza di potere, se limitata al cd. vizio di attribuzione ovvero operante anche laddove il potere sussiste in capo all'autorità amministrativa ma non sussistono in concreto i presupposti per il suo esercizio (v. ad esempio Cass. S. U. 4.11.2002 n. 15382; 1.7.2002 n. 9557). Cui si aggiungono gli altri casi di nullità previsti adesso dall'art. 21-*septies*, l. 241/90.

Controversie circa l'esercizio di poteri amministrativi del tutto vincolati, nelle quali, tuttavia, permane una forte perplessità circa il carattere della situazione soggettiva protetta nei confronti dei poteri amministrativi vincolati, secondo alcuni sempre ascrivibile al *genus* dei diritti soggettivi, secondo altri e la prevalente giurisprudenza, ascrivibile all'una o all'altra categoria a seconda dello scopo perseguito dalla norma attributiva del potere (v. ad esempio Cass. S. U. 1.10.2002 n. 14079).

Controversie circa l'attività materiale della pubblica Amministrazione, anche esse connotate da forti perplessità circa il loro ambito; chè l'attività materiale può rinvenirsi nell'ambito di operazioni che rientrerebbero in astratto nel contenuto di poteri amministrativi spettanti all'Amministrazione agente, ovvero può trattarsi di attività puramente abusiva non spettante in alcun modo alle attribuzioni dell'Amministrazione stessa (Cass. S. U. 27.5.1999 n. 301; S.U. 8.5.2007, n. 10375).

Sul punto la Corte costituzionale, con la nota sentenza n. 191/06, ha stabilito il discriminare,

chiarendo che solo “*nelle ipotesi in cui i comportamenti causativi di danno ingiusto... costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi* (dichiarazione di pubblica utilità e/o di indifferibilità e urgenza) ... sono riconducibili all'esercizio del pubblico potere”.

Controversie circa la lesione di diritti di carattere fondamentale non soggetti a “degradazione”. Ma su questo punto, la Corte costituzionale con la recente sentenza n. 140/2007 ha affermato che il giudice amministrativo “è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi anche costituzionalmente garantiti coinvolti nella funzione amministrativa”. Secondo la Corte “la natura fondamentale dei diritti soggettivi” coinvolti nelle controversie con la pubblica amministrazione” non osta a che la tutela sia assicurata dal giudice amministrativo” (però ancora recentemente la Cassazione ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie in tema di rilascio di permesso di soggiorno per motivi umanitari: Cass. S. U., 19.5.2009 n. 11535).

Restano ovviamente affidate alla giurisdizione ordinaria le controversie con le pubbliche Amministrazioni a carattere privatistico; circa le quali, invero, almeno in principio, un problema di riparto della giurisdizione non si è mai posto.

Sul criterio di riparto, una svolta decisiva, che consolida e chiarisce l'orientamento via via delineatosi in giurisprudenza, è venuta dalla Corte costituzionale, che con alcune sentenze a partire dalla ben nota sentenza n. 204/04, ha individuato le controversie riservate alla competenza del giudice amministrativo come quelle che, a tutela di situazioni protette, hanno ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo. Nella sentenza n. 204/04, a proposito dei limiti della giurisdizione esclusiva, di cui subito appresso, la Corte affermava la particolarità di tali controversie laddove “la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo, ovvero, attesa la facoltà, riconosciutale dalla legge di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà, la quale, tuttavia presuppone l'esistenza del potere autoritativo”; e nella seguente sentenza n. 191/06, la Corte ha riconosciuto, riecheggiando direi l'impostazione del sistema francese, il giudice amministrativo come “giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica”, al quale il legislatore conferisce “poteri idonei ad assicurare piena tutela” delle situazioni protette (con specifico riferimento all'azione risarcitoria di cui subito appresso).

E ancora più di recente, la Corte ha riconosciuto, come si è accennato, la legittimità di disposizioni legislative intese a concentrare davanti al giudice amministrativo “l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica”, come giudice pienamente “idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa” (Corte cost. n. 140/07).

Il ricorso alla vieta formula della “degradazione” viene abbandonato per il più corretto concetto del potere amministrativo come quello che caratterizza le controversie di diritto pubblico (allineando il sistema italiano ai modelli europei).

Sulla base di questa giurisprudenza, la cui impostazione di fondo appare ormai consolidata, si può affermare che il sistema di riparto tra le due giurisdizioni, nelle controversie con le pubbliche Amministrazioni, quale risultante conforme a Costituzione, si fonda sul discriminio dato dall’oggetto della controversia come quello concernente l’esercizio del potere amministrativo; salvi i residui spazi alla giurisdizione ordinaria per tali tipi di controversie limitatamente ai casi che si sono indicati.

