

Limiti costituzionali alla “discrezionalità” del legislatore ordinario nella disciplina della giustizia amministrativa.

1. La Corte costituzionale, con quattro ordinanze del Tribunale di Roma (nn. 488/02, 226, 227 e 680/03), era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del nuovo sistema di riparto di giurisdizione, per blocchi di materie, creato con l'ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per effetto degli artt. 33 e 34 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come riformulati dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205. La sentenza era molto attesa: può dirsi che non vi sia stato, negli ultimi sei anni, un convegno dedicato ai temi e ai problemi della giustizia amministrativa, e tutti sanno quanto numerosi siano stati i dibattiti riguardanti tale argomento dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 80 del 1998 e della legge n. 205 del 2000, nel quale non si sia ripetutamente osservato che ogni conclusione della dottrina e ogni pronuncia della giurisprudenza ordinaria e amministrativa avrebbero dovuto ritenersi del tutto provvisorie in attesa della pronuncia del giudice naturale sulla costituzionalità delle leggi. «La parola alla Corte costituzionale»: era l'auspicio di coloro che sanno che i giudici costituzionali, per natura e funzione, normalmente operano con “visuali” più ampie e “spalle” più larghe rispetto agli altri giudici¹.

Con la sua sentenza Corte ha deluso le speranze di quanti ritenevano che, ancora una volta, i giudici costituzionali avrebbero preferito evitare di affrontare nel merito le questioni sottoposte al suo esame. Prima di considerare le conclusioni alle quali è pervenuta la Corte costituzionale, vorrei fare una breve premessa di metodo, se così si può dire, a proposito dell'osservazione critica formulata circa l'opportunità della scelta dei giudici remittenti di trasformare la Corte costituzionale in un giudice della giurisdizione, considerando che a risultati analoghi a quelli conseguiti dalla Corte costituzionale avrebbe ben potuto giungere, con la sua opera di interpretazione, la Corte di cassazione quale giudice della giurisdizione, coadiuvata da un'opera di saggio *self restraint* da parte del Consiglio di Stato²; tale convinzione induce Aristide Police, in un interessante commento alla sentenza qui annotata, ad esprimere l'auspicio che, per il futuro la soluzione dei problemi di giurisdizione vada esclusivamente cercata davanti a giudici diversi rispetto al giudice delle leggi. A mio avviso non può invece essere condivisa l'opinione che, in un sistema di giustizia amministrativa nel quale molti importanti principi sono previsti nella carta costituzionale del 1948, una costituzione rigida come tutti sappiamo, il problema del riparto delle giurisdizioni sia un problema di esclusiva competenza dei giudici ordinari e amministrativi: a parte la considerazione che l'esperienza insegna quanto dannosa, per la tutela giurisdizionale dei diritti dei cittadini, sia risultato, in un'esperienza ormai ultracentenaria, il conflitto tra i giudici ordinari e i giudici amministrativi caratterizzato, nella ricerca delle soluzioni più idonee per garantire tale tutela, da numerosi episodi di concorrenza, talora anche sleale, tra le due magistrature, occorrerebbe, a me sembra, continuare a credere, per lo meno fino a quando non avranno successo i propositi, che non esito a definire sconsiderati, di snaturare l'attuale sistema della giustizia costituzionale in Italia, che il compito di valutare la legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge (anche delle disposizioni normative che disciplinano il riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo) spetta alla Corte costituzionale e che in tale materia la Corte assume il ruolo di giudice naturale delle leggi e, come ha affermato di recente Leopoldo Elia, «si sforza sempre (anche se qualche volta non ci riesce) di far prevalere la *lex superior*, la Costituzione rigida, sulle fonti legislative che più o meno apertamente la contraddicono»³.

¹ Riprendo le felici espressioni di P. VERONESI, Prefazione al volume *La laicità crocifissa?, Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino, 2004, XIII.

² A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 974 ss., spec. 975.

³ L. ELIA, *La Corte ha fatto vincere la Costituzione*, in questa *Rivista*, retro, 394 ss., spec. 394.

2. Comprendere le ragioni del giudice: questo è innanzi tutto il compito di chi commenta una sentenza, ed è un obiettivo che invece non tutti si pongono, penso di poter dire ricordando alcuni interventi che ho avuto occasione di ascoltare in convegni dedicati alla valutazione della sentenza n. 204, nei quali l'ansia di esprimere una polemica reazione nei confronti della decisione della Corte sembrava prevalere sull'esigenza di capire i motivi sui quali la sentenza è fondata. Per comprendere le ragioni che hanno indotto la Corte costituzionale ad accogliere le conclusioni sulle quali è fondato il dispositivo della sentenza, credo che sia opportuno esporre in sintesi i precedenti legislativi e giurisprudenziali che hanno portato alla pronuncia di incostituzionalità: precedenti che hanno determinato, come ha onestamente ammesso Pasquale De Lise in un intervento svolto in un recente convegno, una situazione di "pangiurisdizionalismo amministrativo" rispetto alla quale era facilmente prevedibile un orientamento negativo da parte della Corte costituzionale⁴.

L'art. 11 l. n. 59 del 1997 aveva conferito al governo un'ampia delega legislativa per la riforma dell'amministrazione pubblica, da esercitarsi entro il 31 marzo 1998. Con riferimento al diritto processuale amministrativo, tale articolo aveva previsto che i decreti legislativi avrebbero dovuto prevedere, tra l'altro, la «[...] estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali conseguenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici, prevedendo altresì un regime processuale transitorio per i procedimenti pendenti». La delega venne attuata nel d.lgs. n. 80 del 1998, che consta di 45 articoli riguardanti diverse innovazioni, alcune delle quali riguardano la materia della giurisdizione del giudice amministrativo (artt. 33-35).

I due testi normativi contenuti nel d.lgs. n. 80 del 1998 e nella legge delega n. 59 del 1997 hanno finalità non coincidenti tra loro, tanto che si è parlato di un eccesso di delega, problema affrontato dalla Corte costituzionale, che, con sentenza 17 luglio 2000, n. 292⁵, ha dichiarato incostituzionale l'art. 33, c. 1, d.lgs. n. 80 del 1998, in contrasto con le conclusioni accolte nell'ordinanza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 1 del 30 marzo 2000⁶), che aveva ritenuto manifestamente infondata la questione di costituzionalità degli artt. 33, 34, 35 d.lgs. n. 80 del 1998, con riferimento agli artt. 3, 24, 97, 100, 103 e 113 cost.⁷

Lo scopo immediato e contingente del legislatore delegante era quello di riequilibrare i carichi di lavoro dei giudici amministrativi e dei giudici ordinari, esigenza determinata dalla devoluzione al giudice ordinario delle controversie inerenti ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. L'estensione della giurisdizione amministrativa alle controversie in materia di edilizia, di urbanistica e di pubblici servizi non si inseriva in un quadro di mutamenti di diritto sostanziale interessanti le materie devolute alla giurisdizione amministrativa⁸; in base alla formulazione letterale della legge di delega, l'estensione della giurisdizione

⁴ Convegno su *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, organizzato il 20 ottobre 2004 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre a cura di M.A. SANDULLI.

