

Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori

Luigi Maruotti (presidente di sezione del Consiglio di Stato)

[\(http://www.giustizia-amministrativa.it/\)](http://www.giustizia-amministrativa.it/)

§ 1. La rilevanza delle disposizioni sulla giurisdizione esclusiva. - § 2. Le divergenze tra gli orientamenti della Corte di Cassazione e quelli del Consiglio di Stato. - § 3. – Il giudice degli ‘interessi legittimi fondamentali’. - § 4. L’ambito di applicazione dell’art. 111, ottavo comma, della Costituzione e l’esigenza di tenere conto dei lavori della Assemblea Costituente.

§ 1. La rilevanza delle disposizioni sulla giurisdizione esclusiva.

Il mio compito è quello di evidenziare quale è – in estrema sintesi - il possibile punto di vista di un giudice amministrativo, in tema di riparto della giurisdizione.

A partire dagli anni Novanta del secolo scorso, vi è stato un processo riformatore per il quale non si può più dire che il criterio generale, di riparto della giurisdizione, si basa sulla distinzione tra diritti ed interessi.

Ciò si poteva affermare solo nella prima fase storica della giustizia amministrativa e cioè da quando nel 1889 fu istituita la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, perché allora si trattava di interpretare le due leggi sul riparto, cioè quella di unificazione del 1865, allegato E, e quella del 1889 sul Consiglio di Stato.

Oggi non si può più dire che il criterio generale si basa sulla distinzione tra diritti ed interessi.

Infatti, le leggi talvolta hanno attribuito la giurisdizione al giudice civile (come la legge n. 689 del 1981 per alcune sanzioni amministrative pecuniarie, o altre leggi ad esempio in tema di diritto di asilo dello straniero), mentre più spesso le leggi hanno previsto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (con disposizioni ora trasfuse nell’art. 133 del Codice).

Già nel corso del Novecento vi sono state tre fondamentali tendenze legislative che hanno inciso sui criteri di riparto.

La prima tendenza legislativa è stata la progressiva emersione della giurisdizione esclusiva.

Già nel 1923 la legge la prevede nella materia del pubblico impiego, non solo per evitare le lungaggini collegate alla determinazione del giudice avente giurisdizione, ma anche per rafforzare la tutela del dipendente, col potere di sospensione e di annullamento di ogni atto dell’amministrazione, anche per il vizio di eccesso di potere.

Nel 1971 la giurisdizione esclusiva ha riguardato anche i rapporti di concessione di beni e di servizi pubblici, in ragione degli interessi pubblici da soddisfare con la gestione di tali beni o servizi, sia in sede di emanazione di atti abilitativi, sia in sede di emanazione di atti di autotutela, quali l’annullamento, la revoca, la decadenza.

Vi è stata dal 1990 in poi la proliferazione dei casi di giurisdizione esclusiva, connessa all’esercizio del potere pubblico.

Basti pensare all’art. 11 della legge n. 241 del 1990, sugli accordi di diritto amministrativo, alla legge n. 481 del 1995 sugli atti delle Autorità indipendenti.

La *ratio legis* è stata anche quella di evitare che sorgano dubbi sulla sussistenza della giurisdizione amministrativa, quando si tratti di atti espressione di pubblici poteri.

Molto importante è la giurisdizione esclusiva nelle materie della urbanistica e della edilizia (ex art. 34 del d.lg. 80 del 1998, riscritto con la legge n. 205 del 2000 e ora trasfuso nell’art. 133 del Codice), perché ai soli fini della tutela giurisdizionale l’urbanistica riguarda l’uso del territorio, espressione che indica non solo la programmazione urbanistica e paesaggistica, gli atti abilitativi e repressivi in materia edilizia, ma anche il danno ambientale, la gestione dei beni paesaggistici, la localizzazione e la gestione delle discariche di rifiuti, l’installazione e la gestione di impianti di produzione di energia elettrica (si tratta di tematiche tutte prese in considerazione dall’art. 133 del Codice).

La seconda tendenza legislativa è stata l'analitica disciplina delle modalità di esercizio del potere.

Mentre in precedenza vi erano leggi solo per alcuni specifici procedimenti (quello espropriativo, quello disciplinare nei confronti del dipendente pubblico), la legge n. 241 del 1990 ha indicato le regole essenziali per l'esercizio del potere e per l'emanazione degli atti autoritativi.

Come si evince dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, laddove c'è il potere vi è il procedimento amministrativo e al termine del procedimento amministrativo vi è l'atto autoritativo incidente sull'interesse legittimo.

A mio avviso, l'interesse legittimo può essere definito come un 'miracolo dell'ordinamento', per il quale – a decorrere dall'entrata in vigore della legge del 1889 – ogni volta che vi è un atto autoritativo illegittimo il suo destinatario può chiedere al giudice amministrativo il suo annullamento.

