

Premessa

SOMMARIO: 1. La materia trattata. – 2. Accenno alle recenti novità legislative e giurisprudenziali. – 3. Gli Autori.

1. La materia trattata

L'oggetto del volume è quello tradizionale: l'esposizione del sistema delle tutele offerte dall'ordinamento ai cittadini contro gli atti e i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti privati che la legge ad esse equipara.

Le tutele non si esauriscono sul piano processuale ma si estendono al piano sostanziale (ricorsi amministrativi, strumenti di soluzione stragiudiziale delle controversie); e, sul piano processuale, sono assegnate a giudici diversi (giudici ordinari, amministrativi, contabili, delle acque, parlamentari), che seguono riti processuali differenziati. Restano fuori dal quadro solo le controversie tributarie, secondo tradizione. Per queste ragioni il volume non può essere denominato "Diritto processuale amministrativo": il titolo non renderebbe appieno il suo contenuto.

D'altronde non è soltanto conforme a tradizione (e ai programmi d'insegnamento universitario), ma anche rispondente a criteri di razionalità, esporre con sistematicità l'insieme delle tutele contro le amministrazioni. Si può offrire un panorama completo dei modi in cui il cittadino può far rientrare nei limiti della legalità l'azione amministrativa che se ne sia discostata, senza dare peso (sul piano espositivo) al carattere sostanziale o processuale dei singoli rimedi, o "guarentigie" secondo l'elegante vocabolo utilizzato da Ranalletti (del quale è imminente il 150° anniversario della nascita).

La teoria e la pratica della giustizia amministrativa sono stati (e in parte continuano ad essere) il luogo di elaborazione dei principi e dei concetti fondamentali del diritto amministrativo sostanziale; molto più che non sia stato il processo civile luogo di elaborazione di istituti del diritto privato. Anche per questa ragione sarebbe riduttivo costringere la giustizia amministrativa sotto il titolo di diritto processuale amministrativo.

La legislazione amministrativa è sterminata, ma si concentra, oltre che sull'organizzazione, sulle singole funzioni, aventi carattere operativo, sui singoli procedimenti, sui singoli atti. Nonostante i notevoli apporti degli ultimi anni, risultano ancora lacunose le disposizioni legislative sulla disciplina generale dell'azione, l'inazione e il provvedimento amministrativo. In relazione a quest'ultimo, mancavano fino alla legge n. 15/2005

norme scritte sulla perfezione, la validità e l'efficacia, e non è detto che le norme sopravvenute ne abbiano chiarito e semplificato il regime giuridico. Per ciò che attiene all'azione, alcuni principi sono iscritti nel testo costituzionale e nella legge sul procedimento, ma molti altri si possono ricavare soltanto dalla giurisprudenza (anche comunitaria), dato che sono di origine prettamente processuale.

La stessa posizione dell'amministrazione nei confronti dei cittadini, e di questi nei confronti della prima, è stata fissata, e più volte è stata aggiornata, in occasione dello svolgimento degli istituti di tutela. Ne è ottimo testimone la pluralità delle ricostruzioni teoriche susseguitesi nel tempo (e rispettose, almeno in parte, del diritto vivente, mutante nel tempo) della figura dell'interesse legittimo.

Nella latitanza, non considerata un male (e talvolta anzi ritenuta un bene) del legislatore, protrattasi per lunghi decenni, dottrina e giurisprudenza hanno trovato un campo in cui operare in collaborazione, formulando con duttilità i tratti salienti della teoria generale del diritto amministrativo.

Anche il processo amministrativo deve larga parte della sua disciplina a tale opera di collaborazione: molto spesso il legislatore non ha fatto altro che prendere atto, e trasformare in norme scritte, regole già viventi nella realtà processuale. Dal diritto vivente al diritto scritto! E questo si può ripetere anche a proposito del Codice del processo amministrativo, dei successivi decreti correttivi e delle modificazioni successive. Uno dei criteri della delega al Governo per la redazione del Codice imponeva, infatti, di "adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori"; e la Corte costituzionale ha tenuto conto di siffatto criterio nel valutare la legittimità costituzionale delle disposizioni codicistiche.

Per le ragioni esposte la giustizia amministrativa si salda strettamente al diritto sostanziale: non avrebbe senso studiare il diritto amministrativo trascurando la giustizia, né occuparsi di giustizia senza approfondire il diritto sostanziale. Ciò non toglie che possa dedicarsi un volume alla sola giustizia: esso presuppone comunque la conoscenza del diritto sostanziale, ed a questo farà sovente riferimento.

Non mancano affatto buoni testi di giustizia amministrativa. L'idea di aggiungerne un altro è venuta anni orsono al curatore di questo volume; il quale ha chiesto la collaborazione di un gruppo di studiosi, dei quali conosce l'orientamento convergente, almeno sulle idee fondamentali e sui temi caratterizzanti.

Essi hanno tutti larga esperienza, i più sia teorica sia pratica, del processo, anzi dei processi amministrativi. Quanto ciascuno di essi ha scritto è in linea di massima condiviso dal curatore. Il quale si è limitato a fornire pochi indirizzi di metodo, rari consigli sul merito, sporadiche richieste di modificazioni, per lo più di forme espositive.

Siamo giunti, per la benevolenza dei lettori, alla settima edizione: il gruppo degli Autori è rimasto immutato.

2. Accenno alle recenti novità legislative e giurisprudenziali

Il legislatore non ha cessato di intervenire sulla disciplina del processo amministrativo. Dopo le integrazioni al Codice del processo amministrativo, di cui è stato tenuto

conto nella passata edizione, nel 2016 sono intervenute nuove norme in tema di controversie sugli appalti pubblici: l'art. 120, che disciplina il rito degli appalti, è stato profondamente modificato dalla nuova legge sulla materia (d.lgs. 16 aprile 2016, n. 50, in particolare dall'art. 204). Delle modificazioni sarà dato conto a suo luogo; valutate complessivamente, esse si traducono nel rinnovo profondo della disciplina processuale.

Con altro intervento legislativo (d.l. 31 agosto 2016, n. 168, conv. in legge 25 ottobre 2016, n. 197) sono state dettate alcune disposizioni riguardanti il processo elettronico ed altre sulla sinteticità e chiarezza degli atti processuali di parte. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 16 febbraio 2016, n. 40, è stato approvato il regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico.

Novità provengono anche dalla giurisprudenza.

La Corte costituzionale, con sent. 7 ottobre 2016, n. 215, ha dichiarato incostituzionale la composizione della Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie, organo decidente cui viene riconosciuta natura giurisdizionale.