⁵ Pubblicata in questa *Rivista*, 2000, 2221 ss., con ampia nota redazionale di R. ALESSE, *ivi*, 2236 ss.

⁶ Con tale ordinanza pubblicata, in *Foro it.*, 2000, III, 368 ss., il Consiglio di Stato esaminava il problema della giurisdizione esclusiva, dopo che Cons. Stato, sez. V, con ord. 9 novembre 1999, n. 1223, ne aveva sollecitato l'intervento. Si tratta di una decisione che non riguarda soltanto i temi della giurisdizione esclusiva e della tutela cautelare ma molte altre questioni ad essi collegati: una pronuncia nella quale, come si è giustamente osservato, l'esigenza di "dimostrare" pare quasi prevalere su quella di "decidere", con uno stile che richiama alla memoria quello analogo che aveva caratterizzato la "storica" sentenza della Corte di Cassazione a sezioni unite n. 500 del 1999, definita da Franco Ledda una "decisione monografia": cfr. F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, *ivi*, 368 ss.

⁷ Il problema di costituzionalità venne esaminato dalla Commissione affari costituzionali del Senato, che il 17 luglio 2000, quattro giorni prima del voto parlamentare sulla l. n. 205 del 2000, approvò un ordine dl giorno che impegnava il governo ad assumere ogni opportuna iniziativa per «l'emanazione di norme interpretative idonee a cristallizzare il principio di rilevanza della giurisdizione sopravvenuta già affermato dal diritto vivente».

⁸ Il problema dei limiti costituzionali all'ampliamento della giurisdizione esclusiva è esaminato da N. SAIITA, *Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giudice amministrativo: la (persistente) "specialità" della giurisdizione amministrativa alla ricerca di un'identità smarrita*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 61 ss.

amministrativa avrebbe dovuto riguardare soltanto determinate categorie di controversie «aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno [...]» riferite a determinate materie («[...] in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici [...]»): nella delega, infatti, non si faceva alcuna menzione dell'espressione *giurisdizione esclusiva*⁹.

Anche se la materia è stata successivamente modificata dalla l. n. 205 del 2000, occorre ricordare che la scelta del legislatore delegato era stata nel senso: di estendere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei tre ambiti indicati nella delega (edilizia, urbanistica, servizi pubblici); di conferire al giudice amministrativo (soltanto in queste materie) il potere di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno ingiusto, anche attraverso la reintegrazione in forma

⁹Con riferimento ai molti problemi sollevati dalle novità introdotte dal legislatore con l'approvazione del d.lgs. n. 80 del 1998, cfr. C. VARRONE, *Le nuove 'frontiere' del processo amministrativo: minirivoluzione o razionalizzazione dell'esistente in tema di risarcibilità delle posizioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione?*, in *Foro amm.*, 1997, 3362 ss. (con specifico riferimento ai principi della legge delega); E.A. APICELLA, A. BRIGUGLIO, A.N. FILARDO, A. VALLEBONA, *Il d.lgs. n. 80 del 1998 (c.d. Bassanini ter). Il parere del Consiglio di Stato e i primi commenti della dottrina*, in *Giust. civ.*, 1998, 245 ss.; F. BENVENUTI, *Nuovi indirizzi nel processo amministrativo*, in *Dir. econ.*, 529 ss.; L. BERTONAZZI, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 207 ss.; F. BILE, *Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 1998, 1475 ss.; V. CAIANIELLO, *Il giudice amministrativo ed i nuovi criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Foro amm.*, 1998, 1952 ss.; R. CARANTA, *Danni da lesione di interessi legittimi: la Corte costituzionale prende tempo*, in *Foro it.*, 1998, I, 3487 ss.; V. CARBONE, *Risarcimento di interessi legittimi: la Corte costituzionale "si astiene", il legislatore apre nuovi orizzonti*, in *Corr. giur.*, 1998, 651 ss.; S. CASSARINO, *Novità legislative in tema di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (prime impressioni sugli artt. 33-35 del d. l.vo 31 marzo 1998)*, in *Trib. amm. reg.*, 1998, 13 ss.; E. DE FRANCISCO, *Il giudice amministrativo ... dispone ... il risarcimento del danno ingiusto*, in *Urbanistica e app.*, 1998, 605 ss.; M. FILIPPI, *La giurisdizione amministrativa sugli atti di soggetti privati alla luce del decreto legislativo 80/1998*, in *Dir. amm.*, 1998, 581 ss.; E. FOLLIERI, *Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi alla luce del d. lgs. n. 80/1998*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 453 ss.; M. LIPARI, *La nuova giurisdizione amministrativa in materia edilizia, urbanistica e dei pubblici servizi*, in *Urbanistica e app.*, 1998, 596 ss.; M. MAZZAMUTO, *Servizi pubblici e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa nel d. lgs. n. 80 del 1998*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. servizi*, 1998, 25 ss.; L.V. MOSCARINI, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 817 ss.; A. TRAVI, G. AVANZINI, L. BERTONAZZI, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 207 ss.; E.M. BARBIERI, *Interessi legittimi e risarcimento del danno: l'art. 35, comma 1 del d. l.vo 31 marzo 1998, n. 80*, in *Riv. trim. app.*, 1999, 175 ss.; R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, 3201 ss.; S. CASSESE, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1221 ss.; F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Foro it.*, 1999, I, 3212 ss.; M. MAZZAMUTO, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario?*, in *Giur. it.*, 1999, 1123 ss.; A. PICHIERRI, *Il comma 1 art. 35 d. lg. 31 marzo 1998, n. 80*, in *Foro amm.*, 1999, 277 ss.; A. ROMANO, *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, I, 3222 ss.; E. SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, in *Foro it.*, 1999, I, 3226 ss.; L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 832 ss.; C. VARRONE, *Nuovi scenari (e nuovi compiti) per il giudice amministrativo in tema di tutela risarcitoria e pubblici servizi*, in *Foro it.*, 1999, I; D. DALFINO, *Art. 33 d.leg. 80/98: la nozione di "pubblici servizi" secondo le sezioni unite*, in *Foro it.*, 2000, I, 2210 ss.; F. Fracchia, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e especialità del diritto amministrativo*, ivi, III, 368 ss.; A. TRAVI, *Formulario annotato della giurisdizione amministrativa*, con la collaborazione di L. COEN, Padova, 2000; A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V., 26 ss.; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione: dal criterio del petitum con pregiudizialità del giudice amministrativo alla legge n. 205 del 2000*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 319 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001; A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 ss.; R. TISCINI, *La giurisdizione esclusiva tra (vecchi e nuovi) sospetti di illegittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 801 ss.; A. TRAVI, *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme*, in *Foro it.*, 2001, V, 68 ss.; A. PAJNO, *Il riparto della giurisdizione*, in *Trattato di diritto amministrativo a cura di S. CASSESE, Diritto amministrativo speciale*, tomo V, *Il processo amministrativo*, II ed., Milano, 2003, 4279 ss.; B. SASSANI, *La giurisdizione esclusiva*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 4673 ss.; G. MONTEDORO, *La costituzionalità del nuovo assetto del riparto di giurisdizione dopo l'Adunanza plenaria n. 4 del 2003*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 94 ss.