La dizione del testo costituzionale derivante dalla tradizione, laddove fa riferimento alla “tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi”, come quella che caratterizza la giurisdizione amministrativa, va intesa come tutela nei confronti della pubblica amministrazione (da intendere: le pubbliche Amministrazioni e i soggetti equiparati) delle situazioni giuridicamente protette che siano state lese dall’esercizio del potere amministrativo; salvi sempre i casi nei quali permane la giurisdizione ordinaria.

Ancora, e per converso, si deve segnalare che il criterio di riparto tra le giurisdizioni è ormai ampiamente segnato da specifici interventi legislativi che in attuazione dell’art. 113, ult. co., hanno riservato alla giurisdizione ordinaria controversie che per loro natura rientrerebbero almeno in parte nell’ambito della giurisdizione amministrativa. Tra queste si segnalano, nell’esperienza più recente, l’art. 13 d.l.vo n. 286/98, relativo ai provvedimenti di espulsione degli stranieri; l’art. 152, d.l.vo n. 196/03, relativo ai provvedimenti del Garante in materia di dati personali; l’art. 5, l. n. 230/98, relativo alle domande di ammissione al servizio civile; l’art. 11, d.P.R. n. 169/98, in tema di contestazioni sui giochi e le scommesse; e l’art. 63, d.l.vo n. 165/01, in tema di pubblico impiego.

Si tratta di casi nei quali la giurisdizione ordinaria si esercita con pienezza di strumenti di tutela, senza i limiti derivanti dall’antica legge del 1865; legge per la quale non si saprebbe trovare nella vigente esperienza alcuno spazio applicativo e sarebbe perciò auspicabile una sua formale abrogazione al fine di evitare equivoci negli operatori e negli interpreti.

### **3. Su alcune problematiche della giurisdizione amministrativa a fronte dei principi costituzionali. La giurisdizione “esclusiva”**

La giurisdizione amministrativa non solo si consolida come giurisdizione generale sulle controversie concernenti l’esercizio del potere amministrativo; giurisdizione dotata di tutti i

caratteri, anche organizzativi, resi necessari dall'esercizio della funzione, secondo i principi costituzionali. Ma si consolida anche mediante il rafforzamento delle sue attribuzioni in sede cd. esclusiva, come giudice anche di diritti soggettivi secondo l'art. 103 Cost.. Le materie di giurisdizione esclusiva vengono estese con sempre maggiore ampiezza dalle leggi; mentre il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva acquista poteri cognitori e decisori propri del giudizio ordinario, in virtù della giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Questo sviluppo della giurisdizione esclusiva rivela una tendenza del legislatore, che poi si consolida negli ultimi sviluppi, a superare il criterio di riparto tra le due giurisdizioni fondato sulla distinzione tra diritti e interessi legittimi, affidando al giudice amministrativo, senz'altro la giurisdizione su interi blocchi di materie.

Tra le più recenti, su previsioni legislative in tal senso, si possono ricordare l'art. 4, d.l. n. 90/08, conv. l. n. 123/08, in tema di gestione dei rifiuti; art. 41, l. 99/09, in tema di produzione di energia elettrica da fonte nucleare; l'art. 8, d.l. n. 145/07, in tema di decisioni dell'AGCM, in materia di pubblicità ingannevole; l'art. 2-bis, l. n. 241/90, come modif. l. n. 99/09, in tema di inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

L'orientamento del legislatore a favore della giurisdizione esclusiva aveva avuto, com'è noto, una svolta decisiva alla fine degli anni '90 con l'adozione degli artt. 33 e ss. del d.l.vo 80/98 attuativo della delega di cui all'art. 11, 4° co., lett g) della l. n. 59/97; articoli poi novellati mediante l'inserimento nell'art. 7 della l. n. 205/00.

In queste norme effettivamente la giurisdizione esclusiva aveva avuto una estensione precedentemente inusitata sia mediante la previsione tra le materie che ne sono oggetto, dei "servizi pubblici" (art. 33), sia attraverso l'estensione della giurisdizione esclusiva in materia di urbanistica ed edilizia, anche alle controversie concernenti "comportamenti" delle Pubbliche Amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparate (art. 34).

Queste norme sono state sottoposte allo scrutinio di costituzionalità, espresso con la notissima sentenza cit. n. 204/04, dalla quale è iniziato il nuovo corso giurisprudenziale cui s'è fatto cenno: sentenza a carattere additivo, dalla quale le predette norme sono state ridimensionate nella loro portata innovativa; e ridefinito l'ambito della giurisdizione esclusiva.

