

31 marzo 2008

La Costituzione ha 60 anni: la giurisdizione nel quadro costituzionale*

di Franco Bile

1. – Sulla tendenziale unitarietà della giurisdizione. 2. – Unitarietà del sindacato sulla giurisdizione. 3. – Giudice ordinario e giudice amministrativo. 4. – Limiti all'ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004. 5. – (segue) Ulteriori sviluppi della giurisprudenza costituzionale. 6. – La *translatio iudicii*.

1. – Sulla tendenziale unitarietà della giurisdizione. La previsione di una Carta dei diritti, che attribuisca ad essi una garanzia costituzionale, implica la necessaria esistenza di un giudice che, esercitando la “giurisdizione”, quei diritti riconosca e tuteli ove siano violati o posti in discussione.

Infatti nella nostra Costituzione il riferimento alla giurisdizione è centrale e ripetuto, a cominciare dalla solenne proclamazione dell'art. 24, primo comma, per cui “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”, ossia per la tutela di qualsiasi posizione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento. La facoltà di agire e difendersi davanti ad un giudice – in tal modo chiamato ad esercitare la “giurisdizione” (il terzo comma dell'art. 24 della Costituzione espressamente si riferisce alla “giurisdizione”) – è un diritto fondamentale, modulabile sì dalla legge del processo, ma insopprimibile; ne consegue che il legislatore ordinario non può escludere questa facoltà (ad esempio, prevedendo una fattispecie di arbitrato obbligatorio: C. Cost. n. 221 del 2005) senza violare il precetto dell'art. 24 della Costituzione

L'indefettibilità della giurisdizione, valore acquisito e condiviso, si coniuga con la sua unitarietà.

Qui viene in gioco un altro principio fondamentale, che costituisce l'architrave portante della nostra Costituzione ed in genere delle Costituzioni moderne: il principio di eguaglianza (art. 3 della Costituzione), figlio dell'art. 1 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Se il legislatore ordinario non può sottoporre situazioni giuridiche tutelate (i “diritti e interessi legittimi” cui fa riferimento l'art. 24 della Costituzione) a discipline ingiustificatamente differenziate, analogamente la giurisdizione che somministra concreta tutela a tali situazioni non può che esplicarsi con lo stesso metro di giudizio per tutti. La giurisprudenza costituzionale (C. Cost. n. 51 del 1998) ha più volte ribadito che il principio di imparzialità della giurisdizione “ha pieno valore costituzionale con riferimento a qualunque tipo di processo” (così anche C. Cost. n. 326 del 1997).

Combinando il principio della tutela giurisdizionale (art. 24 della Costituzione) con quello di eguaglianza (art. 3 della Costituzione), può dirsi che tutti possono adire il giudice, che sarà chiamato ad esercitare la giurisdizione nei riguardi di chiunque “senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”. E’ questo il principio dell’unitarietà della giurisdizione, il cui precitato normativo – nell’attuale assetto costituzionale – si rinviene nell’art. 102 della Costituzione. Siffatta norma pone al primo comma la regola generale per cui “la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull’ordinamento giudiziario”, e la rafforza al secondo comma prevedendo che “non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali”.

Quindi il giudice è essenzialmente il giudice ordinario, anche se, per ragioni storiche, ad esso si affiancano giudici speciali e anzitutto il giudice amministrativo (art. 103 della Costituzione); e quando sono in gioco diritti e interessi legittimi lesi da atti della pubblica amministrazione la tutela giurisdizionale è apprestata dagli organi di “giurisdizione ordinaria” o da quelli di giurisdizione amministrativa (art. 113 della Costituzione).

Sicché il principio dell’unitarietà della giurisdizione risulta – dal plesso delle norme costituzionali appena evocate – predicabile più come canone tendenziale che come precetto assoluto.

2. – Unitarietà del sindacato sulla giurisdizione. A sessanta anni dall’entrata in vigore della Costituzione si può ben ricordare che inizialmente i padri costituenti avevano in animo di dare a tale principio una più estesa attuazione. Si consideri infatti la formulazione dell’art. 102 del Progetto dei settantacinque: “Contro le sentenze o le decisioni pronunciate dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali è sempre ammesso il ricorso per cassazione secondo le norme di legge”; e si ricordi anche, a cinquanta anni da quella data, l’art. 120 del progetto di legge costituzionale di revisione della parte seconda della Costituzione del 1997, secondo il quale “la funzione giurisdizionale è unitaria”.