Tale regola sull'automatismo della configurabilità dell'interesse legittimo può però essere derogata dalle leggi che attribuiscono la giurisdizione al giudice civile (così come è avvenuto con la riforma che ha 'privatizzato' gran parte dei rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti): sarebbe però auspicabile che tali leggi evitino quanto è avvenuto con tale 'privatizzazione', e cioè che la conseguente inapplicabilità della legge n. 241 del 1990 degradi gli interessi legittimi a diritti privi di effettiva tutela, non potendosi più reagire in presenza di atti immotivati.

La terza tendenza legislativa è stata quella di ammettere la tutela risarcitoria nel caso di lesione arrecata con un provvedimento illegittimo, lesivo di un interesse legittimo.

Il codice civile del 1942, come tutti i codici civili europei, non aveva disciplinato le conseguenze dell'esercizio del pubblico potere.

L'assenza di norme di diritto civile era stata affermata non solo dalla pacifica giurisprudenza della Corte di Cassazione fino al 1998, ma anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 35 del 1980 e con l'ordinanza n. 165 del 1998.

Prima con la legge n. 142 del 1992, poi con l'art. 35 del d.lg. n. 80 del 1998 e con la legge n. 205 del 2000 (le cui regole sono state in parte modificate dal Codice del processo amministrativo), il legislatore ha disciplinato la responsabilità dell'Amministrazione per la lesione arrecata all'interesse legittimo, introducendo norme che la Corte Costituzionale ha già considerato conformi alla costituzione con le sentenze nn. 292 del 2000, 204 del 2004 e 191 del 2006.

§ 2. Le divergenze tra gli orientamenti della Corte di Cassazione e quelli del Consiglio di Stato

Malgrado questo quadro normativo apparentemente chiaro, vi sono state divergenze di vedute tra la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato.

Tuttavia, a mio avviso si può formulare l'auspicio che le divergenze possano essere superate, poiché la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato (qualificati entrambi come 'giurisdizioni superiori' dall'art. 135 della Costituzione) non possono che tenere conto degli inviolabili principi desumibili dai lavori della Assemblea Costituente e dalle sentenze della Corte Costituzionale.

Vorrei evidenziare dapprima quali sono i più salienti punti di divergenza tra la Cassazione ed il Consiglio di Stato, per poi sottolineare i principi costituzionali e formulare alcune riflessioni.

La Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato hanno spesso fatto riferimento a categorie giuridiche inconciliabili tra loro.

Individuo alcune aree tematiche in cui vi è stata l'affermazione di opposti orientamenti giurisprudenziali.

La prima area tematica è quella riguardante la patologia dei provvedimenti amministrativi.

Per il Consiglio di Stato, già prima dell'art. 21 *septies* della legge n. 241 del 1990, e a maggior ragione dopo la sua entrata in vigore, ogni vizio del provvedimento amministrativo comporta la violazione di legge e dunque l'annullabilità dell'atto.

Non importa se il vizio è grave o meno grave: vi è sempre la violazione di legge.

Solo se la legge sancisce la nullità di un atto amministrativo, si è in presenza di un atto privo di effetti (si pensi alla legge n. 444 del 1994, in tema di atti emessi in violazione della normativa sulla proroga degli organi amministrativi *ad tempus*, o al testo unico n. 3 del 1957, se vi è un atto di assunzione non preceduto dal necessario concorso).

Invece, per le Sezioni Unite in alcuni casi la violazione di legge, se grave, comporta la carenza di potere e dunque la nullità dell'atto.

In materia espropriativa, la Cassazione ha affermato la nullità della dichiarazione di pubblica utilità emessa in violazione dell'art. 13 della legge del 1865, poi abrogata dal testo unico sugli espropri, e la nullità del decreto di esproprio emesso dopo la scadenza del termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità.

La carenza di potere (con la conseguente giurisdizione ordinaria) è stata in un lontano passato ravvisata anche quando si ravvisava l'assenza dell'urgenza, posta a base di un atto contingibile ed urgente, ma tale orientamento non poteva essere condivisibile, per il semplice fatto che in materia, sin dalla legge del 1890 sulle giunte provinciali amministrative, vi era la giurisdizione amministrativa estesa al merito.

Le divergenze sopra esposte non dovrebbero più esservi, sia perché in materia espropriativa vi è la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che quindi può ravvisare interessi legittimi senza essere smentito, sia perché l'art. 21 *septies* della legge n. 241 del 1990 ha abiurato la pseudocategoria della carenza di potere, affermando che la nullità dell'atto si ha nei casi di '*difetto assoluto di attribuzione*', cioè nel caso di scuola in cui ad esempio un provveditore agli studi ritiri una patente di guida o un funzionario di una asl emani un decreto di esproprio.

Quindi, non nullità, ma annullabilità.

