

ALBERTO ROMANO

GIURISDIZIONE ORDINARIA
E GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA
DOPO LA LEGGE N. 205 DEL 2000
(Epitaffio per un sistema) (*)

1. Descrivere quali siano, oggi, le linee generali del nostro sistema di giustizia amministrativa (se ancora sistema potesse dirsi, il che sembra alquanto ottimistico), pone una alternativa metodologica non da poco.

Da un lato, infatti, i suoi assetti attuali si sono venuti formando per progressive modificazioni delle sue basi, come ben si sa individuabili nella legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865, e nella legge istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato del 1889; con scelte che sono state sostanzialmente recepite nella Costituzione del 1948, in varie sue disposizioni, e, in particolare, nell'art. 103, comma 1. E la gradualità dell'evoluzione che ha portato alle vigenti norme sul riparto tra le giurisdizioni civile e amministrativa, suggerirebbe, come strada da privilegiare per arrivare alla sua ricostruzione, un correlato percorso espositivo: la descrizione, cioè, di come quel riparto si è venuto modellando, di decennio in decennio, di intervento legislativo e di svolta giurisprudenziale in intervento legislativo e svolta giurisprudenziale.

Dall'altro, tuttavia, i suoi assetti attuali sono ormai così diversi e lontani da quelli che le vecchie leggi, ma anche la vigente Costituzione avevano delineato, che non si può escludere che un simile percorso potrebbe essere fuorviante: potrebbe indurre ad analizzare l'oggi troppo con gli occhi, e soprattutto con la mente

(*) Questo scritto è destinato a gli *Scritti in onore di Elio Casetta*.

di ieri. E potrebbe darsi che potesse arrivare a vedere con maggiore chiarezza come ora stanno le cose, chi le guardasse, scevro di pregiudizi e di preconcetti, ed ignorando le loro cause. Varrebbe la pena, cioè, di tentare di metterci nei panni di un marziano, che arrivasse da queste parti non prima del 1998, e, del tutto ignaro del passato delle nostre tutele giurisdizionali nei confronti dell'amministrazione, si dedicasse al loro studio (chi lo sa per quale motivo), così come oggi si atteggiavano.

2. Egli, allora, in primo luogo dovrebbe registrare questi dati.

In questa parte del mondo, esiste un giudice civile, che, come dice questa sua aggettivazione, è deputato a risolvere le liti che insorgano tra i comuni mortali. Ma che ha anche giurisdizione, nelle controversie di cui una delle parti sia un'amministrazione: però solo quando il soggetto che le è contrapposto (talvolta, tuttavia, anch'essa stessa), possa vantare dei diritti soggettivi. E, qui, avrebbe già non poche difficoltà a capire cosa mai questi siano.

Poi, esiste un giudice amministrativo, che ha giurisdizione solo quando una delle parti della controversia, quasi sempre come resistente, sia un'amministrazione (e speriamo che non si complichino la vita, accorgendosi di quanto oggi siano incerti i contorni di questa figura, tanto per i profili soggettivi che per quelli oggettivi). E ha giurisdizione al riguardo, solo quando il ricorrente sia titolare di interessi legittimi. E, qui, il significato di questo concetto trascenderebbe di gran lunga le sue capacità di comprensione.

Ma potrebbe consolarsi, notando che su molte materie il giudice amministrativo conosce tanto degli uni che degli altri: ha, cioè, quella che i terrestri qui abitanti chiamano « *giurisdizione amministrativa esclusiva* »; così che la distinzione dei diritti soggettivi dagli interessi legittimi non ha poi tutta l'importanza che assumerebbe, se fosse unico e totalizzante criterio per l'individuazione del giudice al quale dovrebbe rivolgersi l'assetato di giustizia (o l'avidito di una sentenza comunque favorevole). Anche se, poi, ricadrebbe nel più nero sconforto se si chiedesse perché su certe materie ha giurisdizione un solo giudice, e su altre due; o,

addirittura, provasse ad immaginarsi secondo quali linee sono definite le une e le altre.

Potrebbe darsi che il nostro marziano, arrivato a questo punto dell'esplorazione del nostro sistema (si fa per dire), di giustizia amministrativa, che finora gli appare quanto meno frammentario, avesse la curiosità di vedere quale sia la norma che è un po' quella di chiusura di ogni ordinamento civile (nel doppio senso del termine): la norma sulla responsabilità da illecito extracontrattuale; la norma, cioè, che, dalla violazione del principio *neminem laedere*, fa derivare la costituzione, a carico di chi lo ha violato, di un diritto al risarcimento del danno subito da chi ne è stato pregiudicato. E la troverebbe in un articolo del codice civile, il 2043, che fa derivare la costituzione di un siffatto diritto a favore di un soggetto, dalla circostanza che gli è stato inflitto un « *danno ingiusto* ».

