**Il riparto di giurisdizione: dalla separazione alla integrazione delle tutele**

(Relazione al Convegno per i 130 anni dell’istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato – Roma, Palazzo Spada, 20 novembre 2019)

**1. Diritti soggettivi e interessi legittimi quali tecniche di tutela di beni della vita.**

Siamo alla fine del ventennio aperto dalla storica pronuncia n. 500 del 1999 delle sezioni unite della Corte di cassazione. Si è trattato di un ventennio di grande significato per la giustizia amministrativa perché ha portato a compimento il passaggio dallo Stato di diritto amministrativo allo Stato costituzionale di diritto amministrativo grazie alla raggiunta piena giustiziabilità delle posizioni soggettive che fronteggiano il potere amministrativo. Il codice del processo amministrativo segna la definitiva fuoriuscita dalla specialità della giustizia amministrativa per cui oggi può ben dirsi che l’art. 24, comma 1, della Costituzione («Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi») costituisca la *grundnorm* di un sistema unitario di tutela delle posizioni soggettive. I passaggi di questa evoluzione sono noti. E’ sufficiente qui ricordare la *translatio iudicii* quale porta di accesso ad un sistema unitario, benché organicamente distinto, di esercizio della funzione giudiziaria e di tutela delle posizioni soggettive. L’integrazione in questo sistema consente alla giustizia amministrativa di realizzarsi pienamente come giurisdizione soggettiva, sede di tutela delle posizioni soggettive che fronteggiano la pubblica amministrazione improntata ai criteri dell’effettività e della concentrazione delle tutele. “Giustizia nell’amministrazione”, per riprendere la formula dell’art. 100 della Costituzione, significa ormai processo amministrativo in chiave soggettiva di tutela del bene della vita e non in quella oggettiva di controllo di legalità dell’atto, come è dimostrato dall’acquisito primato del “rapporto amministrativo” e dall’effetto conformativo della sentenza del giudice amministrativo. La cognizione che quest’ultimo ha dei diritti fondamentali nelle materie di giurisdizione esclusiva è il segno più tangibile di una funzione ormai pienamente costituzionalizzata.

 L’integrazione delle tutele processuali in sede di esercizio della funzione giudiziaria è lo specchio di una raggiunta equiordinazione sul piano sostanziale di diritti soggettivi e interessi legittimi, non a caso dall’art. 24 posti sullo stesso piano. Diritti soggettivi e interessi legittimi non sono altro che tecniche apprestate dall’ordinamento positivo per la tutela in forma specifica di beni della vita. Il sistema funzionalmente unitario ed integrato di tutele processuali, ordinaria e amministrativa, rinviene il proprio fondamento sostanziale nel bene della vita. Non c’è alcuna gerarchia fra diritti e interessi. Se si muove dalla premessa che i beni della vita sono sempre proiezione, in modo più o meno prossimo, di un qualche diritto fondamentale, si deve concludere che diritti soggettivi e interessi legittimi sono entrambi riconducibili a bilanciamenti di principi costituzionali. Si tratta di tecniche di tutela in forma specifica del bene della vita, perché la tutela per equivalente del bene della vita è affidata al rimedio risarcitorio. Se differenza fra diritti e interessi c’è, essa risiede nella fonte. La fonte del diritto soggettivo è una norma ordinaria di tutela del diritto, formulata in forma di fattispecie o di clausola generale. In mancanza della norma ordinaria, il diritto può direttamente essere accertato dal giudice sulla base della fonte costituzionale, provvedendo al bilanciamento fra principi in relazione alle circostanze del caso concreto. L’interesse legittimo postula invece la norma attributiva del potere amministrativo perché esso è immanente alla dinamica del potere e si dispiega unitamente all’esercizio di quest’ultimo. Se si esclude questa distinzione sul piano delle fonti, vi è ormai una completa parificazione fra le due situazioni soggettive, perché l’unità funzionale del sistema giurisdizionale poggia sull’unitaria fondazione (sostanziale) di diritti e interessi nel bene della vita.