E va segnalato che l'art. 133 del Codice del processo amministrativo ha ora previsto la giurisdizione esclusiva in tema di impugnazione degli atti contingibili ed urgenti, in coerenza con l'orientamento legislativo di restringere le ipotesi di giurisdizione di merito.

Altre divergenze si rinnovano periodicamente sugli atti di autotutela, quando si tratti di contributi di denaro o di sovvenzioni pubbliche.

Le Sezioni Unite e il Consiglio di Stato concordano che i dinieghi di sovvenzioni incidano su interessi legittimi.

Quando si tratta di atti di autotutela, la giurisprudenza è invece più variegata.

Vi è pure concordia sulla natura autoritativa degli atti di annullamento delle sovvenzioni, con conseguente giurisdizione amministrativa di legittimità.

Vi è invece un contrasto quando la sovvenzione è revocata o dichiarata decaduta, ad esempio perché il beneficiario non ha utilizzato la somma e si è reso inadempiente, lasciando incompiuto il capannone industriale.

I giudici amministrativi tendono a ravvisare nella revoca e nella decadenza un provvedimento autoritativo di autotutela, da motivare e da far precedere dall'avviso di avvio del procedimento, e dunque incidente su interessi legittimi.

Invece, per le Sezioni Unite – a volte seguite dalla giurisprudenza amministrativa per ragioni di riguardo istituzionale – l'accoglimento dell'istanza di sovvenzione fa sorgere un diritto, di cui conosce il giudice civile anche quando l'amministrazione ritira l'atto per inadempimento del beneficiario.

In realtà, credo che la giurisdizione amministrativa in tal caso derivi da tre distinte ragioni.

La giurisdizione amministrativa deriva in primo luogo dalla incontestabile natura autoritativa dell'atto di autotutela e in particolare della revoca o della decadenza, in secondo luogo, dalla chiara previsione dell'art. 7 del Codice del processo, sulla rilevanza dell'atto espressione di un pubblico potere e, in terzo luogo, dalla natura concessoria dell'atto di sovvenzione (espressamente affermata dall'art. 12 della legge n. 241 del 1990), sicché vi è la giurisdizione esclusiva ex art. 133 del Codice, sui rapporti di concessione di un bene pubblico (anche il denaro è un bene).

Altri contrasti riguardano la contestazione degli atti vincolati.

Talvolta la Corte di Cassazione afferma che essi incidono su diritti soggettivi.

Il Consiglio di Stato, invece, così come la Corte Costituzionale con la sentenza n. 127 del 1998, afferma che mantiene il suo carattere autoritativo e incide su un interesse legittimo quel provvedimento che dovrebbe avere uno specifico contenuto ed invece ne ha uno diverso (incide su un interesse legittimo anche l'atto di esclusione da un concorso, basata sull'erronea lettura del timbro postale di trasmissione della domanda di partecipazione).

Ma anche in tal caso la questione si potrebbe considerare superata, se si tiene conto dell'art. 31, comma 3, del Codice, che presuppone la giurisdizione amministrativa anche quando si tratti di '*attività vincolata*'.

Anche in tema di discrezionalità tecnica alcune sentenze hanno ravvisato la lesione di diritti soggettivi, ma tale orientamento non può essere condiviso, perché si tratta di atti autoritativi di esercizio del potere pubblico (sono impugnabili innanzi al giudice amministrativo l'atto di imposizione di un vincolo paesaggistico, culturale o archeologico, l'autorizzazione paesaggistica o il relativo diniego, le determinazioni delle Autorità indipendenti, l'atto con cui è respinta l'istanza di un magistrato sulla dipendenza di una sua infermità da causa di servizio).

Differenti categorie giuridiche sono state affermate anche sulla risarcibilità della lesione arrecata all'interesse legittimo.

Già si è visto come nessun codice civile europeo abbia disciplinato la responsabilità derivante dall'illegittima emanazione di un atto espressione di potere.

La Corte di Cassazione, a partire dalle note sentenze n. 500 e 501 del 1999, ha ritenuto applicabile l'art. 2043 del codice civile.

Invece, la preferibile giurisprudenza amministrativa, confortata dall'ordinanza n. 165 del 1998 e dalle sentenze n. 204 del 2004 e 191 del 2006 della Corte Costituzionale, ritiene che si tratti di una responsabilità 'amministrativa' in senso tecnico, sottoposta a peculiari regole di diritto pubblico; ciò ora è desumibile dalle fondamentali disposizioni dell'art. 30 del Codice del processo amministrativo.

La diversità dei sistemi giuridici di riferimento comporta divergenze di vedute anche sulle tecniche di tutela.

Sino alla sentenza n. 191 del 2006 della Corte Costituzionale, le Sezioni Unite hanno affermato la concorrente proponibilità di una domanda 'autonoma risarcitoria' dinanzi al giudice civile, mentre dopo tale sentenza hanno affermato che la domanda risarcitoria è sì proponibile soltanto al giudice amministrativo, ma anche prescindendo dal rispetto del termine di impugnazione dell'atto lesivo.