Se, poi, sempre al fine di ricostruire il nostro c.d. sistema di giustizia amministrativa, volesse accertare quale sia la disciplina della responsabilità extracontrattuale di quei particolari soggetti che sono le amministrazioni, potrebbe finalmente percepire un fattore unificante del sistema: l'art. 35, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998, « ratificato » e novellato dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000, definisce allo stesso modo la ragione della costituzione di quel medesimo diritto, anche quando, appunto, sia stata un'amministrazione ad aver tenuto il comportamento lesivo. La norma richiama la locuzione in riferimento all'ampiezza della sola giurisdizione amministrativa esclusiva, e non anche di quella di sola legittimità: pure nella quale, si accorgerà, si pone un problema di risarcimento del danno; ma, al momento, rileverebbe una linea di coerenza, tra la regola generale codicistica, e la specifica disposizione relativa alla responsabilità dell'amministrazione: così che l'art. 2043 c.c. gli potrebbe apparire come un principio generale dell'intero ordinamento. Anche se potrebbe rimanere perplesso, se scoprisse che il medesimo codice civile, regola con altre norme la responsabilità per inadempimento di obbligazioni (artt. 1218 ss.); e non trovasse alcun loro richiamo, in quel medesimo comma: quasi che al giudice amministrativo non dovesse capitare mai, in

quella sua medesima giurisdizione esclusiva, di dover valutare se un'amministrazione, in quanto « *debitrice* », abbia oppure no « ... *esegu(ito) esattamente la prestazione dovuta...* », e se, e di quale entità siano i danni causati dal suo inadempimento.

Comunque, e soprattutto, di nuovo sarebbe sorpreso, e non poco, osservando come si riparte la giurisdizione tra giudice civile e giudice amministrativo, sul diritto al risarcimento dei danni provocati dall'amministrazione. Gli verrebbe naturale, forse, notare che, essendo la norma generale di matrice e di collocazione civilistica, della sua applicazione debba giudicare il giudice civile; ma dovrebbe constatare che questo, viceversa, vi ha giurisdizione assai circoscritta: sui soli casi di violazione dei diritti soggettivi, nei soli casi dei quali ne può conoscere; ossia, nelle sole materie che non sono state devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Potrebbe immaginare, allora, che, se il giudice civile ha una giurisdizione generale sull'illecito extra-contrattuale, il giudice amministrativo, a mo' di sotto-regola, l'avrebbe quando questo sia stato compiuto dall'amministrazione. E, effettivamente, noterebbe che tale giudice ha giurisdizione al riguardo, quando l'amministrazione abbia violato diritti soggettivi: quando abbia giurisdizione anche su questi, quando, cioè, abbia giurisdizione esclusiva; e, sempre, e cioè anche nella sua giurisdizione non esclusiva, quando essa abbia leso interessi legittimi (di nuovo: che mai saranno? E come mai dalla lesione di una situazione giuridica la quale, per definizione, di diritto soggettivo non è, nasce una pretesa risarcitoria che l'ordinamento, viceversa, tutela come tale? Per l'esposizione di questo dubbio, ci sia consentito, per benviltà di fare rinvio ad altri scritti: *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1; e *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, I, 3222). Ma poi, dovrebbe convenire che questa presunta sotto-regola avrebbe una sua sotto-sotto-regola: perché si ricorderebbe di quella fetta residua di giurisdizione sulla responsabilità delle amministrazioni per violazione di diritti soggettivi, che spetta comunque al giudice civile.

Il nostro marziano, poi, se proseguisse le sue indagini, diven-

terebbe sempre più confuso. Finirebbe con lo scoprire, infatti, che esiste pure una Corte (Suprema) di Cassazione, la quale ha, come sua funzione fondamentale, quella di assicurare l'unità di interpretazione delle norme dell'ordinamento: qui viene chiamata « *nomofilachia* ». e che la può esercitare, non solo rispetto ai giudici ordinari, di cui costituisce il vertice, ma anche rispetto ai giudici speciali, verso i quali ha comunque una posizione di supremazia. Quindi, dovrebbe garantire anche una ricostruzione unitaria di quella nozione di « *danno ingiusto* », la cui risarcibilità, come abbiamo visto, di quell'ordinamento costituisce addirittura principio generale. Ma dovrebbe notare anche che, nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato, organo di appello sulle sentenze di primo grado dei tribunali amministrativi regionali, la Cassazione medesima può solo sindacare se ha giudicato fuori dalla sua giurisdizione (o se si è rifiutato di giudicare entro di questa): quindi, che non può assicurare il suo ruolo di « *nomofilachia* » sull'interpretazione che i giudici amministrativi danno dell'art. 2043 c.c. stesso.

Può darsi che egli intraveda anche, con la coda dell'occhio, che esiste pure una Corte dei conti; che anch'essa si occupa di responsabilità patrimoniale; che pure le sue decisioni sono sindacabili dalla Cassazione solo per motivi attinenti alla giurisdizione; ecc. Ma è ragionevole supporre che ormai non si raccapezzi più in questo panorama. Forse, dovremmo dargli una mano. Ma una volta accertato che il diritto vigente su questi problemi, risulta refrattario ad ogni tentativo di razionalizzazione, per aiutarlo, non possiamo che intraprendere quella strada che si era riluttanti a imboccare: ripercorrere le principali tappe del percorso lungo il quale si è giunti alla situazione descritta; come si è arrivati, cioè, da un sistema che aveva, appunto, una sua sistematicità, all'attuale *non-sistema*.

3. La base di partenza, ovviamente, è costituita dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo.

Il legislatore liberale del 1865, con essa, adottò due scelte fondamentali, ricche di significato ideologico, che mantengono

anche oggi: s'intende, per chi ne condivida le premesse, e ne apprezzi i valori.

La prima: il cittadino, talvolta, può vantare dei confronti dell'amministrazione (allora, della potestà regia, e dei poteri che ne derivavano), interessi che l'ordinamento protegge sostanzialmente in modo assoluto; nel medesimo modo col quale regola in generale i suoi rapporti con gli altri soggetti di diritto comune: come dei diritti soggettivi. E questa, evidentemente, è una bella conquista, per quel che riguarda le garanzie individuali rispetto alla potestà pubblica.