 Se diritti soggettivi e interessi legittimi non sono altro che tecniche di tutela in forma specifica di beni della vita, si devono allora superare vecchie letture che riservavano al diritto soggettivo la tutela di beni della vita c.d. incomprimibili. La tesi dell’incomprimibilità muove da un assunto di tipo ontologico in base al quale vi sono determinate posizioni soggettive che, per intima essenza, sarebbero impermeabili all’esercizio del potere amministrativo. Si tratta di una tesi che non considera un tratto caratterizzante del costituzionalismo contemporaneo, la formulazione per principi dei diritti fondamentali e la necessità dunque della loro attuazione nella forma del bilanciamento. Come ha affermato Cass. sez. u. 25 novembre 2014 n. 25011, «la categoria dei diritti fondamentali non delimita un'area impenetrabile all'intervento di pubblici poteri autoritativi». Si deve pertanto passare da un approccio ontologico ad un approccio di diritto positivo ed accertare quale sia la tecnica di tutela in forma specifica che l’ordinamento ha assegnato al bene della vita. Il punto non è quello dell’ontologica impermeabilità del diritto fondamentale all’esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione. La questione è tutta di diritto positivo. L’interprete deve indagare se, in sede di bilanciamento con altri principi costituzionali, il legislatore abbia attribuito alla pubblica amministrazione il potere in relazione ad un bene della vita riconducibile ad un diritto fondamentale, assegnando a quest’ultimo la tutela offerta dall’interesse legittimo, o abbia configurato la posizione soggettiva come diritto soggettivo, rispetto al quale tutti i soggetti, pubblici e privati, sono parimenti obbligati. La regola di riparto della giurisdizione va perciò riletta come specifica forma del bilanciamento legislativo fra principi costituzionali, che si è attuato in una norma attributiva del potere (ed il suo rovescio rappresentato dall’interesse legittimo) o nel conferimento della tutela di diritto soggettivo.

**2. Tendenze di secolarizzazione del diritto amministrativo.**

Il ventennio che abbiamo alle spalle ha più di un volto. E’ un ventennio complesso perché la sua chiave di lettura non è soltanto quella del completamento della costituzionalizzazione della giustizia amministrativa. Parallelamente all’omogeneizzazione delle tutele di diritti e interessi vi è stata l’apertura di tendenze dirette ad un mutamento di paradigma del diritto amministrativo per via di giurisdizione. Si potrebbe parlare di tendenze di secolarizzazione del diritto amministrativo. A partire da Cass. sez. u. 22 luglio 1999, n. 500 si è aperto un processo di commistione di diritto amministrativo e diritto comune. La modernità, come processo di secolarizzazione, ha attinto anche il diritto amministrativo, incrinandone la separatezza dal diritto comune. Non è un caso che responsabile della relativizzazione di antiche sacertà sia stata la giurisdizione, perché la giurisprudenza è stato un formante decisivo nella storia del diritto amministrativo.

 La 500 è nota per avere rappresentato il crollo del muro dell’irrisarcibilità degli interessi legittimi. Fu soprattutto questo, ma non fu solo questo. Significò per la giurisdizione ordinaria il definitivo approdo alla nozione di danno ingiusto come clausola generale, ma significò anche, come osservammo all’indomani della 500 (E. Scoditti, *L’interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, in *Il Foro italiano*, 1999, I, col. 3226), il ritorno alla ripartizione della giurisdizione sulla base del criterio del *petitum* formale, che caratterizzò proprio la giurisprudenza della quarta sezione del Consiglio di Stato all’inizio del suo funzionamento, e l’accertamento da parte del giudice ordinario, *principaliter* e con efficacia di giudicato, dell’illegittimità dell’azione amministrativa. Sul piano processuale nella fattispecie di illecito l’illegittimità del provvedimento riveste la funzione di questione pregiudiziale in senso logico, e non di mera pregiudiziale in senso tecnico. Quest’ultima, come è noto, riguarda il presupposto esterno della fattispecie dedotta in giudizio in quanto effetto giuridico di un rapporto diverso da quello dedotto in giudizio e che però ha efficacia pregiudicante rispetto all’oggetto del giudizio. La questione pregiudiziale in senso tecnico è espressione dei nessi di pregiudizialità-dipendenza fra rapporti giuridici ed è accertata in via incidentale dal giudice del processo pregiudicato. La questione pregiudiziale in senso logico è invece il rapporto complesso di cui è parte il diritto dedotto in giudizio ed è accertata dal giudice con efficacia di giudicato.