Con sent. 15 luglio 2016, n. 179, la Corte ha stabilito che la giurisdizione esclusiva si estende alle controversie instaurate su iniziativa della pubblica amministrazione (ad esempio, in tema di accordi procedimentali). La Corte ha chiarito che, “sebbene gli artt. 103 e 113 Cost. siano formulati con riferimento alla tutela riconosciuta al privato nelle diverse giurisdizioni – da ciò non deriva affatto che tali giurisdizioni siano esclusivamente attivabili dallo stesso privato, né che la giustizia amministrativa non possa essere attivata dalla pubblica amministrazione”.

Più recentemente, con sent. 4 maggio 2017, n. 94, ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30 c.p.a., che sottopone la proposizione in via autonoma dell'azione risarcitoria al termine di decadenza di 120 giorni.

Con una importante sentenza recente, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità, sollevata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, relativa all'art. 106 c.p.a. (e agli artt. 395 e 396 c.p.c.). Il giudice rimettente chiedeva se fosse conforme ai principi costituzionali e al parametro interposto (attraverso l'art. 117 Cost.) la mancata previsione di un caso di revocazione, quando sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU. La Corte ha ritenuto che, fuori dalla materia penale, la conformazione può essere garantita con mezzi diversi, senza necessità di “adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo” (sent. 26 maggio 2017, n. 123).

La Corte di cassazione prosegue nel disegno di ricavarci uno spazio di giurisdizione in tema di responsabilità civile della pubblica amministrazione, in particolare in tema di affidamento, ma, più in generale, in tutte le controversie in cui non si faccia questione di esercizio o di mancato esercizio del potere amministrativo (Cass., S.U., 21 aprile 2016, n. 8057; Id., 22 giugno 2017, n. 15640; ma, per una motivazione più ampia, v. Cass., S.U., 4 settembre 2015, n. 17586); quindi anche in caso di attività vincolate (Cass., S.U., 16 dicembre 2016, n. 25978).

Interessante, sempre in tema di responsabilità civile, si mostra la sent. Cass., S.U., 22 giugno 2017, n. 15640, che sembra abbandonare la tesi della natura aquiliana per sostenere che si tratti di responsabilità da “contatto” qualificato.

A sua volta, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato continua nella sua opera di chiarimento della disciplina processuale. Ad esempio, si è pronunciata sui poteri del commissario *ad acta* (sent. 9 febbraio 2016, n. 2); sul computo dei termini processuali (sent. 27 luglio 2016, n. 18); sulla applicabilità del rito di cui all'art. 120 c.p.a. alle controversie in materia di concessioni (sent. 27 luglio 2016, n. 22).

Con sent. 12 maggio 2017, n. 2, ha fissato la disciplina, sostanziale e processuale, dell'azione di risarcimento dei danni connessi alla impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato, prevista dall'art. 112, co. 3, c.p.a.

3. *Gli Autori*

Alcuni degli Autori hanno avuto, in questo non lungo lasso di tempo dalla precedente edizione, avanzamenti nella loro carriera accademica ed altri ne sono in attesa; il che conferma la loro già sperimentata qualità di studiosi del diritto amministrativo in generale e della giustizia amministrativa in specie.

In ordine alfabetico gli Autori sono:

Chiara CACCIAVILLANI, professore ordinario di diritto amministrativo nel Dipartimento di Diritto pubblico internazionale e comunitario dell'Università di Padova, sede di Treviso.

Francesca CANGELLI, professore associato di diritto amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia.

Domenico D'ORSOGNA, professore ordinario di diritto amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Sassari.

Marina D'ORSOGNA, professore ordinario di diritto amministrativo nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Teramo.

Fabrizio FIGORILLI, professore ordinario di diritto amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia.

Enrico FOLLIERI, professore ordinario di diritto amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia.

Loredana GIANI, professore ordinario di diritto amministrativo nella Università Europea di Roma.

Maria IMMORDINO, professore ordinario di diritto amministrativo nel Dipartimento di Scienze economiche, aziendali, e statistiche dell'Università di Palermo.

Roberta LOMBARDI, professore ordinario di diritto amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze politiche della Università del Piemonte orientale.

Nino PAOLANTONIO, professore ordinario di diritto amministrativo nel Dipartimento di Impresa Governo e Filosofia dell'Università di Roma "Tor Vergata".

Aristide POLICE, professore ordinario di diritto amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza della Università di Roma "Tor Vergata".

Franco Gaetano SCOCA, professore emerito di diritto amministrativo della Università La Sapienza di Roma.

Stefano Salvatore SCOCA, professore ordinario di diritto amministrativo nel Dipartimento di Scienze della Società e della formazione d'area mediterranea dell'Università Dante Alighieri di Reggio Calabria.

Mario Rosario SPASIANO, professore ordinario di diritto amministrativo nel Dipartimento di Architettura e Disegno industriale "Luigi Vanvitelli" della Seconda Università di Napoli.

Stefano TARULLO, professore associato di diritto amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli.

Francesco VETRÒ, professore associato di diritto amministrativo nel Dipartimento di Scienze giuridiche della Università del Salento.

Alberto ZITO, professore ordinario di diritto amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Teramo.

La mappa dei contributi di ciascun Autore resta la medesima della precedente edizione, con qualche marginale modificazione, ed è la seguente:

Parte prima: F.G. Scoca

Parte seconda, Cap. primo; Cap. secondo, Sez. I: F. Figorilli

Parte seconda, Cap. terzo, parr. 1-8: A. Zito

Parte seconda, Cap. terzo, par. 9: M.R. Spasiano

Parte seconda, Capp. quarto e quinto: A. Police

Parte terza: F.G. Scoca

Parte quarta, Cap. primo, Sezz. I, II, III e IV: E. Follieri

Parte quarta, Cap. primo, Sez. V: R. Lombardi

Parte quarta, Cap. secondo: F. Cangelli

Parte quarta, Cap. terzo: F.G. Scoca

Parte quinta, Cap. primo: E. Follieri

Parte quinta, Cap. secondo, Sez. I, parr. 1-7: M. D'Orsogna

Parte quinta, Cap. secondo, Sez. I, parr. 8 e 9: F. Figorilli

Parte quinta, Cap. secondo, Sez. II: E. Follieri

Parte quinta, Cap. secondo, Sez. III: L. Giani

Parte quinta, Cap. secondo, Sez. IV: D. D'Orsogna

Parte quinta, Cap. terzo, Sez. I: A. Zito

Parte quinta, Cap. terzo, Sez. II: M. D'Orsogna

Parte quinta, Cap. terzo, Sez. III: C. Cacciavillani

Parte quinta, Cap. quarto, Sez. I: S. Tarullo

Parte quinta, Cap. quarto, Sez. II: A. Police

Parte quinta, Cap. quinto: N. Paolantonio

Parte quinta, Cap. sesto, Sez. I: N. Paolantonio

Parte quinta, Cap. sesto, Sez. II: F. Vetrò

Parte quinta, Cap. settimo, Sez. I: S.S. Scoca
Parte quinta, Cap. settimo, Sez. II: M.R. Spasiano
Parte sesta, Cap. primo: C. Cacciavillani
Parte sesta, Cap. secondo: S. Tarullo
Parte settima, Capp. primo e secondo: M. Immordino
Parte settima, Cap. terzo: L. Giani

Anche in questa edizione si è ritenuto opportuno indicare nell'indice, parte per parte, chi ne sia l'Autore, allo scopo di rendere più semplici le citazioni.

