

PREMESSA

SOMMARIO: 1. Le recenti innovazioni legislative. – 2. Luci e ombre nella l. 205/00. – 3. Il progressivo ampliamento della giurisdizione amministrativa esclusiva. – 4. La sua estensione ai diritti patrimoniali consequenziali, e alle domande risarcitorie. – 5. Le alternative interpretative di questa. – 6. Il superamento del vecchio criterio di riparto tra giurisdizione civile e giurisdizione amministrativa. – 7. Il riparto attuale; sua disorganicità. – 8. Le prospettive di ulteriori evoluzioni.

1. *Le recenti innovazioni legislative.* – Nella *Premessa* alla prima edizione di questo *Commentario*, del 1992 (di tanti, di troppi anni fa), venivano indicati una serie di problemi e di esigenze del giudizio amministrativo, che la sua disciplina di allora lasciava insoluti. E seri interrogativi circa il futuro del nostro sistema complessivo di *Giustizia amministrativa*: alla luce della continua espansione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che già allora era arrivata ad alterare profondamente quel carattere dualistico che vi era così connaturato.

Da allora, tanti interventi legislativi hanno inciso sulla materia. E, naturalmente, soprattutto gli artt. 33, 34 e 35 del d.legisl. 80/98, e la l. 205/00: che sono le disposizioni che questa nuova edizione del *Commentario* tiene nel massimo conto.

2. *Luci e ombre nella l. 205/00.* – Per quel che riguarda il primo profilo accennato, bisogna dire che la l. 205/00 ha cercato ampiamente di fare fronte a quelle precedenti lacune, o cattive soluzioni, della nostra tutela giurisdizionale amministrativa, dalle quali derivavano le esigenze e i problemi allora sottolineati.

Così, la nuova legge ha dettato, tra l'altro, una più precisa e garantistica disciplina della fase introduttiva del giudizio (art. 1); ha tentato di rendere più incisiva la tutela dell'istante nei confronti dell'inerzia dell'amministrazione (art. 2), anche se rimane molto da fare per garantire il suo interesse ad avere non solo una risposta qualsiasi, ma una, quando fosse il caso, anche soddisfattiva nella sostanza della sua pretesa; ha disposto una assai più incisiva «nuova» tutela cautelare (art. 3); ha consentito l'ampliamento dei mezzi istruttori ammissibili nel giudizio amministrativo, che dovrebbe rendere più diretto e agevole al giudice l'accesso al «fatto» (art. 1, c. 2; la «ratifica» operata dall'art. 7, dell'art. 35, c. 3, del d.legisl. 80/98; art. 16); ha previsto l'adozione di decisioni in forma semplificata, e una più svelta soluzione negli altri casi di cessazione del giudizio (art. 9); nonché la possibilità di esperire i poteri finora riservati al giudizio per l'ottemperanza al giudicato, per assicurare l'attuazione di sentenze non ancora divenute tali (art. 10), e perfino di ordinanze cautelari (art. 2); e altro ancora. Per contro, potrebbe sollevare maggiori perplessità la previsione dei c.d. riti speciali (art. 4), peraltro già noti alla precedente legislazione: per la conseguente frammentazione della disciplina altrimenti

unitaria del processo amministrativo, prima ancora che per le soluzioni adottate al riguardo.

Le innovazioni apportate dalla recente legislazione alla disciplina di questo processo, quelle appena accennate come le altre non ricordate, troveranno adeguato commento nelle pertinenti pagine della presente edizione di questo *Commentario*. Tuttavia, si può e si deve anticipare qualche considerazione generale in proposito.

Da un lato, appare largamente condivisibile l'intento che ha stimolato il legislatore a intervenire: quello di rendere più rapida e più efficace la tutela giurisdizionale impartita dal giudice amministrativo.

Però, dall'altro, non si può sottacere la cattiva fattura tecnica, e i difetti di coordinamento di molte disposizioni che ha così dettato. La loro formulazione oggi testualmente vigente, così, impone la realizzazione di una grande opera di sistemazione: di chiarimento di dubbi interpretativi posti anche dalla sciatteria di numerosi termini e connessioni sintattiche letteralmente adottate; e, soprattutto, di riconduzione a coerenza sistematica di un insieme di norme che, pur quando apprezzabili se esaminate ciascuna di per sé, nel loro complesso spesso non la rivelano. Ed è un'opera il cui assolvimento non sarà né facile né breve; che graverà, *in primis*, sulla giurisprudenza, la quale dovrà non raramente farsi nuovamente «*pretoria*»: secondo uno stile che ha contribuito fortemente alla formazione dell'attuale processo amministrativo, e largamente anche del diritto amministrativo sostanziale; ma alla quale non potrà sottrarsi la dottrina, secondo quei metodi ricostruttivi e sistematici che le sono più propri.

Da ultimo, non si possono non rilevare le incongruità dell'articolazione dei contenuti della legge; pur se se ne possono comprendere le ragioni: soprattutto, anche se non solo l'urgenza, e quindi la fretteolosità del Parlamento nel legiferare, evidentemente non ignaro, nel luglio del 2000, dell'imminente sopraggiungere della sentenza 292/00 della Corte costituzionale; e, quindi, la tentazione di cogliere l'occasione di un testo legislativo di sollecita emanazione, per adottare anche altre misure ritenute comunque ugualmente urgenti, anche se non ugualmente pertinenti.

