

## **BREVI RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 204 DEL 2004**

**ASTRID –Nota inedita a cura di Filippo PATRONI GRIFFI**

1. La sentenza della Corte costituzionale n. 204 sulla legge n. 205 –a questo punto si poteva farla precedere dalla pubblicazione di un'altra sentenza...- è di notevole portata storica, al pari della legge sulla quale la Corte si è pronunciata.

In attesa di un approfondimento delle tematiche affrontate e, soprattutto, degli sviluppi che la pronuncia inevitabilmente è destinata ad avere nella giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte regolatrice della giurisdizione, si possono suggerire alcuni schematici spunti di riflessione.

La legge n. 205 si caratterizzava, per quanto qui interessa, per i seguenti elementi:

a) devoluzione al giudice amministrativo della giurisdizione su alcuni blocchi di materie, sì da tendere a incentrare nello stesso la cognizione piena delle controversie tra cittadino e amministrazione afferente a quelle materie: ci si riferisce ai servizi pubblici e all'urbanistica;

b) devoluzione al giudice amministrativo della giurisdizione concernente il risarcimento del danno in tutti i casi in cui quel giudice abbia giurisdizione sulla controversia relativa alla posizione soggettiva lesa, si tratti di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

La logica ispiratrice della legge muoveva da un duplice, concorrente ma distinto, ordine di considerazioni: il tendenziale superamento del vigente criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla posizione soggettiva, in favore di un riparto per blocchi di materie; la concentrazione in un unico giudizio, comunque dinanzi allo stesso giudice, delle controversie sulla lesione della sfera giuridica del cittadino (o, se si preferisce, della posizione soggettiva) e del risarcimento del danno.

La sentenza della Corte rifiuta la prima delle due scelte, anche se la soluzione fornita non solo non smantella il sistema delineato dalla legge n. 205 ma costituisce anzi una delle possibili chiavi applicative cui la stessa legge 205, in larga parte, consentiva di pervenire; condivide con decisione la seconda scelta, fornendo anzi alla stessa un'esplicita copertura costituzionale di cui occorrerà tener conto in tema di riparto sulle singole materie (per esempio, come ha rilevato su questo sito V. Cerulli Irelli, in tema di danno conseguente a occupazione cd. acquisitiva e a occupazione cd.usurpativa relativa a decreti annullati).

La sentenza appare, per la verità in modo evidente, il frutto di un compromesso tra una posizione molto avanzata, e forse ardita rispetto al vigente testo costituzionale, espressa dalla legge 205, e la posizione, decisamente conservatrice rispetto alle recenti acquisizioni della scienza e della giurisprudenza del diritto amministrativo, espressa da settori della dottrina e della giurisprudenza del giudice ordinario, spesso sorretti da una irrefrenabile diffidenza verso il giudice amministrativo.

E il compromesso sembra raggiunto dalla Corte in maniera equilibrata, anche se permangono non poche zone d'ombra, rimesse, credo consapevolmente, all'applicazione giurisprudenziale dei principi posti.

2. Il primo dato che colpisce – e in positivo, soprattutto ove si tenga conto anche dei toni di alcune ordinanze di rimessione – è la decisa affermazione della “chiara opzione del Costituente in favore del riconoscimento al giudice amministrativo della piena dignità di giudice”. E a fronte di tendenziose argomentazioni contenute in alcune delle dette ordinanze – facenti leva su elementi a dir poco estrinseci, quali il procedimento di nomina del presidente del Consiglio di Stato o l’iniziativa del potere disciplinare sui magistrati o addirittura la previsione della nomina di un quarto dei magistrati del Consiglio di Stato ad opera del Governo (peraltro previo parere conforme dell’organo di autogoverno e con la definitiva acquisizione da parte dei nominati dello status di magistrato), quasi a dubitare dell’incidenza sull’indipendenza di un giudice di qualsiasi forma di provvista non burocratica (si pensi a ciò che invece avviene per la gran parte delle Corti supreme, per la stessa Corte costituzionale e per la stessa nomina dei giuristi insigni alla Corte di cassazione) – il ragionamento della Corte è lineare e di natura giuridica: l’articolo 24 assicura parità di tutela a diritti e interessi, e la tutela dell’interesse legittimo – posizione giuridica ordinaria al pari del diritto soggettivo – è affidata al giudice amministrativo, che dalla pari dignità di tutela delle posizioni soggettive deriva il conseguenziale e necessitato riconoscimento della “piena dignità di giudice ordinario per la tutela” delle posizioni a lui devolute. Sembrano riecheggiare le parole di Nigro, che ebbe a riconoscere alla giurisdizione generale di legittimità il carattere di giurisdizione ordinaria.

