

GIURISDIZIONE ESCLUSIVA ED “ARBITRATO” COSTITUZIONALE

di ALESSANDRO PAJNO

di prossima pubblicazione in “Giornale di Diritto Amministrativo”

SOMMARIO. 1.*Il contenuto della sentenza.- 2.Il giudice amministrativo come giudice ordinario.-3.La nozione di “materia” assoggettabile alla giurisdizione esclusiva.- 4Un diritto amministrativo senza trasformazioni?- 5.Giurisdizione esclusiva e “concessioni”di pubblici servizi- 6.I comportamenti dell’amministrazione.- Il risarcimento come tecnica di tutela.- 8.Qualche riflessione per un futuro incerto.*

1. Con la sentenza 6 luglio 2004 n.204, la Corte Costituzionale è intervenuta sul nuovo assetto della giustizia amministrativa, quale risulta dopo il d. lgs. n. 80/1998 e la legge n. 205/2000, per un verso rimodellando la giurisdizione esclusiva attribuita al plesso TAR-Consiglio di Stato, e per l’altro operando alcuni significativi riconoscimenti del ruolo del giudice amministrativo come *giudice ordinario* delle situazioni soggettive attribuite alla sua cognizione.

La Corte Costituzionale ha realizzato una triplice operazione. Essa ha, innanzi tutto affermato la pena dignità di giudice del giudice amministrativo; ha, poi, per dir così, bilanciato questa affermazione con una vera e propria “*dequotazione*” della giurisdizione esclusiva a lui attribuita, riportandone l’ambito-almeno nelle intenzioni- alla situazione risultante dalla legge n.1034/1971; ha, infine, corretto tale dequotazione con alcune importanti affermazioni di principio, riguardanti il potere del giudice amministrativo di pronunciare il risarcimento del danno ingiusto.

Il risultato finale della sentenza sembra, in qualche modo, collocarsi nel solco della tradizione della giustizia amministrativa, dal momento che alla sua storia non sono estranee forme transattive od arbitrali: dal “*concordato giurisprudenziale*” si passa ad una sorta di *arbitrato costituzionale*.

Ciò che, però, desta perplessità è il *modo* attraverso il quale la Corte è pervenuta al risultato. In particolare, la riduzione dell’ambito della giurisdizione esclusiva (ed in prospettiva, della sua stessa capacità espansiva) è operata attraverso un vero e proprio *ritorno al passato* e d ad un modello di amministrazione ormai assai lontano. Un tal modo di procedere rende, per contrasto, ancor più evidente il balzo verso il futuro operato con il diverso modo di configurare la tutela giurisdizionale del giudice amministrativo, attraverso la riconduzione ad essa, ex art. 24 Cost., della tutela risarcitoria.

In realtà, quella di procedere ad una più puntuale definizione degli incerti confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di servizi pubblici appariva un’esigenza per molti versi condivisibile; tale esito poteva, peraltro, essere realizzato con l’ausilio di argomentazioni e tecniche diverse da quelle utilizzate dalla Corte. Si è scelto, invece di conservare almeno una parte del vino nuovo, ma di riporlo in un otre vecchio; ed è noto, da lungo tempo, che operazioni del genere non sono prive di rischi.

2. La prima parte della pronuncia, nel sottolineare la”chiara opzione” del Costituente in favore del riconoscimento al giudice amministrativo della “piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dal (modo in cui era stato inteso) l’art. 2 della legge del 1865” fa riferimento, in realtà, a principi già da tempo affermati dalla stessa giurisprudenza della Cassazione (Cass., Sez. un., 20 luglio 1968, n. 2616 configura, infatti, quello amministrativo come il giudice ordinario degli interessi legittimi). Essa, peraltro, merita di essere segnalata per tre considerazioni che vi sono contenute.