Il curatore ringrazia gli Autori per lo sforzo compiuto e chiede loro di continuare ad approfondire i temi trattati, per il caso che la benevolenza dei lettori renda possibili ulteriori edizioni. Ringrazia Annarita Iacopino che ha curato l'aggiornamento dell'indice analitico.

Parte 1

*La genesi del sistema
delle tutele nei confronti
della pubblica amministrazione*

Capitolo 1

La formazione del sistema

SOMMARIO: Sezione prima: *La scelta giurisdizionale*. – 1. L’abolizione dei Tribunali ordinari del contenzioso amministrativo. – 2. I tratti essenziali della riforma del 1865. – 3. L’attuazione della riforma. – 4. Il quadro teorico. – 5. Il movimento per la “giustizia nell’amministrazione”. – Sezione seconda: *La giustizia nell’amministrazione*. – 1. Le leggi Crispi del 1889. – 2. La cognizione e i poteri della Quarta Sezione. – 3. La natura giuridica della Quarta Sezione. La tesi della doppia tutela. – 4. La legge e il regolamento del 1907. – 5. L’introduzione della giurisdizione esclusiva e altre riforme prima della Costituzione.

I pilastri fondamentali del sistema delle tutele giurisdizionali nei confronti dell’amministrazione sono stati eretti nella seconda metà del diciannovesimo secolo, nel primo quarantennio della esperienza unitaria, con le leggi del 1865 e del 1889. Con la prima è stata affermata la giurisdizione del giudice ordinario (l’unico allora esistente) per la soluzione delle controversie coinvolgenti l’amministrazione pubblica; è stata cioè operata la scelta della tutela giurisdizionale, affidata al giudice, abbandonando il precedente sistema della tutela amministrativa contenziosa, gestita da organi interni all’amministrazione. Con la seconda è stato creato un organo decisorio collegiale, la IV Sezione del Consiglio di Stato, che sarà in seguito riconosciuto come organo avente natura giurisdizionale; è stato cioè affiancato al giudice ordinario il giudice amministrativo, dando così luogo al sistema di tutele c.d. binario. Su tali pilastri poggia ancora oggi il sistema della giustizia amministrativa. Tuttavia, sia i presupposti di diritto sostanziale, sia la struttura e la funzione del processo, sia le azioni esperibili sono profondamente cambiati nel tempo. Il processo amministrativo si è profondamente evoluto, ispirandosi ai principi del giusto processo (art. 111 Cost.).

Sezione prima: *La scelta giurisdizionale*

1. *L'abolizione dei Tribunali ordinari del contenzioso amministrativo*

Realizzata nel 1861 l'unità d'Italia, il Parlamento pose immediatamente mano all'opera di unificazione della legislazione amministrativa; e, in questa prospettiva, alla soluzione del problema, che ebbe allora un pregnante carattere politico, della tutela dei cittadini nei confronti dell'amministrazione.

L'esperienza pregressa, presso la maggior parte degli Stati preunitari e, dopo il 1861, anche nel Regno d'Italia, non ammetteva, per via di una interpretazione rigorosa del **principio della separazione dei poteri**, che l'amministrazione potesse essere "trascinata" davanti agli organi giurisdizionali. Il problema della tutela dei cittadini era pertanto stato risolto facendo ricorso al sistema detto del "**contenzioso amministrativo**", che era stato introdotto in Italia al tempo della conquista napoleonica, sul modello del sistema francese.

Le controversie con l'amministrazione erano devolute ai **Tribunali del contenzioso amministrativo**, organi collegiali aventi natura amministrativa e inseriti, sia pure con qualche garanzia di indipendenza, nella organizzazione del Potere esecutivo. Nel Regno di Sardegna, dopo la riforma del 1859, dovuta all'opera di Rattazzi, tali Tribunali erano, in primo grado, il Consiglio di Governo, sedente presso ogni Governatorato (Prefettura), e, in secondo grado, il Consiglio di Stato, o, nelle materie di contabilità pubblica, la Corte dei conti.

Dopo l'unità, raggiunta mediante l'espansione territoriale del Regno di Sardegna, rimasero transitoriamente in vigore i sistemi di tutela degli Stati preunitari.

Il dibattito parlamentare postunitario si concentrò pertanto sul mantenimento o, alternativamente, sulla abolizione del sistema del contenzioso amministrativo; ovvero, se si preferisce, sulla conservazione o sul cambiamento del **modello di derivazione francese**, ripreso da molti degli Stati preunitari dopo la Restaurazione (1815).

Nella esperienza dell'Europa continentale si era nel frattempo affermato un **modello alternativo**: con la costituzione belga del 1831, tutte le controversie con l'amministrazione erano state deferite al giudice (ordinario), al pari delle controversie tra privati. A questo modello si ispirarono coloro che aderivano alle tesi, spesso intransigenti, del c.d. *costituzionalismo liberale*; che aveva tra i suoi principali obiettivi l'abolizione del contenzioso amministrativo e l'affermazione della "*giurisdizione ordinaria e universale*".

Come è noto, il dibattito parlamentare sul sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione non poté essere concluso in Parlamento, per l'imminenza della guerra contro l'Impero austro-ungarico (terza guerra d'indipendenza). Furono concessi i pieni poteri all'Esecutivo, il quale approvò la **legge 20 marzo 1865, n. 2248**, di unificazione amministrativa, utilizzando peraltro fedelmente i testi in discussione dinanzi al Parlamento. Insieme all'amministrazione locale, alla sicurezza e alla sanità pubbliche, ai lavori pubblici, la legge disciplinava, all'**All. D**, il Consiglio di Stato, e, all'**All. E**, il contenzioso amministrativo.

L'art. 1 dell'All. E disponeva *l'abolizione dei Tribunali ordinari del contenzioso amministrativo*; l'art. 2 stabiliva che "tutte le cause per contravvenzioni e tutte le cause nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico" fossero deferite al giudice (ordinario).

2. I tratti essenziali della riforma del 1865

Il significato letterale dell'art. 2 appena citato era ben chiaro: qualsiasi diritto soggettivo, vantato dal cittadino nei confronti dell'amministrazione, aveva acquisito la tutela giurisdizionale, e non doveva più limitarsi ad ottenere tutela solo in sede contenziosa amministrativa. Nella locuzione "*diritto civile o politico*", secondo la univoca interpretazione dei contemporanei, erano compresi **tutti i diritti soggettivi**. Né alcun ostacolo alla tutela giurisdizionale poteva ravvisarsi nel coinvolgimento nella controversia, in una qualunque posizione processuale, dell'amministrazione, o nella presenza di "provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa". La cognizione del giudice (ordinario) era pertanto estesa a **qualsiasi controversia su diritti soggettivi**.