Così, lascia stupiti la frequente interpolazione in un testo avente per oggetto il processo e la giurisdizione amministrativa, di disposizioni concernenti i giudizi e la giurisdizione della Corte dei conti: fino alla previsione di un *Giudice unico delle pensioni*, e di altre norme sui relativi giudizi, contenuto esclusivo di un art. 5, inopinatamente incuneato tra un art. 4 dedicato, come si è detto, ai c.d. riti speciali, e un art. 6, relativo, oltre che alla ammissibilità dell'arbitrato sui diritti soggettivi comunque devoluti alla giurisdizione amministrativa, alla conferma di questa sulle controversie sugli affidamenti di appalti pubblici, che si debbano compiere secondo la normativa sull'evidenza pubblica comunitaria, nazionale o regionale.

Così, si rimane sorpresi che il relativo primo comma di questo art. 6 sia sopravvissuto nella stesura definitiva della l. 205/00, malgrado che il suo contenuto fosse pressoché coincidente con quello della lett. e) del c. 2, dell'art. 33 del d.legisl. 80/98. Certamente, finché la disposizione rimaneva al livello di legislazione delegata, restava comunque vulnerabile a censure di eccesso di delega; e, quindi, si può capire la previsione di una sua ripresa nei progetti della legge stessa. Ma diventa in-

comprensibile il suo mantenimento pure nel testo finale di questa: dopo che la lett. e) richiamata, è divenuta la lett. d) del comma 2 del medesimo art. 33, sì parzialmente novellato, ma in ogni caso «ratificato» dal suo art. 7; dopo, cioè, quel salvataggio da parte del legislatore parlamentare, dei tre articoli del d.legisl. 80/98, che Corte cost. 292/00 aveva reso necessario.

3. Il progressivo ampliamento della giurisdizione amministrativa esclusiva. – Ma queste innovazioni relative al processo amministrativo, che in qualche modo gli sono solo interne, per quanto siano importanti, come le stesse rilevate imperfezioni nella formulazione delle nuove norme, appaiono secondarie o trascurabili, rispetto alla riforma di gran lunga più importante che hanno operato il d.legisl. 80/98, e la l. 205/00: il massiccio trasferimento di giurisdizione dal giudice civile a quello amministrativo, così che la giurisdizione di questo è diventata sempre più esclusiva; trasferimento, che ha portato ad un totale snaturamento del nostro sistema una volta dualistico di giustizia amministrativa, senza, tuttavia, disegnarne organicamente un altro alternativo. In esso, d'altra parte, si scorgono due aspetti ben distinti: un profilo, che si può ancora ascrivere ad una certa linea di continuità con l'evoluzione precedente; ed un altro, che anche rispetto a questa viene a porsi come una netta rottura.

Il primo è rilevabile perfettamente, solo in base all'ovvio richiamo del modo col quale si era venuto gradualmente a realizzare, quel grande ampliamento della giurisdizione amministrativa esclusiva, che si era segnalato come già attuato nella *Presentazione* del 1992 alla prima edizione di questo *Commentario*: mediante l'adozione legislativa di numerosissime disposizioni relative a singole materie, che trasformavano in esse la precedente giurisdizione amministrativa di sola legittimità. Disposizioni talvolta di notevole portata: quali l'art. 5 della l. 1034/71 (testo originario), relativo alle concessioni di beni e di servizi; o l'art. 16 della l. 10/77, relativo all'edilizia. Tal'altra, e più spesso, di più specifico oggetto.

Già allora, nella descrizione di questa evoluzione legislativa, non si poteva prescindere da una valutazione della costituzionalità dei suoi esiti. Valutazione, per la quale si poneva come ineludibile parametro la formulazione dell'art. 103 comma 1 Cost. La quale, come ben si sa, impone come principio generale quello della giurisdizione del giudice civile sui diritti soggettivi; e rispetto ad esso derogatoria, solo derogatoria, e quindi relativamente eccezionale, la giurisdizione addirittura esclusiva del giudice amministrativo «... *in particolari materie indicate dalla legge...*».

Si potrebbe anche ammettere che nessuno degli interventi legislativi evocati violasse la disposizione costituzionale in esame. Ma solo se considerato ciascuno isolatamente e di per sé. Perché, se fossero stati valutati nel loro complesso, il giudizio non poteva non cambiare: il loro accumulo la aveva già forzata; nel senso che, per il moltiplicarsi delle materie sulle quali la giurisdizione amministrativa era divenuta esclusiva già agli inizi degli anni '90, non si poteva più affermare che il suo carattere rimaneva ancora solo derogatorio ed eccezionale. Con la conseguenza che già allora era più che giustificato il dubbio della non corrispondenza al modello costituzionale, del mutato rapporto tra le due giurisdizioni già realizzato all'epoca: il dubbio, cioè, che questo già costituisse un superamento del nostro sistema dualistico di giustizia amministrativa ivi recepito.

