



Alessandro PAJNO

**PER UNA LETTURA “UNIFICANTE” DELLE
NORME COSTITUZIONALI
SULLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA**

Publicato in “ASTRID – Rassegna” n. 26 del 2006

Sommario:

1. Una lettura unificante delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa.
2. L’art. 24 Cost.: una giurisdizione unitaria e completa.
3. L’art. 24 Cost. ed il principio di *concentrazione* della tutela giurisdizionale.
4. L’art. 103 Cost. come norma sulla *concentrazione* delle tecniche di tutela delle situazioni soggettive.
5. L’art. 113 Cost.: *differenza* fra gli ambiti di tutela ed *indifferenza* delle tecniche di tutela.
6. La nuova lettura delle norme costituzionali sulla giurisdizione e le trasformazioni dell’interesse legittimo. *La translatio iudicii*.

1. Costituisce un'affermazione tradizionale quella secondo cui le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa si sarebbero sostanzialmente limitate a "fotografare"¹ il sistema previgente alla carta costituzionale, quale si era sviluppato dopo la legge 20 marzo 1865 all. E e la legge del 1889, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato.

La scelta di costituzionalizzare la struttura dualistica² della giurisdizione amministrativa risulterebbe, tra l'altro, evidente dalla scelta di fornire copertura costituzionale alla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi (art. 24, primo comma, Cost.; art. 103, primo comma, Cost.; art. 113, primo comma, Cost.), tradizionalmente chiamata a determinare l'ambito della giurisdizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo³. In questo quadro, le norme costituzionali renderebbero evidente la derivazione del sistema da esse descritto da quello formatosi attorno alla legge del 1865 ed in conseguenza di essa: non a caso, la scelta per il mantenimento della giurisdizione amministrativa, ed anzi per la sua configurazione come luogo "naturale" della tutela degli interessi legittimi – poi affermata anche dalla stessa Corte regolatrice⁴ - sembrerebbe calata in un contesto nel quale la giurisdizione amministrativa si è affermata come ramo speciale, o comunque residuale della funzione giurisdizionale, affidata a "magistrati ordinari" istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario⁵.

Le affermazioni che precedono appaiono in larga parte condivisibili, anche se va subito posto in luce che il quadro costituzionale sulla giustizia amministrativa per un verso è più complesso di quello sopra ricordato, per

¹ A. Pajno, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. amm.*, 1994, p. 458.

² G. Cerina Ferroni, *L'ambito della giurisdizione amministrativa*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2005, p. 15.

³ A. Pajno, *Le norme costituzionali*, cit., p. 455.

⁴ Cass., Sez. Un., 20 luglio 1968, n. 2616, in *Foro It.*, 1968, I, c. 2074.

⁵ A. Pajno, *Il riparto della giurisdizione*, in S. Cassese, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, Tomo V, Il processo amministrativo*, Milano, 2003, p. 4211.

l'altro è significativamente mutato. Da una parte, infatti, rientrano nelle disposizioni costituzionali sulla giustizia amministrativa quelle riguardanti il Consiglio di Stato (art. 100 Cost.), e quelle concernenti l'ordinamento sezionale della giurisdizione del giudice amministrativo (art. 103, commi 1 e 2, art. 125, comma 2, art. 111, comma 7, Cost.); dall'altro la modifica dell'articolo 111 Cost., con l'introduzione del principio della durata ragionevole del processo⁶, proietta senz'altro la propria portata anche sulla tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione⁷, che, essendo ripartita fra più giudici, ha dentro di sé il rischio della durata eccessiva, non di un certo tipo di tutela (del giudice ordinario o del giudice amministrativo) ma della complessiva protezione giudiziaria accordata al cittadino nei confronti dei poteri pubblici.

La recente modifica del Titolo V della Costituzione, sembra, infine, consapevolmente distinguere tra giustizia amministrativa e giurisdizione amministrativa, e riportare quest'ultima alla generale fattispecie della tutela giurisdizionale.

L'importanza della tradizionale distinzione-separazione diritti soggettivi-interessi legittimi nel sistema generale di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione è stata di recente ribadita dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004⁸, ispirata alla scelta di ripristinare la centralità del criterio fondato sulla distinzione tra situazioni soggettive per l'effettuazione del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo⁹.

⁶ Comoglio, *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del "giusto processo"*, in Riv. Dir. Proc., 2001, p. 633 e ss.