Nella sua ricostruzione storico-sistematica la Corte sembra spingersi anche oltre.

3. Il punto centrale del ragionamento della Corte – come è stato rilevato anche nei primi commenti “a caldo” alla sentenza (mi riferisco a V. Cerulli Irelli, in questo sito, e a F. Cintioli, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)) – è lo stretto collegamento tra giurisdizione amministrativa e presenza di un potere pubblico (si vedrà poi in che termini), il quale costituisce propriamente il fondamento della giurisdizione amministrativa, configurata, per l’appunto, come giurisdizione sui poteri pubblici. In altri termini il giudice amministrativo non è, e non può essere, il giudice dell’amministrazione; ma è, e forse deve necessariamente essere, il giudice dei pubblici poteri, o – come altri preferisce (per

esempio Cintioli)- della funzione pubblica: un modello che ci allontana dall'esempio tedesco, per avvicinarci a quello francese.

Il giudice costituzionale sembra dunque delineare un modello costituzionalmente imposto di riparto della giurisdizione che, esplicitamente affermato con riguardo ai limiti della devoluzione al giudice amministrativo delle situazioni di diritto (cioè alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), sembra consentire un percorso inverso, ma simmetrico, di necessaria devoluzione al giudice amministrativo delle situazioni di interesse legittimo e comunque di riconoscimento allo stesso di un'area costituzionalmente riservata di giurisdizione (in ciò assicurando un sistema più garantistico di quello delineato da proposte di riforma costituzionale che rimettono liberamente al legislatore l'individuazione del giudice fornito di giurisdizione).

Tale percorso prende le mosse dal ricordato inquadramento sistematico della giurisdizione amministrativa come giurisdizione avente "pari dignità" con quella ordinaria; si snoda attraverso l'esplicita affermazione secondo cui "l'art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi –la cui tutela l'art. 103 riserva al giudice amministrativo (*nostro corsivo*) – le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi"; perviene a una fondamentale applicazione di tale principio a una materia centrale quale è quella del risarcimento del danno.

In materia di risarcimento del danno, la Corte, pur non richiestane dall'ambito oggettivo della rimessione, compie un importante chiarimento (sposando pienamente la scelta della legge 205, come si è detto), sulla base di un duplice concorrente ordine di considerazioni.

In primo luogo, prende posizione relativamente a una cospicua letteratura giuridica che, puntando sulla centralità del diritto di credito alla riparazione del danno (come acutamente osserva Cintioli), configura il risarcimento del danno come diritto autonomo -e quindi come "materia"- sostanzialmente svincolato dalla posizione soggettiva violata, con la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno costituirebbe un diritto sostanziale come tale devoluto al giudice dei diritti, cioè al giudice ordinario.

Non è questa la sede per affrontare in chiave teorica il problema civilistico del grado di autonomia del diritto al risarcimento rispetto alla lesione della posizione soggettiva di cui si assume la violazione e si chiede la riparazione. Certo è che il carattere strumentale del rimedio risarcitorio rispetto alla tutela della posizione sostanziale non andrebbe del tutto obliterato; e così la Corte –non saprei quanto favorita dall'approccio pragmatico conseguente alla formazione processualcivilistica del redattore della sentenza- ha chiarito che il risarcimento del danno non costituisce una "materia", ma piuttosto "uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello classico (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino".

Viene così sottolineato il carattere di “rimedio” (in senso anglossassone) del risarcimento del danno, come ristoro in forma specifica o per equivalente della lesione della posizione soggettiva, pervenendo così, da un lato, al secondo ordine di considerazioni, cui si faceva cenno, circa il modello costituzionale di riparto delineato dalla Corte e aprendo, dall’altro, interessanti prospettive sul piano pratico del sistema di tutela nel processo amministrativo.