Con la prima la Corte esclude che la Costituzione abbia definitivamente cristallizzato la situazione esistente nel 1948 in ordine al riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo; affermazione, questa, del tutto esatta, ma in qualche modo contrastante con gli esiti

della pronuncia, che finiscono con il ripristinare, se non la situazione del 1948, la logica che la sorreggeva.

La seconda considerazione riguarda, invece, il problema dell'unità della giurisdizione. Il riferimento alle parole di Mortati rende evidente che la Corte la intende come *unità della funzione* e non come unificazione burocratica dei giudici (unità non organica ma funzionale). Poste tali premesse, appare in qualche modo sorprendente la lettura "riduttiva" della giurisdizione esclusiva (e più in generale, della giurisdizione per blocchi di materie), dal momento che questa costituisce, in linea di principio, un modo di realizzare la *concentrazione* della tutela giudiziaria, e quindi, nei limiti di tale concentrazione, l'unità, non soltanto funzionale, della giurisdizione.

.La terza considerazione riguarda il riconoscimento esplicito delle funzioni di nomofilachia del Consiglio di Stato con riferimento alle questioni attribuite alla sua giurisdizione e quindi anche con riguardo a quelle che investono i diritti soggettivi, nei confronti dei quali sia dalla legge prevista la giurisdizione esclusiva.E' infatti la stessa Carta costituzionale- osserva la Corte- a prevedere la sottrazione di tali questioni al vaglio di legittimità della Corte di cassazione.

3.Ma è la parte della sentenza riguardante la "riparametrazione" della giurisdizione esclusiva a destare le maggiori perplessità

Come si è visto,l'esigenza di meglio delimitare i confini della giurisdizione esclusiva in tema di servizi pubblici appariva certamente condivisibile:è infatti il carattere del tutto indeterminato e "volatile" della nozione di servizio pubblico a richiedere tale opera di puntuale demarcazione dei confini.

Anziché provvedere alla ridefinizione e puntualizzazione degli ambiti materiali della giurisdizione esclusiva (e cioè delle "particolari materie" cui fa riferimento l'art.103,primo comma, Cost.),la Corte,aderendo ad una prospettazione totalizzante delle questione,ha inaspettatamente proceduto ad una problematica ridefinizione della stessa nozione di "materia"assoggettabile alla giurisdizione esclusiva,per dedurre,poi,dalla nozione così ridefinita,l'illegittimità costituzionale delle previsioni contenute negli artt.33,commi 1 e 2,e 34,comma 1,del d. lgs. N.80/1998.

Ma è proprio tale ricostruzione ad apparire discutibile. Secondo la Corte,infatti,il necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva con la *natura* delle situazioni soggettive- e cioè con il criterio adottato come ordinario discriminante tra le giurisdizioni- sarebbe espresso,nell'art.103 Cost.,dalla qualificazione di "particolari" ad esse attribuite,rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità. La "particularità" di tali materie consisterebbe,poi,nel fatto che quelle devolute alla giurisdizione esclusiva parteciperebbero della medesima "natura"di quelle attribuite alla giurisdizione generale di legittimità,contrassegnate dalla circostanza che in esse la pubblica amministrazione agirebbe come" autorità,nei confronti della quale sarebbe accordata tutela dinanzi al giudice amministrativo.

Tale ricostruzione non appare convincente,né sotto il profilo esegetico,né con riferimento alle caratteristiche ed alle vicende della giurisdizione esclusiva.

Sotto il primo profilo,va ricordato che l'art.103 Cost, dispone che la tutela assicurata da Consiglio di Stato e dagli altri organi di giustizia amministrativa è estesa anche ai diritti soggettivi "in particolari materie indicate dalla legge".La norma rende palese che ciò che contrassegna la giurisdizione estesa ai diritti è l'esistenza di una esplicita previsione legislativa che abbia per oggetto materie "particolari".In tale contesto,la locuzione "particolari" non obbedisce allo scopo di designare una misteriosa *ontologia* della giurisdizione amministrativa (la sua *natura*),ma più semplicemente pone un vincolo al legislatore ,che è quello di definire compiutamente gli ambiti materiali nei quali la tutela assicurata dal giudice amministrativo si estende anche ai diritti.