specifica (art. 35, c. 1); di estendere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla cognizione delle questioni patrimoniali conseguenziali (art. 35, c. 4).

Non soltanto con riferimento alla disposizione contenuta nell'art. 33, c. 1, d.lgs n. 80 del 1998, ma anche riguardo a quelle degli artt. 34 e 35, il legislatore è incorso in un eccesso di delega (v. ora, con riferimento all' art. 34, commi 1 e 2 del d. lgs. n. 80 del 1998, la sentenza della Corte costituzionale n. 281 del 2004, che si riferisce ad una fattispecie anteriore all'approvazione della legge n. 205 del 2000¹⁰). Infatti, la nuova formulazione dell'art. 7, c. 3, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, prevista dall'art. 35, c. 4, d.lgs. n. 80 del 1998, comporta l'attribuzione al giudice amministrativo, in tutte le materie affidate alla sua giurisdizione esclusiva (non solo, quindi, nelle materie dell'edilizia, dell'urbanistica e dei servizi pubblici), della cognizione delle questioni patrimoniali conseguenziali, vale a dire delle questioni risarcitorie conseguenti l'annullamento di provvedimenti amministrativi. Il legislatore delegante aveva invece prefigurato l'estensione della giurisdizione amministrativa «[...] alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali conseguenziali [...]» soltanto limitatamente alle materie dell'edilizia, dell'urbanistica e dei servizi pubblici¹¹.

Con gli articoli 33 e 34 d.lgs. n. 80 del 1998 il legislatore delegato aveva inteso delimitare la materia della nuova giurisdizione esclusiva, attribuendo, tra l'altro, alla cognizione del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di servizi pubblici: tale formula presupporrebbe una nozione chiara e univoca di servizio pubblico, nozione che è invece molto controversa in dottrina e in giurisprudenza¹². Proprio per l'ampiezza di tale nozione, dai contorni non sempre definibili, il legislatore delegato si era proposto di stabilire più chiaramente alcuni « ambiti di confine », comprendendo fra i servizi pubblici quelli « [...] afferenti al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato mobiliare » (c. 1). In tal modo è stata tuttavia operata un'eccessiva dilatazione della nozione di servizio pubblico, cui venivano ascritte delle attività che non ne presentavano sicuramente i tratti caratteristici. La disposizione, occorre ricordare, trae origine dall'opinione espressa nel parere dell'Adunanza generale del Consiglio di stato n. 30 del 12 marzo 1998, emesso sullo schema di decreto delegato¹³.

La Corte costituzionale, con la già ricordata sentenza n. 292 del 2000, aderendo all'opinione espressa da molti autori¹⁴, ha, fra l'altro, dichiarato incostituzionale l'art. 33, c. 1, d.lgs. n. 80 del 1998, nella parte in cui istituisce una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali conseguenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno. Le considerazioni contenute nella sentenza costituzionale sopra citata assumono grande importanza per chi voglia valutare il sistema di giustizia amministrativa alla luce delle disposizioni costituzionali; giudici e legislatore avrebbero dovuto prestare ben maggiore attenzione al campanello d'allarme rappresentato da tale sentenza: sarebbe stato opportuno coglierne il messaggio, ed invece la questione delle conseguenze pratiche deducibili dalla pronuncia di incostituzionalità è stata ritenuta superata dalla legge n. 205 del 2000, recante

¹⁰ Con tale sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, commi 1 e 2, d. lgs. n. 80 del 1998, nella parte in cui istituisce una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di edilizia e urbanistica, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali conseguenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno.

¹¹ L. BERTONAZZI, *La nuova giurisdizione esclusiva*, cit., 107; G. VIRGA, *Le riforme a metà*, in *Giur. amm. siciliana*, 1998, 284.

¹² Sulla nozione 'soggettiva' e 'oggettiva' di servizio pubblico può vedersi S. LARICCIA, *Diritto amministrativo*, Padova, 2000, 495 ss. e ivi la bibliografia citata.

¹³ V. sul punto A. TRAVI, *Commentario*, cit., 209.

¹⁴ Cfr. in particolare A. TRAVI, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 556 ss. Perplexità sull'ampliamento della giurisdizione esclusiva esprimeva sin dal 1996 G. PASTORI, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 926 ss.; per la dottrina anteriore alle recenti riforme attuate con il d.lgs. n. 80 del 1998 e la legge n. 205 del 2000, v. anche E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, cit.

Disposizioni in materia di giustizia amministrativa, la quale, con normativa non più delegata, ha riformulato, all'art. 7, i corrispondenti artt. 33, 34 e 35 d.lgs. n. 80 del 1998.

3. La valutazione dell'attività legislativa e giurisdizionale successiva al primo intervento del legislatore in occasione della legge con la quale era stata approvata l'ampia delega contenuta nell'art. 11 della l. n. 59 del 1997 e riguardante tra l'altro la disciplina della giurisdizione del giudice amministrativo induce a ritenere che la Corte costituzionale, prima della sentenza n. 204, ha abdicato alla sua funzione di indicare con prontezza i limiti posti alla "discrezionalità" del legislatore ordinario¹⁵. In più occasioni la Corte ha indotto a ritenere che il legislatore ordinario fosse sostanzialmente "libero" di ripartire le varie controversie tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo¹⁶; e ancora di recente, con l'ordinanza n. 439 del 2002¹⁷, la Corte ha sottolineato: «questa Corte ha ripetutamente affermato che resta rimesso alla scelta discrezionale (con i consueti limiti della non manifesta irragionevolezza e palese arbitrarietà) del legislatore ordinario – suscettibile di modificazioni in relazione ad una nuova valutazione delle esigenze di giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti sostanziali – ripartire la giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, a seconda della tipologia e del contenuto dell'atto oggetto di tutela giurisdizionale, conferendo anche un potere di annullamento con gli effetti previsti dalla legge».