Veniva in questo modo *superato il principio della separazione dei poteri* nella sua interpretazione più rigorosa: l'amministrazione poteva essere convenuta dinanzi al giudice. Superato come "barriera" tra amministrazione e giurisdizione, il principio *continuava ad avere rilievo in ordine alla completezza della tutela*: restavano infatti fortemente limitate le *azioni esperibili* nei confronti dell'amministrazione e, conseguentemente, erano molto ridotti i poteri decisorii del giudice. Per l'art. 4 della legge, il giudice *non poteva annullare, revocare o modificare i regolamenti e i provvedimenti amministrativi*; se li riteneva non "conformi alle leggi", li **disapplicava**, ossia non ne teneva conto nell'assumere la decisione.

Lo stesso art. 4, al comma 2, stabiliva l'*obbligo* dell'amministrazione *di conformarsi alla sentenza del giudice*. Tale obbligo, sul cui contenuto si aprì e durò lungamente una forte polemica tra gli studiosi, non era peraltro presidiato da alcuna sanzione. Il vuoto sarà poi colmato con la legge del 1889 (di cui si tratterà alla Sezione seconda).

La riforma, riferendosi ai diritti soggettivi, lasciava numerose ed anche rilevanti controversie con l'amministrazione (gli "**affari non compresi**" nell'art. 2) fuori dall'ambito della giurisdizione; ed essendo stati aboliti i Tribunali del contenzioso amministrativo (presso i quali non aveva rilievo determinante che la controversia riguardasse diritti o altri interessi), tali controversie potevano essere risolte soltanto mediante i **ricorsi amministrativi** (decisi in generale dalle autorità amministrative gerarchicamente sopraordinate a quelle che avevano adottato i provvedimenti impugnati). L'All. D alla stessa legge perpetuava peraltro la possibilità di esperire in ogni caso il **ricorso (straordinario) al Re**, che veniva deciso su parere del Consiglio di Stato.

In definitiva, con la legge del 1865, era stata **assicurata la tutela giurisdizionale ai diritti soggettivi**, ed era stata lasciata per gli *altri "affari"* amministrativi quel tanto di tutela che poteva essere assicurata dalla stessa amministrazione attiva in sede di ricorsi amministrativi, ordinari e straordinario; tutela di efficacia inferiore a quella precedentemente assicurata con il sistema del contenzioso amministrativo.

3. *L'attuazione della riforma*

Tra i giuristi del tempo si ebbe netta la sensazione, almeno da parte dei più, che fosse stato *risolto in modo completo* e definitivo il problema della tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione. Era infatti convinzione generalmente condivisa che la **tutela giurisdizionale** potesse essere predicata soltanto a garanzia dei **diritti soggettivi**: in assenza di diritto soggettivo non era concepibile alcuna *controversia giuridica*, e, quindi, alcun intervento del giudice.

Come vedremo questa visione peccava di schematicismo, e già da allora questo appariva ad alcuni con chiarezza. Ma il *carattere parziale della riforma* (con la incompleta tutela giurisdizionale che essa comportava) apparve a tutti evidente, negli anni successivi, a ragione del **modo timido e restrittivo nel quale essa fu attuata**.

Da un lato il *giudice ordinario*, gravato di un compito al quale non era avvezzo, non fece alcunché per conferire alla sua azione quell'ampiezza e quella efficacia che la legge avrebbe consentito.

D'altro lato il *Consiglio di Stato*, che aveva allora il compito di risolvere i *conflitti di attribuzione*, che si determinavano tra organi amministrativi e organi giurisdizionali, contribuì pesantemente a ridurre l'ambito della tutela giurisdizionale: dal luglio 1865 all'aprile 1877 furono sollevati ben 500 conflitti di attribuzione; "solo in 111 fu riconosciuta la competenza giudiziaria"¹. Il Consiglio di Stato iniziò allora ad elaborare la tesi secondo cui, *quando la controversia riguarda provvedimenti amministrativi*, in particolare provvedimenti discrezionali, *essa non può avere ad oggetto diritti soggettivi*; e quindi non rientra nell'ambito della giurisdizione del giudice (ordinario), così come delineato dalla legge del 1865.

È assolutamente vero che tale interpretazione era in evidente contrasto con la lettera della legge, che considerava espressamente l'ipotesi di controversie *riguardanti diritti e ad un tempo coinvolgenti provvedimenti amministrativi*, ma essa doveva corrispondere a convinzioni radicate ed estese, se si considera che, una volta trasferita, nel 1877 (con la legge 31 marzo 1877, n. 3761), alla Corte di cassazione di Roma² la competenza a risolvere i conflitti di attribuzione, l'orientamento non cambiò di molto. Sostanzialmente si riconosceva al giudice (ordinario) la giurisdizione quasi esclusivamente in tema di attività di diritto privato (gli atti *iure gestionis*) dell'amministrazione, con esclusione dell'attività di diritto pubblico (gli atti *iure imperii*).

Nella veste di Tribunale dei conflitti, la Corte di cassazione di Roma (che decideva a Sezioni Unite³) avrebbe ben potuto assumere un atteggiamento diverso, affermando la giurisdizione in tutti i casi in cui la controversia riguardava diritti soggettivi, anche quando in essa erano coinvolti provvedimenti amministrativi. Se non lo fece è

¹ G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione in Italia*, Firenze, 1878, 33. L'opera del Consiglio di Stato sui conflitti è ora illustrata da F.G. SCOCA, *Il Consiglio di Stato e i conflitti di attribuzione*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Torino, 2011, 93 ss.

² Al tempo continuavano a funzionare le Corti di cassazione "territoriali", risalenti agli Stati preunitari.

³ La Corte di cassazione di Roma era allora articolata in due Sezioni.

perché anch'essa aveva convinzioni di fondo, che non erano molto diverse da quelle del Consiglio di Stato.

L'attuazione in modo tanto riduttivo della riforma rese chiaro che, non solo gli *interessi* non riconosciuti come *diritti soggettivi*, ma anche questi ultimi, quando su di loro svolgeva una qualche influenza un provvedimento amministrativo, rimanevano privi di tutela giurisdizionale.

4. *Il quadro teorico*

Mentre *sul piano politico* la riforma del 1865 non può che essere considerata *coraggiosa e radicale*, sol che si pensi alla definitiva rottura con il sistema del contenzioso amministrativo e al diverso, e più limitato, valore attribuito al principio della separazione dei poteri, *sul piano teorico* essa si scontrava con la visione allora prevalente dei rapporti correnti tra l'amministrazione e il cittadino.

