

Vincenzo Cerulli Irelli

Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004

(osservazioni a primissima lettura)

1. La Corte Costituzionale con l'attesa sentenza pubblicata ieri (n. 204/04, est. Vaccarella) ha affrontato una serie di questioni di costituzionalità relative agli artt. 33 e 34 del d.lvo n.80/98 come novellati dall'art. 7 della l. n. 205/00. Le questioni esaminate derivano tutte da ordinanze del Tribunale di Roma (n. 488/02, nn. 226, 227 e 680/03). Le controversie di merito, intorno alle quali si sono poste in via incidentale le questioni di costituzionalità, sono caratterizzate invero da una spiccata connotazione privatistica (alcune di esse sono, in senso proprio e pieno, "questioni concernenti diritti"). Ciò che indubbiamente ha evidenziato con forza, di fronte alla Corte, alcuni degli aspetti più problematici della disciplina.

In un caso, si trattava di una controversia tra un'Azienda Usl ed una casa di cura privata, concernente il pagamento di somme dovute dalla Usl per prestazioni di ricovero convenzionate. In un altro caso, si trattava di controversie concernenti domande di risarcimento danni fondate, l'una su una occupazione abusiva da parte di un Comune di un fondo privato per la realizzazione di un'opera di interesse pubblico, senza che la procedura di esproprio venisse mai portata a compimento e senza che venisse pagato il relativo indennizzo; l'altra, su una modifica di destinazione edilizia di un fondo privato, tale da determinare un ingente deprezzamento degli immobili stessi con successivo fallimento della società proprietaria; l'altra ancora, fondata sul mancato allaccio alla rete fognaria, da parte del Comune, di un locale di proprietà privata a destinazione negozio e, in conseguenza, la mancata agibilità dello stesso.

La prima di queste controversie coinvolge l'applicazione dell'art. 33 comma 2, mentre le altre tre coinvolgono l'applicazione dell'art. 34 (come è evidente); laddove attribuiscono le relative materie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

L'insieme delle questioni di costituzionalità sollevate e risolte dalla Corte, riguardano direttamente l'estensione della giurisdizione esclusiva quale operata dalle due norme contestate. La questione dell'azione risarcitoria (attribuita alla cognizione del giudice amministrativo in tutto l'ambito della sua giurisdizione dall'art. 35, viene affrontata dalla Corte solo *incidenter* come si mostra appresso).

L'estensione della giurisdizione esclusiva supererebbe il vincolo costituzionale delle "particolari materie". Un intero settore di controversie nelle quali la pubblica amministrazione sia comunque coinvolta e nelle quali sia comunque presente un profilo di pubblico interesse, sarebbe

invero l'oggetto della norma. Questa estensione contrasterebbe, secondo le ordinanze di rimessione, con l'impostazione del testo costituzionale che affida alla competenza del giudice amministrativo, non già tutte le controversie con le pubbliche amministrazioni o tutte quelle in qualche modo coinvolgenti pubblici interessi, ma solo quelle nelle quali si faccia questione della tutela di interessi legittimi, salve appunto “le particolari materie”.

Sul punto, è opportuno ricordare che in sede parlamentare, nella scorsa legislatura, prima nella proposta di legge costituzionale elaborata dalla Commissione Bicamerale D'Alema e successivamente nella pdl A.C. 7465 Cerulli Irelli, si era posto il problema della modifica del testo costituzionale, così da superare l'impostazione dicotomica del sistema di tutela fondato sulla distinzione tra diritti e interessi legittimi, per sostituirlo con un sistema fondato sulla distinzione delle materie. Ma tali proposte non trovarono accoglimento (né l'una né l'altra, invero, pervennero mai all'esame dell'aula). E perciò il testo costituzionale è rimasto quello originario (né in questa legislatura si annunciano modifiche in tal senso). Insomma, alla forte modificazione della normazione positiva data dalle riforme del 1998-2000 non è seguita una modificazione del testo costituzionale come forse sarebbe stato necessario. E questa circostanza è sottolineata dalla Corte.

