

Relazione per il Convegno indetto dall'I.G.I. per il giorno 24 maggio 2007

Nel prendere la parola in questo importante consesso, desidero anzitutto ringraziare vivamente l'I.G.I. e, per esso, il Presidente, On. Giuseppe Zamberletti ed il Segretario Generale, Avv. Federico Titomanlio, per avermi dato l'opportunità di esporre il mio pensiero in merito alla questione che viene affrontata, in primo grado, dal T.A.R. per il Lazio, e da questo Giudice decisa con la sentenza n. 40/2006; successivamente, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione VI, che ha pronunciato la decisione n. 1364/2007.

Non si tratta di problema di poco conto, dal momento che ci si muove sul terreno, aspro e difficile, del riparto della giurisdizione tra A.G.O. e G.A..

E per giungere a conclusioni di un qualche rilievo, non si può prescindere dal seguire, sia pur sinteticamente, le tappe che ha percorso l'ordinamento giuridico italiano in tale settore.

Il primo anello della catena è costituito, a parer mio, dalla legge n. 2248 del 20 marzo 1865, la quale, nel suo ALL. E, all'art. 2, attribuisce alla giurisdizione ordinaria la cognizione di tutte le cause "per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati i provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa".

Per tutte le altre questioni non incidenti su diritti soggettivi, era consentito il ricorso "alle Autorità amministrative", le quali provvedevano con decreti motivati, previo parere dei Consigli Amministrativi previsti dalla legge, ritenendosi ammissibile il ricorso in via gerarchica avverso i decreti testé menzionati.

Bisogna giungere al 1889 per verificare che nel nostro Paese si sia individuata come necessaria la sindacabilità sugli atti amministrativi da parte di un organo consultivo, il Consiglio di Stato; la natura giurisdizionale dello stesso venne successivamente affermata nel 1907, con i RR.DD. nn. 638 e 642, mercé i quali venne istituita la quinta Sezione del medesimo organo.

Il T.U. delle Leggi sul Consiglio di Stato, approvato con R.D. n. 1054 del 26 giugno 1924, confermò l'assetto che si era così posto in essere, con la previsione, dunque, della giurisdizione del Giudice Amministrativo allorché fossero impugnati atti o provvedimenti amministrativi, che offendevano interessi di individui o di enti giuridici; e del Giudice

riparto della giurisdizione tra A.G.O. e G.A.. di salvatore orestano

Ordinario, allorché di lamentasse lesione di diritti soggettivi.

Tuttavia, all'art. 29 del R.D. n. 1054/1924, testé menzionato, viene prevista l'attribuzione "alla esclusiva giurisdizione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale" di alcune controversie, tra le quali non possono non menzionarsi partitamente quelle concernenti il rapporto di impiego degli impiegati dello Stato e degli Enti o istituti pubblici sottoposti a tutela ovvero a vigilanza "dell'Amministrazione Centrale dello Stato o da agenti di ferrovie e tramvie concesse all'industria privata omissis".

Rimane, così, sancito tassativamente che la giurisdizione sui diritti è devoluta al Consiglio di Stato nei soli casi espressamente contemplati dalla normativa, restando, dunque, ferma la distinzione tra giurisdizione sugli interessi affidata al G.A. e giurisdizione sui diritti, affidata all'A.G.O., con le eccezioni di cui sopra si è detto.

Nella Carta Costituzionale, entrata in vigore il 1° gennaio 1948, è calato il riparto giurisdizionale sopra visto, e ciò dicesi con particolare riferimento agli artt. 24, 103 e 113.

Compiendo un salto di ben 50 anni, si giunge alla emanazione del d. lgs. n. 80 del 31 marzo 1998, in cui sono rivisitate le tradizionali questioni del riparto della giurisdizione e si affida così, ad esempio, al Giudice Ordinario la giurisdizione in materia di "pubblico impiego", e, a contrario, al Giudice Amministrativo, la giurisdizione su materie implicanti la decisione circa diritti soggettivi, giurisdizione - dunque - "esclusiva"; la qual cosa consente al legislatore di attribuire al G.A. anche la cognizione in materia risarcitoria, prima riservata all'A.G.O..

Non è questa la sede per affrontare alcuni aspetti particolari, quale - ad esempio - quello evidenziato dalla legge 19 febbraio 1992, n. 142, la quale, all'art. 13, in attuazione della direttiva del Consiglio C.E. n. 665/89 del 21 dicembre 1989, riconosceva la possibilità di ottenere dall'A.G.O. il risarcimento del danno dubito in dipendenza di un atto lesivo anche di interessi legittimi in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, ma dopo l'annullamento da parte del G.A. di tale atto lesivo; il che costringeva il cittadino a percorrere un doppio binario giurisdizionale con evidente, quanto illogico, aggravio ai suoi danni.

Con la decisione delle SS.UU. Civili della Corte di Cassazione n. 500/1999 venne sancito il principio della risarcibilità del danno ingiusto arrecato dalla P.A. con atti e/o provvedimenti che ledevano situazioni di interesse legittimo, e non soltanto di diritto soggettivo perfetto.

Con la legge n. 205 del 21 luglio 2000 vengono modificate alcune norme del d. lgs. n. 80/1998, prevedendosi, in modo specifico, la risarcibilità anche dell'interesse legittimo nel contesto delle situazioni giuridiche tutelabili dinanzi al G.A., stabilendosi che questi possa conoscere di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno e

riparto della giurisdizione tra A.G.O. e G.A.. di salvatore orestano

disporlo, anche in forma specifica.