Dopo, il legislatore ha seguito a moltiplicare le materie sulle quali ha trasformato in esclusiva la giurisdizione amministrativa di sola legittimità: fino alla legislazione del 98-00, con questa, e perfino dopo di questa (si veda l'art. 6 della l. 5 marzo 2001, n. 57, *disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati*, che dispone che il giudice amministrativo provveda a norma degli artt. 33, comma 1, e 45, del d.legisl. 80/98, sui ricorsi contro le sanzioni inflitte per violazioni alla disciplina delle assicurazioni private). A maggior ragione, quindi, si impone oggi la valutazione della costituzionalità della ancora più accentuata sottrazione di giurisdizione al giudice civile. Che è da condursi sempre alla stregua del medesimo art. 103, comma 1, Cost.: dal momento che ancora non hanno sortito esiti positivi i tentativi di una sua riscrittura, tendenti ad imprimergli una maggiore elasticità. E quei dubbi che potevano ancora porsi all'inizio degli anni '90, oggi parrebbero essersi trasformati in certezze: tanto sembra evidente che la giurisdizione amministrativa esclusiva, nelle dimensioni che ha assunto, non può più ritenersi solo derogatoria, rispetto alla regola della riserva al giudice civile della tutela dei diritti individuali; rispetto ad un principio costituzionalmente previsto, che dovrebbe essere ancora inteso come generale; ma che, ciò nonostante, non riesce a condizionare come dovrebbe, l'evoluzione normativa a livello di legislazione ordinaria: dalla quale, piuttosto, sembra essere stato viceversa travolto.

4. La sua estensione ai diritti patrimoniali consequenziali, e alle domande risarcitorie. – Fin qui, i recenti ampliamenti della giurisdizione amministrativa esclusiva, che possono ancora dirsi nella linea di una relativa continuità con la precedente evoluzione: quelli realizzati mediante la moltiplicazione delle materie che ne costituiscono oggetto. Ma, come si è anticipato, vi è un altro loro profilo, che appare piuttosto di rottura: l'assorbimento in essa, pure delle domande di tutela dei diritti patrimoniali consequenziali, e, segnatamente, di quelle risarcitorie.

A questo proposito, la linea di discriminazione della giurisdizione civile rispetto a quella amministrativa anche esclusiva, come ben si sa, era marcata dalla formula dell'art. 30, comma 2, dell'ancora residualmente vigente t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato: «*restano, tuttavia, sempre riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni attinenti a diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di legittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre...*»; e la formula fu letteralmente recepita (se si eccettua la traduzione della «*pronuncia di legittimità*» nella più moderna e precisa «*pronuncia di illegittimità*») in quel terzo comma nell'art. 7, della legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, il cui testo originario subì, poi, quella doppia modificazione che si dirà.

Certamente, una simile disposizione non aveva impedito alla giurisprudenza, anche qui «*pretoria*», di consentire al giudice amministrativo esclusivo di giudicare anche su rapporti obbligatori di dare e avere tra ricorrente e amministrazione resistente.

Anzitutto, con la notissima svolta del Consiglio di Stato degli anni '39-'40, per la quale già il giudice amministrativo poteva riconoscere il diritto dell'impiegato pubblico illegittimamente licenziato, a conseguire nel medesimo processo, oltre che l'annullamento del suo licenziamento, anche gli arretrati dello stipendio che avrebbe percepito *medio tempore*. Con la conseguente rottura di una nozione fino

ad allora unitaria di *diritti patrimoniali*, tra quelli inerenti al rapporto così restaurato, non ritenuti più per questo loro nesso *conseguenziali* in senso proprio, e perciò assorbiti nella giurisdizione amministrativa; e gli altri, più restrittivamente ancora considerati tali, e perciò rimasti residualmente oggetto della giurisdizione civile: perché, dopo l'eliminazione *ex tunc* del provvedimento impugnato, emergenti al di fuori di quel rapporto stesso, e ad esso estrinseci.

Da questo punto di vista, può essere considerato conferma di questa acquisizione della giurisdizione amministrativa, il comma 3 dell'art. 26 della l. 1034/71: «*Il tribunale amministrativo regionale, nella materia relativa a diritti attribuiti alla sua competenza esclusiva e di merito può condannare l'amministrazione al pagamento di somme di cui risulti debitrice*». Perché quel legislatore, da un lato, aveva così ratificato lo sviluppo della giurisprudenza, secondo la quale il giudice amministrativo ha giurisdizione sui suddetti diritti di obbligazione; ma, dall'altro, la ha limitata rigorosamente a quelli per così dire interni al rapporto di cui tale giudice aveva conosciuto: perché, come si è detto, ha ribadito la riserva al giudice civile degli altri diritti patrimoniali conseguenziali all'annullamento del provvedimento, di quelli soli così definibili nel nuovo e più rigoroso senso; dei quali, i diritti risarcitori costituiscono la sostanza principale.

Tuttavia, questa riserva subì ben presto una ulteriore erosione, anch'essa di matrice giurisprudenziale: con le pronunce del giudice amministrativo della fine degli anni '70 e dei primi anni '80 (quelli della svalutazione monetaria c.d. a due cifre), abbastanza presto avallate dalla Cassazione come giudice delle giurisdizioni, relative ugualmente ai diritti pecuniari del pubblico impiegato; pronunce che hanno importato nel processo amministrativo, l'art. 429, comma 2, del cod. proc. civ., nel testo novellato dalla l. 533/73. Come si ricorderà, il giudice amministrativo che, in base alla citata disposizione della l. 1034/71, gli riconoscesse crediti retributivi prima, e poi anche previdenziali, applicando estensivamente la nuova disposizione, gli accordava, anche d'ufficio, pure i relativi interessi (purché prospettati come corrispettivi e non come moratori), e la relativa rivalutazione monetaria (purché calcolata aritmeticamente con l'applicazione dei coefficienti ISTAT, e non determinata in concreto caso per caso, e configurata come maggior danno da inadempimento in base all'art. 1224, comma 2, cod. civ.).