La ricordata formulazione dell’art. 102 del Progetto coniugava il principio dell’unitarietà della giurisdizione (risalente allo Stato liberale, cui era ispirata la legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, abolitiva del contenzioso amministrativo) con l’esigenza di non disperdere l’esperienza di un giudice specializzato, quale appunto era il giudice amministrativo, risalente alla legge 31 marzo 1889, n. 5992, cui si assegna la paternità del sistema della doppia giurisdizione, ordinaria ed amministrativa, tuttora vigente.

Come è noto, nell’Assemblea Costituente prevalse invece una tesi diversa, trasfusa poi nella formulazione dell’art. 111 della Costituzione: da un lato si è previsto (primo comma del testo originario, settimo del testo attuale) che “contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge”; d’altro lato si è prescritto (al comma successivo) che “contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”.

Pertanto l’unitarietà della giurisdizione può dirsi pienamente realizzata solo per quanto concerne il giudice che la regola. La previsione di un ricorso ad un unico giudice (la Corte di cassazione) per denunciare motivi di doglianza “inerenti alla giurisdizione” nei confronti di qualsiasi giudice, ordinario o speciale, assicura infatti l’unitarietà della giurisdizione circa la questione (assolutamente pregiudiziale) se il giudice adito per la tutela di situazioni giuridiche asseritamente lese sia abilitato a rendere la pronuncia richiesta, cioè se sia o non sia fornito di “giurisdizione”.

La Corte costituzionale ha più volte riconosciuto alla Corte di cassazione questo ruolo unificante della giurisdizione, che viene prima e si affianca a quello di nomofilachia [\[1\]](#). Invece “l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge” (art. 65 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12) – che oggi assume un

rilievo costituzionale ben preciso, perché “tutti i cittadini [...] sono uguali davanti alla legge (art. 3, primo comma, della Costituzione) – è bensì affidata, in ultima istanza, ad un unico giudice (la Corte di cassazione); ma il principio è fortemente limitato dalla prevista esclusione dell’impugnabilità per violazione di legge delle pronunce del giudice amministrativo e della Corte dei conti.

3. – Giudice ordinario e giudice amministrativo. L’art. 113 della Costituzione sancisce questo sistema del doppio binario o del parallelismo delle giurisdizioni, che convergono quanto al sindacato sulla giurisdizione, ma non anche quanto alla nomofilachia. Esso infatti prevede, nei confronti degli “atti” della pubblica amministrazione, la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi – si noti il parallelo – di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Il parallelismo però è asimmetrico: l’art. 112, primo comma, della Costituzione affianca alla regola per cui la tutela degli interessi legittimi spetta sempre al giudice amministrativo la previsione che il legislatore possa attribuire allo stesso giudice, “in particolari materie”, anche la giurisdizione sui diritti soggettivi, ossia la cd. “giurisdizione esclusiva”.

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo – come deroga alla giurisdizione del giudice ordinario – ha una storia risalente, che rimonta, essenzialmente, all’art. 8 del regio decreto 30 dicembre 1923, n. 2840, recante modificazioni al testo unico sul Consiglio di Stato, ove sono elencate le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tra le quali spiccava quella in materia di pubblico impiego.

Ma è in epoca recente che – a parte la c.d. privatizzazione del lavoro pubblico, le cui controversie sono state devolute all’ordinario giudice del lavoro – tali fattispecie si sono moltiplicate, fino al d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, e poi alla legge 21 luglio 2000, n. 205. Quest’ultima, recante disposizioni in materia di giustizia amministrativa, è stata approvata dopo il naufragio del citato progetto di revisione della parte seconda della Costituzione, che – ai fini dell’attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione su diritti soggettivi, non conteneva più nell’art. 120 il limite delle “particolari materie”, di cui all’art. 103, primo comma, della Costituzione, ma richiedeva solo all’art. 121 che si trattasse di “materie omogenee”. Ove questa revisione costituzionale fosse giunta a buon fine, l’estensione delle fattispecie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non avrebbe avuto il limite delle “particolari materie”. Ma così non è stato ed il limite dell’art. 103, primo comma, della Costituzione è rimasto.