La "particularità" delle materie sottoposte alla giurisdizione esclusiva attiene,pertanto,alla *tecnica della definizione legislativa*,allo scopo di evitare una impropria,generalizzata estensione della giurisdizione sui diritti del giudice amministrativo e non al rapporto di genere a specie tra la giurisdizione generale di legittimità e la giurisdizione esclusiva. Un rapporto di questo tipo

appare, anzi, difficilmente configurabile, posto che quella per la tutela degli interessi legittimi è dalla stessa Costituzione configurata come una giurisdizione *generale*, svincolata, cioè, dal limite delle materie; mentre una giurisdizione per materie, in quanto tale, appare strutturalmente legata ad ambiti determinati, e non può, per tale ragione, essere considerata una giurisdizione dello stesso "genere" di quella generale.

Gli esiti sopra esposti appaiono, d'altra parte, confermati dalla stessa giurisprudenza del giudice amministrativo e delle Sezioni unite della Cassazione. Il primo ha sempre ancorato la propria giurisdizione esclusiva ad un ambito materiale delimitato, ha distinto una giurisdizione esclusiva di legittimità ed una giurisdizione esclusiva sui diritti, ed ha configurato, per questi ultimi, una tutela ancorata ai *termini di prescrizione* e non a quelli di decadenza: così evidenziando che giurisdizione sui diritti e giurisdizione di legittimità non partecipano, per usare le espressioni della Corte, della medesima natura.

Le Sezioni unite della Cassazione, configurando quella esclusiva come una giurisdizione sul *rapporto*, hanno ricondotto ad essa tutte le vicende che, nell'ambito della *materia*, si riferiscono al rapporto controverso (Cass., Sez. un., 25 novembre 1993 n. 11649, ha ritenuto irrilevante che in sede di giurisdizione esclusiva sia stata spiegata una domanda di esatto adempimento, ovvero una domanda risarcitoria; Cass., Sez. un., 6 agosto 1998 n. 7710 ha ricondotto alla giurisdizione esclusiva in materia di concessioni la domanda con cui alcune società di calcio, concessionarie dell'uso dello stadio appartenente al patrimonio indisponibile del comune, hanno chiesto la condanna per danni di quest'ultimo, per aver affidato a terzi, con altra concessione, lo sfruttamento pubblicitario delle gare disposte nell'impianto sportivo).

Le osservazioni sopra esposte evidenziano, così, come non appaia ben calibrata l'affermazione secondo la quale il legislatore ben potrebbe ampliare l'area della giurisdizione esclusiva con riguardo a materie che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità.

L'affermazione pecca, ad un tempo, per eccesso e per difetto: per eccesso, in quanto una giurisdizione *generale*, in presenza di situazioni soggettive di interesse legittimo, attraversa, in quanto tale, *tutte le materie possibili*; per difetto, in quanto è proprio la giurisdizione esclusiva sui diritti ad escludere l'esistenza di atti autoritativi (e quindi dell'amministrazione-autorità), dal momento che essa ha, normalmente, riferimento ad atti *paritetici*, impugnabili, come si è visto, nei termini di prescrizione.

4. Il fatto è che, nel tentativo di invertire la linea di tendenza del legislatore, che ha visto il progressivo incremento della giurisdizione esclusiva, nel segno dell'effettività della tutela, e l'utilizzazione del criterio delle materie per indicare il giudice fornito di giurisdizione, la Corte fa ricorso ad alcune figure concettuali che, pur appartenendo alla tradizione del diritto amministrativo, non sembrano tenere in adeguato conto le trasformazioni intervenute.