Il giudice amministrativo, da parte sua, ha dimostrato una notevole insensibilità per l'esigenza di rispetto dei principi costituzionali in tema di giustizia amministrativa, come una parte della dottrina aveva puntualmente osservato commentando i pareri con i quali l'Adunanza generale del Consiglio di Stato aveva ritenuto *manifestamente* infondate tutte le questioni di legittimità costituzionale sottoposte al suo esame (e tra queste anche la questione di costituzionalità riferita alla lesione dell'art. 103 cost.), sacrificando l'esigenza di ottenere tempestivamente una pronuncia della Corte costituzionale idonea a superare i molti dubbi di costituzionalità che soltanto la Corte avrebbe potuto e dovuto chiarire¹⁸.

4. Dubbi e perplessità circa le soluzioni accolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004 emergono in numerosi commenti, per la maggior parte assai critici, dalla cui lettura si trae l'impressione che, in dottrina, molti ritengano che la Corte abbia svolto un compito che non le spettava o che comunque lo abbia svolto in modo da suscitare perplessità di notevole rilievo; che la valutazione del problema affrontato nella sentenza abbia rappresentato un'occasione perduta per colmare il fossato che separa il nostro sistema amministrativo da quello dei paesi aderenti all'Unione europea, che in massima parte ignorano la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi¹⁹; che la conclusione accolta dalla Corte si fonda su un ragionamento svolto con un lessico molto tradizionale e con categorie concettuali da molti anni oggetto di revisione da parte della

¹⁵ Sin dal 1998 lo facevano notare tra gli altri R. CARANTA, *Danni da lesione di interessi legittimi: la Corte costituzionale prende tempo*, cit.; V. CARBONE, *Risarcimento di interessi legittimi: la Corte costituzionale "si astiene"...*, cit.; v. ora sul punto M. CLARICH, *La giurisdizione esclusiva...*, cit., spec. 970.

¹⁶ Cfr. le sentenze n. 47 del 1976, in questa *Rivista*, 1976, I, 362 ss., 43 del 1977, *ivi*, 1977, I, 159 ss., 140 del 1980, *ivi*, 1980, I, 1161 ss., 62 del 1996, *ivi*, 1996, 623 ss., 275 del 2001, *ivi*, 2001, 2306 ss., con nota di P. CHIRULLI, *Incarichi dirigenziali e giurisdizione: una decisione prudentemente "minimalista"*, 2315 ss. e le ordinanze n. 414 del 2001 *ivi*, 2001, 3967 ss. e 161 del 2002 *ivi*, 2002, 1367 ss.

¹⁷ *Ivi*, 2002, 3609 ss.

¹⁸ Per la tesi, sostenuta in dottrina, della incostituzionalità delle nuove disposizioni in tema di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si sono pronunciati tra gli altri A. PROTO PISANI, *Verso il superamento*, cit.; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, cit.; R. TISCINI, *La giurisdizione esclusiva*, cit.; A. TRAVI, *Giustizia amministrativa*, cit. B. SASSANI, *La giurisdizione esclusiva*, cit., di recente aveva invece negato che «un'ipoteca di costituzionalità possa gravare sulla discrezionalità legislativa rispetto alla distribuzione della giurisdizione per blocchi di materie».

¹⁹ Cfr. M. CLARICH, *La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 969 ss., spec. 974; v. anche S. GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva, Corte Costituzionale e nodi di Gordio*, in *giurisprudenza.it* (in corso di pubblicazione nella rassegna de *Il Consiglio di Stato*)

scienza del diritto amministrativo²⁰; che gli esiti della pronuncia della Corte costituzionale, che rappresenta una sorta di *arbitrato costituzionale*, «finiscono con il ripristinare, se non la situazione del 1948, la logica che la sorreggeva»²¹; che la sentenza, che «va ad incidere negativamente sui diritti di libertà dei cittadini», «fa compiere al diritto amministrativo *sostanziale* (prima ancora che a quello *processuale*) un gigantesco passo indietro, relegandolo nuovamente nell'ambito delle prospettazioni dogmatiche del primo novecento [...]»²²; che la sentenza ha rappresentato un passo indietro, ha applicato una visione distorta del principio di separazione dei poteri e non ha colto tutte le possibilità che l'ordinamento avrebbe consentito²³; che la sentenza, «riesumando una concezione protocostituzionale di riparto di giurisdizione», fa «intravedere un ritorno indietro nel tempo di almeno trent'anni», per cui è auspicabile che i magistrati amministrativi continuino assieme a cercare con la propria testa, «senza limitarsi ad accettare acriticamente verità esterne, da chiunque provengano»²⁴.

I molti commenti dedicati alla sentenza²⁵ contengono numerose e interessanti valutazioni critiche che meritano di essere attentamente considerate; tuttavia, non si possono qui esaminare tutti i punti in discussione ed è necessario cercare di cogliere gli aspetti centrali del problema. Innanzi tutto è da valutare positivamente che la Corte abbia finalmente deciso di affrontare il merito delle questioni sottoposte al suo giudizio, diversamente da quanto era avvenuto in precedenza; nel merito la Corte, per dichiarare la illegittimità costituzionale di alcune disposizioni contenute nella l. n. 205 del 2000, afferma che la Costituzione «ha recepito il nucleo dei principi in materia di giustizia amministrativa quali evolutisi a partire dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865» e dunque il riparto delle giurisdizioni del giudice ordinario e del giudice amministrativo fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi; la situazione esistente nel 1948 e il sistema previsto nella nostra vigente Costituzione non devono certo ritenersi «cristallizzati», ed è certamente ammissibile un'eventuale revisione delle disposizioni costituzionali che li prevedono, ma deve d'altra parte escludersi che dalla Costituzione non si desumano i confini entro i quali il legislatore "ordinario" deve contenere i suoi interventi volti a distribuire le funzioni tra i due ordini di giudici; la giurisdizione amministrativa non deriva dalla circostanza che parte in causa sia una pubblica amministrazione; non è neppure decisiva la semplice sussistenza di un rilevante pubblico interesse; l'art. 103 cost. circoscrive la discrezionalità del legislatore a materie particolari nelle quali

²⁰ B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 979 ss., spec. 979; cfr. anche le considerazioni espresse in tal senso nell'intervento di L. TORCHIA al convegno, svoltosi il 20 ottobre 2004 nella Facoltà di Giurisprudenza di Roma Tre, sul tema *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, cit.