Innanzi tutto, le materie di giurisdizione esclusiva possono essere soltanto, secondo la Corte, materie nell'ambito delle quali le controversie sarebbero in ogni caso attribuite alla competenza del giudice amministrativo, come giudice generale della legittimità dell'azione amministrativa. L'ascrizione di queste materie alla giurisdizione esclusiva consente di portare davanti al giudice

amministrativo anche controversie che coinvolgono questioni di diritto soggettivo in quanto dai provvedimenti impugnati davanti al giudice amministrativo, anche diritti soggettivi siano lesi. Ma resta fermo, secondo la Corte, che deve comunque trattarsi di controversie concernenti l'esercizio del potere, e, appunto per ciò, coinvolgenti anzitutto interessi legittimi.

Non può invece aprirsi l'ambito della giurisdizione esclusiva a tipi di controversie che, applicando i generali principi, spetterebbero comunque alla giurisdizione ordinaria perché coinvolgenti esclusivamente diritti soggettivi. L'art. 103 Cost. conferisce al legislatore, secondo la Corte, soltanto il potere “di indicare particolari materie nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe anche diritti soggettivi” (e la sottolineatura della Corte cade sull'*anche*); materie, “particolari rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità”, ma tali da “partecipare della loro medesima natura... contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità, nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo”.

Questa argomentazione della Corte sembra riportare invero la giurisdizione esclusiva a quella che tradizionalmente veniva configurata (pur tra contrasti) anteriormente alla svolta giurisprudenziale del 1939 (Cons. St., V, 1.12.1939; Cons St., Ad. plen. 18.12.1940): configurazione, poi totalmente superata, secondo la quale, pur nell'ambito delle materie di giurisdizione esclusiva, e segnatamente nel pubblico impiego, la giurisdizione ordinaria restava ferma laddove si fosse trattato non dell'impugnativa di atti amministrativi (provvedimenti lesivi di situazioni soggettive di terzi) ma della cognizione di rapporti a carattere obbligatorio.

La Corte ritiene che le normative recenti che hanno esteso l'ambito della giurisdizione esclusiva (evitando ad esempio, l'art. 33 della l. 287/90, l'art. 2, comma 24 della l. 481/95, all'art. 1, comma 26 della l. 249/97, etc.) a differenza dell'art. 33, non siano in contrasto con la Costituzione trattandosi “pur sempre [di una estensione] limitata a specifiche controversie connotate non già da una generica rilevanza pubblicistica, bensì dall'intreccio di situazioni soggettive”.

E invero, nella gran parte dei casi, le controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, riguardano episodi di esercizio di poteri amministrativi, provvedimenti o accordi, i quali producono effetti su situazioni soggettive di terzi, ascrivibili alle categorie dei diritti ovvero degli interessi legittimi, ciò che diventa appunto irrilevante ai fini della giurisdizione. E così, ad esempio, per citare casi della legislazione più recente vengono attribuiti alla giurisdizione esclusiva i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di tutela della concorrenza. (art. 33, l. 287/90), nonché in

materia di pubblicità ingannevole (d.l.vo 74/92); i ricorsi avverso i provvedimenti dell’Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici che comminano sanzioni amministrative nelle materie di propria competenza (art. 4, l. n. 109/94); i ricorsi avverso i provvedimenti dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nelle materie di propria competenza (art. 1, l. n. 249/97); oltre a quelli sopra citati.

E in materia di accordi, che costituiscono, come noto, a seguito della legge n. 241/90 una delle modalità di chiusura del procedimento amministrativo, vengono attribuite al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi stessi (art. 11 l. cit.). E gli accordi conclusi tra Amministrazioni pubbliche “per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune” (art. 15 l. cit.) sono a loro volta attratti nell’ambito cognitivo della giurisdizione amministrativa esclusiva.

Ma le controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva non sono solo di questo tipo, come è ben noto, chè “dentro” alcune delle “materie indicate dalla legge” (art. 103 Cost.), e soprattutto dalla legge originaria del 1923, che a sua volta aveva recepito legislazioni più antiche, vi sono controversie che non hanno queste caratteristiche; chè in esse non si controverte affatto circa l’esercizio di poteri amministrativi lesivi di diritti o di interessi legittimi, ma di rapporti a carattere obbligatorio intercorrenti tra l’Amministrazione ed un terzo ovvero tra pubbliche Amministrazioni. Si tratta delle azioni di accertamento di competenza del giudice amministrativo, per stare alla migliore sistemazione dottrinale, circa l’adozione o il contenuto di atti cd. paritetici o più esattamente di atti di adempimento, che l’Amministrazione è tenuta ad adottare in esito a suoi obblighi o a vere e proprie obbligazioni. Controversie queste, che sarebbero pacificamente, di competenza della giurisdizione ordinaria se non vi fosse l’espressa attribuzione legislativa delle “relative “materie” alla competenza del giudice amministrativo.

