



7 maggio 2019

“COSTITUZIONE E SITUAZIONI SOGETTIVE”

Angelo Spirito



Contributo pubblicato nel blog *ridiam.it*

"Costituzione e situazioni soggettive"

di
Angelo Spirito

La prima impressione che ho avuto nel leggere il volume iniziale degli scritti di questo vecchio/giovanissimo Maestro è stato lo stupore per la vastità della concezione, per la coerenza del cinquantennale impegno, per la premura nella ricerca di nuovi metodi di lettura di fenomeni, soggetti e posizioni soggettive, per la modernità dell'approccio scientifico.

Soprattutto, quello che ha carpito la mia attenzione è stato il costante impegno - in epoche di generalizzata destrutturazione - alla ricerca di un nuovo sistema e di rinnovate certezze in cui coinvolgere non solo il diritto pubblico ed amministrativo ma il diritto in generale. In quest'ordine d'idee, due sono le linee guida che si possono intravedere nella sua instancabile ricerca:

- quella da lui definito il "metodo gradualista", che per un verso evita di assolutizzare la relatività di ciascuno degli elementi oggetto della riflessione e che, per altro verso, consente di cogliere gli elementi non stabili ma aperti ed in continua trasformazione/evoluzione;
- quella che opera "per sottrazione", ossia evita di definire ciò che il fenomeno "è" ma piuttosto definisce ciò che "non è", nel tentativo di fornire nuova sostanza a concetti spesso obsoleti ed usurati.

Mi piace pensare che è proprio per questa seconda ragione che l'Autore abbia scelto in copertina l'immagine della michelangiolesca Pietà Rondanini: non solo perché alla sua essenzialità s'ispira il metodo che ha adottato ma anche perché, come ogni scultura, si forma sottraendo materiale da materiale e soprattutto perché si tratta di un'opera incompiuta che, come tale, lascia libera l'immaginazione alla futura evoluzione; così come l'opera che stiamo commentando offre uno strumento d'indagine che si presta agevolmente alle future, velocissime e radicali trasformazioni.

Seguendo il metodo tracciato da Gianpaolo Rossi, sono stato, allora, tentato dal verificare non quali siano in astratto le posizioni soggettive alla luce della Costituzione, bensì da quali premesse ideologiche e giuridiche essa sia stata influenzata nelle sue scelte fondamentali sul punto; per poi verificare cosa ne rimane oggi. Scelte che, seppur filtrate in chiave di giurisdizione, manifestano quale fosse il panorama dell'epoca sul quale concettualmente, giuridicamente e politicamente s'affacciava il Costituente.

Ebbene, ho ripreso in mano la Relazione al CC del Ministro Grandi, la quale al n. 9 dice: "l'unità della giurisdizione è l'espressione, nel campo processuale, dell'unità dello Stato sovrano. Attraverso le applicazioni di esso è la

stessa indivisibile autorità dello Stato che si manifesta in forma unitaria e costante, nella infinita varietà dei contrasti tra i diritti soggettivi dei singoli".

Tutto sommato, direi che a questa idea di pochi anni prima s'affida la Carta fondamentale quando detta le sue regole in tema di giurisdizione e di posizioni protette. Né dubiterei del fatto che tutto il Titolo IV della Carta sia ispirato da quella idea, benché la frase che ho prima citato avesse un precedente inciso che suonava e suona politicamente scorretto, quando così recita: "La dottrina del fascismo è essenzialmente basata sul concetto di sovranità e di autorità dello Stato".

Possiamo dire, dunque, che l'unità della giurisdizione come espressione dell'unità dello Stato entrò a far parte della Costituzione, la quale la affidò alla Magistratura ordinaria (l'art. 102 recita "La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario"), vietò l'istituzione di giudici straordinari e speciali, tollerandone solo alcuni nel rispetto di quell'accordo stilato tra D'Amelio e Santi Romano circa 20 anni prima.

Sono passati 70 anni ed il mondo s'è radicalmente trasformato. Il mito dello Stato sovrano è stato definitivamente eroso quando a mano a mano s'è affermata la necessità di giustizia per l'uomo e non più per il cittadino suddito ed ha finito per prevalere un assetto politico, sociale e giuridico sovranazionale che riconosce l'individuo come portatore di una propria sovranità.