La seconda: anche se a quei diritti la lesione venga inferta da quel particolare soggetto costituito dall'amministrazione (« ... *anchorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'Autorità amministrativa* »), la giurisdizione non sfugge al giudice civile: al giudice dei comuni diritti soggettivi, al giudice di tutti. E questa, altrettanto evidentemente, è un'altra bella conquista, per quel che riguarda il principio di uguaglianza.

E non occorre sottolineare quanto l'amministrazione si presentasse allora con tratti che rendevano simili scelte ben più difficili di oggi. Perché più autoritaria, con un fondamento costituzionale costituito anzitutto dal fattore monarchico, perciò meno condizionata dalla legge; quindi meno risolta in un ordinamento unitario, nel senso di fonte esclusiva dei suoi poteri.

È del tutto ovvia, d'altra parte, l'inadeguatezza di quelle scelte stesse. Che, dell'autonomia dell'amministrazione, hanno colto sì un tratto essenzialismo: il suo riconoscimento, la sua attribuzione, la sua limitazione, discendono da quella medesima legge che riconosce, attribuisce e limita l'autonomia dei soggetti di diritto comune. Ma che non ne hanno dato rilevanza ad un altro, non meno importante: il suo carattere intrinsecamente funzionale; naturalmente a differenza di quella privata. Perciò, può darsi, e, anzi, è una evenienza tutt'altro che rara, che il provvedimento col quale l'amministrazione dispone pur lecitamente di un diritto di un cittadino, o pur lecitamente frustra una sua aspettativa ad acquistarlo, non sia conforme agli interessi che deve istituzionalmente perseguire: non sia legittimo, quindi. *Id est*, contrasti

con disposizioni poste con l'esclusiva finalità di assicurare il conseguimento di quegli interessi stessi, e fundamentalmente relative all'organizzazione dell'amministrazione, oppure al procedimento attraverso il quale esercita i suoi poteri; quando non, in modo molto più diretto, sia espressione di un esercizio di discrezionalità privo di piena correlazione con quegli interessi stessi: per una mancanza di corrispondenza che sarà poi sindacata alla stregua dei caratteri del vizio di eccesso di potere.

La mancata percezione, o, comunque, l'irrilevanza, nel quadro della l. del 1865, della natura funzionale dell'autonomia dell'amministrazione, aveva lasciato insoddisfatta la pretesa di tutela giurisdizionale, di chi vedeva lesi propri interessi, oggi diremmo oppostivi e pretensivi, da un provvedimento che fosse lecito: per quanto potesse essere illegittimo. E a questa pretesa diede risposta positiva la legge del 1889, istitutiva della Quarta sezione del Consiglio di Stato: le cui funzioni (come quelle, poi, della Quinta e della Sesta), del resto, furono inequivocabilmente qualificate come giurisdizionali solo con la riforma del 1907 (di nuovo, su questi aspetti, v. *amplius*, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in questa Rivista, 1994, 635; e, per la conseguente ricostruzione del giudizio amministrativo come giudizio su atti, con l'attribuzione alle situazioni giuridiche soggettive del ruolo di fattore legittimante al ricorso, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Studi per il centenario della IV sezione*, II, 513).

Il nostro sistema dualistico di tutele giurisdizionali nei confronti delle amministrazioni, fu così completato con l'istituzione della sua seconda componente: quella costituita dal giudice amministrativo. La cui giurisdizione fu caratterizzata come aggiuntiva rispetto a quella del giudice civile. Anzitutto, nel senso che arrivava a dare protezione a interessi individuali la cui tutela, in quanto protetti dall'ordinamento in modo indiretto, e non come diritti soggettivi, trascende per definizione il ruolo istituzionale di questo (e ciò, soprattutto per scelte legislative); ed è un dato che toglie molto vento alle vele dell'asserito parallelismo, del resto pure costituzionalmente sancito, della posizione del Consiglio di

Stato rispetto a quella della Corte dei conti: la cui giurisdizione, viceversa, è sicuramente alternativa, rispetto a quella civile, e, eventualmente, a quella amministrativa esclusiva in materia di pubblico impiego. Ma, anche, nel senso che non poteva estendersi fino a tutelare questi diritti soggettivi stessi, e meno che meno a conoscere delle conseguenze risarcitorie di loro lesioni (e ciò, soprattutto in forza dell'esito degli scontri nei quali, alla fine dell'800 e nei primi del '900, il Consiglio di Stato tentò di opporsi alla tesi così limitatrice del suo sindacato, affermata dalla Cassazione romana: si ricordi in proposito la polemica condotta da Scialoja).

4. Questa configurazione del giudice amministrativo fu messa in crisi, come è notorio, dall'istituzione prima, e dallo sviluppo, poi, della sua giurisdizione c.d. esclusiva; che, anche, ne esaltò progressivamente il ruolo, nei confronti dell'amministrazione, rispetto a quello del giudice civile: fino a renderlo, oggi, quasi residuale.

Ma questa sua giurisdizione esclusiva, nel 1948, e cioè all'entrata in vigore della Costituzione, era ancora relativamente limitata. Non solo riguardava solo un'unica materia importante: il contenzioso sul rapporto di impiego dei dipendenti dall'amministrazione, allora pressoché esclusivamente pubblico. Ma anche, questa materia era ben lungi da assumere le dimensioni quantitative che raggiunse negli anni '70: soprattutto, per le massicce assunzioni nell'istruzione e nella sanità. E, inoltre, non era segnata dalla esasperata conflittualità, quindi dall'inusitato moltiplicarsi del contenzioso, sviluppatosi in quegli stessi anni, anche in correlazione della accentuata sindacalizzazione del settore.