Invero, appare equivoco (nel quale sembra caduta anche la Corte nella sentenza n. 204/04) ritenere che per effetto della legislazione del 1998/2000, si sarebbe verificata l’estensione della giurisdizione esclusiva a controversie di puro diritto soggettivo (diciamo così); chè viceversa, da tempo remoto, (è dal 1939) con piena consapevolezza della giurisprudenza, è ben noto che la giurisdizione esclusiva si estende a controversie a carattere puramente obbligatorio, in ordine alle quali le regole della giurisdizione amministrativa subiscono una modifica in senso civilistico.

Certamente, l’art. 33 aveva compiuto una operazione estensiva più ampia sino a condurre la giurisdizione amministrativa in ambiti puramente negoziali e a rapporti del tutto privatistici, anche intercorrenti solo tra soggetti privati. Ma la Corte non si limita a sanzionare questa ulteriore

estensione, e sembra coprire con le sue argomentazioni anche le controversie a carattere obbligatorio tradizionalmente ascritte alla giurisdizione amministrativa.

Dopo la sentenza della Corte, ci si è chiesto quale spazio residui alla giurisdizione esclusiva in senso proprio, cioè a quella concernente controversie su questioni di diritti, che sarebbero attribuite alla giurisdizione ordinaria, se non vi fosse, appunto, la previsione, per esse, dell’attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; se resti in vita la giurisdizione amministrativa sui cd. atti paritetici risalente alla fondamentale giurisprudenza del 1939 della quale si detto. Casi nei quali sicuramente sarebbe competente il giudice ordinario, se non vi fosse la previsione della giurisdizione esclusiva: pretese di singoli a contenuto patrimoniale con oggetto prestazioni da parte della Pubblica Amministrazione. Gli atti di adempimento sui quali, in tempi ormai remoti, *Giannini* richiamava l’attenzione della dottrina.

Su questo punto la sentenza n. 204/04, almeno se intesa nella sua lettera, non può essere seguita. Essa infatti porterebbe il nostro sistema positivo come si accennava, non solo ad una fase anteriore rispetto alla giurisprudenza del 1939, e addirittura potrebbe comportare l’illegittimità costituzionale di una serie di norme sulla giurisdizione esclusiva, al di là di quelle dichiarate incostituzionali, che sicuramente attribuiscono al giudice amministrativo la cognizione di queste controversie di carattere paritetico: e così alcune tra quelle di cui all’art. 29 n. 1, 5, 6, 7 del T.U. ad esempio (e ancora quelle di cui all’art. 61 DPR 1343/63 in materia di debito pubblico).

E allora, sul punto, è necessario trovare una via di uscita che consenta, pur nell’ambito di un ripensamento complessivo del sistema, di salvaguardare la ragione stessa della giurisdizione esclusiva; che non può senz’altro coincidere, come viceversa vorrebbe la Corte, con la giurisdizione generale di legittimità, in quanto alle materie che rispettivamente ne sono oggetto. Una configurazione delle “particolari materie” di cui all’art. 103 Cost., che pur non così estesa come voleva il legislatore della riforma consenta tuttavia di salvare l’ambito delle precedenti attribuzioni e l’impostazione della nostra tradizionale giurisprudenza.

Si potrebbero fare salvi, anzitutto, i rapporti (e le convenzioni) tra pubbliche Amministrazioni ed enti pubblici, peraltro espressamente previsti dall’art. 15 della l. 241/90 (che espressamente richiama l’art. 11, dalla Corte riconosciuto conforme a Costituzione) dove il carattere particolare della materia controversa è evidente: mediante codesti rapporti si amministrano interessi pubblici di pertinenza rispettiva delle Amministrazioni e degli enti. Ciò consentirebbe di mantenere in vita le antiche previsioni di cui all’art. 29 T.U. di cui si è detto.

Mentre nei rapporti tra l’Amministrazione e i cittadini (i terzi) potrebbero essere fatti salvi, data anche la loro evidente “particularità” quelli nascenti da provvedimento amministrativo, ciò che in qualche modo conferisce alla Pubblica Amministrazione una posizione di supremazia nell’ambito del rapporto; ciò che verrebbero a coprire i rapporti di pubblico impiego delle categorie che hanno conservato la disciplina pubblicistica (art. 3, d.l.vo 165/01). Mentre l’esclusione dall’ambito della giurisdizione amministrativa delle controversie “concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi” resterebbe limitata (non si comprende invero perché) ai rapporti concessori con oggetto pubblici servizi, secondo il testo “riscritto” dell’art. 33, e con oggetto beni pubblici secondo l’art. 5 della l. n. 1034/71.