²¹ A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva ed «arbitrato» costituzionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 983 ss., , spec. 983 e 984. Di una «soluzione "salomonica" che potesse contentare un po' tutti» parla S. GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva*, cit., 13 (del dattiloscritto).

²² F. TEDESCHINI, *I "comportamenti" dell'amministrazione alla ricerca del giudice perduto*, in *giurisprudenza.it*.

²³ A. BARBERA, intervento svolto al convegno annuale dell'Associazione dei costituzionalisti (Padova 22-23 ottobre 2004) sul tema *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*.

²⁴ S. GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva*, cit., che conclude il suo saggio invitando i colleghi a rimboccarsi le maniche con la parole, riprese da un famoso discorso del papa, "damose da fa".

²⁵ Oltre ai commenti citati nelle note precedenti, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 820 ss.; F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *giustamm.it*; R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo la Corte costituzionale 6 luglio 2004*, in *LexItalia.it*; F. LORENZONI, *Commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004*, in *federalismi.it*; G.P. ROSSI, *Il vecchio interesse legittimo ringrazia la Corte costituzionale*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, n. 3; F. SAITTA, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni (d'agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in *LexItalia.it*; M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte Cost. n. 204 del 2004)*, in corso di pubblicazione in *Riv. giur. dell'edilizia*, 2004, n. 4; B. SASSANI, *Costituzione e giurisdizione esclusiva: impressioni a caldo su una sentenza storica*, in *GiustAmm.it*; R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 832 ss.; G. VIRGA, *Il giudice della funzione pubblica (sui nuovi confini della giurisdizione esclusiva tracciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004)*, in *LexItalia.it*.

la tutela investe anche diritti soggettivi. Sull'esattezza di tali affermazioni a me sembra non possa dubitarsi, anche se si tratta di affermazioni che hanno l'effetto, secondo me positivo, di contestare radicalmente tesi sulle quali si è invece formato, negli anni più recenti, un notevole consenso in dottrina e nella giurisprudenza amministrativa²⁶: la tesi secondo cui il criterio di riparto per blocchi di materie introdotto come criterio prevalente del riparto delle giurisdizioni dal legislatore ordinario doveva ritenersi del tutto compatibile con le previsioni normative del testo costituzionale; la tesi secondo cui la stessa Costituzione avrebbe indicato quale via da percorrere l'abbandono del riferimento alla natura delle situazioni soggettive azionate; la tesi secondo cui rientrerebbe nella piena discrezionalità del legislatore ordinario l'individuazione delle materie della giurisdizione esclusiva; la tesi secondo cui il giudice amministrativo sarebbe il giudice dell'Amministrazione e dell'interesse pubblico. Su questi punti io credo che, anziché proporsi di contestare le conclusioni accolte dal giudice costituzionale e perseguire l'obiettivo dell'approvazione di nuove disposizioni normative (del legislatore ordinario) favorevoli alle tesi ritenute inesatte dal giudice delle leggi, sarebbe preferibile prendere atto della posizione autorevolmente assunta dalla Corte costituzionale.

So bene quanto scarso rilievo abbia oggi per molti il riferimento alla Carta costituzionale del 1948 e quanti dubbi, soprattutto in alcuni ambienti politici, si esprimano sul sistema di giustizia costituzionale in Italia; per limitarmi alla materia della giustizia amministrativa, penso però che sia necessario valutare con forte diffidenza i tentativi di risolvere delicati problemi di costituzionalità ricorrendo a discutibili espedienti di compromessi giudiziari: per ricordare soltanto gli ultimi in ordine di tempo, è noto che, al fine di perseguire un difficile equilibrio sul riparto di giurisdizione, autorevoli "contatti" erano stati avviati dai vertici delle due magistrature, quella ordinaria e quella amministrativa, prima che si conoscessero le conclusioni della Corte costituzionale²⁷. Naturalmente non vi è alcun problema per la discussione in convegni ed incontri di studio di ogni questione riguardante l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni giuridiche, ma, mio avviso, sono molte le ragioni che inducono a valutare criticamente l'espediente di affidare ai vertici delle istituzioni giurisdizionali, anziché ai singoli giudici, la soluzione dei problemi interpretativi del diritto: un espediente a proposito del quale tornano alla memoria le giuste considerazioni di Mario Nigro, che poneva in rilievo i *vulnera* che possono venire alla indipendenza dei giudici da «tutti i meccanismi socio-giuridici riduttivi della sua libertà di decisione, come lo spirito di corpo, la giurisprudenza consolidata ecc.»²⁸; uno dei "meccanismi" più pericolosi per l'indipendenza dei giudici è proprio quello consistente nel risolvere le questioni dell'applicazione del diritto vigente attraverso contatti e decisioni dei vertici delle magistrature.

Molti problemi della giustizia amministrativa italiana, come quello della irrisarcibilità delle situazioni giuridiche soggettive qualificate come interessi legittimi, sono nati proprio a causa di una sorta di "peccato originale" che l'interesse legittimo si è portato appresso, e cioè a causa della scelta ideologica posta alla base della nascita della giurisdizione amministrativa, a seguito della istituzione, nel 1889, della quarta sezione del consiglio di stato²⁹, e del "concordato giurisprudenziale", meglio definibile come "presidenziale", che - secondo la tradizione - sarebbe intervenuto nel 1929 tra Mariano D'Amelio e Santi Romano, vertici rispettivamente della

²⁶ Per una chiara individuazione di tali tesi, cfr. R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204*, cit., 833.

²⁷ Cfr. CORTE DI CASSAZIONE – CONSIGLIO DI STATO, *Relazione di sintesi dei lavori della commissione di studio istituita dai presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato per l'approfondimento dei problemi di maggiore rilievo in tema di riparto di giurisdizione*, pubblicata in *Foro it.*, 2004, V, 18 ss.

²⁸ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, spec. 272.

²⁹ Cfr. V. SCIALOJA, *Sulle funzioni della IV sez. del Consiglio di Stato per l'art. 24 della legge 2 giugno 1889*, in *Giust. amm.*, 1901, IV, 61 ss.; L. MORTARA, *La giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa per il sindacato di legittimità degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, I, 389 ss., spec. 403; V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premessa allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1978; F.G. COCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 549 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. IV, Disc. pubbl.*, Torino, 1992, *ad vocem*.

magistratura ordinaria e di quella amministrativa³⁰: un “concordato” che sancì la soluzione meno liberale del problema del riparto delle giurisdizioni³¹; tutti sappiamo, io credo, che l'autentico scandalo della giustizia amministrativa italiana è ricollegabile al momento in cui si è affermato il principio della degradazione dei diritti soggettivi dei cittadini derivante dall'emissione di un atto emesso *jure imperii*.