Ebbene, l’illegittimità dell’atto amministrativo nella fattispecie risarcitoria per violazione di interessi legittimi riveste la qualifica di questione pregiudiziale in senso logico, da accertare in via principale e con efficacia di giudicato, e non di presupposto esterno alla fattispecie dedotta in giudizio da accertare in via incidentale. E’ questa la differenza con la disapplicazione dell’atto amministrativo da parte del giudice ordinario, nella quale l’illegittimità dell’atto riveste la posizione di questione pregiudiziale in senso tecnico ed è perciò accertata in via incidentale (contrariamente a quanto ritenuto da un indirizzo presente nella giurisprudenza di legittimità – da ultimo così Cass. Sez. U. 2 novembre 2018, n. 28053 –, l’ostacolo alla disapplicazione dell’atto illegittimo non risiede nel fatto che un’amministrazione sia parte in giudizio, ma nella rilevanza del provvedimento al livello degli elementi costitutivi del rapporto dedotto in giudizio, perché questo comporterebbe il sindacato direttamente sul potere). A ben vedere anche nei giudizi su diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, proprio perché si tratta di controversie su diritti e non su interessi, l’esercizio del potere riveste la posizione di pregiudiziale in senso tecnico e non di pregiudiziale in senso logico. Può anzi affermarsi che la riconducibilità “mediatamente” di atti e comportamenti all’esercizio del potere, di cui parla l’art. 7 del codice del processo amministrativo (e già prima Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204), sul piano processuale debba intendersi come nesso di pregiudizialità-dipendenza fra il rapporto dedotto in giudizio (avente ad oggetto diritti soggettivi) ed il rapporto amministrativo e che le materie di giurisdizione esclusiva non siano altro che fattispecie in cui la questione del potere riveste la funzione di questione pregiudiziale in senso tecnico (alla stessa stregua di ciò che accade nella disapplicazione da parte del giudice ordinario). Il senso dell’art. 133 è che quando vi è nesso di pregiudizialità-dipendenza, nelle materie indicate dalla norma, fra il rapporto dedotto e quello amministrativo la giurisdizione è del giudice amministrativo.

Il sistema non poteva sopportare l’urto dell’efficacia di giudicato dell’accertamento del giudice ordinario sull’illegittimità dell’azione amministrativa. Sappiamo come le cose sono andate dopo la 500. Il punto su cui va richiamata l’attenzione, ai fini del nostro tema, è che il giudice costituzionale prima ed il legislatore dopo hanno configurato il risarcimento del danno non come fattispecie di diritto sostanziale, ma come rimedio puramente processuale che si cumula a quello demolitorio dell’atto. C’è una ragione profonda di questa configurazione. Il diritto amministrativo è deroga al diritto comune: una norma di relazione attribuisce il potere amministrativo e poi è tutto un dispiegarsi di norme di azione, per riprendere una vecchia distinzione. La deroga al diritto comune comporta che il risarcimento del danno per violazione di interesse legittimo non emerga quale fattispecie di diritto sostanziale, e cioè nelle forme dell’art. 2043 del codice civile, che implicherebbe il ritorno al diritto comune, ma quale rimedio puramente processuale.

La secolarizzazione si è comunque fatta strada per altre vie. Nei primi anni duemila nella giurisprudenza amministrativa si è affacciata la tesi, supportata da qualche arresto della Corte di cassazione, del procedimento amministrativo quale “contatto sociale” e dunque fonte di un rapporto obbligatorio disciplinato dall’art. 1218 del codice civile, tesi che però non ha avuto più un particolare seguito. Di grande significato, nel quadro delle tendenze secolarizzanti di cui si è detto, è Cons. Stato ad. plen. 4 maggio 2018, n. 5, che ha riconosciuto l’esistenza del dovere di comportarsi secondo buona fede, e la conseguente responsabilità precontrattuale, anche prima ed a prescindere dall’aggiudicazione nella procedura di evidenza pubblica. Si afferma che anche nell’esercizio dell’attività autoritativa l’amministrazione è sottoposta alle norme civili sul dovere di correttezza per cui si ha concorso simultaneo di regole pubblicistiche e regole privatistiche. Qui c’è un mutamento di paradigma rispetto alla tradizione del diritto amministrativo. Il paradigma tradizionale è nel senso che una volta che, ricorrendone i presupposti di fatto, sia insorto l’effetto del potere amministrativo non vi sia più uno schema norma-fatto-effetto, che è lo schema dei diritti soggettivi, il quale corra parallelamente a quello norma-potere-effetto, proprio al diritto amministrativo. Il collegamento fra il fatto e l’effetto è interrotto dal potere che stabilisce, in modo integrale, gli effetti giuridici. Si afferma invece ora che gli effetti della fattispecie sono riconducibili simultaneamente non solo al potere amministrativo ma anche all’obbligazione di diritto civile.

