

Agatino Cariola

*Ragioni e percorsi della giurisdizione esclusiva*

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è costruita su un criterio di ripartizione della giurisdizione diverso da quello che dovrebbe essere abitualmente applicato, basato cioè sulla situazione giuridica soggettiva fatta valere.

Potrebbe dirsi che siffatto criterio è sopravvissuto alla legge abolitrice del contenzioso amministrativo (Meregazzi), ha ricevuto consacrazione formale con il rd n. 2840/1923, poi tu n. 1504/1924); è stato valorizzato con la l. n. 205/2000 ed è letteralmente esploso con il codice del processo amministrativo, d.lgs. n. 104/2010, il cui art. 133 elenca un fitto coacervo di materie la cui cognizione è assegnata alla giurisdizione del g.a., intersecandosi con quella di merito e – particolarmente critica, almeno in alcune vicende: si pensi alla protezione civile - con il criterio della competenza territoriale tutto a favore del Tar Lazio.

Le giustificazioni della giurisdizione amministrativa sono comunemente individuate nella difficoltà in talune materie di discernere gli interessi legittimi dai diritti soggettivi; dalla considerazione che l'intreccio di interessi e diritti in taluni settori conduce ad una soluzione organizzativa che attribuisce ad un solo giudice di conoscere della vicenda, appunto per riparare in maniera piena al torto subito dal privato; dalla specializzazione del giudice amministrativo, almeno sotto due profili e cioè per l'inerenza dell'interesse pubblico da tutelare e per le cognizioni tecniche che si richiedono a chi giudica del fatto amministrativo.

È subito da notare che tali giustificazioni sono tutte avanzate sul piano dell'opportunità: la stessa insistenza sull'«unità del fatto amministrativo» (Meregazzi) spingerebbe semmai ad impostare tutto il riparto sulla distribuzione per materie, piuttosto che sul quello della situazione giuridica fatta valere.

La realtà è che – come sempre si nota – che il diritto amministrativo è il processo e che quest'ultimo a sua volta è storia: contenzioso amministrativo, leggi del 1865, intervento del 1910, leggi del 1923-1924, concordato Romano-D'Amelio, istituzione dei TAR, d.lgs. n. 80/1998, l. n. 205/2000, sentenze della Corte costituzionale n. 204/2004 e n. 161/2006, codice 2010.

In questa storia purtroppo la Costituzione ha finito per cristallizzare un percorso: gli artt. 103 e 111 (al tempo, terzo comma; oggi ottavo) hanno finito per bloccare una "storia" che per definizione è in continuo divenire. Attorno le due nozioni di diritto soggettivo e interesse legittimo, che dovrebbero essere situazioni giuridiche viste dalla parte del soggetto privato che ne è titolare, si sono formate burocrazie magistratuali che ne difendono i confini, secondo logiche in cui si smussa l'esigenza di tutela del singolo, che pure dovrebbe essere il motore propulsivo di ogni considerazione sull'accesso alla tutela giurisdizionale.

Si è notato che le giustificazioni tradizionalmente addotte a favore della giurisdizione esclusiva si poggiano su considerazioni di opportunità: ciò va ricordato ad evitare che si attribuisca natura – per così dire – ontologica alla distribuzione di competenze operata dal legislatore.

Personalmente ritengo che il motivo più forte a sostegno della giurisdizione esclusiva sia stato l'approccio statalista proprio di larga parte della cultura ottocentesca (Mazzamuto) ed esaltato dal fascismo. Si ricorderà che l'istituzione formale della giurisdizione esclusiva nel 1923 riguardò soprattutto il pubblico impiego, ma deve pure dirsi che il "passaggio" dalla giurisdizione ordinaria a quella amministrativa si accompagnò nella riforma De Stefani appunto alla gerarchizzazione di tale rapporto, "spogliato" di ogni tratto contrattuale.

Questa caratterizzazione statalista – lo dico in forma pressoché cruda – ha accompagnato molti sviluppi anche recenti della giurisdizione esclusiva.

Il primo punto critico che propongo attiene alla distinzione tra diritto ed interesse. Mi sembra che sulle situazioni giuridiche le culture civilistiche ed amministrative abbiano seguito spesso percorsi indipendenti. All'interesse legittimo la dottrina amministrativistica ha dedicato tantissima attenzione e ne ha rilevato spesso il carattere composito (cioè ne ha evidenziato i diversi profili di interesse), ma senza notare che analoghe riflessioni sono da tempo avanzate nei confronti della nozione di diritto soggettivo. È come se le due dottrine – legate a due giurisdizioni – vivessero in mondi paralleli.