L'amministrazione era parte del Potere esecutivo, ed era intesa come **autorità**, espressione della **sovranità**: i suoi organi dovevano poter perseguire l'interesse pubblico senza trovare ostacoli di sorta. *Nella sfera entro la quale si esercitava il potere non vi era posto per i diritti dei cittadini*: sussistevano, più nelle convinzioni teoriche che nel diritto positivo (come l'attuazione della riforma dimostra), *due sfere* separate e non sovrapposte, l'una riservata al potere dell'amministrazione, l'altra riservata ai diritti dei cittadini⁴. Le due sfere erano delimitate dalle leggi, rispettivamente dalle "*leggi amministrative*", dalle quali derivava il "potere amministrativo", e dalle "*leggi politiche e civili*", sulle quali si fondavano i diritti soggettivi dei privati cittadini. Nel primo caso si escludeva in modo rigoroso che dalla legge potessero derivare "diritti nel senso proprio e strettamente giuridico di questa parola"⁵; ne potevano derivare semplici "interessi".

In questa prospettiva, i diritti civili e politici, fondati esclusivamente sulle "*leggi politiche e civili*", non potevano collidere con il potere amministrativo, fondato a sua volta sulle (diverse) "*leggi amministrative*"; cosicché la tutela dei diritti non poteva che essere limitata ai casi in cui l'autorità amministrativa agiva in violazione delle leggi civili e politiche, senza potersi estendere alla violazione delle leggi amministrative.

Il quadro teorico si presentava in modo estremamente semplice: le *leggi amministrative* attribuivano **poteri** all'amministrazione, e ciò escludeva necessariamente la contemporanea attribuzione di **diritti** ai cittadini. *L'assenza di diritti soggettivi comportava*, anche qui di necessità, *l'assenza di tutela giurisdizionale*. Sembrava pertanto non solo giustificato, ma necessitato, che le controversie relative alla sfera, caratterizzata dall'esistenza (e dall'esercizio) di poteri amministrativi, fossero sottratte alla cognizione del giudice e lasciate alla cognizione dell'amministrazione, che vi provvedeva mediante l'esame e la decisione dei ricorsi amministrativi.

⁴ Si veda ora l'ampia ricostruzione di G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989.

⁵ A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei Governi liberi*, Torino, 1904, 325.

Di contro, le *leggi civili e politiche* attribuivano **diritti soggettivi** ai cittadini, e di *conseguenza* escludevano che l'amministrazione potesse essere titolare di **poteri**. In questo caso, e solo in questo caso, veniva assicurata la tutela giurisdizionale.

L'enorme numero di conflitti di attribuzione, sollevati nel periodo successivo alla legge del 1865, dimostra che il quadro teorico era profondamente difettoso; eppure esso resistette anche oltre la legge del 1877 e, sia pure per non molto, anche oltre la legge del 1889.

Valutando la riforma del 1865 a distanza di anni si può convenire con il Salandra⁶, il quale riteneva che con essa, che costituiva la *prima risposta unitaria al problema della tutela nei confronti dell'amministrazione*, fu dato rilievo prevalente alle **libertà civili, personali e patrimoniali**: secondo lo studioso, che era ad un tempo importante uomo politico, i riformatori del 1865 vollero affermare “*le guarentigie giuridiche della libertà civile*”, così come nel periodo post-rivoluzionario francese si erano cercate “*le guarentigie politiche della sovranità popolare*”.

5. Il movimento per la “giustizia nell'amministrazione”

Nell'allora generalmente *condiviso*, ma obiettivamente *inadeguato, impianto teorico* che le fece da supporto, sta il limite della riforma del 1865. Ma la presa di coscienza della sua inadeguatezza, o meglio della sua incompletezza, derivò da *ragioni pratiche*: il mondo politico, sia della Destra sia della Sinistra storiche, si rese presto conto di non aver prestato sufficiente attenzione alla tutela dei “diritti minori”, o “diritti meno perfetti”, o “diritti che sono subordinati alle considerazioni della utilità pubblica”, ossia ai “*diritti nascenti dalle “leggi amministrative”*”, dei quali pure si era fatto largo discorso nel dibattito parlamentare: essi restavano confinati negli “affari” non compresi nelle materie “devolute alla giurisdizione ordinaria”.

Nel corso degli anni tali “*diritti minori*” erano venuti crescendo di numero e di rilievo economico, in dipendenza dell'allargamento delle funzioni amministrative e della sfera dei poteri discrezionali dell'amministrazione.

Aumentava il disagio per il modo riduttivo in cui era stata concepita, e soprattutto attuata, la legge del 1865: anche i diritti “assicurati da una legge” rimanevano per lo più privi di tutela giurisdizionale, se essi risultavano esposti all'esercizio di poteri amministrativi.

L'esigenza di una nuova riforma si manifestò nelle aule parlamentari quasi immediatamente dopo il 1865, e venne rapidamente acquistando evidenza nel tempo. L'accelerazione ulteriore fu dovuta ad un accadimento politico, che di per sé era del tutto estraneo al problema della giustizia amministrativa: come è noto, *nel 1876 cadde il Governo della Destra*, che era durato ininterrottamente dall'Unità.

L'allontanamento dal Governo comportò per gli uomini più sensibili della Destra una rinnovata attenzione al problema della tutela dei privati nei confronti dell'amministrazione, tanto che esso fu inserito al primo posto del programma politico del loro

⁶ A. SALANDRA, *La giustizia*, cit., 101.

partito, sia pure sotto un'angolazione particolare, ossia come esigenza di reagire contro la ingerenza dei partiti nell'amministrazione. Si determinò un *movimento per la "giustizia nell'amministrazione"*, i cui uomini di punta furono **Marco Minghetti**⁷ e **Silvio Spaventa**.

Si riteneva di dover porre un freno ai favoritismi e alle parzialità, allargando la possibilità di reagire contro gli atti dell'amministrazione: si chiedeva pertanto di "completare l'opera del 1865", con la quale il legislatore, "abolendo radicalmente la giurisdizione amministrativa, privò molti interessi di qualsiasi *garentia* di giustizia, e lasciò molti diritti senza più giudice in balia dell'amministrazione"⁸.

Completare la riforma del 1865, *non stravolgerla*: nonostante la timida prova che aveva fornito il giudice (ordinario), nessuno pensava che si potesse tornare indietro rispetto alla soluzione con tale legge affermata; la quale, per aver compiuto l'unificazione amministrativa, prese ad essere considerata "come una tavola fondamentale" e fu portata "sul piano del mito"⁹.

Sezione seconda: *La giustizia nell'amministrazione*

1. *Le leggi Crispi del 1889*

Al problema della estensione della tutela giurisdizionale, comunque affidata ad organi decisori indipendenti ed imparziali, fortemente sentito dalla Destra, fu data soluzione per opera di un Governo almeno formalmente riferibile alla Sinistra, e presieduto da **Francesco Crispi**.