Così che la Costituzione, sicuramente orientata preminentemente ad attribuire una rilevanza particolare alla giurisdizione ordinaria, poteva delineare uno spazio anche per quella amministrativa, con disposizioni che, pressoché in modo esclusivo, si limitavano a fotografare l'esistente. Specialmente con l'art. 103, comma 1, che le riserva la tutela degli interessi legittimi: dal momento che, come si è visto, a questi non poteva estendersi il ruolo del giudice civile. Ma che ammette anche il suo intervento a tutela di

diritti soggettivi: però, solo « ... *in particolari materie indicate dalla legge...* »; e, quindi, in deroga al principio generale del precedente e contiguo art. 102, comma 1, secondo il quale « *La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario* ».

Certo, l'istituzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ormai costituzionalmente ammessa, conteneva in sé il seme del superamento del nostro sistema dualistico di giustizia amministrativa, del resto costituzionalmente recepito. Ma, all'epoca esso constava di una regola (l'attribuzione al giudice civile della tutela dei diritti soggettivi), che era ancora una regola; e di un'eccezione (l'attribuzione di questi, in particolari materie, viceversa al giudice amministrativo), che era ancora un'eccezione; e, quindi, si presentava come un sistema, che poteva ancora considerarsi tale.

Senonché, la sua alterazione cominciò a partire degli anni '70 e oggi, dopo gli artt. 33, 34 e 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, e la loro « ratifica », con ulteriori sviluppi, da parte dell'art. 7 della l. n. 205 del 2000, il suo superamento appare completo. Il che sembra grave soprattutto per una ragione: perché l'attuale assetto dei rapporti tra giudice civile e giudice amministrativo si presenta, viceversa, del tutto a-sistematico; privo di una idea, di una prospettiva concettuale, di uno spessore culturale e ideologico che lo fondi e lo giustifichi.

5. La modifica dell'originario sistema dualistico, verso la predominanza del giudice amministrativo, è avvenuta lungo un percorso che può essere definito come del progressivo ampliamento della giurisdizione esclusiva di questo. Ma solo in modo assai generico: perché, in questo ampliamento, sono nettamente distinguibili due aspetti diversi: più risalente nel tempo, e, tutto sommato, meno deviante, l'uno; di questi ultimi anni, e davvero devastante, l'altro.

Il primo è stato realizzato per ripetuti, e ormai quasi continui interventi legislativi, che, su sempre più numerose materie, hanno trasformato in esclusiva la precedente giurisdizione amministrativa di sola legittimità. Con disposizioni talvolta di notevole por-

tata: quali l'art. 5 della l. n. 1034 del 1971 (testo originario), relativo alle concessioni di beni e di servizi; o l'art. 16 della l. n. 10 del 1977, relativo all'edilizia. Tal'altra, e più spesso, di più specifico oggetto.

Le innovazioni normative di questo segno, si sono moltiplicate fino alla legislazione del 98-00, e sono proseguite 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.lgs. n. 80 del 1998, sui ricorsi contro le sanzioni inflitte per violazioni alla disciplina delle assicurazioni private).

Non si vede come si possa evitare di soppesare la costituzionalità degli assetti che si sono così creati: con una attenzione al dato costituzionale, che davvero non si può dire che il legislatore abbia sempre avuto. E la relativa valutazione non può non essere condotta che soprattutto (ma non solo), alla stregua del già citato art. 103, comma 1, Cost. Ancora alla sua stregua: dal momento che fino ad oggi non hanno sortito esiti positivi i tentativi di una sua riscrittura, tendenti ad imprimergli una maggiore elasticità.

Si può ammettere che nessuno degli interventi legislativi evocati violi tale comma. Ma solo se considerato ciascuno isolatamente e si per sé. Perché, se venissero valutati nel loro complesso, il giudizio dovrebbe necessariamente cambiare: appare difficilmente contestabile, infatti, che il loro accumulo inevitabilmente lo forzi. A quale momento, e con quale disposizione, nella loro progressiva stratificazione, lo abbiano forzato, può essere opinabile; ma sembra certo che, oggi, complessivamente, abbiano raggiunto questo effetto. Il moltiplicarsi delle materie sulle quali la giurisdizione amministrativa è divenuta esclusiva, non consente più di ritenere che questa abbia mantenuto il suo carattere solo derogatorio ed eccezionale, rispetto al principio della riserva al giudice civile della tutela dei diritti individuali; rispetto ad un principio che, pur essendo stato costituzionalmente recepito, non è riuscito a condizionare come dovrebbe, l'evoluzione normativa a livello di legislazione ordinaria: dalla quale, piuttosto, sembra essere stato viceversa travolto.

6. Fin qui, gli ampliamenti della giurisdizione amministrativa esclusiva, che si sono realizzati gradualmente, e che, se non possono più dirsi in coerenza col modello costituzionale, non si pongono ancora, rispetto ad esso come un fattore di rottura. Ma, come si è anticipato, vi è un altro loro profilo, che sicuramente lo è, vista anche la repentinità con la quale il legislatore lo ha adottato: l'assorbimento in tale giurisdizione esclusiva, pure delle dottrine di tutela dei diritti patrimoniali conseguenziali, e, segnatamente, di quelli risarcitori.