La tesi di Nigro dell'interesse legittimo come fondamento della partecipazione del soggetto privato al procedimento amministrativo (tesi che lo stesso Nigro ha tentato di rendere di diritto positivo a mezzo della

legge n. 241/1990, al cui progetto lavorò) è stata quasi “abrogata” dalla giurisprudenza amministrativa e, poi, dalla riforma del 2005 che ha introdotto l’art. 21-*octies* della stessa l. n. 241: se la mancata partecipazione del privato al procedimento non è quasi mai motivo di annullamento del provvedimento, vuol dire che tale partecipazione non è purtroppo solido fondamento di alcuna situazione sostanziale.

Romano ha sviluppato con vigore la tesi dell’interesse legittimo come diritto soggettivo nell’ordinamento amministrativo. Più di recente Scoca ha insistito sull’interesse come pretesa al provvedimento favorevole (o al non provvedimento). Posizione simile ha sostenuto Greco.

La ricostruzione di Romano risulta quella che più assimila diritto ed interesse, anche se sono perplesso sulla nozione di ordinamento amministrativo, giacché esso può comportare un’esaltazione dell’interesse pubblico oltre ogni misura. In altri termini, o l’ordinamento amministrativo altro non è che l’ordinamento generale, ed allora non vi è ragione di utilizzare lo stesso termine; oppure l’accettazione di specialità dell’ordinamento amministrativo rischia di far ammettere deviazioni da alcuni principi che dovrebbero essere ritenuti generali, deviazioni che avrebbero sempre il carattere di privilegio per le pp.aa.

Ecco: la prima notazione che faccio la debbo a Vittorio Ottaviano ed è questa. Ha senso parlare a proposito dell’esercizio della giurisdizione di interesse pubblico diverso da quello – assolutamente generale – di definizione delle controversie, che vale per ogni giudizio ad iniziare da quello civile? Il giudice che fondasse la propria legittimazione sull’interesse pubblico sarebbe ancora indipendente ed imparziale come vuole l’art. 6 Cedu, ripreso dall’art. 111 Cost.?

La seconda notazione è ancora più radicale. Nigro sosteneva che è la legge a conformare le situazioni giuridiche soggettive, quindi diritto ed interesse. Ovviamente aggiungeva che la “prima” legge è la Costituzione. Nutro dubbi sulla possibilità del legislatore di conformare le situazioni giuridiche soggettive e, persino, di far “nascere” diritti ed interessi. Si è già notato che taluni diritti nascono dalla Costituzione: anzi sono “riconosciuti” dall’art. 2 e quindi preesistono (e la formula dell’art. 2 si riferisce ovviamente a tutte le situazioni giuridiche e non solo ai diritti soggettivi). Oggi, poi, il diritto europeo ci avverte dell’apparire e della necessaria tutela da dare a situazioni giuridiche del tutto nuove alla nostra esperienza giuridica. Se si continua, si arriva alla conclusione che al legislatore spetta appunto riconoscere diritti(-interessi) che derivano in fondo dall’unico fondamento che è la dignità umana (sempre ex art. 2 Cost.) nelle sue varie forme. Al legislatore spetta semmai assicurare sempre tutela piena ed effettiva.

La terza notazione è stata già anticipata: non vi sono differenze strutturali tra diritto soggettivo ed interesse legittimo. Se vuole, può dirsi che non c’è l’interesse legittimo. Anche il diritto soggettivo copre tante figure in cui il soddisfacimento della pretesa del soggetto “passa” attraverso l’attività e le scelte di altri, dal diritto del lavoro, a quello di famiglia, ai rapporti con le istituzioni finanziarie. Non a caso il diritto civile ha esaltato il ruolo del canone di correttezza e gli oneri di protezione a carico del debitore, specie se si tratta del contraente forte. Insomma, tutte dinamiche assimilabili al rapporto amministrativo cui l’interesse legittimo vorrebbe alludere.