Invece, per il Consiglio di Stato va applicato il principio di non contraddizione (conosciuto anche nel diritto societario, associativo, condominiale e nel diritto tributario), per il quale chi non contesta entro il termine di decadenza un atto lesivo (una delibera assembleare, un licenziamento) non può poi chiedere il risarcimento dei danni derivanti dall'atto non impugnato tempestivamente.

Ora l'art. 30 del Codice del processo amministrativo non a caso ha ribadito il principio di non contraddizione, disponendo che la domanda risarcitoria possa essere proposta entro il termine di centoventi giorni, cioè quello decorso il quale l'atto lesivo diventa inoppugnabile, per decorrenza del termine per il ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Ulteriori contrasti, ora superati dallo *ius superveniens*, hanno riguardato l'impugnazione delle sanzioni pecuniarie in materia urbanistica ed edilizia.

Con la sentenza n. 18040 del 2008, le Sezioni Unite hanno affermato che vi era la giurisdizione civile, con la competenza del giudice di pace, ai sensi dell'art. 22 *bis* della legge n. 689 del 1981, come modificata dal decreto legislativo n. 507 del 1999.

Questo orientamento sembrava particolarmente opinabile e di fatto in contrasto con la quotidiana giurisprudenza amministrativa che si occupava di tali ricorsi.

Infatti, gli atti che irrogano sanzioni pecuniarie in materia urbanistica ed edilizia sono espressione di pubblici poteri e già rientravano nell'ambito di applicazione dell'art. 34 del decreto legislativo n. 80 del 1998, trasfuso nella legge del 2000.

Ma anche il richiamo all'art. 22 *bis* della legge n. 689 del 1981 non sembrava pertinente.

Infatti, vi era un'altra specifica disposizione, sulla giurisdizione esclusiva per le sanzioni pecuniarie in materia urbanistica ed edilizia, e cioè l'articolo 16 della legge n. 10 del 1977, poi abrogato dal testo unico sull'edilizia, entrato in vigore il 30 giugno 2003, ma solo perché nel frattempo si era sovrapposta la più ampia giurisdizione esclusiva prevista dalla legge n. 205 del 2000.

Dovrebbero aver chiuso ogni questione interpretativa gli articoli 7 e 133 del Codice, sul rilievo degli atti espressione del potere e dell'ambito della giurisdizione esclusiva, nonché l'art. 22 *bis* della legge n. 689 del 1981, che ha abrogato l'art. 34 del decreto legislativo n. 150 del 2011.

I giudici amministrativi possono quindi serenamente esercitare i propri poteri sui ricorsi contro le sanzioni amministrative pecuniarie in materia urbanistica ed edilizia.

Infine, richiamo un'ultima tematica, sulla tutela dei diritti fondamentali.

Alcune tendenze giurisprudenziali e dottrinali ritengono riservate al solo giudice civile le controversie sui diritti fondamentali, anche quando queste siano proposte nei confronti della pubblica amministrazione.

Alla luce dei principi costituzionali e della giurisprudenza della Corte Costituzionale, invece riterrei opportune maggiori cautele per la individuazione sia dei veri diritti fondamentali, sia del giudice che decida sulle relative pretese.

Per esigenze di sintesi, non esamino quali siano le varie classificazioni dei diritti fondamentali, effettuate da storici, filosofi, internazionalisti, costituzionalisti.

La mia ottica ora riguarda l'ordinamento nazionale, sotto il profilo delle pretese tutelabili e del riparto della giurisdizione.

Un rilievo particolare hanno i diritti fondamentali di prima generazione, quelli innati ed universali, affermatasi col giusnaturalismo (già sulla base di una intuizione di Ulpiano, del III secolo), e resi anche oggetto di tutela transnazionale.

Si tratta dei diritti inerenti alla integrità psico-fisica (al rispetto della vita, della salute, della esistenza, dell'onore e del decoro della persona) ed alle libertà individuali (quella religiosa, di pensiero, di coscienza, di espressione, di informazione).

I comportamenti che ledono tali diritti sono anche penalmente vietati e il giudice ordinario, sia in sede penale che in sede civile, conosce delle 'vie di fatto', cioè dei comportamenti illeciti, anche di appartenenti alle forze dell'ordine o in genere della pubblica amministrazione.

In realtà, la Costituzione italiana all'art. 32 definisce come fondamentale il solo diritto alla salute, ma si può condividere una nozione più ampia, per cui sono fondamentali tutti i diritti previsti da 'norme fondamentali', non solo dalla Costituzione, ma anche dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta di Nizza, che ha il medesimo valore giuridico dei trattati, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009.