Al riguardo si può ricordare che il progetto di riforma costituzionale del 2005 – approvato dal Parlamento, ma respinto dal *referendum* popolare indetto ai sensi dell’art. 138 della Costituzione – non aveva modificato il plesso di norme rilevanti ai fini della giurisdizione (invariati infatti erano rimasti gli artt. 102, 103, 111 e 113 della Costituzione).

4. – Limiti all’ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004. All’indomani della citata legge n. 205 del 2000, che ha esteso la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a nuovi blocchi di materie, varie questioni di costituzionalità sono state sollevate da parte di giudici ordinari, e la Corte le ha decise con la sentenza n. 204 del 2004.

Il punto centrale di tale pronuncia è la puntualizzazione dei limiti del concetto di “particolari materie”: ed è una ricostruzione che chiama inevitabilmente in causa il controllo della Corte costituzionale in caso di travalicamento di quei limiti da parte del legislatore ordinario.

Secondo la sentenza, “l’art. 103, primo comma, della Costituzione non ha conferito al legislatore ordinario un’assoluta ed incondizionata discrezionalità nell’attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere d’indicare «particolari materie» nelle quali «la tutela nei confronti della pubblica amministrazione» investe «anche» diritti

soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie”.

Dal fatto che le materie debbano essere «particolari» rispetto al generale ambito nel quale la pubblica amministrazione agisce discende la necessità che in esse la pubblica amministrazione agisca pur sempre come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo. Deve trattarsi quindi di materie che contemplerebbero comunque, in quanto vi opera la pubblica amministrazione come autorità, la giurisdizione generale di legittimità.

Perciò – trattandosi di diritti soggettivi (e a maggior ragione di diritti fondamentali della persona) – la circostanza che del giudizio sia parte una pubblica amministrazione non può essere considerata dal legislatore da sola sufficiente a giustificare la sottrazione della giurisdizione al giudice ordinario e la sua attribuzione al giudice amministrativo, perché ne risulterebbe vulnerato il principio che vuole tutti “eguali davanti alla legge”. Secondo la sentenza infatti “in nessun caso il legislatore ordinario può far sì che la pubblica amministrazione sia, in quanto tale, assoggettata ad una particolare giurisdizione, ovvero sottratta alla giurisdizione alla quale soggiace «qualsiasi litigante privato»: la specialità di un giudice può fondarsi esclusivamente sul fatto che questo sia chiamato ad assicurare la giustizia «nell’amministrazione», e non mai sul mero fatto che parte in causa sia la pubblica amministrazione”.

In sostanza la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio non può essere mai sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo; né a tal fine è sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia.

Quindi, ad esempio, la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo se in essa la pubblica amministrazione agisca esercitando il suo potere autoritativo oppure si avvalga della facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione di quel potere.

La pronuncia in esame si segnala per il suo dispositivo di tipo manipolativo. Essa infatti ha anzitutto una portata caducatoria, poiché la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 33, primo comma, del d. lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall’art. 7, lett. a), della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi.

La pronuncia ha poi una portata additiva a contenuto specifico. La parte caducata è stata infatti sostituita dalla previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi (escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi), ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all’affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore.

5. – (segue) Ulteriori sviluppi della giurisprudenza costituzionale. Sulla stessa linea poi si colloca un’altra pronuncia della Corte costituzionale di poco successiva, in tema di occupazione appropriativa (o accessione invertita). Si tratta del noto istituto (nato da una giurisprudenza pretoria delle Sezioni unite della Corte di cassazione e poi recepito dal legislatore) in base al quale – ove un fondo occupato a seguito di dichiarazione di pubblica utilità subisca per l’esecuzione dell’opera pubblica una trasformazione irreversibile senza che sia intervenuto il decreto di esproprio – la pubblica amministrazione, da un lato, acquista a titolo originario la proprietà del fondo ma, dall’altro, deve risarcire il proprietario del danno subito.

Con riferimento a tale fattispecie, la sentenza n. 191 del 2006 ha ritenuto che l'art. 53, comma 1, del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità), nella parte in cui individua (anche) nei “comportamenti” della pubblica amministrazione il fatto causativo del danno ingiusto, è costituzionalmente illegittimo là dove la locuzione, prescindendo da ogni qualificazione di tali “comportamenti”, attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo controversie nelle quali sia parte – e per ciò solo che essa è parte – la pubblica amministrazione, e cioè fa del giudice amministrativo il giudice dell'amministrazione piuttosto che l'organo di garanzia della giustizia nell'amministrazione.