#### 4. Segue. L’azione risarcitoria

Lo stesso corpo normativo del 1998-2000, scrutinato dalla Corte con sentenza 204/04, ha compiuto l’altra fondamentale scelta di estendere la giurisdizione amministrativa (esclusiva e non) anche alla cognizione delle azioni risarcitorie nei confronti delle pubbliche Amministrazioni, sia a tutela di diritti che di interessi legittimi (art. 35).

La scelta legislativa dell’attribuzione dell’azione risarcitoria al giudice amministrativo in ogni materia di sua giurisdizione si poneva in contrasto, invero, con l’orientamento emerso in Cassazione con la fondamentale sentenza n. 500/99 che aveva riconosciuto in via di principio la risarcibilità degli interessi legittimi da esercitare tuttavia mediante azione ordinaria, ai sensi dell’art. 2043 cod. civ. (in base alla considerazione che il danno prodotto *injure* in capo ad un soggetto portatore di una situazione giuridicamente protetta desse luogo comunque a lesione di diritto soggettivo, il diritto al risarcimento del danno, appunto).

La questione dell’azione risarcitoria di cui all’art.35, rimane sullo sfondo del giudizio di costituzionalità di cui alla cit. sentenza. Tuttavia viene affrontata, seppure *incidenter*, con affermazioni che appaiono assai significative e che forse costituiscono la parte più interessante della sentenza, per ciò che riguarda il futuro assetto della giurisdizione amministrativa.

Il legislatore nella l. n. 205/00, nel ridisegnare la giurisdizione amministrativa, aveva compiuto, come è noto, la scelta fondamentale e profondamente innovativa di attribuire al giudice amministrativo la cognizione delle azioni risarcitorie in ogni materia soggetta alla sua giurisdizione; ampliando la scelta compiuta dallo stesso legislatore con il d.lvo n.80/98, che aveva esteso la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (ma solo quella esclusiva) alla cognizione delle azioni risarcitorie: modificando in ciò il vecchio art. 30 T.U Consiglio di Stato (r.d. n. 1054/24) che

faceva salva, come è noto, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, la competenza dell'autorità giudiziaria circa “le questioni attinenti a diritti patrimoniali consequenziali”.

E’ da ritenere che proprio questa sia stata la principale innovazione della legislazione di riforma (insieme ad altre non irrilevanti innovazioni di carattere procedurale); più ancora che l'estensione della giurisdizione esclusiva alle controversie concernenti i pubblici servizi.

Sul punto, si deve ricordare che una volta acquisita da parte del legislatore (anche sulla base della famosa sentenza della Cassazione n.500/99) l'esigenza di dare pienezza alla tutela dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione, attribuendo loro anche la disponibilità dell'azione risarcitoria, si ponevano tre possibili soluzioni legislative.

La prima soluzione era quella prospettata dalla Cassazione nella citata sentenza. E cioè che l'azione risarcitoria (nei confronti della pubblica amministrazione, come di ogni altro soggetto dell'ordinamento) si configuri come azione a tutela di diritti (il diritto al risarcimento del danno derivante da una azione od una omissione compiuta *injure* da un soggetto terzo). E perciò sia che la situazione soggettiva del danneggiato fosse configurabile come un diritto soggettivo, o come un interesse legittimo o come una aspettativa o quant'altro, in ogni caso, la competenza a conoscere della relativa azione risarcitoria spetterebbe al giudice ordinario come giudice dei diritti soggettivi. Salve ovviamente le materie di giurisdizione esclusiva, una volta caduta la riserva del vecchio art. 30.

La seconda soluzione, che poi è stata quella adottata dal legislatore, era nel senso di ritenere che l'azione risarcitoria non fosse altro che una delle modalità della tutela giurisdizionale sia dei diritti che degli interessi legittimi. E visto che l'art. 24 Cost. stabilisce il principio della pienezza della tutela delle une e delle altre situazioni soggettive, diveniva naturale attribuire alla cognizione del giudice amministrativo le azioni risarcitorie a tutela degli interessi legittimi (mentre al giudice ordinario quelle a tutela di diritti soggettivi, salve appunto le materie di giurisdizione esclusiva).

Ma questa seconda soluzione presenta una variante, dalla quale appunto emerge la terza soluzione. Infatti, una volta stabilito che il giudice amministrativo sia competente a conoscere delle azioni risarcitorie a tutela di interessi legittimi (nonché di quelle a tutela di diritti nelle materie di giurisdizione esclusiva) si pone il problema di stabilire a quale giudice spetti la competenza a conoscere delle azioni risarcitorie a tutela di diritti soggettivi già lesi (o “degradati”) per effetto di atti ablativi, una volta ottenuto l'annullamento da parte del giudice amministrativo di questi atti. Si tratta, come è noto, di casi nei quali l'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione è stata sempre ritenuta sussistente e attribuita, sulla base della legge del 1865, alla

competenza del giudice ordinario (in seconda “battuta”, dopo aver ottenuto l’annullamento dell’atto lesivo).

