

**Un passo avanti e uno indietro:  
I giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti**

(nota a margine di Corte Cost. n. 204 del 2004)

di Maria Alessandra Sandulli

(in corso di pubblicazione su "Rivista giuridica dell'edilizia", n. 4/2004)

1. Il titolo scelto da Giampaolo Rossiper il suo commento a prima lettura sulla rivista "Servizi pubblici e appalti" è particolarmente felice nel centrare il fulcro della pronuncia: Con una sentenza indubbiamente "epocale", la Corte Costituzionale ha riscritto i criteri del riparto di giurisdizioni tra giudice ordinario e giudice amministrativo mettendo, almeno per ora, la parola "fine" ad ogni velleità di riparto per "blocchi di materie". Tra i numerosissimi commenti di cui è stata immediatamente oggetto, anche sulle riviste on-line, particolarmente felice è apparso a chi scrive, uno dei titoli scelti: "Il vecchio interesse legittimo ringrazia la Corte Costituzionale" (G.P. Rossi, in *Servizi pubblici e appalti*, 3/2004). È vero: la sentenza ha soprattutto l'indubitabile pregio di riaffermare il ruolo proprio ed importantissimo del giudice amministrativo, sottolineando come quest'ultimo, introdotto dalla legge Crispi del 1889 a colmare il ruolo vuoto di tutela lasciato dalla legge di abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo (la notissima l. 20 marzo 1865 n.2248 all E), come rilevato in sede costituente dalle parole del Sen. Bozzi testualmente riportate dalla Consulta, "non ha mai tolto nulla al giudice ordinario" in quanto, si riportano questa volta le parole di G. Leone, la giurisdizione amministrativa è nata "non come usurpazione al giudice ordinario di particolari attribuzioni, ma come conquista di una tutela giurisdizionale da parte del cittadino nei confronti della p.A." (G. Leone).

Opportunamente smentendo ogni più recente tendenza a "svalutare" la posizione del giudice amministrativo nel quadro del sistema, la Corte evidenzia che il Costituente ha riconosciuto al medesimo "piena dignità di giudice ordinario per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dal (modo in cui era stato inteso) l'art. 2 della legge del 1865".

Ed a questa "piena dignità" si correla anche quell'evidente esigenza di "piena effettività" che legittima ed anzi rende opportuno, nel quadro costituzionale (e comunitario), l'affidamento allo stesso giudice anche dalla tutela risarcitoria (cfr. sul punto da ultimo il recentissimo saggio di G. Abbamonte, "Attualità e prospettive di riforma del processo amministrativo", in *Dir. proc. amm.* 2004, 335).

La Corte rigetta quindi, dichiarandone l'infondatezza, la questione di legittimità delle norme (art. 7 della l. 205 del 2000 nella parte in cui - lett. c - sostituisce l'art 35 del d. lgs. n. 80 del 1998) che attribuiscono al giudice amministrativo la competenza a conoscere anche dell'azione di risarcimento del danno che, lungi dal costruire una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, costituisce un "ulteriore strumento di tutela, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo) da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della p.A.": tecnica di tutela, dunque, che, come tale, segue la giurisdizione della posizione soggettiva vantata nel giudizio principale e dunque, se questa spetta al giudice amministrativo, rientra nel potere decisorio di quest'ultimo giudice, a nulla rilevando il carattere (di sindacato di legittimità o di sindacato esclusivo) della giurisdizione sulla questione principale. La decisione risponde alla migliore chiave di lettura dell'art 24 Cost., in coerenza anche con i principi di effettività della tutela sempre più strenuamente affermati anche in ambito comunitario. A questo riguardo, oltre al recentissimo Progetto di Costituzione europea approvato il 18 giugno (art. 47), si segnala l'importantissima ordinanza della Corte di Giustizia del 29 aprile scorso, in causa C 202/03, (in *Foro Amministrativo - TAR* 2004, fasc.5..., con ampia nota ricostruttiva di R. Leonardi) che, confermando la posizione già assunta nei confronti dell'ordinamento spagnolo nella sentenza 15 maggio 2003, in causa C 214/00, dichiara l'incompatibilità comunitaria del nostro sistema di giustizia amministrativa, nella parte in cui non prevede una tutela cautelare indipendente dall'instaurazione di un giudizio di merito anche nei confronti degli atti amministrativi lesivi di interessi legittimi. Dopo anni di dibattito, solo in parte sopito dall'introduzione del decreto cautelare presidenziale ad opera della l.205 del 2000, si apre così definitivamente la strada alla tutela d'urgenza *ante causam* anche nel processo amministrativo (si veda peraltro già TAR Lazio, Sez. III ter, 30 luglio 2004 n.7750, in corso di pubblicazione su *Foro Amministrativo - TAR* 2004, con nota di M. Martinelli, che ne esclude l'applicazione fuori dai