Ma il diritto alla salute, così come il diritto all'istruzione, diventa 'di seconda generazione', quando non si tratta più soltanto di tutelarlo da altrui comportamenti illeciti, ma quando l'ordinamento attribuisce pretese giuridicamente tutelate a ricevere prestazioni da parte della pubblica amministrazione: in tal senso, collimano l'art. 32 della Costituzione e l'art. 35 del Trattato di Nizza, per il quale la prevenzione sanitaria e le cure mediche spettano nei soli limiti stabiliti dalle legislazioni nazionali.

Si può parlare al riguardo di diritti fondamentali 'di seconda generazione' o di diritti sociali, che riguardano la valorizzazione della persona e l'uguaglianza sostanziale, auspicata dall'art. 3, secondo comma, della Costituzione.

Si tratta di istanze ed esigenze disciplinabili dalle leggi e vi è la tutela giurisdizionale degli interessati nei confronti delle scelte politiche o amministrative effettuate dalle autorità competenti.

A volte, sussistono diritti ad ottenere somme di denaro, che per legge sono conosciuti dal giudice civile (si pensi alle controversie di natura previdenziale e assistenziale, ai sensi dell'art. 442 c.p.c.).

Altre volte, le leggi consentono di presentare una istanza, il cui accoglimento comporta la nascita del diritto di ricevere la prestazione, con un atto ampliativo della sfera giuridica del richiedente.

L'istanza talvolta dà luogo alla giurisdizione esclusiva, altre volte a quella di legittimità del giudice amministrativo.

Sussiste la giurisdizione esclusiva ad esempio quando vi sono atti in materia del pubblico servizio sanitario, all'esito di un procedimento amministrativo, per l'art. 133, comma 1, lettera b), del Codice.

In altri casi vi è la giurisdizione di legittimità.

I diritti alla tutela della salute, all'istruzione, alla casa, al lavoro, sono in realtà interessi legittimi pretensivi, quando si chieda di ricevere una 'prestazione' (ad esempio il rimborso di una spesa sostenuta per un intervento chirurgico all'estero e da porre a carico del SSN, potendo l'amministrazione esercitare la propria discrezionalità tecnica e valutare se sussista la patologia, se l'intervento sia stato necessario e se poteva essere effettuato in Italia): alla stessa istanza può seguire un diniego, purché con adeguata motivazione, basata sulla esistenza di risorse o sulla peculiarità del caso.

Allo stesso modo, sono configurabili interessi legittimi se vi sono istanze di assegnazione di case pubbliche, domande di partecipazione a concorsi pubblici di assunzione, istanze di ammissione o a corsi universitari o a classi scolastiche, o per l'assegnazione di insegnanti di sostegno.

L'amministrazione competente per legge può accogliere le istanze, sulla base delle risorse disponibili e valutando se sussistono i presupposti.

Sono convinto che, oltre ai diritti fondamentali, vi sono gli 'interessi legittimi fondamentali', per la tutela dei bisogni fondamentali, legati al progresso materiale e civile della nazione e alle risorse disponibili.

Tali risorse a volte sono direttamente fissate dalla legge, altre volte sono determinate dall'amministrazione competente per legge.

§ 3. – Il giudice degli 'interessi legittimi fondamentali'.

A questo punto, va verificato quale giudice nel nostro ordinamento abbia giurisdizione, quando si tratti della mancata soddisfazione dei bisogni essenziali.

E' agevole la soluzione.

I dinieghi che respingono le istanze sono impugnabili al giudice amministrativo, perché incidono su interessi legittimi.

Già nell'Ottocento si riteneva pacifico che non fossero configurabili posizioni di diritto, quando era emanato un atto di imperio.

Perciò fu istituita nel 1889 la Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

Anche ora si può affermare che, rispetto al provvedimento autoritativo, espressione di un pubblico potere, non vi è un diritto, ma un interesse legittimo.

Adesso questo principio è stato affermato dall'art. 7 del Codice, perfettamente conforme al principio desumibile dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 191 del 2006, per cui il giudice amministrativo è il giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica.

Specifiche considerazioni vanno svolte sul giudice che – avendo giurisdizione nel caso di mancato accoglimento delle istanze - può conseguentemente esaminare la ragionevolezza della scelta politica o amministrativa sulla quantificazione delle risorse poste a disposizione dei bisogni fondamentali.

Innanzitutto, qualora vi sia il silenzio sulla istanza, sussiste la giurisdizione amministrativa e si applica l'art. 31 del Codice del processo amministrativo.

Qualora invece l'istanza sia respinta, può accadere che tale rigetto – che incide su un interesse legittimo - dia attuazione ad una scelta di una istituzione dell'Unione Europea ovvero di una istituzione nazionale.

Se l'amministrazione respinge l'istanza in applicazione di un atto dell'Unione Europea, il giudice amministrativo – se ravvisa un vizio di quest'atto - può sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia della Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del TFUE.