Fu varata la legge 31 marzo 1889, n. 5992 (poi coordinata con l'All. D alla legge del 1865 nel testo unico approvato con r.d. 2 giugno 1889, n. 6166). In effetti, veniva modificata l'organizzazione interna del **Consiglio di Stato**, già allora autorevole organo amministrativo, con la istituzione, accanto alle prime tre (risalenti al 1831), della **Quarta Sezione**, denominata "per la giustizia amministrativa".

La Quarta Sezione era chiamata a "decidere i ricorsi per *incompetenza*, per *eccesso di potere* o per *violazione della legge* contro atti e *provvedimenti* di un'autorità ammi-

⁷ M. MINGHETTI, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, 1881.

⁸ S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, Discorso pronunciato all'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880, in S. SPAVENTA, *La giustizia amministrativa*, a cura di S. RICCI, Napoli, 1993, 54-55. Aggiunse Spaventa, con riferimento alla legge del 1865: "è evidente (...) che l'opera da noi fatta è tanto imperfetta che solo i ciechi possono prenderla per la soluzione del problema della giustizia amministrativa (...). Ma non perciò io sono per proporvi riforme, che sconvolgano gli ordinamenti presenti della nostra amministrazione; basta completare l'opera del 1865" (71).

⁹ F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Vicenza, 1969, 75.

nistrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un *interesse* di individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi *non siano di competenza dell'autorità giudiziaria*, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione ed alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali” (art. 3).

L'ambito della cognizione del nuovo organo giudicante era, come si legge esplicitamente, ricavato *in negativo rispetto alla “competenza” del giudice (ordinario)*. Questo dà la prova del disegno volto al *completamento della riforma del 1865*, senza peraltro che si volesse minimamente ridurne o modificarne l'ambito.

Nell'art. 3 appena citato sono concentrati tutti i caratteri di quello che era destinato a divenire il processo amministrativo: ricorso di *impugnazione* di atti o provvedimenti, per farne valere i *vizi di legittimità* (incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge), a tutela di *“interessi” individuali*, diversi dai diritti soggettivi.

La scelta della *tutela* (soltanto) *successiva* rispetto all'azione amministrativa, nella forma della impugnazione di “atti e provvedimenti”, sembrava adeguata ad assicurare la giustizia nell'amministrazione, e ad evitare i favoritismi e le parzialità, senza intralcio per il normale svolgimento dell'attività amministrativa. Coerentemente con questa impostazione vennero sottratti alla nuova forma di tutela gli “atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio di un potere politico”¹⁰.

In contrasto con la tecnica a suo tempo seguita dal legislatore del 1865, la nuova legge indicava espressamente il ventaglio dei motivi di ricorso, fissando in tal modo la *causa petendi* del giudizio, e contemporaneamente ponendo la base (l'unica rimasta fino alla legge 11 febbraio 2005, n. 15) per la elaborazione della *disciplina della invalidità* dei provvedimenti amministrativi, risolvendola interamente nella **annullabilità** per *vizi di legittimità*. Solo con la legge del 2005 alla annullabilità verrà affiancata la **nullità**.

Non veniva invece approfondita la *nozione di “interesse”*; e ciò è facilmente spiegabile sulla base di una doppia considerazione: da un lato non si sapeva bene in cosa esso consistesse dal punto di vista della sua natura giuridica; dall'altro era sufficiente, per identificarlo in concreto, che non risultasse essere riconosciuto giuridicamente come diritto soggettivo.

Al *sindacato di legittimità* si aggiungeva, in alcuni limitati casi, il *sindacato di merito*: uno dei casi riguardava l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al “giudicato” dei tribunali ordinari. Veniva finalmente sanzionato il frequente inadempimento, da parte dell'amministrazione soccombente in giudizio, di tale obbligo, stabilito fin dalla legge del 1865.

Con una legge successiva (1° maggio 1890, n. 6837) furono attribuite funzioni di decisione di controversie, relative ad atti di amministrazioni locali, ad un organo amministrativo sedente presso la Prefettura, la *Giunta provinciale amministrativa*; organo che, a seguito della Costituzione del 1948, sarà dichiarato costituzionalmente illegittimo per via della sua composizione, che non ne assicurava l'indipendenza e la imparzialità.

Si era passati, senza peraltro che ve ne fosse allora piena consapevolezza (ché anzi si continuava a ritenere vigente e a difendere il principio della giurisdizione unica),

¹⁰ L'esclusione della impugnabilità degli atti politici è rimasta anche nel c.p.a.: art. 7, comma 1.

dal **sistema monistico** del 1865, con la tutela giurisdizionale interamente affidata ad un solo giudice, al **sistema dualistico**, per il quale la tutela nei confronti dell'amministrazione è divisa tra due differenti ordini giudiziari, il giudice ordinario e (quello che diventerà) il giudice amministrativo. Ma questa diversa soluzione sistematica non è stata voluta e perseguita consapevolmente: è stata il *risultato di due episodi di riforma ispirati ad ideologie e ad esigenze diverse*.

2. *La cognizione e i poteri della Quarta Sezione*

Non solo l'ambito della **cognizione** dell'organo appena istituito risultava disegnato in negativo rispetto all'ambito della giurisdizione del giudice (ordinario), riguardando tutte e sole le controversie che *non* fossero di "competenza" di quest'ultimo; anche i poteri di **decisione** apparivano commisurati ai poteri *non* attribuiti al giudice (ordinario). Mentre la legge del 1865 aveva negato che il giudice (ordinario) potesse annullare gli atti dell'amministrazione, anche ove li reputasse illegittimi, la legge del 1889 conferiva alla Quarta Sezione proprio e solo il *potere di annullamento*.

Il "giudizio" amministrativo si manifestava pertanto come il reciproco e l'opposto del giudizio ordinario. Si può certo pensare che fosse il tipo di "giudizio" che meglio si addiceva alla esigenza di limitare l'ingerenza dei partiti nell'amministrazione; e si può aggiungere che l'attribuzione ad un organo, che, seppure amministrativo, era nelle condizioni di decidere imparzialmente, del potere di annullare atti dell'amministrazione dovette apparire come un forte progresso (e, visto al contrario, come una fonte di preoccupazione), sol che si pensi che i vecchi Tribunali del contenzioso amministrativo, nonostante la loro chiara natura di organi amministrativi, non erano dotati di tale potere.