⁷ G. Cerina Ferroni, *Il giusto processo amministrativo*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, cit., p. 24.

⁸ In Foro It., 2004, I, c. 2594, con nota di A. Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, I, c. 2598.

⁹ A. Pajno, *Giurisdizione esclusiva ed "arbitrato" costituzionale*, in Giur. dir. Amm., 2004, p. 987.

La riaffermazione della perdurante validità del criterio tradizionale di riparto è, tuttavia, accompagnata dalla Corte Costituzionale con importanti affermazioni che, collegando l'ampliamento delle tecniche di tutela riconosciute al giudice amministrativo ed il superamento della regola che imponeva al cittadino il doppio giudizio (dinanzi all'AGO e al giudice amministrativo) per ottenere il risarcimento del danno ed i diritti patrimoniali consequenziali direttamente all'articolo 24 Cost.¹⁰, sembrano consentire una rilettura *unificante* delle norme costituzionali sulla tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dei poteri pubblici.

2. Secondo l'approccio tradizionale, l'art. 24 Cost., attribuendo copertura costituzionale al diritto di azione, evidenzerebbe la considerazione di esso come diritto di libertà¹¹, ed obbligherebbe quest'ultimo ad assicurare al cittadino un giudizio dinanzi ad organi indipendenti ed imparziali. In questa ottica, il riferimento alla "tutela dei propri diritti ed interessi legittimi" evidenzerebbe la scelta contro ogni tipo di limitazione della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti del potere esecutivo.

Ma l'art. 24 Cost. non può essere considerato soltanto una norma sul diritto alla tutela giurisdizionale; esso è, infatti, di riflesso, anche una disposizione sul sistema - complessivo ed unitario - necessario per assicurare la protezione di tale diritto: una disposizione costituzionale, quindi, sulla *giurisdizione*.

In questa ottica, il riferimento alla possibilità di agire in giudizio "per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi" esprime, innanzitutto, l'unitarietà e la completezza del sistema di tutela giurisdizionale: questa infatti si estende a tutte le situazioni soggettive in cui si esprime il giudizio di rilevanza che l'ordinamento assegna al bene della vita: c'è una (sola)

¹⁰ Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, cit. c., 2613.

¹¹ A. Pajno, *Le norme costituzionali*, cit., p. 461.

protezione giurisdizionale, e questa è completa solo a condizione di implicare anche la tutela degli interessi legittimi. Da questo punto di vista la norma costituzionale esprime un radicale superamento della legge del 1865, assicurando il diritto alla tutela giurisdizionale anche nell'area dell'amministrazione pura, ed evidenziando che, anche in questa area, c'è una protezione che ha la stessa qualità ed intensità della tutela dei diritti.

La tutela giurisdizionale (completa) è quindi soltanto una, e ricomprende la protezione di tutte le situazioni giuridicamente rilevanti. Questa tutela giurisdizionale può anche essere somministrata separatamente, e cioè soltanto in riferimento all'una o all'altra situazione soggettiva: può, porsi, allora, in tal caso, un problema di *concentrazione* di tali tutele. Nell'ottica unitaria sopra delineata, il riferimento ai diritti soggettivi ed agli interessi legittimi ricorda, certamente, *le forme* della protezione giurisdizionale accordate tradizionalmente dal giudice ordinario e dal giudice amministrativo; esso, però non esprime innanzitutto un riferimento processuale a tecniche di tutela diverse (risarcitoria e annullatoria), ma possiede un preciso *connotato sostanziale*: la funzione giurisdizionale è unitaria e riguarda la protezione di tutte le situazioni giuridiche considerate rilevanti dall'ordinamento, dal momento che senza la protezione di tutte le situazioni giuridiche rilevanti il diritto (di azione) del cittadino non si realizza in maniera completa.