Ove l'amministrazione respinga l'istanza in applicazione, invece, di una scelta di una Autorità nazionale, vanno distinte le seguenti tre ipotesi.

Se l'amministrazione respinge l'istanza in applicazione di una legge (che ad esempio riduca la spesa sanitaria, fissi tetti massimi di spesa e vieti alcune prestazioni o ne indichi la tempistica), il giudice amministrativo, se ravvisa profili di incostituzionalità, può emanare una ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale.

Se invece il provvedimento respinge l'istanza in applicazione di una legge che risulti in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, attualmente la Corte Costituzionale ravvisa la propria competenza a decidere sulla conseguente violazione dell'art. 117 della Costituzione; io invece riterrei preferibile che – come in altri sistemi europei, rispetto ai quali non può esservi uno standard inferiore di incondizionata, immediata e piena tutela – ogni giudice nazionale possa ravvisare la prevalenza della disposizione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Infine, qualora il diniego dia applicazione ad un regolamento di una autorità amministrativa o ad un atto generale (ad esempio, ad un atto regionale che abbia fissato tetti di spesa), il giudice della scelta sulle risorse è esclusivamente il giudice amministrativo, che può annullare il regolamento e l'atto applicativo, ove questi risultino in contrasto con una fonte superiore.

Ritengo dunque doverose le seguenti conclusioni.

Per i diritti fondamentali di prima generazione (quelli incondizionati, sulla tutela della vita, dell'integrità e dell'esistenza della persona), le relative lesioni sono conosciute dal giudice penale e da quello civile.

Quando si tratti di diritti fondamentali o sociali di seconda generazione, cioè delle pretese connesse a bisogni essenziali, l'ordinamento prevede che vari giudici conoscano dei dinieghi e accertino se siano state rispettate le fonti superiori.

Il giudice civile (col rito del lavoro) decide le controversie previdenziali e quelle assistenziali (e potrebbe sollevare questioni di costituzionalità sulle leggi che riducano le prestazioni erogabili in misura la cui intollerabilità può essere decisa solo dalla Corte Costituzionale).

Il giudice amministrativo decide le controversie quando l'amministrazione è silente o respinge una istanza attinente ad un interesse legittimo pretensivo, cioè a una pretesa connessa a bisogni essenziali su cui si esprime un atto autoritativo.

In sede di impugnazione di tale atto, il giudice amministrativo può valutare la legittimità dei regolamenti e degli atti generali con cui l'amministrazione abbia effettuato le valutazioni consentite dalla legge, ovvero può sollevare la questione di legittimità costituzionale della legge applicata col rigetto della istanza.

Ciò che importa è il rispetto delle regole sulla sindacabilità delle scelte politiche o amministrative relative all'utilizzo delle risorse finanziarie e patrimoniali.

Tali risorse vanno gestite con ragionevolezza e senza ingiustificate disparità di trattamento.

In caso contrario, l'ordinamento consente la rimozione degli atti di scelta sull'utilizzo delle risorse, o da parte della Corte Costituzionale, se si tratta di leggi, o da parte del giudice amministrativo, se si tratta di regolamenti amministrativi o di atti generali.

§ 4. L'ambito di applicazione dell'art. 111, ottavo comma, della Costituzione e l'esigenza di tenere conto dei lavori della Assemblea Costituente

Passo ora alle conclusioni sul riparto della giurisdizione, che posso ottimisticamente formulare, auspicando che le Sezioni Unite tengano conto della bontà delle ragioni che il Consiglio di Stato ed i TAR pongono a base delle sentenze che ravvisano la propria giurisdizione.

Due auspici, uno sulla puntuale applicazione dell'art. 111, ottavo comma, della Costituzione, l'altro sul rigoroso rispetto delle leggi sul riparto della giurisdizione.

Il primo auspicio è che le Sezioni Unite – quando sussiste la giurisdizione amministrativa di legittimità, di merito o esclusiva – non intendano sindacare le modalità di esercizio di tale giurisdizione, eccedendo i poteri attribuiti dall'art. 111, ottavo comma, della Costituzione.

Per una consolidata giurisprudenza, riportata nei manuali universitari, le Sezioni Unite possono verificare il rispetto dei limiti 'esterni' della giurisdizione, e cioè possono annullare la sentenza del Consiglio di Stato solo quando abbia deciso la controversia spettante alla giurisdizione del giudice civile, contabile o speciale, ovvero abbia esercitato una giurisdizione di merito quando sussista solo quella di legittimità.

Invece, le Sezioni Unite non possono sindacare i cd limiti interni della giurisdizione, e cioè sindacare come la causa sia stata decisa, anche per i suoi profili processuali.

Talvolta, le Sezioni Unite hanno sindacato i cd limiti interni della giurisdizione, al di là di quanto consentito dall'art. 111, ottavo comma: basti pensare alle celebri, ma da me non condivise, sentenze n. 30254 del 2008 e n. 736 del 2012.