giudizi su materie di rilevanza comunitaria).

E non è forse soltanto un caso che, nello stesso torno di tempo, la Consulta riaffermi la "pienezza" degli strumenti di tutela posti a disposizione del giudice amministrativo anche in ordine alla riparazione del torto arrecato nell'esercizio della funzione amministrativa.

La sentenza non affronta peraltro, si badi, l'arduo ed ormai annoso problema della cd pregiudiziale di annullamento dell'atto amministrativo come condizione per l'accesso alla tutela risarcitoria, che resta quindi (per il momento) rimessa al dibattito Cassazione- Consiglio di Stato (dopo la notissima sentenza 500 del 1999, con cui, le Sezioni Unite della Corte regolatrice escludono la necessità di tale pregiudiziale, intervenuta la riforma del 2000, entrambi i giudici ne affermano invece allo stato la necessità: cfr. Cons. Stato, ad plen., ... 2003 n.4 e Cass., Sez. II, 27 marzo 2003 n.4538. Si vedano peraltro, nuovamente in senso contrario, la stessa Cass., Sez. lav., 13 aprile 2004 n. 7043 e TAR Marche, 23 febbraio 2004 n.67).

Anche se l'attenzione posta dalla pronuncia all'effettività della tutela potrebbe, a prima lettura, far pensare ad una presumibile evoluzione del sistema verso la scomparsa di tale pregiudiziale, a parere di chi scrive non si deve, a tale riguardo, trascurare il ruolo che, tra i contrapposti interessi da valutare, assume quello, - generale, - dell'amministrazione - e della collettività i cui interessi la prima mira a curare - alla certezza dei rapporti e al rispetto della legalità sostanziale, che impongono una tutela che sia prima di tutto demolitoria e/o conformativa e solo in subordine risarcitoria (mi si consenta sul punto di rinviare a quanto da ultimo osservato, ribadendo peraltro una posizione già precedentemente espressa in vari scritti, in *Buona amministrazione e Costituzione europea, Relazione al Convegno su Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, Roma, 13 febbraio 2004, in *Atti*, in corso di pubblicazione; analogamente, E.M. Barbieri, *Considerazioni sul processo amministrativo e sulla tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm.* 2000. Si veda anche, significativamente, Corte di Giustizia 7 gennaio 2004, in C-201/02). La Corte ha giustamente ricordato come il ruolo del giudice amministrativo sia quello di assicurare giustizia "nell'amministrazione" ed è proprio in questo ruolo che all'evidenza tale giudice si distingue e si caratterizza rispetto a quello ordinario: il giudice amministrativo, pur con i limiti del giudizio di parti (cui è sotteso il generale principio dell'interesse al ricorso) deve prima di tutto assicurare che la correzione della "cattiva amministrazione" a garanzia non soltanto del ricorrente particolare, ma anche dell'intera collettività e soltanto quando tale garanzia si rilevi ormai in fatto non più possibile od eccessivamente gravosa per l'interesse pubblico, trovare un rimedio alternativo come quello risarcitorio. Consentire al privato di "scegliere" tra agire contro un atto illegittimo (in modo da garantire la giustizia nell'amministrazione da parte del giudice di legittimità) o lasciarlo diventare inoppugnabile per ottenere poi il risarcimento del danno subito, esporrebbe la collettività a l doppio danno della permanenza in vita di un atto illegittimo e della spesa per il risarcimento: ciò che, evidentemente, non si può chiamare "giustizia nell'amministrazione".