Viceversa, ove i “comportamenti” causativi di danno ingiusto – e cioè, nella specie, la realizzazione dell'opera – costituiscano esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi (dichiarazione di pubblica utilità e/o di indifferibilità e urgenza) e siano quindi riconducibili all'esercizio del pubblico potere dell'amministrazione, la norma si sottrae alla censura di illegittimità costituzionale, costituendo anche tali “comportamenti” esercizio, ancorché viziato da illegittimità, della funzione pubblica della pubblica amministrazione.

Recentemente poi con la successiva sentenza n. 140 del 2007 la Corte ha affermato che non osta alla validità costituzionale della previsione di una fattispecie di giurisdizione esclusiva la natura «fondamentale» dei diritti soggettivi, oggetto di controversia, non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario - escludendone il giudice amministrativo - la tutela dei diritti costituzionalmente protetti. Questa pronuncia, peraltro, non smentisce l'orientamento, espresso dalle Sezioni unite (ad es. Cass., sez. un., 8 marzo 2006, n. 4908, in materia di pretese risarcitorie per danni cagionati dall'interramento di linee elettriche a ridosso di abitazioni civili), circa la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in presenza di alcuni diritti assolutamente prioritari (tra cui quello alla salute), che rimane valido in ipotesi in cui vengano in considerazione meri comportamenti della pubblica amministrazione.

Pertanto il legislatore ordinario ben può riconoscere esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione.

6. – La *translatio iudicii*. Con una pronuncia quasi coeva all'ultima citata la Corte (sentenza n. 77 del 2007) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione.

Questa pronuncia è particolarmente importante perché ha inteso rimuovere uno degli aspetti più negativi dell'attuale sistema della doppia giurisdizione, e sotto tale profilo può considerarsi ispirata alla realizzazione di una più piena, pur se ancora tendenziale, unitarietà della giurisdizione.

Gli addetti ai lavori infatti ben sanno come purtroppo non sia raro che i litiganti debbano affrontare una lunga controversia soltanto per stabilire quale sia, nella specie, il giudice dotato di giurisdizione, con il rischio di dovere poi ricominciare daccapo, ove risulti che il giudizio era stato proposto dinanzi ad un giudice sfornito di giurisdizione.

La sentenza ha osservato che la pluralità di giurisdizioni non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale: e questo avviene quando la disciplina dei loro rapporti è tale per cui l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione (o l'errore del giudice in tema di giurisdizione) può risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di

un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale.

Infatti una tale disciplina, potenzialmente lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale, è incompatibile con un principio fondamentale dell'ordinamento, che riconosce bensì l'esistenza di una pluralità di giurisdizioni (ordinaria e speciali), ma al fine di assicurare, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, non già con il rischio di compromettere la possibilità stessa che a tale domanda sia data risposta.

La Corte ha ritenuto contrario a Costituzione il principio per cui la declinatoria della giurisdizione comporta l'esigenza di instaurare *ex novo* il giudizio senza che gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originariamente proposta si conservino nel nuovo giudizio. E pertanto ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma censurata nella parte in cui non prevede la conservazione degli effetti della domanda nel processo proseguito, a seguito di declinatoria di giurisdizione, davanti al giudice munito di giurisdizione. La pronuncia però ha anche un contenuto additivo di principio perché la Corte a quello censurato ha sostituito l'opposto principio per cui gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda inizialmente proposta a giudice privo di giurisdizione, si conservano, dopo la declinatoria di giurisdizione, nel giudizio ritualmente riattivato davanti al giudice che ne è munito.

In tal modo la conservazione degli effetti prodotti dalla domanda originaria discende non già da una dichiarazione del giudice che declina la propria giurisdizione, ma direttamente dall'ordinamento, interpretato alla luce della Costituzione; fermo restando che la decisione sulla giurisdizione non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda (art. 386 cod. proc. civ.).

[1] Le attribuzioni costituzionali della Corte di cassazione in punto di giurisdizione sono richiamate da C. cost. n. 385 del 1996; cfr. anche C. cost. n. 773 del 1988, secondo cui "l'ordinamento riserva alla Corte di cassazione la potestà di decidere sulle questioni di giurisdizione".

* Relazione al Convegno di questa Rivista svoltosi ad Ascoli Piceno il 14-15 marzo 2008, pubblicata in versione definitiva in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.