La cognizione di queste azioni poteva essere lasciata alla competenza del giudice ordinario, con la conseguenza sicuramente non positiva in termini di effettività della tutela, di costringere il soggetto agente a promuovere due processi, il primo davanti al giudice amministrativo mediante l’esercizio di azione di annullamento, il secondo davanti al giudice ordinario, mediante azione risarcitoria, una volta ottenuto l’esito favorevole del primo processo. Ma la soluzione che il legislatore ha ritenuto preferibile (con riferimento ai principi di effettività e concentrazione della tutela giurisdizionale) è stata quella viceversa di affidare al giudice amministrativo la cognizione “di tutte le questioni relative all’eventuale risarcimento del danno anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali”, con riferimento a tutto “l’ambito della sua giurisdizione” (art. 35, comma 4). Perciò laddove il giudice amministrativo è competente in ordine a un certo tipo di controversie, anche concernenti provvedimenti ablatori incidenti su diritti soggettivi (espropriazioni, requisizioni, leva militare), in virtù della nota giurisprudenza sulla “degradazione”, allo stesso giudice è conferita, altresì, la competenza a conoscere delle relative azioni risarcitorie.

Questo modello è uscito indenne dallo scrutinio di costituzionalità; e consolidato e rafforzato.

Anzitutto, la Corte ha confermato l’impostazione che aggancia all’art. 24 Cost. la disciplina dell’azione risarcitoria, tanto a tutela di diritti che di interessi legittimi. Mentre rigetta l’idea, pure emersa in dottrina e in qualche decisione giurisprudenziale, che l’azione risarcitoria possa considerarsi in quanto tale, una materia attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Su questo punto, l’opinione della Corte sembra assai ferma; laddove, da una parte, esclude che la dichiarazione di incostituzionalità degli artt. 33 e 34 investa, in qualche modo, l’art. 35 (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). Dall’altra parte, conferma pienamente la legittimità dell’attribuzione di questa competenza al giudice amministrativo (“conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato”) e che 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”; nonché la legittimità della scelta del legislatore di concentrare in unico giudice la cognizione dell’azione di annullamento e di quella risarcitoria, superando la precedente regola “che imponeva, 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”. Ciò, secondo la Corte, “costituisce null’altro che attuazione del precetto di cui all’art. 24 Cost.”.

Dopo la sentenza della Corte, l’attribuzione al giudice amministrativo, in via generale, per tutte le materie di propria competenza, della cognizione dell’azione risarcitoria a tutela delle situazioni protette, è stata ripetutamente confermata dalla Cassazione (la quale, abbandonando la sua linea interpretativa di cui alla cit. n. 500/99, si è allineata alla giurisprudenza della Corte, salvo il ripensamento subito superato di cui all’ord. S.U. n. 1207/06). E ne ha rinforzato la portata mediante la ben nota affermazione circa l’autonomia di detta azione, ciò che ne consente l’esercizio, a fronte di atti amministrativi produttivi di danni ingiusti, anche in assenza della previa azione di annullamento (per tutte, Cass., S.U., n. 30254/08). Sul punto, com’è noto, si è aperta una disputa giurisprudenziale con il Consiglio di Stato, che, allo stato del diritto positivo, ritiene pregiudiziale l’esercizio di detta azione rispetto all’azione risarcitoria (Cons. St., A.P., n. 9/07, l. n. 12/07; VI, n. 587/09). Ma si tratta di questione che deve essere risolta in sede legislativa (e adesso ciò è possibile in virtù della delega di cui all’art. 44, l. n. 69/09); mentre non presenta, come tale, profili di rilievo costituzionale (essendo entrambe le soluzioni possibili in punto di costituzionalità).

## 5. Segue. La “specialità” del giudice e del modello organizzativo

Si è ricordato all’inizio come l’Assemblea Costituente fosse stata ferma e decisa nel ribadire la presenza nell’ordinamento italiano della giurisdizione amministrativa come separata da quella ordinaria, sia sul piano soggettivo, cioè come giurisdizione attribuita ad un corpo di magistrati separato e distinto rispetto alla magistratura ordinaria, sia sul piano funzionale come giurisdizione cui sono riservate controversie di un certo tipo (cioè quelle che nella dizione del testo costituzionale vengono menzionate con riferimento al tipo di situazione soggettiva protetta) nei confronti delle pubbliche Amministrazioni.