Un argomento rilevante nella motivazione della sentenza, ai fini del riconoscimento della commistione con il diritto comune, è quello della ricorrenza anche nel campo del potere amministrativo della distinzione di fonte privatistica fra regole di validità dell’atto e regole di comportamento in sede di formazione dell’atto. Il senso di tale distinzione nel diritto civile è che, essendo il contratto espressione di autonomia ed essendo quindi bilaterale il relativo regolamento d’interessi, l’invalidità dell’atto non può giustificare una responsabilità risarcitoria. Il risarcimento può discendere solo da una scorrettezza comportamentale in sede precontrattuale. Nel campo dell’azione amministrativa la responsabilità risarcitoria consegue all’invalidità dell’atto perché la regolazione degli interessi è unilaterale, quale espressione di un’istituzionale asimmetria di potere, sicché non è necessario fare riferimento ad una regola di comportamento per giustificare il risarcimento del danno (non siamo lontano dal campo dei cosiddetti contratti asimmetrici, esemplificati dai contratti dei consumatori, dove l’asimmetria di potere – informativo – è contemplata dalla legge e la nullità della clausola abusiva di per sé sola potrebbe giustificare, in forza di quella asimmetria, la responsabilità risarcitoria).

Proprio il confronto fra contratto e provvedimento amministrativo, autonomia ed eteronomia, può tornare di grande utilità quanto alla definizione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa ai sensi dell’art. 111, comma 8, della Costituzione. La proporzionalità fra le rispettive prestazioni previste dal contratto costituisce merito non sindacabile dal giudice perché espressione di un autoregolamento di interessi. Il sindacato di proporzionalità, con riferimento all’estensione del sacrificio della posizione soggettiva, è invece presente nella giurisprudenza amministrativa e si giustifica per la disposizione unilaterale degli interessi del privato. Il confine fra legittimità e merito nel sindacato sul provvedimento è quindi spostato più avanti rispetto a quello sul contratto e consente valutazioni di iniquità del regolamento d’interessi che invece nell’ambiente dell’autonomia privata non sarebbero consentite.

Per tornare alla sentenza n. 5 del 2018, proprio nel quadro del restringimento della sfera del merito insindacabile derivante dall’esistenza del rapporto di potere, vi è da chiedersi se il bene della vita potesse ricevere tutela allo stesso modo mediante un più penetrante sindacato sulla dinamica dell’esercizio del potere e dunque attraverso la tecnica dell’interesse legittimo senza necessità di attingere alla normativa civilistica di correttezza. Il senso di questo interrogativo riposa sulla consapevolezza che se il percorso di costituzionalizzazione che ha caratterizzato il ventennio va accolto senza riserve per ragioni auto-evidenti, il lato della secolarizzazione deve invece essere compreso e governato. Come è noto, c’è una scuola di pensiero che ricostruisce il rapporto fra amministrazione e privato in termini di obbligazione in senso tecnico e mira su queste basi a far venir meno la distinzione fra giustizia ordinaria e giustizia amministrativa. Le dinamiche della secolarizzazione sono imprevedibili, come insegna la scienza sociale, e dunque è bene mantenere un atteggiamento sorvegliato.