Ma, malgrado questa evoluzione, la riserva al giudice civile dei diritti patrimoniali residualmente conseguenziali, e, quindi, con sicurezza, di quelli risarcitori, disposta dalle vecchie disposizioni, era rimasta letteralmente intatta fino all'art. 35 del d.legisl. 80/98. Che la ha finalmente superata, mediante una prima riscrittura del terzo comma dell'art. 7 della l. 1034/71, sopra riportato. Anzi, di più: l'art. 7 della l. 205/00, ha riscritto ulteriormente questa ormai tormentatissima disposizione, mediante una nuova formulazione del suddetto art. 35 del d.legisl. 80/98, ed ha esteso la possibilità del giudice amministrativo di conoscere dei diritti risarcitori anche quando dispone di giurisdizione di sola legittimità; evidentemente in seguito a Sez. Un. 500/99, emessa nel frattempo, favorevole alla c.d. risarcibilità degli interessi legittimi: sole situazioni soggettive in essa tutelabili.

La trascinazione della giurisdizione amministrativa anche non esclusiva, nella vecchia riserva alla giurisdizione civile, appare ormai completata e consolidata anche a livello di legislazione parlamentare. Almeno fino ad una eventuale nuova

sentenza di accoglimento della Corte costituzionale, per violazione, stavolta, non dei limiti di delega, ma per quelli posti dall'art. 103, comma 1, Cost.: al momento in cui questo volume viene composto, infatti, è già ben nota l'ordinanza di rinvio 16 novembre 2000 del Tribunale civile di Roma; e ne sembra in gestazione un'altra, addirittura delle Sezioni unite della Cassazione.

5. Le alternative interpretative di questa. – Per la verità, non sono chiarissimi certi contorni della devoluzione anche delle domande risarcitorie alla giurisdizione amministrativa, esclusiva e non. E sono quei contorni che si connettono di più al cruciale rapporto tra le due pretese, ormai proponibili entrambe al giudice amministrativo: tra la tradizionale pretesa annullatoria e la nuova pretesa ripristinatoria, in forma specifica o per equivalente.

Al riguardo, sembrano prospettabili due soluzioni ricostruttive: una, decisamente minimalista; e l'altra, che si esita a definire massimalista, perché è l'accoglimento di essa quello che appare più probabile: allo stato degli atti, almeno; e, cioè, salvo dichiarazioni di incostituzionalità delle norme in questione, specie se così intese.

La prima si basa sul comma 5 dell'art. 35 del d.legisl. 80/98 (poi ratificato dall'art. 7 della l. 205/00): «Sono abrogati l'art. 13 della l. 19 febbraio 1992, n. 142, e ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi»; su una norma, cioè, che segnala con chiarezza quale è stato almeno uno dei principali scopi del legislatore: svincolare il ricorrente al giudice amministrativo, e qui vittorioso, dalla inevitabilità di un secondo giudizio civile, per la soddisfazione di sue pretese risarcitorie; ed eliminare, così, il maggiore inconveniente della riserva delle domande risarcitorie alla giurisdizione civile: ossia, il più grave peso di cui questa duplicazione di giurisdizioni gravava il ricorrente-attore.

Se si potesse assolutizzare esclusivamente in questi termini l'obiettivo del superamento della riserva di giurisdizione civile al riguardo, allora una conseguenza si presenterebbe certa: la sottrazione ad essa di tali domande, non potrebbe comprendere anche quelle che non derivano dal carattere illegale (illecito, illegittimo), di provvedimenti amministrativi; pur se in materie devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva: il cui ampliamento, allora, andrebbe circoscritto secondo linee meno lontane dai suoi «vecchi» confini. Non potrebbe riguardare, cioè, quelle che conseguono a comportamenti amministrativi di fatto (in senso lato: fino all'inadempimento di obbligazioni), lesivi di situazioni giuridiche già acquisite dall'attore: *ex lege*, *ex contractu*, e anche per provvedimento, che però, quindi, non verrebbe affatto attaccato, perché addirittura favorevole.

Dalla premessa per il momento accolta, poi, potrebbero prospettarsi anche altre conseguenze, stavolta ben meno sicure: si potrebbe sostenere, cioè, che rimanga proponibile davanti al giudice civile pure una domanda di risarcimento del danno da provvedimento illegale. E ciò, in almeno due casi. Quando questa sia avanzata dopo la scadenza del termine per chiederne l'annullamento: se si potesse ritenere che tale scadenza non la consumi del pari. E quando il titolare della situazione lesa dal provvedimento, preferisse comunque circoscrivere allo stesso modo il suo *petitum*, e sempre che glielo si potesse ritenere consentito.