2. Il surricordato titolo di scelto da Giampaolo Rossi si adatta assai bene anche alla seconda - e centrale - parte della pronuncia in commento, in relazione alla quale, altrettanto (purtroppo) felicemente, Aristide Police ha intitolato le sue riflessioni (in corso di pubblicazione sul *Giornale di dir. amm.*), *"La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non più esclusiva"*.

Giustamente attenta al limite delle "particolari materie" fissato dall'art.103 Cost. alla possibile estensione della giurisdizione amministrativa alla tutela dei diritti (sulla "storia" della giurisdizione amministrativa non si può non segnalare l'importante saggio di Alberto Romano, in *Dir proc. amm.* 2/2004, "La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948") la Corte dimostra invero estremo rigore e "severità" nella estensione della giurisdizione esclusiva del complesso TAR-Consiglio di Stato, negando che nell'ambito delle "particolari materie", possano *in toto* rientrare i settori dei servizi pubblici e dell'urbanistica ed edilizia.

Di conseguenza, per la parte che interessa questa Rivista, i giudici della Consulta dichiarano l'illegittimità costituzionale dell'art 7 lett b l. 205 (sostitutivo dell'art 34, 1° co d. lg. 80 del 1998, a sua volta, peraltro, dichiarato incostituzionale per eccesso di delega dalla successiva sent. 281, in corso di pubblicazione sul prossimo fasc. 5 di quest'anno questa Rivista, con nota di A.Police), nella parte in cui affida alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche i "comportamenti" delle p.A. e dei soggetti ad esse equiparati in materia urbanistica ed edilizia, in quanto comprendendo oltre agli "atti e provvedimenti" attraverso i quali le p.A. svolgono le loro funzioni pubblicistiche in materia, anche i meri "comportamenti", la norma "la estende a controversie nelle quali la pubblica Amministrazione non esercita, nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti privatistici, alcun potere" (sic!).

In altre parole - e la lettura è confermata dalla premessa da cui muove la sentenza sul punto della giurisdizione

esclusiva, - per la Corte quest'ultima è costituzionale soltanto quando ..."*la p.A. agisca come autorità nei confronti della quale è accordata tutela davanti al giudice amministrativo*". Ogni eventuale (ma onestamente ottimistico) residuo dubbio sulla reale portata di tale proposizione è poi cancellato dal successivo passaggio nel quale la Corte testualmente afferma che "*Il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della g.e. purché lo faccia con riferimento a materie (in tal senso particolari) che, in assenza di tale previsione competerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, alla giurisdizione generale di legittimità*".

Orbene, dal momento che tradizionalmente quando l'Amministrazione agisce in veste autoritativa (nell'esercizio di un potere conferitole dalla legge) la situazione soggettiva che vi si correla non è un diritto soggettivo, ma un mero interesse legittimo, sul quale infatti il giudice amministrativo esercita il suo sindacato generale (e a questo punto "*pieno*") di legittimità, la conclusione che si trae dagli anzidetti passaggi della sentenza in commento è che... la giurisdizione esclusiva è costituzionale quando ..... non si estende ai diritti soggettivi! Se l'art.103 non facesse espresso riferimento al sindacato sui diritti, la sentenza potrebbe essere letta nel senso dell'accoglimento di una nuova e diversa nozione di "*giurisdizione esclusiva*", più prossima alla "*giurisdizione estesa al merito*" e il ragionamento potrebbe essere considerato il logico sviluppo della "*storia*" di queste ultime (per la quale si rinvia ancora una volta alla lucida ricostruzione di Alberto Romano), ma, se il legislatore ordinario parla genericamente di "giurisdizione esclusiva", la Costituzione parla proprio di "*diritti*", che però, tradizionalmente e pacificamente, finiscono laddove inizia il potere. Sicché la sintesi della pronuncia in commento appare, come tristemente denunciato rilevato anche da altri commentatori (oltre a Police, cit.al surrichiamato scritto di Police, mi riferisco al commento a prima lettura di G.Stancanelli su [www.giustamm.it/new](http://www.giustamm.it/new)), la negazione stessa della giurisdizione sui diritti pur prevista dall'art. 103 Cost.