Ma allora la giurisdizione esclusiva è il modello del tutto coerente con tale percorso: non vi sono distinzioni tra diritto ed interesse, ma solo materie nelle quali si sviluppano i rapporti tra pp.aa. e cittadini. La giurisdizione esclusiva è l’unico criterio razionale di riparto delle giurisdizioni, dovrebbe dirsi. Ed esso trova oggi fondamento nel principio di durata ragionevole del processo e di concentrazione della tutela, che è pure figlio dell’esigenza di tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

Non a caso le sentenze della Corte costituzionale n. 204/2004 e n. 161/2006 sono state, per così dire, smussate, *etsi non darentur*: è bastato nell’art. 7 cpa inserire che la giurisdizione amministrativa è sempre legata all’esercizio, anche in forma mediata, del potere pubblico, per superare di fatto le censure d’incostituzionalità. Forse quelle sentenze, nel voler applicare l’*original intent* a vicende organizzative, sono andate contro lo spirito dei tempi ed hanno preteso di riportare indietro le lancette della storia, di una storia sempre in sviluppo.

Il punto, semmai, è un altro.

Oggi la giurisdizione esclusiva fa di quello amministrativo il giudice non della funzione pubblica autoritativa, ma dell'economia. Allorché il d.lgs. n. 80/1998 ha assegnato al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sugli appalti ne ha fatto appunto il giudice dell'economia.

Ora, il rischio è che il diritto soggettivo (e cos'altro è se non la pretesa dell'operatore economico?) sia ridotto ... a interesse legittimo e trattato quale situazione protetta solo in modo occasionale e sempre che non si leda il cd interesse pubblico.

Alcune tendenze della legislazione e della giurisprudenza risultano sotto questo versante preoccupanti.

Così, il giudice amministrativo, che si è intestato più volte la codificazione del 2010, ha chiesto di essere il giudice del danno, ma poi ha stabilito il termine di decadenza dell'art. 30 assai minimo rispetto a quello di prescrizione ed ha circondato l'ammissibilità dell'azione a tali oneri probatori da rendere difficile l'accoglimento dell'azione.

La giurisdizione sulle vicende economiche dovrebbe essere una tipica giurisdizione sul rapporto, ma il giudice amministrativo la intende ancora quale giurisdizione sugli atti e richiede l'impugnativa di ogni atto emesso dalla stazione appaltante, in un moltiplicarsi di gravami (e di versamenti di contributi unificati, che rendono talvolta evanescente la tutela giurisdizionale).

La giurisdizione amministrativa continua ad essere di carattere obiettivo e ciò risulta in contrasto con l'immagine ed il ruolo di un giudice terzo ed imparziale. Il processo amministrativo è – dovrebbe assumere sempre di più il carattere di – processo di parti.

Sotto questo versante è forse da ridiscutere anche la posizione della CGUE sull'obbligo del giudice di esaminare tutti i gravami e pervenire eventualmente all'annullamento dell'aggiudicazione, anche se ciò non "restituisce" a nessuno un "bene della vita" e ci si rimette solo alle eventuali decisioni della p.a.

Gli artt. 121 e 122 cpa risultano "monchi" nella parte in cui assegnano al giudice di decidere sull'inefficacia del contratto senza chiarire che ciò avvenga solo su domanda delle parti. L'espressione utilizzata "deduzioni delle parti" è assai ambigua, appunto perché lascia al giudice un potere di valutazione degli interessi che è in contrasto con il suo ruolo di soggetto terzo ed imparziale.

Soprattutto, viene in considerazione il problema della discrezionalità tecnica. Proprio nelle vicende economiche, allorché si tratta di verificare la congruità di un'offerta e quindi di assicurare la serietà delle proposte contrattuali e pertanto di dare anche significato alla sana concorrenza tra le imprese, il giudice amministrativo si rifugia spesso in una posizione di deferenza nei confronti della stazione appaltante, che non trova spazio in altri contesti (ad esempio allorché si tratta di giudicare della responsabilità medica, che è pure la forma più tipica di discrezionalità tecnica) e che si risolve di per sé in un diniego di giustizia. Eppure, l'insistenza sul sindacato giurisdizionale sulle pp.aa. e sull'attività economica delle stesse – che altro non è se non il diritto dei contratti pubblici – dovrebbe portare ad evitare il crearsi di "zone bianche" sottratte al controllo giurisdizionale in uno spazio indefinito ed assai pericoloso di conseguenze per la legalità sostanziale e per la stessa legittimazione sociale della giurisdizione.