Le dicotomie autorità-consenso, pubblico-privato, diritto-interesse legittimo, nei termini così netti enunciati nella sentenza, non corrispondono più alla prassi dell'amministrazione ed al contenuto della legislazione di settore, e non sembrano più idonee ad evidenziare ed isolare, anche per i cambiamenti indotti dall'ordinamento comunitario, i casi in cui vi sia esercizio della pubblica funzione e spendita del relativo potere.

L'ordinamento registra la presenza di casi in cui soggetti di diritto privato (come, per esempio la Società Ferrovie dello Stato) adottano deliberazioni di diritto comune che producono, per legge, il massimo degli effetti autoritativi (come avviene nel caso di deliberazione di approvazione di progetti di opere ferroviarie, che hanno valore di dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza, e che pongono i beni di proprietà privata in stato di espropriabilità); società di diritto privato, (come ANAS s.p.a.) sono ormai proprietarie di beni (le strade e le autostrade) che mantengono il regime demaniale; la Cassazione ha da tempo enucleato la categoria concettuale degli *atti materialmente amministrativi*, adottati da soggetti di diritto privato nelle forme di diritto comune (Cass., Sez. un. 29 dicembre 1990, n. 12221). Lo stesso riferimento alla legge n. 241, che

nell'economia della sentenza sembra costituire un indice sicuro per identificare l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione- autorità, è assai lontana dal conseguire lo scopo. Da un lato, infatti, è dubbio se la legge 241 si applichi solo all'attività autoritativa dell'amministrazione (alcuni indirizzi della giurisprudenza del giudice amministrativo, non sempre condivisibili, ne affermano l'applicabilità diretta anche ad attività di soggetti di diritto privato, anche quando non ritratti di attività che riguarda il perseguimento di finalità di interesse pubblico); dall'altra, l'art. 11 della stessa legge n. 241- opportunamente ricordato dalla Corte- evidenzia che la funzione pubblica è esercitabile sia con strumenti autoritativi che con strumenti negoziali ed affida alla giurisdizione esclusiva controversie tradizionalmente rientranti nella giurisdizione dell'AGO che comportano l'applicazione di norme di diritto comune (come quelle relative alla risoluzione degli accordi ed all'indennizzo dovuto) Sotto questo profilo, non può non destare perplessità la circostanza che la dichiarazione di incostituzionalità pronunziata con la sentenza n. 204/2004 non sia accompagnata da un'adeguata ponderazione dell'evoluzione del diritto vivente, quale risulta dall'interpretazione della stessa Corte regolatrice (oltre che del giudice amministrativo) e dalle linee di tendenza seguite dal legislatore con scelte non ritenute irragionevoli.

5 Una volta posta in luce la problematicità del rapporto di *species a genus* tra giurisdizione esclusiva e giurisdizione esclusiva di legittimità, e comunque la ricostruzione della logica dell'art. 103 Cost., altrettanto problematica appare la dichiarazione di incostituzionalità della "nuova" giurisdizione, che su tale rapporto e su tale ricostruzione pare sostanzialmente fondata.

I problemi, tuttavia, non si fermano qui. La giurisdizione sui pubblici servizi, rivisitata dalla Corte, è espressamente ancorata alla previsione di cui all'art. 5 della legge n. 1034/1971, relativa alla giurisdizione esclusiva in tema di concessioni. Ora, l'art. 33 del d. lgs. n. 80/1998, nel testo di cui all'art. 7 della legge n. 205/2000, aveva, al comma 3, disposto la soppressione, nell'art. 5 primo comma della legge n. 1034/1971, la soppressione delle parole "o di servizi", così limitando la portata della norma alle sole concessioni di beni. A ciò il legislatore era stato indotto non solo dall'introduzione della più ampia ipotesi di giurisdizione esclusiva operata con i primi due commi dell'art. 35, ma anche in considerazione del fatto che, in forza delle disciplina dell'Unione europea, le concessioni di servizi pubblici sono state, ormai, in gran parte sostituite da *contratti* divenuti, come già le concessioni, veri e propri strumenti di programmazione del servizio pubblico.