Si può anche concordare con chi ha ritenuto che la legge del 1865 avesse prefigurato "in negativo il tipo di processo cui darà vita la legge del 1889"¹¹. Questa osservazione può giustificare l'impressione che ebbero della legge del 1889 i primi commentatori: con essa, proprio per il fatto che fossero state colmate le "lacune" della legge del 1865, sia sotto il profilo dell'ambito della *cognizione* (avendo aggiunto la tutela degli interessi a quella dei diritti), sia sotto il profilo dei poteri di *decisione* (avendo aggiunto il potere di annullamento ai poteri di disapplicazione e di condanna pecuniaria), si riteneva che si fosse ormai completata la riforma e si fosse pervenuti ad un sistema compiuto di tutele nei confronti dell'amministrazione. *Per la seconda volta si ebbe l'illusione di aver risolto definitivamente il problema della giustizia amministrativa*.

Non si rifletté a sufficienza sui vuoti di tutela che residuavano; e che, purtroppo, in buona parte, si sono tramandati fino ai nostri giorni, e soltanto con l'approvazione del Codice del processo amministrativo possono ritenersi in buona misura colmati. Il risultato allora conseguito fu la **generalità della tutela**, salva la zona franca degli atti politici (al tempo pienamente rispondente alla "coscienza civile"); era data tutela per

¹¹ M. NIGRO, *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui Tribunali regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1832.

ogni controversia che il cittadino avesse nei confronti di una qualunque amministrazione. Ma *la tutela assicurata non era mai piena e completa*, dato che i mezzi di tutela (esperibili dinanzi al giudice ordinario e dinanzi alla Quarta Sezione) non erano cumulabili: se la controversia riguardava diritti soggettivi, si potevano esperire solo le azioni di accertamento e di condanna al pagamento di somme di danaro; se essa concerneva interessi, era possibile proporre soltanto l'azione costitutiva di annullamento.

L'obiettivo della **pienezza della tutela**, ammesso che fosse nelle prospettive dei riformatori (come si può dedurre dal vano tentativo, di poco successivo, di introdurre la c.d. doppia tutela), non fu affatto raggiunto.

3. *La natura giuridica della Quarta Sezione. La tesi della doppia tutela*

La legge del 1889 non utilizza mai i termini “giurisdizione” e “sentenza”: usa i termini “competenza” e “decisione”. Nelle dichiarate intenzioni del legislatore, concordanti con le concezioni teoriche del tempo, il sindacato sull'attività amministrativa (soprattutto se discrezionale) e il potere di annullamento degli atti amministrativi non potevano essere attribuiti se non ad un **organo appartenente all'amministrazione**. Nella Relazione dell'Ufficio centrale del Senato si sottolineava che “il nuovo istituto non è un tribunale giudiziario speciale o eccezionale, ma rimane nella sfera del potere esecutivo (...). È lo stesso potere esecutivo ordinato in modo da tutelare maggiormente gli interessi dei cittadini”.

D'altronde, secondo l'opinione generale¹², “fu fortuna che così si riguardasse la cosa, perché, in caso diverso, la riforma tanto fondamentale per il nostro ordinamento giuridico molto probabilmente sarebbe stata irrimediabilmente condannata (...): un sindacato generale di carattere giurisdizionale, con il potere di sospendere prima e di annullare o di revocare atti dell'amministrazione, sarebbe parso troppo contrastante con i concetti tuttora dominanti sulla divisione e l'indipendenza dei poteri, quale insopportabile ingerenza giurisdizionale sulla pubblica amministrazione, capace di paralizzarne l'attività”.

Per conciliare il carattere amministrativo della Quarta Sezione con il carattere sostanzialmente giurisdizionale della sua funzione, si parlò di “controllo giurisdizionale dentro l'amministrazione stessa contro l'abuso dei suoi organi, con sufficienti garanzie di giustizia”, accogliendosi quindi una nozione ampia (e non tecnica) di giurisdizione¹³. La migliore dottrina dell'epoca, da Orlando a Santi Romano a Codacci Pisanelli, si schierò su posizioni analoghe.

Il *riconoscimento della natura giurisdizionale* (in senso proprio) della Quarta Sezione e, quindi, delle “decisioni” da essa adottate, fu opera delle Sezioni Unite della Cassazione romana, la quale si avvale della legge del 1877 sui conflitti e della stessa

¹² Riportata da V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I, 410.

¹³ È indicativo il pensiero di Silvio Spaventa, che fu il primo Presidente della Quarta Sezione: si veda il *discorso* preparato, ma non pronunciato, per l'inaugurazione della Quarta Sezione, pubblicato poi da R. RICCI nella *Riv. dir. pubbl.* del 1909.

legge del 1889¹⁴. Questo permise alle Sezioni Unite di fissare il criterio di riparto (tra giurisdizione del giudice ordinario e “competenza” della Quarta Sezione) sulla *causa petendi*¹⁵, ma soprattutto le permise di *trasformare* la Quarta Sezione *da organo amministrativo in organo giurisdizionale*.

Si badi che alle Sezioni Unite, in base alla legge del 1877, spettava sia di “regolare la competenza tra l’autorità giudiziaria e l’autorità amministrativa quando l’una o l’altra siansi dichiarate incompetenti” (art. 3, n. 2), ossia di decidere i *conflitti negativi di attribuzione*; sia di “giudicare dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, nonché della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza od eccesso di potere” (art. 3, n. 3), ossia di decidere i *conflitti di giurisdizione, positivi e negativi*.

A fronte di decisioni della Quarta Sezione affermanti (esplicitamente o implicitamente) la “competenza” della Sezione medesima, le Sezioni Unite, “per impedire qualunque usurpazione delle attribuzioni” affidate all’autorità giudiziaria, non avevano altro mezzo (trattandosi di *conflitto positivo di attribuzione*, che esulava dalla loro giurisdizione) che trasformare il conflitto di attribuzione in conflitto di giurisdizione, con la conseguente possibilità di annullare, per incompetenza o eccesso di potere, le decisioni stesse, in applicazione dell’art. 3, n. 3, della legge sui conflitti, sul necessario presupposto che tali decisioni fossero *sentenze* e che la Quarta Sezione fosse una *giurisdizione speciale*¹⁶.

La natura giurisdizionale della Quarta Sezione venne più tardi sancita dalla legge 7 marzo 1907, n. 62.

La presa di posizione delle Sezioni Unite sul criterio di riparto fondato sulla *causa petendi* fu l’occasione di un dibattito dottrinale sulla possibilità di assicurare ai *diritti soggettivi*, oltre la tutela risarcitoria affidata al giudice ordinario, anche la tutela di annullamento, affidata al giudice amministrativo. Questo generoso tentativo, che auspicava la **doppia tutela**, e si fondava sull’idea che *il diritto soggettivo potesse essere fatto valere* (anche) *come* (semplice) *interesse*, vide la dottrina profondamente divisa (favorevoli, tra gli altri V. Scialoja e, in diverso modo, O. Ranelletti; contrario, tra gli altri, V.E. Orlando, almeno fino alla metà degli anni ’90), e fu affondato dalle Sezioni Unite con le già citate sentenze Laurens e Trezza. Con esse fu posto termine alla prassi della doppia tutela, seguita dalla Quarta Sezione¹⁷.