3. Ma l'art. 24 Cost. costituisce anche una norma sulla *effettività* della tutela giurisdizionale. Discende da ciò che:

- a) la tutela giurisdizionale non è effettiva se non è completa, estesa cioè alle diverse situazioni soggettive;
- b) la concentrazione delle tutele giurisdizionali (temporale ma anche spaziale) è uno dei modi più significativi in cui si manifesta l'effettività, costituendo il superamento della regola che imponeva, ottenuta davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice

ordinario, “null’altro che attuazione del precetto di cui all’art. 24 Cost.”¹²,

- c) la norma costituzionale pone anche un criterio interpretativo, nel senso che, ove sia possibile, nell’interpretazione delle norme di legge ordinarie sulla giurisdizione, deve essere riconosciuto un *favor* a quella che assicura e garantisce la concentrazione della tutela;
- d) il principio di effettività esige un rapporto di *adeguatezza* tra i poteri di cui ciascun giudice è fornito e la pienezza della protezione riconosciute a ciascuna delle situazioni soggettive;
- e) proprio per la ragione indicata *sub a)*, non vi è un giudice monopolista di una certa tecnica di tutela (risarcitoria o annullatoria); un esito del genere finirebbe con il non assicurare una protezione adeguata e completa alle diverse situazioni soggettive.

L’art. 24 Cost. fonda, pertanto, un sistema giurisdizionale volto ad assicurare una tutela piena e completa a tutte le situazioni soggettive vantate dal cittadino, anche nei confronti dei poteri pubblici. Questa tutela può essere anche concentrata, ma in ogni caso, deve conoscere forme di collegamento o di interazione, dal momento che, in mancanza, potrebbe essere compromessa la sua qualità. La tutela ripartita (non concentrata) delle diverse situazioni soggettive non è infatti una tutela separata.

4. E’ quindi nell’ottica dell’art. 24 Cost. - che è la norma fondamentale sul sistema di tutela giurisdizionale – che deve essere letto l’art. 103 Cost. Questo non contiene tanto una disposizione sul sistema di tutela giurisdizionale, quanto una norma sulla quantità di giurisdizione attribuita a ciascun giudice, sulla *divisione del lavoro giurisdizionale* dei giudici.

Si tratta, pertanto, non di una disposizione volta a regolare il concorso di due diversi ordini giurisdizionali, fra di loro irriducibili anche per le tecniche adoperate, ma di una norma sul riparto dei compiti che

¹² Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, cit., c. 2613.

spettano in un lavoro comune, nell'esercizio dell'unica funzione giurisdizionale: un riparto che distribuisce, ma che non separa.

Letto in questo modo, e cioè alla luce dell'art. 24 Cost, l'art. 103 Cost. comporta una serie di conseguenze rilevanti.

La prima di essa è che il giudice ordinario deve essere dotato di *adeguati poteri* per assicurare la tutela del diritto soggettivo; e che di poteri altrettanto *adeguati* deve essere dotato il giudice amministrativo per assicurare la tutela dell'interesse legittimo.

La seconda conseguenza – strettamente connessa alla prima e coerente con l'impianto della norma costituzionale volta ad effettuare un riparto tra giudici per situazioni soggettive – è che al giudice amministrativo devono essere assicurate *tutte le forme processuali* di protezione del diritto soggettivo. L'art. 103 Cost., in quanto norma sul *riparto* della giurisdizione, *esclude* che normalmente possa essere concentrate dinanzi ad un unico giudice la tutela delle diverse situazioni soggettive, ma *esige* che siano concentrate dinanzi al giudice investito della tutela della situazione soggettiva, tutte le *tecniche* utili per riconoscere protezione piena a tale situazione soggettiva. Non può quindi essere condiviso quell'approccio tradizionale che collega la dicotomia diritto soggettivo – interesse legittimo all'attribuzione *necessaria* al giudice ordinario e al giudice amministrativo di due diverse tecniche di tutela¹³.

La terza conseguenza riguarda, infine, la giurisdizione esclusiva, la quale realizza, invece, nelle materie specificate dalla legge, una *tutela concentrata*, e cioè una tutela riguardante sia i diritti soggettivi che gli interessi legittimi.

La giurisdizione esclusiva realizza, quindi, in coerenza con i principi di cui all'art. 24, Cost., una concentrazione non (soltanto) delle tecniche di

¹³ Opera, ad esempio, in questo senso, la medesima Cass. Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro It.*, 1999, I. C. 2487.

tutela, ma della protezione delle situazioni soggettive sostanziali. Proprio, peraltro, perché tale concentrazione si realizza in deroga alla regola costituzionale del riparto della tutela delle situazioni soggettive, deve essere la legge ad indicare i casi nei quali tale concentrazione deve essere effettuata (sempre in presenza dell'amministrazione-autorità: Corte Cost., sentenza n. 204 del 2004).