Il testo dell'art. 33, comma 1, risultante dalla sentenza della Corte, reintroduce bruscamente le *concessioni* di pubblico servizio, sicché l'unica possibilità ragionevole è quella di leggere tale (nuova) disposizione alla luce della normativa europea, come volta a ricomprendersi tutte quelle ipotesi in cui la programmazione del servizio pubblico e la disciplina riguardante i reciproci obblighi dell'amministrazione e del gestore del pubblico servizio siano poste anche con strumenti negoziali.

Per il resto, il "nuovo" testo dell'art. 33, comma 1, frutto della sentenza della Corte, se da una parte esclude tutte le controversie *patrimoniali*, relative all'adempimento degli obblighi nascenti dalla concessione (conformemente a quanto già disponeva l'art. 5 della legge n. 1034/1971, dall'altra appare volto (opportunamente) a recuperare alcune delle ipotesi espressamente indicate nell'art. 33, comma 2, pure dichiarato incostituzionale (quali quelle concernenti l'affidamento dei pubblici servizi, la vigilanza ed il controllo nei confronti del gestore), ricomprendersi nel proprio ambito anche le controversie "relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento disciplinato dalla legge n. 241/1990".

Già ad una prima, sommaria lettura, il futuro della norma introdotta dalla Corte si presenta irta di difficoltà: occorrerà coordinare la prevista esclusione delle controversie patrimoniali con l'affermazione- esplicitamente sottolineata dalla Corte- della tutela risarcitoria del giudice amministrativo; occorrerà tener conto del fatto che i gestori di pubblici servizi sono, per lo più, soggetti diritto privato e quindi non adottano, in senso formale, procedimenti amministrativi; occorrerà considerare che l'attività dei gestori non è normalmente proceduralizzata; occorrerà ricordare che alcuni servizi pubblici- in particolare quelli svolti a mezzo di società miste- non

sussistono, normalmente, né procedure concessorie, né procedure di affidamento, ma deliberazioni con cui si decide di fare ricorso al modello societario e procedimenti di scelta del socio privato.

6. Meno problematica appare la situazione con riferimento alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 34, comma 1. del d. lgs. n.80 del 1998, nella parte in cui devolve al giudice amministrativo non solo le controversie aventi per oggetto atti e provvedimenti in materia urbanistica a ed edilizia, ma anche quelle relative ai *comportamenti*.

La nuova disposizione certamente esclude la possibilità di esperire azioni possessorie dinanzi al giudice amministrativo; parimenti, rimangono escluse dalla giurisdizione di quest'ultimo le controversie riguardanti la c.d. *occupazione usurpativa* nella quale l'attività materiale dell'amministrazione non è preceduta da una valida dichiarazione di pubblica utilità. Senonché tali controversie risultavano già escluse dalla giurisdizione esclusiva già in forza dell'interpretazione dell'art. 34 del d. lgs. 80/98 fornita dal Consiglio di Stato; è dubbio, invece, se la dichiarazione di incostituzionalità sia idonea a far ricadere nell'ambito della giurisdizione ordinaria le controversie riguardanti *l'occupazione appropriativa*, dal momento che quest'ultima, in quanto caratterizzata dalla presenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità, non si risolve, secondo la giurisprudenza della Cassazione, in un mero comportamento senza potere, ma realizza un autentico *procedimento espropriativo di fatto*.

Su tale materia opera, orai, comunque, il nuovo testo unico sull'espropriazione, approvato con d. lgs. 8 giugno 2001 n. 325, il cui art. 43 ha introdotto una autonoma previsione di giurisdizione esclusiva per le controversie concernenti l'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico..