Con la sentenza n. 204 del 6 luglio 2004, la Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 1, del d.lgs. del 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7 lettera a) della legge 21 luglio 2000 n. 205, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A. "tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli" anziché "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 P.A. 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 nonché" ; ed ancora ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 2, del medesimo d.lgs. del 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, lettera a), della legge 21 luglio 2000, n. 205; infine ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 1, del medesimo decreto nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie aventi per oggetto anche "i comportamenti" delle P.A. e dei soggetti alla stesse equiparati, in materia urbanistica ed edilizia.

Si è assistito, così, ad un relevantissimo ampliamento della giurisdizione esclusiva del G.A. che, però, sembra confliggere con i parametri costituzionali dal momento che l'art. 103 Cost. non è stato modificato e dunque non sembra che attribuisca al legislatore ordinario una discrezionalità incondizionata nella individuazione e attribuzione al G.A. di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, vero essendo al contrario che al legislatore ordinario è possibile specificare particolari materie nelle quali la tutela nei confronti della P.A. riguardi anche diritti soggettivi.

Quale è, allora, il criterio più attendibile in base al quale vada stabilito l'attuale riparto tra le due giurisdizioni in esame?

Sembra di poter affermare che la tutela giurisdizionale contro l'azione illegittima della P.A. compete all'A.G.O. tutte le volte in cui il diritto del privato non sopporti compressioni per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo ovvero, se lo sopporti, tutte le volte in cui l'azione della P.A. non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere, che sia riconoscibile come tale, perchè a sua volta deliberato nei modi ed in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o provvedimento in senso stretto.

Ed ancora, come affermato sia dalle SS.UU. Civili della Corte di Cassazione (cfr., tra le altre, SS.UU. Civili, ordinanza n. 2689 del 7 febbraio 2007; SS.UU. Civili n. 22661 del 23 ottobre 2006), sia dai G.A. (cfr. Consiglio di Stato, Sezione IV, n. 990 del 26 giugno 1998; T.A.R. per il Lazio, Sezione II, n. 905 del 6 febbraio 2007), allorché si tratti di richiesta di tutela nei confronti della P.A. relativamente ad atti della stessa, che costituiscono la estrinsecazione di un potere di supremazia, ovvero che rappresentano la realizzazione

riparto della giurisdizione tra A.G.O. e G.A.. di salvatore orestano

dell'azione autoritativa della P.A. medesima, al di fuori dunque di atti paritetici tra essa P.A. ed il privato, la ridetta richiesta di giustizia va azionata dinanzi il G.A., nell'esercizio della giurisdizione generale di legittimità (al di fuori, all'evidenza, dei casi nei quali sia fissata dall'ordinamento la giurisdizione esclusiva del G.A.).

Così impostata la ripartizione della giurisdizione, può ora prendersi in considerazione il caso affidato all'odierno dibattito.

Trattasi, come è noto, della impugnazione di un provvedimento adottato dalla P.A., con il quale, in via di auto-tutela, è stato annullato d'ufficio un precedente provvedimento della medesima P.A., con il quale era stata approvata la transazione posta in essere tra A.I.A. Costruzioni s.p.a., Ministero LL.PP. ed E.A.S..

Contrariamente a quanto affermato dal T.A.R. per il Lazio nella sentenza impugnata, il Consiglio di Stato ha ritenuto, con la decisione n. 1364/2007, la propria giurisdizione dal momento che la questione sottoposta alla cognizione del Tribunale non afferisce alla fase della esecuzione del contratto d'appalto a suo tempo stipulato e conclusosi con il collaudo eseguito nel 1999, bensì alla fase, ben diversa e del tutto imprevedibile, della transazione intervenuta il 24 maggio 2004 tra l'Amministrazione committente e la società aggiudicataria per definire il contenzioso poi sorto tra le parti.

Dunque, non si tratta di controversia attinente alla esecuzione dell'appalto, relativamente alla quale sarebbe stato esatto proclamare la giurisdizione dell'A.G.O., bensì di controversia concernente la determinazione unilateralmente adottata in via autoritativa dalla P.A., volta alla eliminazione del precedente provvedimento con cui era stata approvata la transazione in parola, con ciò arrecandosi gravissimi danni alla società ricorrente.

Pertanto, la "quérelle" è stata esattamente proposta dinanzi il G.A., esulando il provvedimento impugnato dall'ambito degli atti cosiddetti negoziali e rientrando esso, viceversa, in quelli della cosiddetta serie procedimentale, aventi natura provvedimentale, e, come tali, sindacabili dal G.A., essendo configurabili, a fronte di essi, soltanto posizioni di interesse legittimo.

Quel che preme sottolineare, in questa sede, è che la controversia era conoscibile dal G.A. in sede di giurisdizione generale di legittimità, e non già di giurisdizione esclusiva; d'altronde, dalla lettura degli atti di causa sembra potersi affermare che la Società, nella formulazione dei motivi di ricorso, come poi illustrati con memoria, ciò avesse richiesto al Tribunale, al quale appunto era stato domandato esclusivamente che, in sede di tutela demolitoria, annullasse l'atto di auto-tutela emanato dal Ministero LL.PP. nell'esercizio del suo potere pubblicistico, in quanto affetto dai vizi di legittimità nel detto ricorso ampiamente enunciati.

riparto della giurisdizione tra A.G.O. e G.A.. di salvatore orestano

Si ritiene, pertanto, che la decisione adottata dal Consiglio di Stato in s.g., Sez. VI, n. 1364/2007, sia del tutto condivisibile.

Roma, 24 maggio 2007

avv. Salvatore Orestano