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 conseguenziali 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 subirà, poi, quella doppia modificazione che si dirà.

Certamente, una simile disposizione non aveva impedito alla giurisprudenza, anche qui « *pretoria* », del 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 assorbibili nella giurisdizione amministrativa; e gli altri, più restrittiva-

mente 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 del 1971: « *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 (il cui inadempimento, dunque, comportava già allora l'applicazione da parte di quel giudice, delle regole sul risarcimento del danno considerato non dall'art. 2043 c.c., ma dal precedente art. 1218, peraltro, come si è visto, ignorato dalla legislazione amministrativa); ma, dall'altro, l'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 consequenziali 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 poi 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, c.p.c., nel testo novellato dalla l. n. 533 del 1973. Come si ricorderà, il giudice amministrativo che, in base alla citata disposizione della l. n. 1034 del 1971, 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, c.c.).

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.lgs. n. 89 del 1998. Che l'ha finalmente superata, mediante una prima riscrittura del terzo comma dell'art. 7 della l. n. 1034 del 1971, sopra riportato; in cui, tuttavia, era rimasto il riferimento alla giurisdizione amministrativa esclusiva. Anzi, di più: l'art. 7 della l. n. 205 del 2001, ha riscritto ulteriormente questa ormai tormentatissima disposizione, mediante una nuova formulazione del suddetto art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, 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 tracimazione della giurisdizione amministrativa anche non esclusiva, nella vecchia riserva alla giurisdizione civile, così, 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 (come la n. 292/100), ma di quelli posti dall'art. 103, comma 1, Cost.: al momento in cui queste righe vengono scritte, 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.

7. Per la verità, non sono chiarissimi certi contorni della evoluzione 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.lgs. n. 80 del 1998 (poi ratificato dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000): « 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 » (il corsivo, ovviamente, è nostro); 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, che pretendesse pure soddisfazione di sue pretese risarcitorie, dalla inevitabilità di un secondo giudizio civile; 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 ricomprendere 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 *ex provvedimento*, che però, quindi, non verrebbe affatto attaccato, perché addirittura favorevole.

Dalla premessa per il momento accolta, poi, potrebbero prospettarsi anche altre conseguenze, stavolta 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 provvedimento 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.

8. 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 ulteriori rilievi 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.

Dal 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; dal momento che 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 attuazione sua, 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* ». Enfaticizzazione 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. Quel che qui (e certo non da oggi), ci pare arbitrario, è 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 ad un medesimo soggetto: quello contrapposto all'amministrazione. Linea di distinzione che, perciò, non poteva non risultare essere assai sottile, e, tutto sommato, esangue e asfittica: perché non faceva emergere con sufficiente chiarezza quale sia il reale e sostanziale contrasto di interessi sottostante; che non può non essere intersoggettivo: non può non riguardare quel soggetto, nei confronti di quella amministrazione.

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 fossero 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, sul piano del diritto sostanziale, dai poteri dell'amministrazione; e in modo assoluto, per di più. 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, oltre che da quei diritti, 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, né disporne; come perché può dirsi vero diritto solo quello che è intangibile da esso.

I poteri dell'amministrazione, non meno che i diritti di chi le è contrapposto, sono le situazioni giuridiche attraverso le quali l'ordinamento fa emergere il contrasto di interessi tra i titolari degli uni e degli altri: le sole attraverso le quali può farlo emergere, perché, appunto, pertinenti ciascuna ad uno dei soggetti contrapposti. Contrasto che media, che può allora mediare, appunto delimitandole reciprocamente: circoscrivendo i poteri nel cui ambito,

e in forza dei quali, l'amministrazione può disporre anche di interessi individuali contrapposti; nonché i diritti, entro i quali questi interessi individuali rimangono, anche per quei poteri, intangibili.

È in questa prospettiva, che va posto il problema di allora, della tutela di altri interessi individuali: di quelli connessi e derivanti dal carattere funzionale dell'autonomia dell'amministrazione. E, in tale prospettiva, balza evidente quale fosse (e sia), il loro carattere assolutamente dominante: la loro sottoposizione ai poteri dell'amministrazione medesima; la loro disponibilità da parte di questa, quindi, con l'esercizio di quella capacità giuridica, di quella autonomia che l'ordinamento le riconosce, proprio attribuendoglielo. Ed è questa loro caratterizzazione essenziale, che occorre tenere presente per la comprensione della soluzione che a quel problema della loro tutela, diede il legislatore del 1889: quando istituì quella che poi divenne la giurisdizione amministrativa che oggi conosciamo.

La formula concettualmente più perfezionata attraverso la quale fu rispecchiato nel modo più realistico il conseguente criterio di riparto di questa da quella civile, dopo il c.d. « *Concordato Mariano d'Amelio-Santi Romano* », fu quella adottata dalla Casazione del Presidente Torrente; non a caso, tra gli ultimi anni '50, e i primi anni '60: quelli nei quali il nostro sistema dualistico raggiunse il massimo del suo equilibrio. Ossia, la formula che era tutta incentrata sul potere dell'amministrazione: perché distingueva tra contestazione della esistenza di esso, in relazione all'interesse di cui il titolare chiedeva tutela, evidentemente affermando in tal modo che l'ordinamento glielo protegge come un diritto soggettivo pieno; e contestazione della legittimità del suo solo esercizio, evidentemente ammettendo la sottoposizione ad esso di quel medesimo interesse, e, quindi, l'assenza di una sua protezione giuridica assoluta, ossia come diritto soggettivo. Si costruisca pure questo interesse, in quanto sottoposto a questo potere, come una situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale: come un interesse legittimo, appunto. Ma non si doveva affidare il ruolo di discriminare la giurisdizione amministrativa da quella

civile, alla sua distinzione dal diritto soggettivo. Come questa debba essere delineata, infatti, è questione che, in questa prospettiva, risulta essere solo secondaria; e che nella ricostruzione del nostro sistema dualistico oggi in via di superamento, poteva anche non venire considerata: almeno col rilievo col quale lo è stata.

