

LA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

REPORT ANNUALE - 2011 - ITALIA

(Maggio 2011)

Prof. Vittorio DOMENICHELLI – Prof.ssa Paola SANTINELLO

INDICE

1. PREMESSA: IL RIPARTO DELLE GIURISDIZIONI

2. LE NUOVE NORME IN TEMA DI GIURISDIZIONE

AMMINISTRATIVA. INQUADRAMENTO

2.1 La giurisdizione generale di legittimità

2.2 La giurisdizione esclusiva

2.3 La giurisdizione di merito

3. IL DIFETTO DI GIURISDIZIONE

4. INDICAZIONI BIBLIOGRAFICHE

1. PREMESSA: IL RIPARTO DELLE GIURISDIZIONI

La giustizia amministrativa italiana è organizzata secondo il sistema della doppia giurisdizione. Tale principio è enunciato dalla Costituzione (artt. 24, 103 e 113), la quale - sostanzialmente recependo la passata disciplina - fonda il riparto delle controversie tra giudice ordinario e giudice amministrativo sulla c.d. *causa petendi*, ovvero la natura della situazione giuridica soggettiva lesa (rispettivamente diritto soggettivo e interesse legittimo), con l'eccezione, come si dirà, dei casi di giurisdizione esclusiva, in cui al giudice amministrativo compete la cognizione "anche" (così l'art. 103 Cost.) dei diritti soggettivi. È interessante segnalare la recentissima sentenza delle Sezioni Unite della Corte di

Cassazione 14 aprile 2011 n. 8487, ove si afferma che anche al giudice ordinario è “consentito di conoscere di interessi legittimi, di conoscere ed eventualmente annullare un atto della P.A., di incidere conseguentemente sui rapporti sottostanti secondo le diverse tipologie di intervento giurisdizionale previste”.

Esistono inoltre giurisdizioni amministrative speciali come la Corte dei conti e il Tribunale superiore delle acque pubbliche.

Il tema del riparto delle giurisdizioni è stato a lungo oggetto di aggiustamenti normativi, di interventi creativi della giurisprudenza, di riflessioni dottrinali. Il punto di approdo di tale processo di sistemazione della materia è rappresentato attualmente dal Codice del processo amministrativo, il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il quale ha fondamentalmente mantenuto inalterati le caratteristiche e i limiti della giurisdizione del giudice amministrativo (dal criterio di riparto in base alla situazione giuridica soggettiva – previsto invero, come detto, dalla Costituzione - alla tutela risarcitoria dei danni causati dalla lesione dell’interesse legittimo, alla esclusione della giurisdizione sugli atti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico, e così via).

2. LE NUOVE NORME IN TEMA DI GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA. INQUADRAMENTO

Il Codice conferma l’articolazione della giurisdizione amministrativa (ovvero dei vari poteri di cognizione e di decisione del giudice amministrativo) in *giurisdizione generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito*.

L’art. 7 del Codice, innanzitutto, devolve alla giurisdizione amministrativa “le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi” (co. 1). E’ stato notato come questa disposizione non riproduca, rispetto al testo dell’art. 103 Cost., la parola “anche” prima di “diritti soggettivi”. Gli interpreti, tuttavia, ritengono che questa disposizione sia in linea con il c.d. “diritto vivente”, come richiesto del resto dalla legge delega. Infatti, è noto come la Corte

costituzionale abbia più volte affermato che nella definizione dei confini della giurisdizione esclusiva è necessario, in primo luogo, che la controversia involga situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo *strettamente connesse* (v. sent. 204/2004). Ma la stessa Corte ha di recente aggiunto che, se è pur vero, in linea con le ragioni storiche all'origine della configurazione di tale giurisdizione, che è normalmente necessaria la sussistenza di un intreccio di posizioni giuridiche nell'ambito del quale risulti difficile individuare i connotati identificativi delle singole situazioni soggettive, non può escludersi che la cognizione del giudice amministrativo possa avere ad oggetto *anche soltanto diritti soggettivi*, purché l'amministrazione agisca come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi sia mediante moduli consensuali, sia infine mediante comportamenti (sentt. 259/ 2009 e 35/2010).

Nel suo complesso, la giurisdizione amministrativa è dunque *connessa al potere delle pubbliche amministrazioni*, nelle quali il Codice ricomprende “anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo” (per l'ampliamento del concetto di P.A. v. altresì l'art. 1-*ter* della l. 241/1990). Ciò è esplicitato dal medesimo art. 7, co., 1 c.p.a., a tenore del quale le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa sono quelle “concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo”.