In questa prospettiva, allora si dovrebbe concludere che il giudice amministrativo potrebbe giudicare di diritti patrimoniali nei confronti dell'amministrazione, e segnatamente di quelli risarcitori, solo come lineare sviluppo dell'accoglimento di una rituale e tempestiva domanda di annullamento del provvedimenti che li avesse arrecati al ricorrente: nell'unica ipotesi, cioè, nella quale davvero si avverte l'esigenza di evitare al ricorrente vittorioso il gravissimo peso di una duplicazione di giudizi. Fino ad un rilievo ulteriore: che, allora, l'innovazione legislativa così definita, si risolverebbe non tanto in un ampliamento della giurisdizione amministrativa, ma nella configurazione dell'innesto in essa di una sorta di azione civile. E a questa considerazione finale: la portata di tale innovazione, così ricostruita, meno difficilmente potrebbe essere considerata non in contrasto con le disposizioni costituzionali ancora vigenti, e, in particolare, con l'art. 103, comma 1.

Non in un contrasto così macroscopico, almeno, col quale essa si porrebbe, se delineata in termini viceversa massimalistici: come vera e propria estensione ai diritti patrimoniali, e specificamente risarcitori, della giurisdizione spettante al giudice amministrativo; e non soltanto di quella esclusiva: anche di quella tradizionale di sola legittimità.

6. Il superamento del vecchio criterio di riparto tra giurisdizione civile e giurisdizione amministrativa. – Pur tuttavia, è questa l'opzione ricostruttiva delle disposizioni oggi vigenti, che sembra prevalente, e prevalente di gran lunga, tra chi le interpreta, come anche tra chi è poi chiamato ad applicarle. Ed è di essa, perciò, che occorre tenere conto, per alcuni rilievi conclusivi: sullo stato attuale del riparto di giurisdizione tra giudice civile e giudice amministrativo, come su quelle che potrebbero essere le linee e le tappe della sua ulteriore evoluzione.

Del superamento del criterio tradizionale di tale riparto, vi è una causa conclamata: anche se i successivi sviluppi della vicenda, poi, mostreranno che davvero non è stata la sola. Ossia: l'oscurità e la irrilevanza di quel criterio stesso. Ed è una causa che è emersa gradatamente, come frutto di un orientamento dottrinale sempre più dominante, sostenuto da una infinità di scritti di numerosissimi autori.

In realtà, crediamo che fossero profondissime le radici storiche e le ragioni anche ideologiche che portarono all'adozione di quel criterio. Si ammette, tuttavia, che, nella cultura pubblicistica prevalente, se ne è persa gradatamente la comprensione, e quindi, la consapevolezza della loro rilevanza. E sembra ragionevole supporre che gran parte di questa perdita, vada ascritta come conseguenza derivante dalla peculiare formulazione delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa. Perché menzionano gli «*interessi legittimi*»: uniche tra tutte le disposizioni sulla materia; giacché non li richiama alcuno dei grandi testi sulla giurisdizione amministrativa: non la fondamentale legge del 1889; non le successive sue modifiche; non il testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato del 1924, tutt'ora residualmente vigente; e, finalmente, ma anche soprattutto, neppure la legge del 1971, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali: malgrado che sia non solo successiva alla Costituzione, ma addirittura di diretta sua attuazione, e del suo art. 125 comma 2.

È questa peculiare formulazione delle citate norme costituzionali che ha fornito la base per una sorta di enfaticizzazione della rilevanza degli «*interessi legittimi*».

Enfatizzazione che sarebbe condivisibile, come fattore di configurazione di una maggiore consistenza della protezione sostanziale degli interessi individuali tutelati giurisdizionalmente dal giudice amministrativo della legittimità. Ma non come fattore di ricostruzione del nostro tradizionale sistema dualistico di giustizia amministrativa, appunto in quanto dualistico: fino a fare coincidere il riparto tra le due giurisdizioni che vi erano compresenti, con la differenziazione degli interessi legittimi medesimi, dai diritti soggettivi. Ossia, con una linea concettuale di distinzione, tra due situazioni giuridiche ugualmente individuali, e ugualmente pertinenti al soggetto contrapposto all'amministrazione: che, perciò, non poteva non risultare essere assai sottile, e, tutto sommato, esangue e asfittica.

Stupisce, tuttavia, che non sia stata notata la ricordata assenza di altri riferimenti normativi: proprio nei testi specifici della giurisdizione amministrativa. E sorprende che, conseguentemente, non sia stata ipotizzata la possibilità che altri erano i fattori decisivi per la ricostruzione del sistema. Che, d'altronde, sono di una evidenza palmare, se non altro nel quadro della nostra cultura pubblicistica della seconda metà dell'800.