9. In questa medesima 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 del soggetto che si contrappone all'amministrazione, e nei confronti dei suoi poteri. Ma, in questo quadro, appare del tutto incomprensibile perché i diritti soggettivi configurabili in certe materie rimangono 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 realizzata 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 diventate oggetto, prima del d.lgs. n. 80 del 1998 e della l. n. 205 del 2000, 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 importanza economica, 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 della relativa nozione), 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 tale, 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: questa 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 dell'art. 103, comma 1, Cost. Perché il giudice amministrativo, pur intervenendo così in misura sempre più generalizzata a tutela anche dei diritti soggettivi, rimane ancora sempre il giudice della funzione amministra-

tiva: 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, peraltro, 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, ormai in modo generalizzato e non più solo eccezionale, giudice di rapporti che, pur generati dalla violazione dell'art. 2043 c.c., hanno poi acquisito una natura obbligatoria, e che, perciò, con la funzione amministrativa hanno un nesso solo indiretto. Perché ne risulta snaturato il processo che celebra, specie sotto i profili della istruzione probatoria e della ricostruzione del fatto. Perché con questa sua cognizione, si apre la strada la possibilità che l'art. 2043 c.c. 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 unificante 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. Etcetera. 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, cercasse 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 di nomofilachia che questa assegna alla Cassazione? Ossia, che mantenga al giudice amministrativo il sindacato sulla funzione dell'amministrazione anche con l'ampliamento ai provvedimenti in carenza di potere, oggi propria della sua giurisdizione esclusiva, eventualmente estesa pure ad altre materie; ma che 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.

10. Che previsioni fare sugli ulteriori sviluppi della vicenda?

Una ci pare ragionevole: sembra difficile che possa essere recuperato il principio ricostruttivo del riparto di giurisdizioni, costituito dal c.d. criterio dei blocchi di materie: secondo il quale giudice civile e giudice amministrativo avrebbero ambedue una giurisdizione esclusiva, appunto su materie che verrebbero indicate liberamente dal legislatore. È un principio che andava di moda qualche anno fa, anche perché poteva trovare una base testuale nella lettera nella disposizione che è stata la causa delle ultime estensioni della giurisdizione amministrativa: la norma delegante, dalla quale sono discesi gli artt. 29 (che riscrive l'art. 68 del d.lgs. n. 29 del 1993, rubricato « *Controversie relative ai rapporti di lavoro* », s'intende con le amministrazioni), nonché 33, 34 e 35, qui tanto considerati, del d.lgs. n. 80 del 1998. L'art. 11, comma 4, lett. g), della l. n. 59 del 1997, infatti, aveva mandato al legislatore delegato di devolvere « ... *al giudice ordinario... tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni...* »; ma anche di disporre « ... *la contestuale 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...* ». È soprattutto quell'aggettivo « contestuale », che si è qui sottolineato, che è parso suggerire la costituzione di aree attribuite ciascuna *in toto*,

a mo' di compensazione, o all'uno o all'altro giudice. Sicuramente, la tesi è stata utilizzata come argomento ulteriore per affossare la contrapposizione degli interessi legittimi ai diritti soggettivi: con fondamenti culturali e razionali di cui è evidente la scarsa rilevanza. Ma ha resistito *l'espace d'un matin*: forse, anche perché il risultato era stato comunque raggiunto. E, invero, contrastava con almeno tre fattori.

Anzitutto, l'art. 103 Cost., se consente l'attribuzione al giudice amministrativo, in determinate materie, anche della tutela di diritti soggettivi, non prevede l'ipotesi che il giudice civile tuteli anche interessi legittimi. È vero che autorevoli autori ne hanno sostenuto la possibilità. Ma, da un lato, questa interpretazione di tale norma non pare conciliabile con la genesi della giurisdizione amministrativa: come strumento di tutela di situazioni alla quale non si è voluta estendere quella civile. Il cui ampliamento in direzione degli interessi legittimi, d'altra parte, urta contro qualcosa di ben più coriaceo di una disposizione, sia pure costituzionale: contraddice la sua vocazione istituzionale.

Inoltre, questa interpretazione dei limiti costituzionali e istituzionali della giurisdizione civile, pare trovare riscontro a livello di legislazione ordinaria: è perlomeno problematico trovare, infatti, nel nostro ordinamento, giurisdizioni esclusive del giudice civile. Sicuramente, non può dirsi tale quella attuata dalla disposizione prima riportata, relativa ai rapporti di lavoro con le amministrazioni. Questi sono stati « *privatizzati* » (con delle eccezioni di cui si può non fare parola); e se l'amministrazione li gestisce con i poteri accordati dal codice civile e dal diritto del lavoro agli imprenditori privati, non si vede quale spazio possa avere sui relativi atti il giudice amministrativo. In altre parole: la devoluzione al giudice civile della giurisdizione in proposito, non è affatto una vicenda che attenga solo al piano delle tutele giurisdizionali: si radica nel diritto sostanziale, e su quel piano riflette solo dei collari. E, più in generale, non si riescono a individuare casi di genuina giurisdizione civile esclusiva, in relazione a provvedimenti amministrativi. Tranne, forse, la materia delle sanzioni pecuniarie depenalizzate, di cui alla l. n. 689 del 1991, e successive

modificazioni; perché, effettivamente, quando l'impugnazione dell'ordinanza-ingiunzione portata davanti al giudice civile (art. 22), si basa, per esempio, sulla incompetenza dell'organo emanante, non sembra che il suo vizio differisca sostanzialmente da quello canonicamente oggetto della giurisdizione amministrativa della legittimità, a tutela di interessi legittimi. Ma è un po' poco, per fondare una regola di riparto di giurisdizione, con carattere di generalità.