2. La Corte, nella sostanza, ritiene fondate le questioni di costituzionalità sollevate, con riferimento all'estensione 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 (giurisdizione generale di legittimità) e perciò concernenti interessi legittimi. Sol che, appunto, l'ascrizione di queste materie alla giurisdizione esclusiva consente di portare davanti al giudice amministrativo anche controversie che coinvolgono questioni di diritto soggettivo. 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”.

Come si vede, tutta questa argomentazione della Corte riporta invero la giurisdizione esclusiva a quella che tradizionalmente veniva configurata: appunto come una giurisdizione estesa a controversie, sempre con oggetto profili di legittimità dell’azione amministrativa (della pubblica amministrazione - autorità, direbbe la Corte, riecheggiando una terminologia invero un po’ desueta) ma nelle quali tuttavia l’incidenza dell’azione amministrativa anche su diritti soggettivi renda difficilmente districabile la distinzione tra situazioni soggettive lese e perciò il riparto delle giurisdizioni. Questo schema invero, era già in parte superato da normative recenti che avevano notevolmente esteso la giurisdizione esclusiva. Ma la Corte ritiene che queste normative (dall’art.33 della l.287/90, all’art. 2 comma 24 della l. 481/95, all’art. 1 comma 26 della l. 249/97 etc.) 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”.

Tuttavia l’art. 33, laddove affida al giudice amministrativo, ogni controversia, anche a carattere del tutto privatistico e anche con oggetto esclusivamente contratti commerciali, ovvero obbligazioni di pagamento, indubbiamente rompe in maniera radicale questo schema.

La Corte riporta dunque la giurisdizione amministrativa esclusiva allo schema originario e in conseguenza riscrive totalmente l’art. 33 (con una tecnica manipolativa e additiva usata forse con maggiore disinvoltura che in casi precedenti).

Il nuovo testo della norma risulta essere il seguente:

“1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi, ovvero relative ai provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore del pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. 241/90, ovvero ancora relative all’affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla l. 481/95”.

2.[dichiarato incostituzionale].

3. Come si vede, le controversie rimaste nell’ambito della giurisdizione amministrativa sulla base della norma così riscritta, sono tutte controversie che concernono l’esercizio di poteri amministrativi (anche se non necessariamente da parte della pubblica amministrazione ma anche di

soggetti ad essa equiparati come i gestori di pubblici servizi, tuttavia operanti in base alla disciplina amministrativa sul procedimento). E così, quelle concernenti concessioni, quelle concernenti affidamenti, quelle concernenti l'esercizio dei poteri di regolazione (“vigilanza e controllo”), quelle concernenti la vigilanza su settori imprenditoriali determinati come il credito, le assicurazioni, etc. In sostanza, si tratta in tutti questi casi, di controversie pacificamente ascrivibili alla giurisdizione amministrativa a prescindere dalla nuova norma. Per altro, una parte di esse era già compresa nell'art. 5 della l. n.1034/71, come del resto ricordato dalla Corte. Ed essa, nella riformulazione della norma, espressamente esclude dalla giurisdizione amministrativa le controversie “concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi” riportando in vita il testo del vecchio articolo 5.

Resta qualche dubbio interpretativo sull'ultima parte della norma come riformulata, laddove fa riferimento “al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni, e ai servizi di cui alla l. n. 481/95”. Dalla dizione sintattica del testo (“controversie ...relative ...al servizio ...”) sembrerebbe infatti che queste controversie si estendano all'intero ambito di questi servizi come complessi di attività e non solo all'esercizio dei poteri amministrativi concernenti gli stessi. Ma le argomentazioni della Corte nella motivazione, sopra ricordate, indurrebbero a ritenere che anche con riferimento a questi servizi la giurisdizione amministrativa sia limitata a questo tipo di controversie. E perciò ad esempio, una controversia quale quella oggetto della ordinanza del Tribunale di Roma sopra citata (n.488/02), sicuramente viene esclusa dalla giurisdizione amministrativa (pagamenti della Usl alla struttura convenzionata).