7. La sentenza della Corte precisa espressamente che la dichiarazione di incostituzionalità non travolge l'art. 35 del d. lgs. n. 80 del 1998 nel testo introdotto dall'art. 7 della legge n. 205/2000, e con esso il potere del giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risanamento del danno ingiusto. In proposito, la Corte fornisce alcune importanti precisazioni: il risarcimento non costituisce un nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione; al contrario, esso è strumento di tutela ulteriore rispetto a quello classico demolitorio; la sua previsione affonda le sue radici nell'art. 24 Cost..

Con tali affermazioni- che, per la loro portata, sembrano travalicare i limiti della giurisdizione esclusiva e riguardare la giurisdizione *tout court* del giudice amministrativo- la Corte sembra costruire quella risarcitoria non come una tutela sostanziale, ancorata alle situazioni soggettive, ma come una tecnica di tutela processuale, quasi un *rimedio*, secondo l'esperienza anglosassone, offerto per completare la protezione di un interesse lesso, Inducono a questa conclusione sia l'affermazione che il risarcimento non è una *materia* (nell'ottica della sentenza, la materia attribuita alla giurisdizione amministrativa è, infatti, legata alla considerazione delle situazioni soggettive) e la sua considerazione in modo unitario con lo strumento dell'annullamento.

Si tratta di affermazioni che, a ben vedere, costituiscono un riconoscimento esplicito del ruolo della protezione assicurata dal giudice amministrativo e dell'evoluzione registratasi con riferimento alle tecniche di tutela da questi adoperate. Esse, peraltro, appaiono destinate ad assumere un rilievo ancora maggiore, se si considera che la Corte non si limita a riconoscere la legittimità della *concentrazione* delle tecniche di protezione giudiziaria presso il giudice amministrativo, ma espressamente afferma che il superamento dell'opposta regola, che *deconcentrava* le due tutele nelle diverse sedi della giustizia amministrativa e di quella ordinaria, "costituisce null'altro che attuazione del precezzo dell'art. 24 Cost.".

8. La sentenza della Corte sembra costituire, nel suo complesso, un tentativo di restaurare il tradizionale criterio di riparto della giurisdizione fondato sulle situazioni soggettive anche allo scopo di circoscrivere il ricorso al criterio di indicazione per legge delle materie. Essa, peraltro,

pone una serie di questioni che vanno oltre al giurisdizione esclusiva e che richiederanno una accurata riflessione.

Prima della sentenza i confini della giurisdizione sui servizi pubblici erano non adeguatamente definiti ed incerti.; dopo la sentenza essi sono sicuramente diversi e più ridotti, ma non per questo più certi. Si sono già indicate le prime difficoltà che si prospettano; più in generale appare di non facile soluzione il *puzzle* costituito dalla riaffermazione della tutela risarcitoria del giudice amministrativo e dalla contemporanea esclusione da essa delle controversie patrimoniali di tipo “contrattuale”. Si tratta comunque di capire se ed in che misura la giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici risultante dalla pronuncia della Corte aggiunga qualcosa alla giurisdizione esclusiva sui pubblici servizi, quale risultava dal testo originario della legge n. 1034/1971.

La sentenza appare, inoltre, destinata a spiegare i suoi effetti sulla stessa impostazione sulla legge n. 205/2000. Occorrerà chiedersi quale concreto valore, nel nuovo contesto, può essere attribuito all'art. 8 di tale legge che dispone l'applicabilità, nelle controversie sui diritti rientranti nella giurisdizione esclusiva, del procedimento monitorio e della disciplina degli artt. 186 bis e 186 ter c.p.c..

Più in generale, occorrerà domandarsi se vada ancora perseguita la linea indicata dalla legge n.205/2000 che alla ridefinizione della giurisdizione amministrativa accompagna una riforma del processo secondo moduli che paiono volti anche alla costruzione di un diritto processuale comune al giudizio ordinario ed a quello amministrativo. La sentenza non chiude, ma apre un dibattito sul futuro della giustizia amministrativa.