Sotto il primo profilo, la Corte sembra *riservare* al giudice amministrativo la tutela risarcitoria conseguente o connessa all’illegittimo esercizio del potere pubblico: se il discrimine costituzionale in tema di riparto è costituito dalla presenza di un pubblico potere (o dall’esercizio di una potestà di supremazia, come preferisce dire la Corte) e se il risarcimento del danno è mero strumento pratico di tutela che “costituisce null’altro che attuazione del precetto di cui all’art. 24 Cost.”, dovrebbe conseguire che il risarcimento del danno conseguente all’illegittimo esercizio del potere pubblico debba necessariamente essere rimesso al giudice amministrativo, in quanto la sottrazione a questi del potere di condanna al risarcimento attenuerebbe la pienezza e l’effettività della tutela delle posizioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa. Ed è significativo, in tal senso, il plauso che la Corte manifesta per il “superamento della regola” che imponeva di adire per il danno il giudice ordinario dopo aver ottenuto l’annullamento del provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, in forza di un *favor* per il principio di concentrazione che costituisce oggi espressione del nuovo articolo 111 della Costituzione perché direttamente collegato alla ragionevole durata dei processi.

Tale impostazione –anche se la Corte non lo dice- dovrebbe travolgere ogni ipotesi di doppia tutela –paventata dalla nota sentenza n. 500 del 1999 della Corte di cassazione, ma poi dalla stessa Corte sostanzialmente abbandonata- anche se restano impregiudicate le questioni, rimesse ora al giudice amministrativo, dei limiti della cd. pregiudizialità dell’annullamento del provvedimento amministrativo ai fini del danno e della proponibilità di una mera azione di danno dinanzi al giudice amministrativo.

Ma –come si accennava- l’impostazione fornita dalla Corte alla tematica del danno apre interessanti prospettive, tutte interne al processo amministrativo, sul piano della concorrenza degli strumenti di “riparazione” attribuiti al giudice amministrativo e, quindi, dei rapporti tra risarcimento per equivalente e ottemperanza. Al di là di aspetti eminentemente processuali, quali la rimessione o meno alla scelta di parte del rimedio da azionare, i due istituti potranno probabilmente coesistere, senza che l’uno vanifichi l’altro, ove pragmaticamente riguardati, per l’appunto, come strumenti di tutela volti ad assicurare in pratica, modellando il rimedio sulla concreta situazione di fatto, il più alto grado di ripristino della lesione subita dal cittadino e il migliore temperamento delle

situazioni di interesse pubblico, spesso di ordine materiale e sopravvenute alle sentenze, con l'esigenza di soddisfazione integrale della posizione soggettiva lesa.

4. Si è detto che il punto centrale del ragionamento della Corte consiste nel collegare necessariamente giurisdizione, anche esclusiva, del giudice amministrativo, e presenza di potere pubblico. In particolare, la Corte esclude che la giurisdizione esclusiva possa essere ancorata "alla pura e semplice presenza, in un certo settore dell'ordinamento, di un rilevante interesse pubblico", mentre richiede che essa debba essere "contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisca come autorità".

Trattandosi di delineare un ambito di giurisdizione esclusiva, aggiuntivo rispetto a quella generale di legittimità, la Corte non vuole ovviamente dire che la singola posizione fatta valere nella vicenda amministrativa, che contrappone amministrazione e cittadino, debba qualificarsi in termini di mero interesse legittimo. In realtà, nonostante il ripetuto richiamo alla natura delle posizioni soggettive e al necessario intreccio di interessi e diritti, sembra possibile una lettura della sentenza nel senso che la devoluzione di una materia in via esclusiva al giudice amministrativo è costituzionalmente consentita solo tutte le volte che il rapporto amministrativo, considerato nel suo complesso, sia caratterizzato da una posizione "autoritativa" della pubblica amministrazione, cioè tutte le volte in cui la vicenda amministrativa, indipendentemente dalla consistenza delle posizioni soggettive coinvolte, costituisca esercizio effettivo e formale di un potere pubblico.

I termini talvolta adoperati nella sentenza possono effettivamente apparire desueti allo studioso del diritto amministrativo, che difficilmente oggi utilizza concetti quali potere di supremazia e amministrazione-autorità; ma, al di là di questioni terminologiche, sembra ragionevole delineare un modello di riparto della giurisdizione delineato su una caratteristica sostanziale dell'attività delle pubbliche amministrazioni: se questa costituisce espressione di un potere, il sindacato su tale potere è devoluto alla giurisdizione amministrativa; se invece ci si trova dinanzi ad attività non riconducibili in maniera diretta all'esercizio di un potere autoritativo (per esempio, i meri comportamenti o le obbligazioni di natura meramente patrimoniale) le controversie saranno rimesse al giudice ordinario: è perciò logico, per proseguire nell'esempio, che le azioni possessorie in materia urbanistica esulino dalla giurisdizione amministrativa, al pari dei decreti ingiuntivi inerenti ai rapporti tra amministrazione e gestori del servizio sanitario nazionale o del danno biologico conseguente ad attività amministrative.