Molte disposizioni poste a baluardo dello Stato sovrano sono cadute. Si pensi al DIP (L. n. 218 del 1995) che ha abolito l'inderogabilità convenzionale della giurisdizione, ha derogato al principio secondo cui la giurisdizione italiana non era esclusa dalla pendenza della causa innanzi al giudice straniero, ha diversamente disciplinato il rapporto tra giudice italiano e giudice straniero. Successivamente la legge n. 69 del 2009 ha del tutto modificato le conseguenze delle sentenze declinatorie della giurisdizione del giudice originariamente adito, ammettendo la trasmigrazione del processo dal giudice carente di giurisdizione a quello che ne sia fornito (quella che noi chiamiamo *traslatio iudicii*).

Non solo. Oggi all'art. 1 del CPC, secondo il quale "la giurisdizione civile ... è esercitata dai giudici ordinari", fa eco l'art. 4 del CPA, secondo il quale "la giurisdizione amministrativa è esercitata dai tribunali amministrativi regionali e dal Consiglio di Stato". In questo modo viene riconfermato il monopolio della giurisdizione statale, senza tener conto, però, dell'esistenza e della prevalenza delle giurisdizioni sovranazionali, delle concorrenti giurisdizioni degli altri Stati e della volontà delle parti che – seppur nei limiti legislativi – potrebbero pattuire di far decidere le loro controversie da privati arbitri.

Ma continuando nella disamina della crisi venutasi a determinare tra l'impianto costituzionale e l'attuale assetto giurisdizionale è inevitabile osservare che, se entriamo nei dettagli, il primo sembra del tutto sconvolto. Il Costituente

aveva ben chiara la differenza tra diritto soggettivo ed interesse legittimo: per lui il diritto soggettivo aveva il carattere dell'originarietà, ossia derivava da una apposita norma costitutiva della posizione giuridica. Il secondo aveva natura di posizione protetta in relazione all'esercizio di un potere pubblico. Ma gradualmente tutto è cambiato. Il giudice ordinario ha cominciato a garantire una serie di diritti che, pur non avendo una base normativa, potevano e possono trarsi dal dettato costituzionale (si pensi al danno biologico che si fa scaturire dall'art. 32 Cost. quando attribuisce alla salute la dignità di diritto fondamentale dell'individuo, oppure al cd. danno parentale, che è tratto dall'art. 29 Cost. secondo cui la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale); successivamente, con la storica sentenza n. 500 del 1999 le SU della Cassazione hanno ammesso la risarcibilità della lesione degli interessi legittimi, attribuendo, dunque, a questi una tutela identica a quella dei diritti soggettivi.

Dal canto suo, il CDS ha aperto ad una nuova definizione dell'interesse legittimo (quella del Nigro) e si è finito con l'affermare che davanti al giudice amministrativo il cittadino impugna l'atto ma, al fondo, pretende di conseguire o conservare un bene, così come la parte fa nelle azioni che propone innanzi al giudice civile.

E non è tutto. Il Costituente, nell'attribuire al GA la giurisdizione sugli interessi legittimi in generale e sui diritti soggettivi "in particolari materie indicate dalla legge" pensava esclusivamente al rapporto di lavoro pubblico, rispetto al quale il groviglio tra interessi e diritti è inestricabile. Poi è finito che dal 1998 ad oggi la giurisdizione sul pubblico impiego è stata trasferita dal GA al GO, mentre un numero prima impensabile di materie di giurisdizione esclusiva (se ne contano 33) è stato attribuito al GA.

Tutto questo ha comportato che l'assetto costituzionale è completamente sconvolto. È finita che sia il GO che il GA (in molti casi) giudicano su diritti soggettivi e, quanto al risarcimento del danno o alle posizioni giuridiche scaturenti dal contratto, sui medesimi diritti. E tutto questo avviene sulla base di regole processuali diverse, di differenti termini decadenziali, di distinti criteri liquidatori, di spesso contrapposti principi giurisprudenziali, ecc. Ma soprattutto con la differenza che la sentenza del giudice amministrativo e del giudice contabile non è ricorribile per cassazione per violazione di legge e quindi non è soggetta al processo nomofilattico dell'art. 65 OG.