Sul punto, sono certo che si tratta di orientamenti minoritari e da considerare isolati.

E' stata molto chiara la Corte Costituzionale, con la già citata sentenza n. 77 del 2007, al § 7, nell'affermare che – quando sussiste la giurisdizione amministrativa, anche esclusiva – la Corte di Cassazione non può vincolare il Consiglio di Stato “sotto alcun profilo quanto al contenuto, di merito o di rito” della sua decisione: quando vi è la giurisdizione amministrativa, senza eccezione alcuna il Consiglio di Stato è la giurisdizione superiore avente la funzione di nomofilachia.

Alle osservazioni della Corte Costituzionale ne aggiungerei altre, basate sul decisivo rilievo dei lavori dell'Assemblea Costituente.

L'Assemblea Costituente ha attribuito alla Corte di Cassazione il potere di decidere le questioni di giurisdizione, dopo analitiche discussioni della legislazione ordinaria sui rapporti tra la stessa Corte ed il Consiglio di Stato.

Era infatti vigente l'art. 48 del t.u. 1054 del 1924 (riproduttivo sul punto dell'art. 40 del testo unico n. 638 del 1907), per il quale la Corte di Cassazione può annullare le sentenze del Consiglio di Stato “*soltanto per assoluto difetto di giurisdizione*”: l'art. 48 è ancora in vigore ed ancora va applicato dalla Corte di Cassazione.

La disposizione dell'art. 111, ottavo comma, contiene una norma 'dinamica', da leggere unitamente all'art. 103 della Costituzione: l'Assemblea Costituente, nel consentire al legislatore ordinario l'introduzione di ulteriori casi di giurisdizione esclusiva, ha previsto senza eccezioni la regola sulla limitata impugnabilità delle decisioni del Consiglio di Stato, per i soli motivi inerenti alla giurisdizione (ovvero soltanto per assoluto difetto di giurisdizione).

In altri termini, la Costituzione consente che la legge ordinaria, nel prevedere la giurisdizione esclusiva sulle controversie riguardanti diritti, incida anche sulla giurisdizione superiore avente la funzione nomofilattica nella relativa materia.

Ove le Sezioni Unite intendano dunque sindacare le sentenze del Consiglio di Stato al di là di quanto consentito dall'art. 48, mi sembrerebbe necessario un 'passaggio intermedio', e cioè una sentenza di incostituzionalità della medesima disposizione (sentenza che ritengo molto improbabile, proprio perché l'art. 48 è stato il fulcro del dibattito svolto presso l'Assemblea Costituente e la base della sua scelta istituzionale).

Condivido pienamente quanto autorevolmente affermato dal Primo Presidente della Corte di Cassazione nel corso dell'incontro di studio svoltosi il 29 settembre 2010 (il cui resoconto è stato pubblicato a cura dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte Suprema): una disposizione riguardante il riparto della giurisdizione va interpretata nel suo chiaro significato testuale e va dunque applicata, salva la possibilità di sollevare una questione di costituzionalità, ove ve ne siano i relativi presupposti.

Le Sezioni Unite, in altri termini, non possono sostituirsi alla Corte Costituzionale, sulla base di una interpretazione 'costituzionalmente orientata', in realtà contrastante col dato testuale della legge (addirittura quando essa sia stata ritenuta conforme alla Costituzione dalla stessa Corte Costituzionale o preventivamente, addirittura, dalla Assemblea Costituente).

Il secondo auspicio riguarda il rispetto istituzionale che compete al Consiglio di Stato nel sistema costituzionale.

Rilevano in particolare gli articoli 103, 135 e 111.

Per l'articolo 103, la tutela degli interessi legittimi spetta alla giurisdizione amministrativa.

Perciò risulta addirittura costituzionalmente imposta la scelta della legge che ha attribuito in via esclusiva alla giurisdizione amministrativa le domande risarcitorie nel caso di lesione di interessi legittimi.

Questi hanno ottenuto la tutela d'annullamento con la riforma del 1889 e poi la tutela risarcitoria con le prima richiamate riforme realizzatesi tra il 1992 ed il 2000.

Quanto all'articolo 135 Cost., sia la Corte di Cassazione che il Consiglio di Stato sono '*giurisdizioni superiori*', nel senso che vanno considerati come organi istituzionali equivalenti, di vertice delle due giurisdizioni.

Anche l'art. 135 corrobora il principio – ribadito dalla Corte Costituzionale – per cui la Corte di Cassazione non può sindacare le modalità con cui il Consiglio di Stato eserciti la giurisdizione attribuitagli dalla legge.

Quanto all'art. 111, ottavo comma, auspico vivamente che le Sezioni Unite – qui autorevolmente rappresentate – esercitino le proprie funzioni tenendo sempre presenti le pagine dei lavori della Assemblea Costituente (da A.C. 2562 a 2594).