Certo, non mancano zone d'ombra e ambiguità che la Corte non ha saputo o voluto fugare.

E' noto che ormai le pubbliche amministrazioni adoperino spesso il cd. modello negoziale anzi che il modello autoritativo per il perseguimento dei fini pubblici. E tale carattere dell'agire amministrativo sembra accentuato dalla riforma della legge n. 241 del 1990, che inoltre introduce le

categorie di nullità e annullabilità del provvedimento. La Corte sembra non escludere in tali casi la giurisdizione amministrativa, tanto che espressamente richiama la facoltà dell'amministrazione di "adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere esecutivo", facoltà peraltro –come chiarisce la sentenza- che "tuttavia presuppone l'esistenza del potere esecutivo"; essa dunque si fa carico del problema, anche se la soluzione indicata addirittura nel dispositivo della sentenza, a carattere additivo, contiene un esplicito richiamo alla legge n. 241 del 1990, che presenta notevole ambiguità e darà luogo a non poche incertezze applicative.

Il dato di fondo, però, che può cogliersi è che la giurisdizione esclusiva, nelle materie dei servizi pubblici e dell'urbanistica, non è esclusa per il solo dato formale che il soggetto agente abbia natura privatistica (in tal senso è da intendere il riferimento al *gestore* dei servizi pubblici) o perchè siano utilizzati strumenti di diritto privato, dovendosi nell'un caso o nell'altro fare riferimento alla stretta inerenza dell'azione del soggetto a un potere pubblico riconosciuto dall'ordinamento.

Se questa è la chiave di lettura sostanziale, sembra che alcune categorie concettuali piuttosto datate, che solo apparentemente a mio avviso sembrano riemergere dalla sentenza della Corte, siano rivisitate alla luce del ragionamento di fondo adoperato dalla Corte nel delineare il modello costituzionalmente imposto di riparto della giurisdizione. Mi riferisco, per esempio, alle categorie della carenza di potere e del cattivo uso del potere, concetti questi che, applicati in materia tradizionale potrebbero condurre a conseguenze incongrue rispetto alla stessa impostazione della Corte. E' noto che, tradizionalmente, alla carenza di potere si era soliti contrapporre una posizione di diritto soggettivo e al cattivo uso del potere una posizione di interesse legittimo; e da ciò di faceva discendere la devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario o amministrativo.

Ora, la Corte sembra non cogliere tali schematismi, che in effetti sembrano quasi presupporre un diritto amministrativo diverso da quello attuale, mentre la lettura sostanziale della sentenza costituzionale sembra ammettere un'area di diritti a fronte di provvedimenti amministrativi –ipotesi peraltro affacciata in passato da autorevole dottrina e spesso riscontrata nella pratica giurisprudenziale (si pensi ai provvedimenti in materia di collocamento al lavoro o di ammissione alla cassa integrazione; alla materia dell'iscrizione a ordini professionali o all'inclusione in albi o elenchi; di ammissione a contributi e sovvenzioni).

Ma, per tornare alle materie oggetto del sindacato della Corte, se la materia possessoria e le occupazioni senza titolo rimangono senz'altro devolute al giudice ordinario –come del resto aveva tentato di ritenere parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato- è difficile ritenere che le azioni di danno conseguenti all'annullamento di una dichiarazione di pubblica utilità o di espropriazione siano state dalla sentenza riportate alla giurisdizione ordinaria, in quanto l'annullamento del

provvedimento che fonda il potere, e determina la “degradazione del diritto a interesse”, fa venir meno il potere pubblico.

Qui –penso- la Corte risponderebbe che l’inerenza a un potere pubblico, ancorché illegittimamente esercitato, esiste e che una diversa soluzione urterebbe altresì contro il superamento della regola del doppio giudizio. A riprova, credo, della necessità di un approccio sostanziale alla sentenza della Corte e dell’esigenza che le incertezze applicative siano risolte, in primo luogo dalla Corte regolatrice della giurisdizione ma anche dal Consiglio di Stato, con quella prudenza e con quel senso della misura cui ogni giudice deve ispirarsi nell’individuare la forma di tutela per il cittadino più semplice, più pratica, più efficace: perché i giudici servono ai cittadini e non i cittadini alla giurisdizione.

FILIPPO PATRONI GRIFFI