Chi, come chi scrive, ha piena fiducia nell'operato della Corte, non può che auspicare un chiarimento, in qualunque forma esso avvenga, della ricostruzione del sistema che, all'apparenza, risulta dalla sentenza 204.

3. Per l'intanto, *rebus sic stantibus*, occorre guardare alle conseguenze concrete della pronuncia, non senza considerare in via primaria che, alla luce proprio del ragionamento svolto dai giudici costituzionale e dell'accento da essi posto sull'autorità /potere, nella dichiarazione di incostituzionalità pronunciata per i comportamenti devono ritenersi compresi anche tutti gli atti (penso ad es. ai certificati di destinazione urbanistica) che, per non essere espressione di un potere autoritativo, non rientrerebbero nella giurisdizione generale di legittimità. Una diversa interpretazione sarebbe per vero difficilmente conciliabile con la dichiarazione di incostituzionalità della giurisdizione esclusiva sui "*comportamenti*" in ragione del carattere "*non particolare*" della materia: se l' "*urbanistica ed edilizia*" non può essere considerata una particolare materia (e ciò a prescindere dalla ragione per cui la Corte è giunta a tale conclusione), non lo è per i comportamenti, ma non lo è neppure per gli atti, che, di conseguenza, se non costituiscono espressione di potere autoritativo, non si sottraggono alla giurisdizione generale del giudice ordinario.

Quali sono dunque, a prima lettura, gli effetti della pronuncia sui punti attualmente oggetto di maggior dibattito sull'ambito della tutela giurisdizionale in materia urbanistica ed edilizia?

E' superato innanzitutto ogni dubbio sulla giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle questioni in tema di altezze e distanze, atteso che, come noto, i provvedimenti di autorizzazione a costruire non sono in ogni caso idonei ad incidere sui diritti soggettivi dei terzi confinanti.

Più in generale, l'assimilazione degli atti nulli e/o emanati in carenza di potere ai meri comportamenti ne rende facile la sottrazione al giudice amministrativo.

L'attenzione si concentra prevedibilmente a questo punto sulla c.d. accessione invertita per effetto di occupazione illegittima (c.d. usurpativa) o non seguita da tempestivo decreto di esproprio (c.d. acquisitiva).

Nel primo caso l'effetto acquisitivo derivante dalla realizzazione dell'opera trae comunque la sua fonte da un potere, ancorché illegittimamente esercitato, con la conseguenza che la decisione sulla restituzione del bene o sul risarcimento, come in quanto consequenziale all'annullamento della dichiarazione di p.u. o dell'atto di occupazione, dovrebbe ricadere nella giurisdizione del giudice amministrativo (ma si veda, in senso diverso, Cass. SS.UU., 6 giugno 2003 n.9139, in questa Rivista, *supra*, 889 e, da ultimo, 9 giugno 2004 n. 10978, ined.).

Di contro, nell'ipotesi di occupazione legittima, ma non seguita nei termini dal decreto di esproprio, l'effetto acquisitivo prescinde da un "*atto o provvedimento*" della pA e anzi discende da un "*comportamento*" inerte della stessa in ordine alla successiva adozione di un provvedimento definitivo di acquisizione (decreto di esproprio). Con la conseguenza che

il giudizio sulla restituzione del bene o sul risarcimento per equivalente dello stesso, non implicando alcun sindacato sull'esercizio del potere, dovrebbe rientrare a pieno titolo nella esclusiva competenza del g.o..