È per questo che oggi la diga della limitata ricorribilità per cassazione delle sentenze del CDS e della CDC, edificata dall'art. 111 Cost., vacilla, sottoposta alla insostenibile pressione di migliaia di ricorsi alle SU della Corte di cassazione, che lamentano tutt'altro che la violazione delle regole della giurisdizione. Fenomeno che può attribuirsi all'esigenza, da parte degli avvocati amministrativisti, di un terzo grado di giurisdizione ed anche, probabilmente, ai maggiori poteri di incisione che la legge ha attribuito al giudice amministrativo sulla discrezionalità delle amministrazioni, anche in sede di ottemperanza (che, come osserva Rossi,

garantisce nel processo amministrativo più rapide e concrete possibilità di esecuzione rispetto allo stesso processo civile).

Ma non basta!! Si pensi al fenomeno che viene detto del "crepuscolo del provvedimento amministrativo", ossia alla sostituzione del provvedimento con vari moduli convenzionali o con la SCIA, dal cui generale campo di applicazione sono esclusi i soli casi in cui siano previste autorizzazioni e licenze (in forza di contingentamenti numerici o di strumenti di programmazione aventi natura edilizio-urbanistica). Qui il GO è la sede naturale per le sanzioni amministrative e per la responsabilità professionale da SCIA illegittima, la sede privilegiata per il risarcimento del terzo danneggiato da SCIA illegittima, mentre al G.A. rimangono i limitatissimi (e discrezionali) casi in cui la P.A. adotti un atto repressivo di rimessione in pristino (si stima che questi casi non superino il 10%), il cui (eventuale) annullamento può costituire presupposto per un (eventuale) risarcimento del danno. L'erario è messo così al riparo da azioni di responsabilità diretta per attività illegittima della pubblica amministrazione. E la "civiltà" dell'amministrazione si riverbera sull'aumento della giurisdizione ordinaria.

Insomma, possiamo dire, per assurdo, che se per un verso il GA ha sottratto al GO grandi fasce di giurisdizione su diritti (attraverso l'ampliamento a dismisura delle ipotesi di giurisdizione esclusiva), per altro verso il GO ha finito con il subire l'impatto delle conseguenze patologiche di quella che precedentemente era l'attività provvedimento della PA.

Se vogliamo continuare - ma il discorso sarebbe molto lungo - dobbiamo aggiungere che avanzano una serie di soggetti che, in un modo o in un altro, partecipano alla soluzione o alla mediazione dei conflitti interrelazionali in speciali settori sociali, economici e finanziari. Penso alle Autorità Garanti oppure ancora all'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), che offre un sistema di risoluzione alternativa delle controversie (ADR) tra i clienti e le banche e gli altri intermediari in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari. Per ora la Corte Costituzionale ha escluso che le Autorità assumano la veste di autorità esercente la giurisdizione, tuttavia non si può negare (così come non si può negarlo per l'ABF) che esse formino e consolidino quotidianamente la loro "nomofilachia", la quale, in un modo o in un altro, finisce con influenzare quella degli organi giurisdizionali riconosciuti. Allora, alla nomofilachia degli organi giurisdizionali sovranazionali, a quella dei giudici (ordinario e speciali) si aggiungono altre nomofilachie. E tutte insieme contribuiscono ad innalzare un grande rumore dal quale il cittadino rimane inesorabilmente assordato e confuso, soprattutto nella moltiplicazione e nella gradualizzazione (della quale proprio Rossi ha colto il senso!!) delle vecchie e nuove posizioni soggettive protette. Con danno immenso per quelli che sono gli indispensabili, weberiani requisiti di ogni giurisdizione: la certezza e la predittività.

Quelli finora esposti sono solo vaghi e superficiali accenni a grandi problematiche che già affliggono e che sempre più affliggeranno lo scenario sociale e giuridico del paese. Ma forse bastano a dimostrare che il sistema costruito dalla nostra Carta fondamentale è radicalmente sconvolto.

Verrà il tempo in cui bisognerà mettervi mano ed in quel tempo la cinquantennale opera di Giampaolo Rossi, la sua instancabile ricerca di un metodo che riconduca all'indispensabile sistema, sarà di preziosissimo ausilio.