Con la sentenza qui annotata la Corte costituzionale decide finalmente di porre un limite al legislatore ordinario, ritenendo che l'art. 103, c. 1, cost. «non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla giurisdizione amministrativa e che il potere del legislatore deve ritenersi “ancorato” alla natura delle situazioni soggettive coinvolte. Le materie devolute alla giurisdizione amministrativa devono essere “particolari” rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: devono cioè «partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo». Viene dunque ritenuta inesatta la tesi, sostenuta nella già ricordata ordinanza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 30 marzo 2000, n. 1, secondo la quale «la *interpositio legislatoris*, circa la determinazione dei casi in cui il giudice amministrativo conosce anche dei diritti» induce a ritenere che «la figura dell'interesse legittimo non sia il criterio generale sui cui si basi il riparto delle giurisdizioni » e non ricorrerebbero limiti particolari per il legislatore ordinario di estendere l'ambito della giurisdizione amministrativa purché si tratti, com'è il caso della materie disciplinata dagli artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, di «liti in cui si applicano regole sostanziali esorbitanti dal diritto privato». La sentenza n. 204 del 2004 aderisce invece all'impostazione seguita dalla Corte di Cassazione che, a proposito dell'art. 33 d. lgs. n. 80 del 1998 aveva affermato che l'art. 103 cost., «nel costituzionalizzare la giurisdizione speciale del G.A., ne ha anche circoscritto l'ambito a controversie comunque correlate all'interesse generale, in quanto volte alla tutela di (collegate) posizioni di interesse legittimo» o «in casi particolari» «anche di diritti soggettivi, senza possibilità di indiscriminata estensione [...] a tipologie di liti, come quella in esame, coinvolgenti unicamente diritti patrimoniali»³².

5. Una considerazione particolare merita l'affermazione, contenuta nella sentenza n. 204, secondo cui le particolari materie alle quali fa riferimento l'art. 103 cost. sarebbero contrassegnate dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisca come autorità, eserciti cioè un potere autoritativo. Tale posizione della Corte, come molti commentatori hanno osservato, appare difficilmente compatibile con le nuove concezioni in tema di attività amministrativa e di rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni, fondate sulla convinzione che il potere autoritativo della pubblica amministrazione costituisca il retaggio di uno Stato autoritario ormai non più rispondente alla realtà, considerando che, in applicazione delle norme e dei principi contenuti nella legge n. 241 del 1990, si è ormai instaurato un rapporto paritario tra l'amministrazione e il cittadino³³.

Deve inoltre considerarsi che quando l'amministrazione agisce in veste autoritativa, la situazione che vi si correla non è un diritto soggettivo ma un interesse legittimo, con la conseguenza

³⁰ M. D'AMELIO e S. ROMANO, *I contatti giurisprudenziali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, 181 ss.

³¹ V. per tutti G. MIELE, *La giustizia amministrativa*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1968, 11 ss., spec. 26 ss.; F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 1999, 2212 ss. e in F. LEDDA, *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 511 ss., spec. 514.

³² Cass., sez. un., 30 marzo 2000, n. 72, in *Foro it.*, 2000, I, 2210 ss., con nota di D. DALFINO, *Art. 33 d.leg. 80/98 ...*, cit.

³³ Per la valutazione dell'importanza che assumono le nuove concezioni in tema di attività amministrativa tra autorità e consenso, può vedersi S. LARICCIA, *Diritto amministrativo*, cit., spec. 12, 476 ss.: cfr. sul tema F. BASSI, *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 744 ss.

che la giurisdizione esclusiva è costituzionale quando ... non si estende ai diritti soggettivi³⁴; ma se la Corte configura la legittimità costituzionale della giurisdizione esclusiva soltanto laddove la controversia è comunque caratterizzata dalla presenza di un interesse legittimo, occorre concludere che l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo opera in virtù del generale criterio di riparto per situazioni soggettive e «non vi è necessità, né ragione alcuna per fondare una giurisdizione esclusiva di quel giudice»³⁵. Dalla sentenza deriva dunque la totale scomparsa della giurisdizione esclusiva ed in futuro ogni problema di giurisdizione riguarderà la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

A proposito della c.d. attività autoritativa dell'amministrazione, va richiamata l'attenzione sulla disposizione contenuta nell'art. 1 del progetto di riforma della l. n. 241 del 1990, che, nell'ultima versione approvata dal Senato, prevede: «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato salvo che la legge disponga diversamente» (ddl 1281-B, approvato dalla 1° Commissione permanente il 21 luglio 2004, con modificazioni). La graduale estensione della categoria di atti di natura non autoritativa, seguendo le indicazioni della sentenza n. 204, dovrebbe portare ad una sempre minore rilevanza della giurisdizione del giudice amministrativo.

6. Giustamente si è ricordato che un'adeguata valutazione della prospettiva storica induce a ritenere che la reale origine della nozione di giurisdizione esclusiva e l'effettiva *ratio* ispiratrice di tale istituto prescindono da un criterio di riparto (quello fra diritti e interessi) che è nato solo successivamente³⁶.

La Corte costituzionale ha tuttavia il compito di valutare la legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge e non dovrebbero sussistere dubbi che, salvo espresse modifiche costituzionali, come quelle proposte con riferimento all'art. 103, comma 1, cost., al fine di prevedere che «La giurisdizione amministrativa ha ad oggetto le controversie con la pubblica amministrazione nelle materie indicate dalla legge»³⁷, il legislatore ordinario non abbia una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla giurisdizione amministrativa, giacché il potere del legislatore è indissolubilmente collegato con la «natura delle situazioni soggettive coinvolte»: questo è l'aspetto centrale della decisione della Corte, che ha affermato un principio che a mio avviso deve essere pienamente condiviso.

Naturalmente è del tutto esatto ritenere che, dopo più di cinquant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, ci si trova rispetto al 1948 in un contesto profondamente modificato, in cui «la stessa distinzione tra interesse e diritto, sottoposta a un'infinita serie di riformulazioni, lascia ormai scettica buona parte della dottrina»³⁸. Tuttavia, come giustamente si ricorda nella sentenza della Corte con riferimento alle ordinanze di rimessione, deve ritenersi che dalla Costituzione si desumano con chiarezza i confini entro i quali il legislatore ordinario, esercitando il potere discrezionale suo proprio, deve contenere i suoi interventi volti a ridistribuire le funzioni giurisdizionali tra i due ordini di giudici: a ciò non ostando la circostanza che per la prima volta in un testo normativo, è nella Costituzione che compare, e ripetutamente, la locuzione “ interessi legittimi ” (n. 3 del Considerato in diritto).