Altro, non indifferente, problema sorge nei confronti dell'inerzia della pA in sede di controllo sulla DIA: la possibilità (pur affermata soltanto da una parte della giurisprudenza) di ricorrere in via diretta contro il comportamento inerte della p.A. contro l'illecito utilizzo della DIA era l'unico modo per evitare la più lunga strada del giudizio sul silenzio ex art. 21 bis l. 205 del 2000 (che, almeno allo stato, presuppone la previa diffida all'Amministrazione e non sembra lasciare spazi ad una tutela cautelare).

Come chi scrive ebbe già a suggerire in un precedente scritto sull'argomento (*Denuncia di inizio attività*, in questa *Rivista, supra*, II, 121), il problema potrebbe peraltro essere a questo punto parzialmente ridimensionato considerando che la decisione sul dovere di esercizio dei poteri repressivi, a differenza delle altre pronunce sul silenzio, si sostanzia in una decisione sull'esistenza dell'abuso (posto che in assenza di questo non vi sarebbe un dovere di provvedere in via sanzionatoria) e si traduce quindi nel riconoscimento della pretesa sostanziale imponendo così all'Amministrazione di darvi concreta soddisfazione.

Non vi sono invero dubbi circa la perdurante azionabilità davanti al giudice amministrativo del rito speciale sul silenzio introdotto dal citato art.21 bis contro l'inerzia serbata, in questo o in altri casi, dalla p.A. in ordine all'esercizio di un potere-dovere (nel senso che il potere di repressione degli abusi edilizi non sarebbe però anche un "dovere" legittimante all'azione ex art.21 bis v. però l'ultimo scritto di P.del compianto Pietro Virga, "*E' sindacabile il mancato esercizio del potere di vigilanza edilizia?*", in *Dir. proc. amm.*, 2004, 443 ss.)

I problemi sopra accennati in ordine alla distinzione tra atti autoritativi e non si riflettono piuttosto sul giudice competente in materia di gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica: quando essa esuli dall'esercizio di poteri autoritativi, non sembra si possa ormai disconoscere la giurisdizione del giudice ordinario.

La distinzione sembra poi destinata ad assumere la massima importanza, confermando al tempo stesso il suo rilievo determinante ai fini di cui ci si occupa, nel nuovo progetto di riforma della l.241 del 1990, che, nell'ultima versione approvata dal Senato all'art.1 del testo approvato lo scorso luglio dal Senato, recita: "*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*" (art. 1 DDL 1281-B, approvato dalla 1ª Commissione permanente il 21 luglio 2004, con modificazioni).

La certezza sulla giurisdizione è quindi ancora lontana dall'essere una realtà e ciò renderebbe ancora più importante ribadire l'obbligo della p.A. di indicare nei propri atti le forme e i tempi della loro contestazione, sanzionandone l'omissione o quanto meno espressamente correlandovi il riconoscimento dell'errore scusabile nella scelta del giudice o la mancata decadenza dall'azione giurisdizionale non intrapresa per erronea individuazione del giudice competente. Dovrebbe, almeno, essere comunque questa la sorte dei giudizi instaurati davanti al g.a. ai sensi dell'art.34 d.lgs. 80 del 1998 e dell'art.7 co.1, lett.b della l.205, ora dichiarati incostituzionali rispettivamente dalla sent. 281 e dalla sent. 204, e dunque non "coperti" dalla regola della *perpetuatio jurisdictionis* dell'art.5 c.p.c. (cfr. B. sul punto il commento di Bruno Sassani, *Costituzione e giurisdizione esclusiva: riflessioni a caldo su una sentenza storica*, in [www.giustamm.it/new](http://www.giustamm.it/new)).