Infine, è del tutto illusorio che il criterio dei c.d. blocchi di materie, semplifichi tale riparto, rispetto a quello precedente, che, pure, ha contribuito a far superare: perché esso pone « ... *problemi non sicuramente più semplici rispetto a quelli posti dal criterio fondato sulle situazioni giuridiche soggettive...* », come ha osservato lucidamente il 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 ad esprimere, sullo schema del d.lgs. n. 80 del 1998, relativamente alle disposizioni che poi ne sarebbero diventati gli artt. 33, 34 e 35, in quanto incidenti sulla giurisdizione del Consiglio di Stato medesimo.

Comunque, è il profilo della vocazione istituzionale prima accennato che appare quello più rilevante: della vocazione istituzionale non solo del giudice civile, ma anche di quello amministrativo. Sull'azione dell'amministrazione, sono due, e non uno solo, i parametri di sindacato applicabili. Se abbia superato o no i limiti della sua autonomia, dei suoi poteri; ossia: se quello del quale abbia disposto le spetti oppure no (si riprende qui, seppure in un senso non coincidente, un termine usato da FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in questa *Rivista*, 2001, 287). Se, pur non avendo superato limiti di quella sua autonomia, di quei suoi poteri, ne costituisca un esercizio funzionale, quindi legittimo. si tocca quindi una radice assai profonda dal dualismo che caratterizzava il nostro sistema di giustizia amministrativa: che si basava sull'opinione che ciascuno di quei due tipi di sindacato era espressione, ma anche che richiedeva culture, impostazioni mentali ed esperienze

assai diverse; con la conseguenza che quel giudice che è in grado di esercitarne al meglio uno, non era quello che era in grado di esercitarne al meglio l'altro. E sembra che questo orientamento teorico, se si vuole ideologico, abbia trovato pieno riscontro empirico.

11. Nella prospettiva degli ulteriori sviluppi delle nostre tutele giurisdizionali nei confronti dell'amministrazione, dopo il superamento del fragile criterio dei c.d. blocchi di materie, 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 l'hanno provocata; con l'esclusione, peraltro, almeno sembra, almeno si vorrebbe sperare, dell'attrazione nella giurisdizione amministrativa pure delle domande risarcitorie. 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: più probabilmente solo con un intervento mirato, come quello che ha portato alla inserzione di vari commi, nell'originario art. 111; si deve ricordare, del resto, che sull'adozione delle scelte in esame, e sulla loro conferma e sul loro sviluppo nella l. n. 205 del 2000, 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 sistematicità dell'assetto che deriva, quindi per il suo squilibrio intrinseco, che lo dovrebbe fare evolvere verso nuovi assetti: 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 l'ha portata, dal sommerso, contrastato, e quasi misconosciuto suo esor-

dio nel 1889, ad acquisire già ampiamente quella tutela dei diritti soggettivi, che quasi un quarto di secolo prima era stata affidata e riservata 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. Del resto, è l'obiettivo che si può rilevare già da un passo assai significativo del citato parere dell'Adunanza generale: il quale, dopo aver sottolineato, come si è detto, le difficoltà di applicazione del criterio dei c.d. blocchi di materie, ha rilevato 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 e ponderosissima ordinanza cautelare 30 marzo 2000, n. 1, insolitamente pronunciata dall'Adunanza plenaria, che sostanzialmente ne condivide, ed anzi ne sviluppa la filosofia.

Verrebbe capovolta, così, la scelta fondamentale che fece la legge abolitrice del contenzioso amministrativo, secondo il quale 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. E si potrebbe ritenere che, in tal modo, si potrebbe ricostruire un sistema.

Ma sarebbe un esito da apprezzare? Sembrerebbe proprio di

no, e non solo perché porterebbe a quel capovolgimento di valori e di scelte più coerenti alla nostra tradizione e alla nostra cultura di giuspubblicistica che si è detto. Anche, e soprattutto, perché si porrebbe in contraddizione, quasi schizofrenicamente, con altre linee di evoluzione del nostro ordinamento: con altre, viceversa, attualissime.

Perché la regola che si vorrebbe importare (superando non tanto differenze geografiche, quanto divari temporali, e ancor più ideologici), si correlava, allora, ad una visione di una amministrazione nettamente autoritaria, e lontana dal diritto comune. Mentre, ora, la si vorrebbe applicare ad una amministrazione come quella italiana di oggi, che si tende a configurare con caratteri del tutto opposti. Che coerenza c'è nel volere sottoporre ad un giudice particolare, contrapposto a quello civile, e solo per questa sua qualificazione soggettiva, un'amministrazione, la quale potrebbe disporre di poteri pubblicistici solo eccezionalmente, ed in deroga alla sua capacità fondamentale di diritto comune (secondo la proposta della defunta Commissione bicamerale di riforma della seconda parte della Costituzione)?