Anche a voler ritenere che la Costituzione, come scriveva Guido Zanobini nel 1958, «non ha fatto altro che confermare il sistema già vigente limitandosi ad elevare i suoi principi a norme di

³⁴ Cfr. soprattutto in tal senso A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo*, cit.; M.A., SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro*, cit., 7 (del dattiloscritto).

³⁵ A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo ...*, cit., 977-78.

³⁶ A. POLICE, *op. cit.*, 978.

³⁷ Cfr. la proposta di legge costituzionale elaborata dalla Commissione bicamerale e la proposta A.C. 7465 ad iniziativa di CERULLI IRELLI, presentata alla Camera dei Deputati il 28 novembre 2000.

³⁸ Cfr. B. SASSANI, *La giurisdizione esclusiva*, cit., 4673.

ordine costituzionale»³⁹, è chiaro che l'assunzione di rilevanza costituzionale di principi e regole precedentemente di rango non legislativo o previsti in norme giuridiche subcostituzionali, con riferimento al tema qui considerato, ha attribuito al giudice costituzionale il compito di definire i limiti costituzionali posti al legislatore nella disciplina della giustizia amministrativa italiana.

La consapevolezza di quanto poco valga oggi la stessa distinzione tra interesse e diritto, assunta come fondamento del riparto delle giurisdizioni tra le due magistrature chiamate a giudicare l'amministrazione, dovrebbe a mio avviso portare a superare tale criterio del riparto ma a tal fine è necessaria la revisione delle disposizioni costituzionali che lo recepiscono: d'altra parte l'esperienza insegna che i confini di una materia non sono quasi mai certi e pacifici e che anche il criterio imperniato sulla materia (o sui blocchi di materie) determina notevoli difficoltà applicative, per cui la scelta migliore sembra dover essere quella della devoluzione di tutte le controversie amministrative ad un unico giudice; «diversamente ogni criterio presenta delle insidie, come le analisi del diritto comparato confermano»⁴⁰.

Tra gli altri meriti della sentenza n. 204 vi è anche quello di avere nuovamente aperto la discussione sulla soluzione dell'unità della giurisdizione. «Il legislatore attribuisca la giurisdizione a chi vuole – si legge in uno dei commenti alla sentenza -: al giudice amministrativo, se ritiene prevalente l'interesse pubblico; al giudice ordinario, se ritiene prevalente l'interesse privato; [...] ma che il giudice sia uno solo, con giurisdizione piena, in modo che il ricorrente, imboccata la corretta via giurisdizionale, possa andare sino in fondo in giurisdizione continua e non in giurisdizione alternata ed in tempi ragionevoli».

7. A proposito della scelta di quale giudice sia maggiormente idoneo a garantire le esigenze di una giustizia amministrativa corrispondente alle aspettative della collettività, sono noti i termini del problema⁴¹. Nonostante nella sentenza della Corte costituzionale questo aspetto non venga per nulla affrontato, è opportuno ricordare che i giudici amministrativi, anche per la loro particolare origine storica, si presentano assai spesso come organi ibridi, a metà tra giurisdizione e amministrazione, o, per usare le parole di Mario Nigro, «rappresentano il punto di incontro e di raccordo tra giurisdizione e amministrazione, quindi più d'ogni altro intrisi di neutralità e politicità»⁴². Dalla particolare vicinanza di questi giudici al complesso governo-amministrazione - sia per quanto riguarda la composizione, sia per ciò che attiene alle funzioni - deriva che la questione della indipendenza per essi sia principalmente, ma non solamente, una questione di rapporti con il governo-amministrazione (il c.d. potere esecutivo). La Costituzione, mentre ha provveduto direttamente ad assicurare l'indipendenza dei giudici ordinari nei modi indicati dagli artt. 104 ss., per le giurisdizioni amministrative ha rimesso tale compito al legislatore, fissando soltanto il principio che esse debbono essere indipendenti (artt. 100 e 108). La disciplina di tale indipendenza va quindi trovata nella legge, anche se il principio costituzionale e il modo come l'indipendenza è assicurata per la giurisdizione ordinaria non possono non esercitare una azione di influenza nell'interpretazione e valutazione delle leggi medesime⁴³.

³⁹ *Corso di diritto amministrativo*, VII ed., Milano, 1958, 50. Per una valutazione critica della scarsa considerazione delle norme costituzionali da parte della dottrina di diritto amministrativo nei primi anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, può vedersi S. LARICCIA, *Diritto amministrativo*, cit., spec. 386-87.

⁴⁰ Cfr. in proposito R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204*, cit., 835, il quale accenna anche all'ipotesi di una «forma più soffice di una pluralità di giudici specializzati, i cui rapporti siano costruiti in termini di competenza, con possibilità di traslazione in caso di errore».

⁴¹ Per la tesi della giurisdizione del giudice ordinario cfr. U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, 205 ss., spec. 219. V. anche gli autori citati *retro* nella nota 16.

⁴² M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit.,

⁴³ Dalla natura "ordinaria" della giurisdizione amministrativa sembra scaturire l'esigenza di una parificazione anche organizzativa delle due giurisdizioni - quella ordinaria e quella amministrativa -: questa esigenza è stata condivisa dalla Corte costituzionale sotto il profilo della soggezione anche del giudice amministrativo all'azione civile di responsabilità per colpa grave, al pari del giudice ordinario, come affermata dalla l. n. 117 del 13 aprile 1988: cfr. Corte cost. 28 aprile 1989, n. 243, in questa *Rivista*, 1989, I, 1114 ss., con nota di E. FAZZALARI, *Ancora sulla responsabilità civile dei giudici*, *ivi*, 1125.

Sono molti anni che vengono espressi dubbi sull'indipendenza dei principali organi del sistema italiano di giustizia amministrativa. Le critiche al sistema hanno soprattutto riguardato: la possibilità consentita ai giudici amministrativi di passare dall'una all'altra funzione, per cui essi «appaiono troppo legati all'amministrazione per poter essere dotati di una terzietà istituzionale assoluta»⁴⁴; la frequenza con la quale il governo provvede ad affidare incarichi extragiudiziari ai componenti del Consiglio di Stato e della Corte dei conti⁴⁵; l'ingerenza esercitata dal potere esecutivo sul Consiglio di Stato e sulla Corte dei conti, anche attraverso le nomine di estranei⁴⁶; la sempre più accentuata loro politicizzazione e l'indifferenza dimostrata dalla Corte costituzionale nei confronti dei meccanismi di formazione degli organi giudicanti speciali: in proposito, è certamente assai discutibile la drastica affermazione della Corte costituzionale che «i modi nei quali la nomina avviene riguardano l'atto di nomina ed esauriscono in questo ogni loro effetto»⁴⁷.