Sono passati 121 anni dal caso *Laurens*, in cui le Sezioni Unite nel 1891 ritennero che un armatore navale non potesse chiedere l'annullamento di un ordine ministeriale che vietava di utilizzare una propria nave.

Sono passati 115 anni dal caso *Trezza*, in cui le Sezioni Unite nel 1897 affermarono che il secondo classificatosi in una gara d'appalto non potesse impugnare l'atto di aggiudicazione.

E sono passati 81 anni dal caso delle Terme Stabiane, in cui le Sezioni Unite ritennero che l'aggiudicatario di una gara d'appalto non potesse chiedere l'annullamento dell'atto governativo che aveva rimosso gli atti di gara.

E altre recenti sentenze delle Sezioni Unite, come si è ricordato, hanno annullato sentenze del Consiglio di Stato per quelli che sono i cd limiti interni della giurisdizione.

Al riguardo, un ex Presidente della Corte Costituzionale (il Caianiello) ha sostenuto nel suo Manuale che le sentenze delle Sezioni Unite sarebbero nulle ed inefficaci per carenza di potere, quando annullino le sentenze del Consiglio di Stato al di là dei limiti previsti dall'art. 111, ottavo comma.

Personalmente, ritengo preferibile sostenere invece che il Consiglio di Stato possa sollevare un conflitto di attribuzione innanzi alla Corte Costituzionale, che nel disegno costituzionale è la sede naturale dove vanno decisi i conflitti tra gli organi le cui funzioni sono salvaguardate dalla Costituzione.

Certo, non auspico che si verifichino i presupposti di un così grave conflitto, ma è certo che la Costituzione non ammette 'zone franche', perché tutti, proprio tutti, devono attenersi ai propri poteri come delineati dalla Carta Fondamentale.

Ancora personalmente, ritengo che da tempo sia giunto il momento di una riforma costituzionale che istituisca un Tribunale dei conflitti a composizione mista.

Una commissione governativa nel 1907 ritenne che i tempi non erano ancora maturi, perché allora non tutti riconoscevano la natura giurisdizionale della Sez. IV del Consiglio di Stato.

Ora nel disegno costituzionale risulta in modo chiaro l'unità funzionale della giurisdizione e pertanto non sussistono più ostacoli alla istituzione di tale Corte.

Come è noto, in Francia le questioni di giurisdizione sono decise dal 1872 dal Tribunale dei Conflitti, con una composizione paritaria di magistrati della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato e col potere del Ministro della giustizia di decidere nel caso di parità di voti (così i magistrati sono stimolati a trovare soluzioni condivise).

Grazie alla istituzione del Tribunale dei Conflitti, in Francia si è formata una giurisprudenza stabile e da tutti condivisa: dal 1872, solo in dodici casi vi sono state soluzioni 'a maggioranza'.

In attesa di una riforma costituzionale, auspicherei che una legge ordinaria integri le Sezioni Unite con due componenti del Consiglio di Stato quando si tratti di questioni di giurisdizione riguardanti tale Istituto: in tal modo, si avrebbe una circolazione di idee e una collaborazione istituzionale che gioverebbero alla certezza del diritto, alla ragionevole durata dei processi, alla effettività della tutela.

Sin dalla fine dell'Ottocento, i giudici amministrativi hanno elaborato regole e istituti che realizzato l'effettività della tutela.

La mia impressione è che talvolta le incomprensioni o la mancanza di dialogo tra i giudici civili e quelli amministrativi derivino dalla assenza di meccanismi istituzionali che consentano la piena collaborazione tra le Istituzioni e la convergenza sulle categorie giuridiche rilevanti.

In attesa di riforme sulla istituzione del Tribunale dei Conflitti o sulla integrazione – con legge ordinaria – dei collegi delle Sezioni Unite, ben vengano questi convegni, utili per uno scambio di punti di vista e per conoscere meglio le diverse reciproche posizioni.

In ogni caso, affinché nel frattempo si formi una giurisprudenza per quanto possibile stabile e condivisa sui criteri di riparto, riterrei indispensabile che tutti abbiano come punti di riferimento i lavori della Assemblea Costituente e le sentenze della Corte Costituzionale.

Soltanto quando ci sarà tale condivisione il dibattito potrà incentrarsi sulle due tematiche che – consentitemi - più mi stanno a cuore, e cioè sulla effettività della tutela delle posizioni salvaguardate dalle regole sostanziali e sulla ragionevole durata del processo.

E soltanto quando si realizzerà tale condivisione si potrà tendere all'effettivo conseguimento dei valori per i quali noi tutti siamo qui, e cioè potrà aversi l'effettività della tutela di chi sia leso da atti o comportamenti della pubblica amministrazione, e, dunque, un sistema di giustizia amministrativa che reprima le illegalità e che contenga regole addirittura idonee a prevenire gli illeciti e a farli diventare rare eccezioni.