Certo, il legislatore del 1865 era mosso dall'esigenza di tutela dei diritti individuali, intesi come interessi da proteggere in modo assoluto, sul piano del diritto sostanziale, dai poteri dell'amministrazione. Ma, appunto, essi erano percepiti come importanti non in sé e per sé, ma nella loro relazione con questi. Con l'ulteriore conseguenza che il rilievo dominante nella legislazione di allora, era assunto da questi poteri stessi, e dai loro limiti: da quel che vi rientra, come da quel che ne esula. Perché potere amministrativo e diritto soggettivo individuale sono nozioni che si escludono a vicenda: sia perché tale potere non può superare tale diritto; come perché può dirsi vero diritto solo quello che è intangibile da esso. Così che quando si pose il problema della tutela di altri interessi individuali, che, politicamente, si vollero considerare rilevanti, malgrado che l'ordinamento non li proteggesse sostanzialmente con la stessa assolutezza; quando, cioè, nel 1889 fu istituita quella che poi divenne la giurisdizione amministrativa che oggi conosciamo, il loro tratto che era posto come caratterizzante è la loro sottoposizione a quel potere stesso: la loro disponibilità da parte dell'amministrazione con l'esercizio di quella capacità giuridica, di quella autonomia che l'ordinamento le riconosce, proprio attribuendoglielo. Come poi gli interessi individuali così ritenuti meritevoli di tutela, anzitutto sostanziale, e quindi anche giurisdizionale, si differenzino dai diritti soggettivi, è questione che, in questa prospettiva, risulterebbe essere solo secondaria; e che nella ricostruzione nel nostro sistema dualistico oggi in via di superamento, poteva anche non venire considerata, almeno col rilievo col quale lo è stata.

7. Il riparto attuale; sua disorganicità. – In questa prospettiva, non sembra fondata la taccia di oscurità e di irrilevanza del tradizionale criterio di riparto tra le due giurisdizioni. Ma, in ogni caso, pare difficile negargli una sua sistematicità. Una sistematicità che, viceversa, non è assolutamente rintracciabile nelle disposizioni attualmente vigenti al riguardo.

Certamente, tale riparto è delineabile solo nell'ambito di una nozione generale che comprenda gli oggetti sia della giurisdizione civile come di quella amministrativa: quale piattaforma concettuale unitaria, indispensabile per potervi tracciare

distinzioni. E sembra che, tutto sommato, si tenda ancora ad attribuire questo ruolo all'insieme delle situazioni giuridiche sostanziali giuridicamente rilevanti nei confronti dei poteri dell'amministrazione. Ma, in questo quadro, appare del tutto incomprensibile perché i diritti soggettivi configurabili in certe materie rimangano tutelati dal giudice civile, e altri siano passati alla giurisdizione amministrativa. In particolare, è il contenuto sopravvissuto di quella civile che appare assolutamente indefinibile con un minimo di razionalità e di organicità.

Anzi, è la stessa mappatura, per così dire, di quel che è rimasto a quella che una volta veniva qualificata come Autorità Giudiziaria Ordinaria, che non sembra essere stata neppure tentata: come indagine necessariamente preliminare alle recenti innovazioni, se è vero che bisogna conoscere per governare, e ancor più per legiferare. Così che le materie che ne sono tuttora oggetto, appaiono delimitabili solo per risulta: sono quelle che non si è ritenuto di devolvere alla giurisdizione amministrativa. Per una tecnica legislativa che suona quasi ultimo, ma anche ironico omaggio a quella riserva di giurisdizione ordinaria sui diritti soggettivi, che una volta era principio generale: almeno fino alla Costituzione del 1948, e prima della strisciante evoluzione legislativa realizzatasi soprattutto a partire dagli anni '70.

Anche dal punto di vista del giudice amministrativo, l'attuale delimitazione della sua giurisdizione esclusiva appare priva di ogni giustificazione sistematica. Tuttavia, ne emerge una empirica, e di tutto rispetto. Se si considera in prospettiva il progressivo ampliamento delle materie che ne sono diventato oggetto, prima del d.legisl. 80/98 e della l. 205/00, per questi interventi legislativi, e, come si è visto, almeno per uno successivo, diventa rilevabile una sua ragione: l'estensione dell'esclusivo sindacato giurisdizionale amministrativo sulle attività maggiormente rilevanti che l'amministrazione esplica, le quali abbiano carattere economico; e, comunque, incidano sul mercato. Questa linea evolutiva si concreta con particolare evidenza in molte delle materie che sono state devolute in tale giurisdizione esclusiva; e, soprattutto, in due. Quella della formazione dei contratti di appalto dell'amministrazione (a prescindere dalle incertezze di definizione dei relativi profili soggettivi e oggettivi), che possono essere di grande rilevanza economica anche quando siano solo di servizi e di forniture: nella quale essa appare come operatrice diretta sul mercato. E quella degli atti delle autorità c.d. indipendenti, nei quali l'amministrazione, per quanto esse possano essere considerate tali, svolge nel mercato un ruolo più indiretto: come soggetto piuttosto di regolazione, di garanzia, e, da ultimo, realisticamente, di mediazione.

Rimane, infine, una osservazione da fare sulla estensione della cognizione del giudice amministrativo alle domande risarcitorie: che veramente costituisce il momento di massima rottura col nostro sistema tradizionale. Tutto sommato, infatti, mantiene ancora un certo legame con esso, il progressivo ampliamento della giurisdizione amministrativa esclusiva a materie sempre più numerose, pur se costituisce sicuramente una forzatura della formula del 103, comma 1, Cost. Perché il giudice amministrativo, pur intervenendo così in misura sempre più generalizzata a tutela anche dei diritti soggettivi, rimane ancora il giudice della funzione amministrativa: anche se, prima, la sua giurisdizione era limitata all'illegittimità dell'esercizio di poteri che comunque spettano all'amministrazione, con l'esclusione del sindacato sul superamento dei loro limiti, sui provvedimenti c.d. in carenza di