L’unità funzionale di giurisdizioni distinte, risultante dal sistema integrato di giustizia ordinaria e giustizia amministrativa, è un fattore di ricchezza assoluta dell’ordinamento ed è dunque da preservare. Essa costituisce l’inveramento del programma prefigurato dall’art. 24, comma 1, della Costituzione, che vuole un giudice dei diritti ed un giudice degli interessi al cospetto del potere. La civilizzazione del potere amministrativo non è soltanto in contraddizione con la logica del potere (e con la differenza fra quest’ultima e la logica dei diritti), ma è anche in discontinuità con la tradizione europeo-continentale di Stato che, a differenza della tradizione anglo-sassone di Stato giurisdizionale, nasce come Stato amministrativo al punto che, come emerge dalle pagine di Tocqueville rilette da François Furet in *Critica della rivoluzione francese*, la rivoluzione del 1789 non è stata altro che il completamento del processo di monopolizzazione della forza avviato dall’accentramento amministrativo.

**3. Verso un nuovo “concordato giurisprudenziale”?**

Non si può chiudere il discorso sul ventennio che abbiamo alle spalle senza una conclusiva osservazione sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La concentrazione delle tutele innanzi al medesimo giudice, sia per gli interessi legittimi che per i diritti soggettivi, realizza il principio di effettività della tutela del bene della vita. Non di semplice completamento della costituzionalizzazione può però qui parlarsi, ma di vero e proprio mutamento costituzionale materiale. Il passaggio della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa da una funzione residuale ed eccezionale, limitata alla materia del pubblico impiego, alla vastissima area di interfaccia fra diritti soggettivi e atti o comportamenti riconducibili mediatamente all’esercizio del potere amministrativo, disegnata dall’art. 133, segna il superamento del riferimento alle “particolari materie” dell’art. 103 della Costituzione. Nella misura in cui quel superamento è stato legittimato dal custode della Costituzione non di violazione si è trattato ma di evoluzione della norma costituzionale.

Nelle prime pagine del suo ormai classico *Il diritto mite*, Gustavo Zagrebelsky scrisse che gli esiti costituzionali storicamente concreti dipendono non dalla Costituzione ma dalla politica costituzionale. Quest’ultima nozione, come commentò Mario Dogliani, rappresenta una riscrittura della teoria di Mortati della costituzione materiale. Il quadro delle disposizioni costituzionali è rimesso alla politica costituzionale, a quel complesso cioè di attività imputabili alla giurisprudenza (costituzionale e comune), alla legislazione ordinaria ed in genere alle convenzioni costituzionali. Il significato costituzionale di giurisdizione esclusiva è mutato per opera del legislatore ordinario e del giudice costituzionale. Di fronte a questo rilevante cambiamento il modulo organizzativo del rapporto fra le due giurisdizioni, amministrativa ed ordinaria, non può restare immutato.

La domanda da porsi è se il mutamento costituzionale materiale al livello della giurisdizione amministrativa su diritti soggettivi incida su altre disposizioni costituzionali, e segnatamente l’art. 111, commi 7 e 8. L’interrogativo è se si debbano introdurre nuove chiavi interpretative di disposizioni che eravamo abituati a concepire in modo del tutto differente. Nel quadro di un diverso modulo organizzativo del rapporto fra giurisdizioni viene anche in rilievo la questione, posta dal Memorandum sottoscritto il 15 maggio 2017 dai vertici delle corti superiori, dell’integrazione dei collegi delle sezioni unite della Corte di cassazione con magistrati provenienti dal Consiglio di Stato.

Di quel Memorandum va raccolta l’esigenza che ne era alla base. Scelte come una diversa interpretazione dell’art. 111 in relazione alla giurisdizione amministrativa su diritti o l’integrazione dei collegi delle sezioni unite non possono non costituire l’esito di un percorso di dialogo e di una determinazione condivisa dai soggetti di quel dialogo. Il mutamento introdotto dal ventennio che abbiamo alle spalle dovrebbe aprire una stagione di confronto, che veda come protagonisti in primo luogo non i vertici delle istituzioni ma il corpo dei magistrati che ne costituiscono la base. Si potrebbero immaginare sedi di confronto e commissioni dedicate, che coinvolgano anche gli organi di autogoverno e le articolazioni associative delle magistrature, creando le condizioni per una discussione la più larga possibile. L’augurio è che alla fine di un percorso di dialogo così esteso e diffuso possa esserci un nuovo “concordato giurisprudenziale” come quello sottoscritto circa un secolo fa.

**Enrico Scoditti**

Consigliere della Corte suprema di cassazione