E ancora, si è visto come l’Assemblea Costituente intese ribadire la particolarità organizzativa di questa giurisdizione facente capo al Consiglio di Stato come organo allo stesso tempo deputato alla consulenza giuridico-amministrativa del Governo e alla tutela della giustizia

nell'amministrazione (art. 100): espressione quest'ultima da intendere (anche) come giurisdizione amministrativa.

Sul punto, si deve ricordare che nel contesto dei grandi Paesi europei solo l'Italia e la Francia hanno un sistema di giurisdizione amministrativa organizzato in tal modo, cioè facente capo ad un organo di vertice dalla duplice natura; mentre la gran parte degli altri Paesi seguono il modello organizzativo di tipo tedesco, nel quale la giurisdizione amministrativa è attribuita, bensì ad un corpo di magistrati separato dalla magistratura ordinaria (ma dotati di uno *status* del tutto identico a quello di quest'ultima), un corpo tuttavia dove si accede esclusivamente per concorso e si progredisce nella carriera, dalla base al vertice, in ordine a criteri fondati sulla anzianità o sul merito tecnico da valutare all'interno del corpo stesso; ma in questi sistemi l'organo giurisdizionale di vertice, come gli organi giurisdizionali dei gradi inferiori, è deputato esclusivamente all'esercizio della giurisdizione.

Ancora di recente, nella dottrina francese si è posto il problema se sia ancora opportuno conservare la particolarità del modello “francese” (e aggiungiamo: italiano), derivante da ragioni storiche o viceversa non sia il caso di allinearsi ad una organizzazione giurisdizionale di tipo tedesco.

Ma da noi, a differenza che in Francia, detta particolarità organizzativa è prevista in Costituzione, all'art. 100, e perciò non è disponibile dal legislatore ordinario. Un tentativo di riforma fu fatto nell'ambito della cd. Commissione Bicamerale D'Alema, di cui alla legge cost. n. 1/1997 (v. art. 119 del testo della Commissione, AC 3931/A) che tuttavia, com'è noto, non riuscì a portare a termine i suoi lavori.

Successivi tentativi di riforma non si conoscono né allo stato sono prevedibili.

Invero, sulla commistione tra funzioni giurisdizionali e funzioni consultive in capo al Consiglio di Stato, da più parti viene riconosciuta la razionalità e l'opportunità della scelta costituente, tenuto conto che essa assicura da una parte una maggiore autorevolezza della funzione consultiva (affidata ad un organo che in quanto avente natura giurisdizionale gode di tutte le prerogative della giurisdizione) e dall'altra parte arricchisce l'esercizio della funzione giurisdizionale dell'esperienza amministrativa che all'esame dell'organo perviene nell'esercizio della funzione consultiva.

Ovviamente la compresenza nell'organo delle due funzioni necessita di adeguate misure organizzative che impediscano la cognizione di controversie giurisdizionali da parte degli stessi magistrati che in sede consultiva hanno conosciuto di affari ad essi connessi. Rimane punto

problematico in ordine a questa esigenza di separazione tra le due funzioni, la partecipazione di tutti i magistrati del Consiglio di Stato all'Adunanza Generale che è organo esclusivamente consultivo cui vengono portate le principali questioni.

Si pongono poi, com'è noto, problemi in ordine al particolare *status* dei Consiglieri di Stato, che presenta aspetti di differenziazione rispetto alla magistratura ordinaria e agli stessi magistrati amministrativi dei Tribunali di primo grado. Problemi analoghi (e anche di maggiore intensità) si pongono in Francia. Invero, si tratta di problemi connaturati al modello; chè la doppia natura dell'attribuzione dell'organo, pur garantito nella sua indipendenza dal Governo ai sensi dell'art. 100, produce necessariamente alcune commistioni con gli apparati di governo. E analoghi problemi si pongono peraltro a proposito della Corte dei conti (v. part., Corte cost., n. 1/78, e prec. Corte cost., n. 177/73).