D'altra parte, quel capovolgimento così estraneo alla nostra tradizione e alla nostra cultura giuridica, potrebbe prepararne un altro: paradossalmente, 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, indebolirebbe la propria caratterizzazione rispetto a questo: gli diventerebbe sempre più simile. E, in ogni caso, un giudice amministrativo che ricavasse contenuto e limiti della sua giurisdizione dalla sola natura soggettiva di una delle parti della controversia, come potrebbe seguitare a porsi rispetto all'altro come « speciale », senza doversi ridurre semplicemente a giudice « specializzato »?

12. Si profilerebbe 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 rivelasse essere solo un passo verso una sua ulteriore trasformazione: tuttavia, pa-

radossalmente, appunto, di segno in un certo senso opposto alla progressiva costituzione di un giudice speciale per tutto il contenzioso con l'amministrazione.

Non bisogna dimenticare, infatti, che nella nostra dottrina giuridica, per quel che riguarda la tutela giurisdizionale, è risalente nel tempo, e spesso ed energicamente proposto, il modello della giurisdizione unica: di una giurisdizione unica funzionalmente, e, quindi, strutturalmente. Ed è un modello notissimo, che si fonda su orientamenti culturali di grandi radici, e di grande spessore: sicuramente maggiori di quelle 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. E che, proprio in conseguenza dei recenti ampliamenti della giurisdizione amministrativa, è stato ripreso con particolare vigore da Andrea PROTO PISANI, anche se con diversità di accenti (*Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, 21; ma v. anche la conclusione dello scritto di Aldo TRAVI, *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme*, finissima ed esauriente analisi dei problemi interpretativi e applicativi posti dalla l. n. 205 del 2001, *ibid.*, 68; nonché il noto scritto di Mario NIGRO, dal significativo titolo: *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 1983, V, 249, ora in *Scritti giuridici*, III, 1569).

Potrebbe darsi, cioè, che la giurisdizione amministrativa finisse con l'essere inquadrata in una giurisdizione appunto unica e unitaria, ma solo, perciò, come sua branca specializzata: ricomponendo, così, lo iato sopra sottolineato, tra configurazione sostanziale di diritto comune dell'amministrazione, e natura speciale del giudice avente giurisdizione su di essa. E i recenti ampliamenti della giurisdizione amministrativa, la modificazione della sua natura di giurisdizione sulla funzione amministrativa conseguenti alla sua estensione generalizzata pure alle domande risarcitorie, sicuramente sembrano facilitare, piuttosto che allontanare questo esito. Anche se non è già scritto che questo accada.

Comunque, è una ipotesi che non può essere ignorata. Al riguardo, perciò, è opportuno svolgere qualche cenno.

Anzitutto, non sembra condivisibile che una delle ragioni che consiglierebbero quell'esito, sarebbe costituita dai « ... *più che fondati sospetti sulla effettiva terzietà e imparzialità dei giudici, soprattutto del Consiglio di Stato* » (PROTO PISANI, *op. loc. cit.*). Fin da Vittorio Emanuele Orlando, per contro, era risaputo che era la magistratura ordinaria, piuttosto che quella amministrativa, a non essere immune da una sorta di timore reverenziale nei confronti dei pubblici poteri. D'altra parte, l'affermazione che il giudice amministrativo non si muoverebbe con piena indipendenza nei confronti dell'amministrazione, cozza contro un dato di fatto incontestabile: chi domanda tutela giurisdizionale contro le lesioni di interessi che essa provoca con l'esercizio dei suoi poteri, tende a privilegiare soprattutto l'accesso alla giurisdizione amministrativa; causa, tra l'altro, non ultima della sua progressiva espansione. Del resto, la ragione di questa supposta parzialità, è vista nella attribuzione al Consiglio di Stato stesso di funzioni giurisdizionali in materie nelle quali ne ha di consultive; ma, dopo la l. n. 127 del 1997, art. 17, commi 25-28, esso la può esercitare solo per atti normativi e di portata generale. E anche se si sospettasse che, quando giudica della loro applicazione, fosse troppo sensibile alle ragioni delle amministrazioni, questo non sarebbe poi un gran male: vorremmo sottolinearlo, in anni nei quali il loro apprezzamento non sembra proprio essere la preoccupazione più diffuso.

Va aggiunto pure che la magistratura amministrativa non presenta quelle contrapposizioni ideologiche e quelle lottizzazioni correntizie che paiono venare quella ordinaria e il suo organo di governo. Sicuramente, nel suo ambito persistono delle difficoltà di rapporti tra giudici di primo e secondo grado; ma la consapevolezza della unitarietà della loro comune funzione, dovrebbe spingerli presto ad un loro graduale superamento: come si può prevedere, oltre che auspicare.

Soprattutto, non pare da apprezzare la perdita di specificità della giurisdizione amministrativa, la possibilità di un suo inquadramento di una giurisdizione unitaria e onnicomprensiva. Al con-

trario, sembra che l'articolazione del nostro sistema di giustizia amministrativa, sicuramente per altri aspetti assai perfettibile, in per la diversità nelle prospettive nelle quali si devono porre, come si è sostenuto prima 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* », come si è già ricordato, recita incisivamente la parte finale dell'art. 2 della vetusta 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 ragioni, se fondate, di chi si rivolge a loro; o si vuole davvero insistere, per esempio, 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 protezione giurisdizionale? 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.