4. Allo stesso modo, anche se su questo punto la sentenza non si dilunga in argomentazioni, viene dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 34 nella parte in cui estende la giurisdizione amministrativa anche alle controversie sui “comportamenti” della pubblica amministrazione e dei soggetti ad essa equiparati, in materia urbanistica ed edilizia (controversie nelle quali, secondo la Corte “la pubblica amministrazione non esercita – nemmeno mediamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici - alcun pubblico potere”).

La norma risulta perciò così riformulata, nel primo comma (gli altri permangono nel testo vigente):

“1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia.”

Restano perciò al di fuori della giurisdizione amministrativa le azioni possessorie che una nota recente giurisprudenza, confermata dalla Corte di Cassazione, aveva attribuito sulla base dell'art.34, alla giurisdizione amministrativa (con molte perplessità invero espresse in dottrina e con

poca convinzione da parte dello stesso giudice amministrativo). Restano al di fuori, è da ritenere, anche le controversie concernenti la c.d. occupazione usurpativa e anche quella meramente acquisitiva, stando alla nota distinzione. Restano, invece, comprese nella giurisdizione amministrativa le controversie di cui all'art. 43 T.U. espropriazione (d.p.r. n. 327/01) che contempla, come noto, l'esercizio di un vero e proprio potere amministrativo di carattere ablatorio con oggetto l'acquisizione al patrimonio indisponibile dell'ente dell'immobile utilizzato "per scopi di interesse pubblico" e la determinazione del risarcimento dei danni subiti in favore del proprietario. Perciò la giurisdizione contemplata dai comma 3 e 4 del cit. art. 43 è da ritenere resti immutata.

5. Si è accennato sopra che la sentenza n.204/04 affronta direttamente la questione di costituzionalità degli artt. 33 e 34 per ciò che concerne la disciplina della giurisdizione amministrativa esclusiva da essi prevista con riferimento alla eccessiva estensione, evidenziata dalle ordinanze di rimessione, delle materie che ne sono oggetto, in contrasto con l'art. 103 della Costituzione.

La questione dell'azione risarcitoria di cui all'art.35 non era stata sollevata dalle ordinanze. Essa perciò rimane sullo sfondo del giudizio di costituzionalità. 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. Mentre, come si è visto, nella configurazione della giurisdizione esclusiva la sentenza appare piuttosto orientata verso il passato che verso futuri e più avanzati assetti del sistema.

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 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 a tutte le controversie concernenti i pubblici servizi di cui si è appena detto.

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 configura sempre 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 spetta 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", come si usa dire) 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.

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 ritenne preferibile (in verità con il consenso di tutte le forze politiche e con riferimento ai principi di effettività e concentrazione delle 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 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.

6. Questo modello impostato dal legislatore esce indenne dallo scrutinio di costituzionalità. E appare consolidato e rafforzato.

Anzitutto, la Corte conferma l’impostazione emersa nel corso dei lavori parlamentari e successivamente in dottrina, e sopra ricordata, che aggancia all’art. 24 Cost. la disciplina dell’azione risarcitoria, tanto a tutela di diritti che di interessi legittimi. Mentre rigetta la curiosa 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 precezzo di cui all’art. 24 Cost.”.

Resta tuttavia il dubbio (peraltro questa questione non era stata posta all’attenzione della Corte) se ciò vale anche al di là delle materie di giurisdizione esclusiva: nei casi, peraltro

estremamente marginali in cui, una volta fatta salva la giurisdizione esclusiva in materia urbanistica ed edilizia, si può porre un problema di risarcimento di danni prodotti per effetto di atti ablatori incidenti su diritti soggettivi, una volta annullati gli atti stessi. Se anche in questi casi permanga la giurisdizione amministrativa in ordine alle azioni risarcitorie, secondo la scelta del legislatore, ovvero essa sia destinata a ritornare nella cognizione del giudice ordinario. Tuttavia, la forte sottolineatura fatta dalla Corte circa l'opportunità del superamento della regola del “doppio giudizio”, farebbe propendere per una soluzione positiva anche di questa questione; cioè per la legittimità della scelta legislativa.