Si pone innanzitutto il problema della legittimità costituzionale delle nomine dei Consiglieri di Stato, che per una percentuale (adesso corrispondente a un quarto di tutti i membri dell'Istituto) sono riservate al Governo. E al Governo sono altresì riservate le nomine del presidente di Sezione nonché la nomina dello stesso presidente del Consiglio di Stato (artt. 21, 22, l. n. 186/82). In realtà rispetto al precedente sistema normativo, la legge appena citata, anche sulla base della importante (ma da più parti contestata) sentenza della Corte cost. n. 177/73, ha stabilito una disciplina sufficientemente garantistica in merito all'idoneità delle nomine e all'esigenza di limitare le scelte del Governo. Infatti, è previsto che i Consiglieri nominati dal Governo, limitatamente a un quarto del numero complessivo, debbono essere prescelti tra categorie di personale dotate di caratteristiche tali, almeno in principio, da assicurarne la competenza (professori ordinari, avvocati con lungo stato di servizio, dirigenti generali, etc.). Ed è previsto che il Governo deliberi previo parere del Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa, nel quale sia valutata la "piena idoneità all'esercizio delle funzioni di consigliere di Stato sulla base dell'attività e degli studi giuridico-amministrativi compiuti e delle doti attitudinali e di carattere". Inoltre la nomina è soggetta a controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti, e può esser impugnata per illegittimità davanti allo stesso Consiglio di Stato.

Analogo procedimento è previsto per la nomina a presidente di Sezione e a presidente di TAR (tenendo conto "in ogni caso dell'attitudine all'ufficio direttivo ed all'anzianità di servizio). Mentre il presidente del Consiglio di Stato, sulla base della l. n. 186/82, è nominato dal Governo sentito il parere del Consiglio di presidenza (che nella prassi di questi anni è stato formulato preventivamente, come una sorta di proposta) ma è prescelto tra i presidenti di Sezione dell'Istituto.

Quindi, è stata soppressa l'antica disciplina che prevedeva la nomina del presidente anche fra personalità esterne.

Inoltre occorre considerare, come la Corte ebbe a sottolineare nella citata sentenza n. 177/73, che i soggetti nominati, una volta entrati nell'istituto, acquisiscono *in toto* lo *status* di magistrati del tutto equiparato a quelli dei consiglieri provenienti dalla carriera interna o dal concorso e sono garantiti dall'inamovibilità dell'ufficio.

La legge del 1982, ha dato compimento alla configurazione voluta dalla Costituzione della magistratura amministrativa (TAR e Consiglio di Stato) come corpo indipendente dal Governo, quanto all'organizzazione interna e alla disciplina degli incarichi e delle carriere; in modo analogo a quanto previsto dalla stessa Costituzione per la magistratura ordinaria, attraverso l'istituzione come si è accennato, del Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa composto da componenti interni e da alcuni componenti esterni, in posizione minoritaria, eletti dal Parlamento prescegliendoli tra categorie professionalmente garantite (professori ordinari e avvocati con lungo corso professionale).

L'ordinamento, complessivamente inteso, della magistratura amministrativa, pur con le sue peculiarità rispetto a quello della magistratura ordinaria (peculiarità riconosciute dalla Corte costituzionale come giustificate dalle funzioni di competenza, nella loro duplicità prevista dalla Costituzione), a seguito della vigente legislazione, innovativa rispetto al passato, pur presentando ancora alcuni punti critici, a volte enfatizzati in dottrina, appare nella sostanza conforme a Costituzione; come quello inteso a realizzare il requisito dell'indipendenza imposto dalla Costituzione, tenendo conto della particolare natura dell'organo.

Invero, le ripetute critiche emerse in dottrina, anche in tempi recenti (segnatamente nell'ambito della scuola fiorentina) si riferiscono piuttosto al modello in sé, auspicandone il superamento o verso l'unicità della giurisdizione, o verso un ordinamento della giurisdizione amministrativa e della magistratura ad essa preposta, di tipo tedesco. Ma, in entrambe le direzioni, l'ordinamento potrebbe muoversi soltanto sulla base di una modifica costituzionale che allo stato non è prevedibile, né, da parte della maggioranza degli autori e degli operatori, auspicata.

### Nota bibliografica

ANDRIOLI V., *Bilancio della l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. E.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 1965

BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; e ripubb. in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1981

CHITI M. P., *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984

BERTI G., *Commento art. 113*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna 1987

SILVESTRI G., *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, 1988

SCOCA F. G., *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1989

SORRENTINO F., *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1990

VERDE G., *Ma che cosa è questa giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1993

PAJNO A., *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994

PROTO PISANI A., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Fo.it.*, 2001, V

GASPARRI W., *Il punto logico di partenza*, Milano, 2004

SCOCA F. G., *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004

ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005

GRECO G., *Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia a quella per connessione?*, in *Dir. proc. amm.*, 2006

RESCIGNO G. U., *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2006

PAJNO A., *I principi in Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. SANDULLI, Milano 2007

FROMONT M., *La place de la justice administrative française en Europe*, in *Droit administratif*, Julliet 2008

PICCIONE D., *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, Napoli, 2008

FERRARI-BREEUR C., *La giurisdizione amministrativa in Francia. Evoluzione e tendenze attuali*, in *Dir. e proc. amm.* 2009

MARTINI F., *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2009