Il discorso è ovviamente molto complesso e richiederebbe anche una contestuale analisi del giudizio del Consiglio di Stato, collegato all'attività di consulenza⁴⁸, e del giudizio della Corte dei conti, collegato all'attività di controllo. Ma certo che i dubbi e gli interrogativi sono in proposito numerosi e, ritengo, giustificati.

All'assemblea costituente Calamandrei, che era uno dei tre relatori delle disposizioni relative alla giustizia, propose la soluzione di una giurisdizione unica: proposta che non fu poi accolta, anche se le obiezioni furono soprattutto fondate sull'argomento che il Consiglio di Stato e la Corte dei conti avevano reso un buon servizio e meritavano dunque un apprezzamento per il ruolo svolto. Tuttavia la ragion d'essere della giurisdizione amministrativa non può essere di ordine storico, anche perché «molto spesso, quando viene invocata una tradizione che riguarda uno dei “Grandi Corpi” dello Stato, è difficile capire fino a che punto si voglia rendere omaggio a una vicenda storica, o si voglia invece perpetuare un centro di potere»⁴⁹.

E' fuori discussione che in passato la giurisdizione amministrativa ha svolto un ruolo fondamentale, fino a determinare una concezione nuova della giurisdizione, non più condizionata dal riferimento assorbente ai diritti soggettivi. Tuttavia la ragione 'attuale' di una giurisdizione speciale deve essere misurata con le concezioni attuali della tutela giurisdizionale e con le esigenze attuali del cittadino⁵⁰. Se il tipo e la misura di tutela del cittadino devono costituire il criterio decisivo per individuare quale sia la migliore tutela giurisdizionale nei suoi confronti e se d'altra parte condizione preliminare per una giustizia aderente alle esigenze di protezione dei cittadini è la piena indipendenza del giudice, occorre riconoscere che una indifferenza istituzionale del giudice rispetto alle parti in causa non si può avere quando lo stesso organo svolga anche funzioni consultive (penso al Consiglio di Stato) o funzioni di controllo (penso alla Corte dei conti).

⁴⁴ N. COLAIANNI, *Unità o divisione della giurisdizione?*, in *La Costituzione tra revisione e cambiamento*, a cura di S. RODOTÀ, U. ALLEGRETTI e M. Dogliani, Roma, 1998, 99 ss., spec. 101.

⁴⁵ Un fatto che, come ha osservato A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 371 ss., spec. 373, «discrimina in funzione di una ragione politica e, quindi, introduce (seppur forse più nella logica di misure premiali, che nella logica delle sanzioni) gli elementi propri di una responsabilità o di una soggezione del giudice rispetto al potere politico»

⁴⁶ Secondo dati forniti da A. BARBERA, nel suo intervento al già ricordato convegno annuale dell'Associazione dei costituzionalisti, il 25 % di magistrati del Consiglio di Stato è di nomina politica e il 25% è di provenienza concorsuale.

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 1 del 1967, in questa *Rivista*, 1967, 1 ss., con osservazione di R. CHIEPPA, *A proposito di indipendenza della Corte dei conti e del Consiglio di Stato*: sentenza sulla quale può vedersi il mio commento *Sull'illegittimità costituzionale delle norme in tema di nomine «politiche» dei consiglieri della Corte dei conti*, in *Temi*, 1967, 3 ss. Successivamente la Corte costituzionale ha ritenuto che il potere governativo di scelta sia sufficientemente circoscritto in modo da corrisponde a due esigenze, e cioè «che le persone a cui poter affidare le funzioni giurisdizionali siano idonee allo svolgimento di esse, e che tale idoneità venga concretamente accertata»: sentenza n. 177 del 1973, in questa *Rivista*, 1973, 2348 ss.

⁴⁸ Cfr. sentenza Corte cost., 21 luglio 2004, n. 254, in questa *Rivista*, *infra*, con la quale è stata chiusa la porta del giudizio incidentale di legittimità costituzionale al Consiglio di Stato in sede consultiva, essendo stata considerata inammissibile la questione sollevata da organo non giurisdizionale: v. la nota di richiami a cura di A. MASARACCHIA.

⁴⁹ A. TRAVI, *ivi*.

⁵⁰ *Ivi*, 372.

Oggi che all'esigenza, che prima assumeva carattere prioritario, di assicurare l'autonomia dell'amministrazione, si è sostituita l'esigenza di prevedere per il cittadino una tutela completa anche nei confronti dell'amministrazione, è necessario che questa tutela sia assicurata da un giudice nei cui confronti valga ogni garanzia opportuna per l'esercizio della funzione giurisdizionale. E' necessario dunque che anche ai giudici chiamati a difendere i cittadini nei confronti delle amministrazioni siano assicurate le medesime garanzie di indipendenza dei giudici ordinari: garanzie che devono valere "a maggior ragione", proprio perché il giudizio si svolge contro una parte pubblica.

A mio avviso la tendenza, sostenuta da una parte della dottrina di diritto amministrativo e di diritto processuale, ad andare verso un giudice unico, caratterizzato dalla c.d. cultura della giurisdizione, e in grado di unificare l'attività del giudice civile e quella del giudice amministrativo è espressione di un principio che deve essere guardato con favore. E non vi è dubbio, a mio avviso, che, in una eventuale riforma delle disposizioni costituzionali in tema di giustizia amministrativa, debba considerarsi come un risultato degno di essere perseguito quello di un'unica magistratura, la quale eserciti tutta la stessa attività giurisdizionale e sia organizzata nello stesso modo⁵¹, essendosi ormai realizzate le condizioni per quel superamento della giurisdizione speciale che Federico Cammeo, poco meno di cento anni fa, indicava come obiettivo di un futuro il cui il diritto amministrativo avesse raggiunto la sua maturità⁵².

A me pare che, dopo la sentenza della Corte costituzionale sul problema del riparto delle giurisdizioni, vi siano ancora più fondati motivi per procedere speditamente verso un superamento, previa modifica delle disposizioni costituzionali che la prevedono, di una distinzione, quella di tutela degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi, che è prevista nella Costituzione e vincola il potere del legislatore ordinario nella disciplina della giustizia amministrativa ma non ha più una sua giustificazione e merita dunque di essere abbandonata; ritengo anche che la soluzione migliore per risolvere il problema del riparto delle giurisdizioni sia quella di prevedere un giudice unico.

SERGIO LARICCIA

⁵¹ V. sul punto M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 275.

⁵² F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano s.d. (ma 1910), 318 ss., spec. 327: v. anche in proposito U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, cit., 220.