Esse, inoltre, “riguardano provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”: trattasi di clausola generale tesa a spiegare la ratio delle diverse ipotesi di giurisdizione amministrativa in termini unitari. Si spiega così che se “sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni...” (art. 7, co. 4) e i casi di giurisdizione di merito sono indicati dalla legge e dall'art. 134 del Codice (art. 7, co. 6), gli “accordi” e i “comportamenti” rientrano nella sola giurisdizione esclusiva.

Se non esistono molte incertezze circa la riconduzione dell'attività consensuale (accordi) all'esercizio del potere autoritativo (v. art. 11, l. 241/1990), la questione dei

“comportamenti” è sempre apparsa assai più delicata e complessa. La Corte costituzionale ha infine operato la distinzione - ora recepita dal Codice - tra controversie relative a “comportamenti collegati - anche “mediatamente” - all’esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere” e “comportamenti” posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto, per i quali è da ritenersi costituzionalmente illegittima la relativa devoluzione alla giurisdizione esclusiva (sentt. 204/2004 e 191/2006).

2.1 La giurisdizione generale di legittimità

Nato come giudizio impugnatorio-cassatorio (consistente unicamente nell’accertamento dell’illegittimità dell’atto amministrativo e conseguente suo annullamento), il tradizionale modello generale di giurisdizione amministrativa ha continuato per lungo tempo ad imporsi, nonostante nuove disposizioni in materia di giustizia amministrativa (v. l. 205/2000) avessero già segnato un suo superamento attraverso l’ampliamento dei poteri di cognizione e di decisione del giudice amministrativo, consentendo esplicitamente al giudice amministrativo di pronunciare sentenze di condanna al risarcimento del danni e alla reintegrazione in forma specifica.

Un’ulteriore svolta si è avuta con il Codice, che, dopo aver sancito il principio generale per cui “la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo” (art. 1 c.p.a.), conferisce al giudice amministrativo più ampi *poteri istruttori* – in base all’art. 63 c.p.a. il giudice può richiedere chiarimenti o documenti; ammettere la prova testimoniale in forma scritta; ordinare l’esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, disporre una consulenza tecnica; disporre anche l’assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l’interrogatorio formale e il giuramento – e più ampi *poteri decisori*, risultando ammessa, quanto meno implicitamente, la possibilità di emanare anche sentenze dichiarative e di accertamento, oltre che di condanna all’adozione di tutte le misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio (cfr. art. 34, co. 1, lett. c), c.p.a.). L’art. 7, co. 4, c.p.a. , inoltre, comprende le controversie (anche

“relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma” (risolvendo con ciò la controversa questione della c.d. pregiudiziale amministrativa), sempreché venga rispettato il termine di decadenza di centoventi giorni previsto dall’art. 30 c.p.a. , il quale tra l’altro prevede, sussistendone i presupposti, il risarcimento del danno in forma specifica ai sensi dell’art. 2058 c.c. (v. anche l’art. 34, co. 1 lett. c). Ancora, l’art. 31 c.p.a., disciplinando l’azione avverso il silenzio, dà potere al giudice di pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (in caso di attività vincolata) e di accertare delle nullità previste dalla legge.

2.2 La giurisdizione esclusiva

Come già accennato, in alcune specifiche materie previste dalla legge, ove l’intreccio di posizioni giuridiche riconducibili tanto al diritto soggettivo quanto all’interesse legittimo è difficilmente districabile - ovvero si fa questione di diritti soggettivi purché connessi all’esercizio del potere amministrativo - le controversie sono riservate alla competenza “esclusiva” del giudice amministrativo.

L’ambito della giurisdizione esclusiva è stato definito da susseguenti interventi legislativi (v. in particolare gli artt. 33 e 34 del d.lgs. 80/1998, sostituiti dall’art. 7 della l. 205/2000), ma fondamentalmente ridisegnato dalla giurisprudenza costituzionale, i cui principi si trovano ora recepiti nel Codice, insieme ad una ricognizione organica (art. 133 c.p.a.), ancorché non tassativa (sono fatte salve “ulteriori previsioni di legge”), delle diverse, e molto numerose, ipotesi in cui tale giurisdizione ricorre.