Se le osservazioni sopra formulate sono esatte, deve allora ritenersi che la giurisdizione esclusiva, sia pure per "particolari materie indicata dalla legge" realizzi una forma di protezione che realizza in modo eminente le esigenze sottese dall'art. 24 Cost.; è, forse, per tale ragione che, nonostante le sentenze della Corte Costituzionale, continua ad essere frequente il ricorso ad essa da parte del legislatore.

5. E' nell'ottica, unitaria e unificante sopra delineata, che acquista pieno significato l'art. 113 Cost.

Questa sembra esprimere, innanzitutto, la radicale differenza che intercorre tra la tutela per situazioni soggettive ed il relativo riparto, e le tecniche adoperate per assicurare una protezione piena ed effettiva della tutela giurisdizionale. Mentre, infatti, l'art. 103 comma 1, Cost., ribadisce il riparto di giurisdizione per situazioni soggettive tra giudice ordinario e giudice amministrativo, configurando anche una tutela giurisdizionale di diritti avverso *atti* della pubblica amministrazione, l'art. 113, comma 3, attribuendo alla legge – e soltanto ad essa – l'indicazione del giudice dotato del potere costitutivo di annullamento dell'atto amministrativo, evidenzia che non esiste, nell'ordinamento, *per natura*, un giudice dotato di tale potere, e più in generale, che non esiste un monopolio da parte dei diversi giudici, delle diverse tecniche di protezione giurisdizionale adoperate.

L'art. 103 Cost. sancisce, pertanto, con norma costituzionale, la *differenza* fra i diversi ambiti di tutela giurisdizionale assegnati al giudice

ordinario ed a quello amministrativo, (art. 103, comma 1, Cost.), e *l'indifferenza* fra le tecniche di tutela necessarie a tal fine, la cui identificazione è rimessa alla discrezionalità del legislatore; o, se si vuole, la *separazione* fra la questione del riparto di giurisdizione per situazioni soggettive e quella delle tecniche necessarie a tale scopo.

E' in tale prospettiva, infine, che l'art. 113, ultimo comma, Cost., attribuisce alla legge la determinazione degli effetti dell'annullamento dell'atto amministrativo. Non esistono, pertanto, effetti tipici o "necessari" dell'annullamento, potendo essi essere modellati, al di là della mera caducazione, dal legislatore (anche con la configurazione di poteri sostitutivi) a seconda delle esigenze delle diverse fattispecie.

6. Una lettura delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa del tipo di quella suggerita può costituire, in qualche modo, una rappresentazione meno "separata" e "divisa" del sistema di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, nel quale la riaffermazione della centralità del criterio di riparto per situazioni soggettive non può, oggettivamente, risolversi, nella perdita o nella messa in pericolo di quelle esigenze di concentrazione della protezione giurisdizionale che sono direttamente connesse con gli artt. 24 e 113 Cost.

Una lettura del genere, d'altra parte, appare ancor più necessaria se si pensa alle trasformazioni che investono le stesse situazioni soggettive su cui è fondato il riparto ed in particolare l'interesse legittimo. Questo, infatti, coerentemente con i cambiamenti che riguardano, specie a seguito della legge sul procedimento amministrativo, lo stesso modo di intendere l'interesse pubblico, va perdendo un certo carattere *famulativo* ed *ancillare*, per acquistare una *consistenza* ed una *corposità*, a fronte di un potere pubblico sempre più procedimentalizzato, sempre meno caratterizzato da una discrezionalità non controllabile, e per tale ragione

meno “ablatorio” e più paritario, che esige forme di tutela che vanno al di là della mera rimozione del provvedimento amministrativo.

In questa prospettiva, una prima significativa innovazione potrebbe essere costituita da una modifica del codice di procedura civile, che, depotenziando la portata della questione di giurisdizione, sia idonea a mutare il consolidato orientamento giurisprudenziale che esclude la *translatio iudicii*, e ad assicurare, così, in ogni caso, la prosecuzione del giudizio dinanzi al giudice dotato del potere di decidere la controversia¹⁴.

Anche questo costituisce, infatti, ad un tempo, un modo di realizzare la *concentrazione* della giurisdizione e di evitare la *dispersione* del potere giurisdizionale.

¹⁴ Si veda, in proposito, R. Oriani, *Giudice ordinario, giudice speciale, “translatio iudicii”*, in *Con. Giur.*, 2005, p. 1463; *Sulla “translatio iudicii” dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, in *Foro It.*, 2004, V, c. 9 ss.