potere, e quindi, perciò, sulla lesione di diritti soggettivi che vi si contrapponessero; mentre oggi essa assorbe la cognizione degli uni e degli altri. Ma è l'estensione della sua cognizione alle domande risarcitorie che veramente scardina il sistema. Perché il giudice civile, al quale una volta queste erano riservate quasi istituzionalmente, oggi le conosce solo quando si basino sulla violazione dei diritti soggettivi, e, quindi, ovviamente, nelle sole materie nelle quali il giudice amministrativo non abbia giurisdizione esclusiva. Perché il giudice amministrativo diventa giudice di rapporti che con la funzione amministrativa hanno un nesso solo indiretto. Perché ne risulta snaturato il processo che celebra, specie sotto il profilo della ricostruzione del fatto. Perché con questa sua cognizione, si apre la strada la possibilità che l'art. 2043 cod. civ. subisca ben tre interpretazioni diverse (non bisogna dimenticare, infatti, che esso è già applicato dalla Corte dei conti): senza che la Cassazione possa esercitare, al riguardo, il suo unitario e istituzionale ruolo di nomofilachia; con conseguente insorgere di tensioni, che saranno destinate a scaricarsi sulla limitazione del suo sindacato sulle decisioni dei giudici amministrativi e contabili di secondo grado, ai soli motivi attinenti alla giurisdizione. Ecc. Con un'ovvia conclusione: che è questa estensione della cognizione del giudice amministrativo, almeno se è configurata come un ampliamento della sua vera e propria giurisdizione, a porsi in maggiore contrasto col modello costituzionale: che non solo è delineato soprattutto dall'art. 103, comma 1, Cost., ma è anche almeno presupposto da varie altre sue norme.

In altre parole. Non potrebbe essere ritenuta sufficientemente soddisfacente una soluzione che, più di quella attuale, cerchi di conciliare nei limiti del possibile le esigenze di concentrazione dei giudizi, col riparto tradizionale di giurisdizioni oltretutto ancora sancito in Costituzione, e col ruolo che questa assegna in proposito alla Cassazione? Ossia che mantenga al giudice amministrativo il sindacato sulla funzione dell'amministrazione anche con l'estensione oggi propria della sua giurisdizione esclusiva, eventualmente estesa pure ad altre materie, ma riservasse alla giurisdizione civile le domande risarcitorie? Tranne il caso, ben s'intende, di quelle che scaturiscano dall'annullamento del provvedimento: la cui costruzione teorica, a questo punto, potrebbe anche rimanere accademica.

8. Le prospettive di ulteriori evoluzioni. – Che previsioni fare sugli ulteriori sviluppi della vicenda?

Certo, tutto può succedere. Può verificarsi un ripensamento del legislatore, che imprima una netta inversione di marcia ai suoi interventi, rispetto alla linea evolutiva che ha fin qui seguito: ma è l'ipotesi di gran lunga meno probabile, tanto appaiono forti e convergenti le ragioni che la hanno provocata. La Corte costituzionale potrebbe adottare in materia sentenze di accoglimento (ma anche interpretative di rigetto, che producano entro certi limiti effetti analoghi); ma il potere politico potrebbe confermare le sue scelte, modificando la Costituzione: si deve ricordare, del resto, che sull'adozione delle scelte in esame, e sulla loro conferma e sul loro sviluppo nella l. 205/00, vi sono state convergenze tra nuove e vecchie maggioranze e opposizioni. Le disposizioni attualmente vigenti, allora, potrebbero stabilizzarsi; ma è per lo meno dubbio che possano essere durature: per la mancanza di un loro spessore culturale, per l'irrazionalità e la a-sistematicità dell'as-

setto che deriva, quindi per il suo squilibrio intrinseco, che lo dovrebbe fare evolvere verso nuovi assetamenti: quasi per spinta interna.

Si deve prospettare, perciò, la possibilità che l'evoluzione descritta prosegua ulteriormente, presumibilmente fino alle estreme sue conseguenze. Quali poi queste dovrebbero essere, si può intuire subito, estrapolando verso il futuro il tracciato della parabola fin qui descritta dalla giurisdizione amministrativa: che la ha portata, dal contrastato, e quasi misconosciuto suo esordio nel 1889, ad acquisire già ampiamente quella tutela dei diritti soggettivi, che quasi un quarto di secolo prima era stata affidata alla Autorità Giudiziaria Ordinaria. Ed è immediatamente evidente, allora, quali dovrebbero essere gli esiti finali di questo suo sviluppo: il completamento dell'assorbimento di quella misura di giurisdizione che il legislatore liberale del 1865 aveva riservato a questa Autorità. Ed è l'obiettivo che si può rilevare già da un passo assai significativo del parere 12 marzo 1998, n. 30/98 (*Foro it.*, 1999, III, 350; le parole riportate possono leggersi nella col. 360), che l'Adunanza generale del Consiglio di Stato è stata chiamata a esprimere, sullo schema del d.legisl. 80/98, relativamente alle disposizioni che poi ne sarebbero diventati gli artt. 33, 34 e 35, in quanto incidenti sulla giurisdizione del Consiglio di Stato medesimo: dopo aver messo in luce che il criterio del riparto di giurisdizione fondato su materie, al quale il progetto si ispirava «...ponga problemi non sicuramente più semplici rispetto a quello fondato sulle situazioni giuridiche soggettive...», il parere rileva che «...il criterio più semplice sembrerebbe quello fondato sulla presenza del soggetto pubblico quale parte della controversia». E che il raggiungimento di questo obiettivo sia voluto, oltretutto, dal Consiglio di Stato, o da sue componenti di maggior peso, è reso manifesto dalla notissima ordinanza cautelare 30 marzo 2000, n. 1, insolitamente pronunciata dall'Adunanza plenaria.