Il legislatore del 2010 ha dunque confermato la “piena giurisdizione” del giudice amministrativo esclusivo, al quale spettano in primo luogo i *poteri istruttori* previsti ora – ed estesi come si è già detto alla giurisdizione generale di legittimità - dall’art. 63 c.p.a., e i *poteri decisori*, già riconosciuti dalla precedente disciplina, e adesso dall’art. 7 c.p.a., al co. 1, al co. 5 (“...il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi”), al co. 7 (“ Il principio di

effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi”). Si rammenti inoltre che l’art. 30, co. 2, c.p.a., dopo aver previsto, tanto per la giurisdizione di legittimità che per le materie di giurisdizione esclusiva, che “può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall’illegittimo esercizio dell’attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria”, aggiunge che “nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi” e, ancora, riferendosi ad entrambe le giurisdizioni che “sussistendo i presupposti previsti dall’articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica”.

Si può notare, per concludere sul punto, come le novità più significative apportate dal Codice del processo amministrativo abbiano interessato la giurisdizione generale di legittimità, piuttosto che quella esclusiva, e che le due tendano sostanzialmente ad allinearsi, sebbene non sia stato del tutto realizzato quel *modello unico processuale della giurisdizione piena* che ci si aspettava e la giurisdizione generale di legittimità non abbia perso del tutto il suo originario carattere impugnatorio-cassatorio (ZITO).

2.2 La giurisdizione di merito

La giurisdizione di merito è *eccezionale* e si esercita solo nelle controversie indicate dalla legge e dall’art. 134 c.p.a.. In base a quest’ultimo articolo tali controversie, ridotte di numero rispetto al passato, hanno ad oggetto: a) l’attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell’ambito del giudizio di cui al Titolo I del Libro IV; b) gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa; c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti; d) le contestazioni sui confini degli enti territoriali; e) il diniego di rilascio di nulla osta cinematografico di cui all’articolo 8 della legge 21 novembre 1962, n. 161.

Il giudice amministrativo, nell'esercizio di tale giurisdizione, rispetto a quella di legittimità, dispone di maggiori poteri decisorii, che non si limitano all'annullamento dell'atto amministrativo impugnato, ma si estendono alla possibilità di sostituirsi all'amministrazione (art. 7, co. 6, c.p.a.) attraverso, specificamente, l'adozione di un nuovo atto, ovvero la modifica o la riforma di quello impugnato (art. 34, co. 1, lett. d, c.p.a.). Va rilevato, tuttavia, che le norme sul sindacato del giudice di merito hanno trovato sempre sporadica e limitata applicazione, tanto da far ritenere tale giurisdizione, anche dopo l'approvazione del Codice, un "residuo storico".

3. IL DIFETTO DI GIURISDIZIONE

Se sotto il profilo sostanziale (il riparto di giurisdizione), il Codice non ha introdotto rilevanti novità, le regole più strettamente processuali, riguardanti in particolare il difetto di giurisdizione e la "*translatio iudicii*", rivelano una certa originalità.

L'art. 9 c.p.a. - superando la precedente giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (v. decisione n. 4/2005), ma recependo più recenti orientamenti delle sezioni unite della Corte di Cassazione (v. n. 24883/2008 e n.3200/2010) - prevede che il difetto di giurisdizione possa essere rilevato dal giudice, anche d'ufficio, solo in primo grado e che in appello e negli altri giudizi di impugnazione ciò sia possibile solo se il difetto di giurisdizione è dedotto con specifico motivo "avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione", con la conseguenza che se la decisione di primo grado che ha esaminato il merito della controversia non viene impugnata per il profilo della giurisdizione, questa si consolida in capo al giudice amministrativo.

Altro elemento di novità - in un'ottica di continuità del giudizio e di integrazione tra giurisdizioni (DE PRETIS)- consiste nella codificazione del principio, introdotto in via generale del c.p.c., della *translatio iudicii*, per cui quando la giurisdizione è declinata dal giudice amministrativo in favore di altro giudice nazionale o viceversa, *sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda*, a condizione che il processo sia riproposto

innanzi al giudice indicato nella pronuncia che declina la giurisdizione, entro il termine perentorio di tre mesi dal suo passaggio in giudicato (art. 11, co. 2 c.p.a).

4. INDICAZIONI BIBLIOGRAFICHE

CAPONIGRO R., *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

CARANTA R., *Il nuovo processo amministrativo*, Zanichelli, 2010

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2010.

CAVALLARO M. C., *Brevi riflessioni sulla giurisdizione esclusiva nel nuovo codice sul processo amministrativo*. in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1365 ss.

CHIEPPA R. (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo*, Giuffrè, 2010.

DE PRETIS D., *Il riparto di giurisdizione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 1129 ss.

SAITTA N., *Sistema di giustizia amministrativa*, Giuffrè, 2011.

SANINO M. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Utet giuridica, 2011.

SCOCA F.G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2011.

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2010.