Verrebbe capovolta, così, la scelta fondamentale che fece la legge abolitrice del contenzioso amministrativo: il carattere soggettivamente pubblico della parte nelle controversie con l'amministrazione, non può essere ragione della sottrazione di queste al giudice civile, al giudice dei soggetti di diritto comune; ben s'intende, quando questi vantino nei confronti dell'amministrazione stessa, una situazione giuridica di diritto pieno: analoga concettualmente, cioè, almeno per quel che riguarda il tipo di protezione giuridica accordato dall'ordinamento, anche se non per i suoi contenuti, a quella che quel giudice istituzionalmente tutela nei rapporti interprivati; con una limitazione, quindi, che lasciò lo spazio per altre tutele di altri e diversi interessi: quella che colmò, o, per meglio dire, iniziò a colmare nel 1889, l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato.

In altre parole, avremmo in Italia una sorta di *arrêt Blanco*, largamente per via legislativa, e quasi 150 anni dopo. Ma sarebbe un capovolgimento che potrebbe prepararne un altro, in un certo senso di segno opposto. Perché un giudice amministrativo che assorbisse completamente il ruolo che aveva e in parte seguita ad avere il giudice civile, indebolisce la propria caratterizzazione rispetto a questo: gli diventa sempre più simile. E, d'altra parte, un giudice amministrativo che ricava i limiti della sua giurisdizione dalla sola natura soggettiva di una delle parti della controversia, è dubbio che possa seguitare a porsi rispetto all'altro come «speciale»; e non debba ridursi semplicemente a giudice «specializzato».

Si profila la possibilità, così, che la metamorfosi del giudice amministrativo nel

senso indicato dall'Adunanza generale, la concentrazione in esso dell'intera tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione, in definitiva si risolve solo in un passo verso il suo inquadramento come una semplice branca in una giurisdizione unica. Secondo un modello notissimo, quello, appunto, di giurisdizione unica strutturalmente e funzionalmente; che si fonda su orientamenti culturali di grandi radici, risalenti nel tempo: sicuramente di spessore maggiore della evoluzione che ha portato alla svalutazione e al superamento del criterio di riparto delle giurisdizioni costituita dalla contrapposizione dell'interesse legittimo dal diritto soggettivo. Che è stato sostenuto autorevolmente, anche se senza successo, in sede di Assemblea Costituente.

Fortunatamente. Perché sarebbe stato allora, e sarebbe oggi un peccato, se il giudice amministrativo perdesse la sua specificità.

Sia perché è il giudice al quale le parti private nelle controversie con l'amministrazione, si rivolgono di preferenza, quando chiedono il sindacato sulla funzione amministrativa. Il che, sia detto incidentalmente, fa giustizia dell'accusa che è rivolta al Consiglio di Stato, di guardare con un occhio di riguardo le ragioni dell'amministrazione, perché svolge presso di essa anche il ruolo di consulenza giuridico-amministrativa, secondo la formula dell'art. 100, comma 1, Cost.

Sia perché, e soprattutto, l'articolazione del nostro sistema di giustizia amministrativa, sicuramente per altri aspetti assai perfettibile, in due ben differenziate componenti, è fattore della sua ricchezza: per la diversità nelle prospettive nelle quali si devono porre, l'una di sindacato sull'esercizio della funzione pubblica, l'altra di tutela dei diritti soggettivi lesi anche da questo («...*ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'Autorità amministrativa*», recita incisivamente la parte finale dell'art. 2 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo). La giurisdizione civile e la giurisdizione amministrativa, nella loro specificità, solo nella loro specificità, possono contribuire a rendere più incisiva ed efficace la tutela delle legittime ragioni di chi si rivolge a loro; o si vuole davvero insistere nell'affermare che il passaggio alla giurisdizione civile del sindacato sulle scelte che l'amministrazione compie nella gestione dei rapporti ormai privatizzati con i suoi dipendenti, abbia migliorato la loro situazione processuale?

Non ci pare dubbio, quindi, che la banalizzazione della giurisdizione amministrativa, accompagnata da una correlata perdita di oggetto di quella civile, non potrà non comportare una perdita secca delle potenzialità di tutela del cittadino.

* * *

In calce alla *Presentazione* nella prima edizione di questo *Commentario*, si possono leggere le firme, o meglio le sigle, tanto dell'instancabile Giorgio Cian, che dell'insigne Alberto Trabucchi. Tra le tante ragioni, personali e familiari, per le quali ero legato al grande civilista, ne vorrei citare almeno una, quella qui più pertinente: fu Lui che, con Cian, e con l'ottimo dottor Porta della Cedam, in un lontano incontro milanese, mi invitò a intraprendere questa opera.

Di Lui, vorrei dire il ricordo, e il rimpianto.

ALBERTO ROMANO