¹⁴ L’art. 41 della legge del 1889 stabiliva che, “sollevata (...) l’incompetenza dell’autorità amministrativa, la sezione sospenderà ogni ulteriore decisione e rinverrà gli atti alla Corte di cassazione per decidere sulla competenza”.

¹⁵ Cass., SS.UU., 24 giugno 1891, caso Laurens; Cass., SS.UU., 24 giugno 1897, caso Trezza.

¹⁶ Il percorso logico seguito dalle Sezioni Unite è chiaramente esposto nella sentenza 21 marzo 1893, caso *Società per le Opere Pubbliche del Mezzogiorno d’Italia*. La posizione della Cassazione venne poi ripresa e chiarita dal Proc. Gen. Auriti nel discorso inaugurale del 3 gennaio 1894 (in *Giust. amm.*, 1894, IV, 7 ss.).

¹⁷ Della quale fa fede la testimonianza di L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, IV, 29.

4. *La legge e il regolamento del 1907*

La natura amministrativa della nuova istituzione era servita a disinnescare il problema di una *tutela giudiziaria accordata in assenza di diritti soggettivi*, ossia della tutela giurisdizionale attribuita ad interessi che si riteneva che non avessero, *per definizione*, riconoscimento giuridico. Di estremo rilievo è l'atteggiamento di Silvio Spaventa, data la sua qualità di Presidente della Quarta Sezione: egli parlò di *giurisdizione*, ma come *funzione attribuibile all'amministrazione*, esercitata dall'amministrazione come "forma nuova" del "supremo diritto di ispezione" del Governo sugli atti dell'amministrazione; forma nuova, dato che l'esercizio di tale potere era condizionato dalla richiesta dei privati, "che vi hanno direttamente interesse, ma procede con tali forme processuali e con tale efficacia d'imperio sopra qualunque arbitrio amministrativo, quale può derivargli dall'autorità del Re, nel cui nome, come del capo supremo dell'amministrazione, la nuova magistratura rende giustizia"¹⁸.

Tale "giurisdizione" doveva necessariamente avere **carattere oggettivo**: non serviva a "definire controversie nascenti dalla collisione di diritti individuali e omogenei", ma era diretta a "conoscere solamente, se il diritto obbiettivo sia stato osservato (...). L'interesse individuale offeso è solamente preso come motivo o occasione per l'amministrazione stessa per il riesame dei suoi atti"¹⁹.

Il *carattere oggettivo* della giurisdizione, fosse essa considerata in senso proprio o in senso ampio (secondo un criterio contenutistico e non formale), era affermato da molti autorevoli studiosi (ad esempio da Vittorio Emanuele Orlando e da Alfredo Codacci Pisanelli), perché consentiva di superare il binomio diritto soggettivo-tutela giurisdizionale, eludendo il reciproco rapporto di necessaria implicazione, che si riteneva tra loro esistente: *il processo di diritto oggettivo prescinde dalla considerazione (e dalla tutela) di situazioni giuridiche soggettive*.

Partendo da una nozione più rigorosa di giurisdizione, e riconoscendo il carattere (autenticamente) giurisdizionale della Quarta Sezione, la riconosciuta possibilità di tutela giurisdizionale in assenza di diritto soggettivo costituiva un problema²⁰, dato che, in conseguenza della sua tutelabilità in sede giudiziaria, "si dilegua l'idea dell'interesse puro e si converte in un'entità giuridica"²¹: "l'affermare l'interesse scevro di diritto come materia del giudizio contenzioso amministrativo, è affermazione contraria ai principii di ragione, al concetto della giustizia, a quello della giurisdizione, e perfino alla legge di libertà"²².

Sorse così l'esigenza di individuare una forma di interesse, che *non fosse un mero*

¹⁸ S. SPAVENTA, *Discorso per l'inaugurazione*, cit., 96.

¹⁹ S. SPAVENTA, *Discorso per l'inaugurazione*, cit., 97. Si veda sul punto A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. amm.*, 1994, 635 ss.

²⁰ L. MEUCCI, *Il principio organico*, cit., 14: "un'istituzione pubblica fatta per riparare gli interessi privati senza ragione o diritto, sarebbe un assurdo".

²¹ L. MEUCCI, *Il principio organico*, cit.

²² L. MEUCCI, *Il principio organico*, cit., 15. Si deve sottolineare la pesantezza delle osservazioni critiche svolte dal chiaro Autore.

interesse semplice (o di fatto), del tutto privo di rilievo giuridico, ma *non fosse nemmeno un diritto soggettivo*; e si cominciò a prefigurare “un interesse legittimo, cioè corrispondente a un diritto obiettivo”, con il quale si trova in “rapporto *occasionale*”²³.

In tal modo, la giurisdizione della Quarta Sezione poteva non venire intesa più come giurisdizione di diritto obiettivo, dato che la “giustificazione giuridica della competenza contenzioso-amministrativa” poteva individuarsi “in un’azione popolare moderata”²⁴. Si costruiva in tal modo “una vera azione benché innanzi a magistrati dell’ordine amministrativo”²⁵.

L’orientamento della Quarta Sezione si andò progressivamente spostando, soprattutto dopo il riconoscimento da parte della Cassazione romana della natura giurisdizionale, verso un **modello di processo di diritto soggettivo**, finalizzato cioè alla tutela di situazioni soggettive; e contemporaneamente, in stretta connessione logica, la dottrina prese ad approfondire la nozione di **interesse legittimo**²⁶.

La legge del 1907 (coordinata nel t.u. 17 agosto 1907, n. 638), e il regolamento di procedura, approvato con r.d. 17 agosto 1907, n. 642, non fecero altro che sanzionare definitivamente, non solo il carattere effettivamente giurisdizionale della Quarta Sezione, ma anche il *carattere soggettivo del processo* che dinanzi ad essa si svolgeva²⁷.

5. L’introduzione della giurisdizione esclusiva e altre riforme prima della Costituzione

La legislazione del 1907 non si dimostrò esauriente. Restavano molti problemi irrisolti: da quello relativo al *criterio di riparto della giurisdizione*, con contrasto di giurisprudenza sia nel Consiglio di Stato (soprattutto tra la Quarta e la Quinta Sezione) sia negli orientamenti, diversi nel tempo, della Corte di cassazione; fino al problema relativo alla estrema difficoltà di ottenere tutela a fronte dell’*inerzia* dell’amministrazione.

Molto presto (nel 1910) il Governo (pres. Luzzatti) sentì il bisogno di istituire una

²³ L. MEUCCI, *Il principio organico*, cit., 30.

²⁴ L. MEUCCI, *Il principio organico*, cit., 30.

²⁵ L. MEUCCI, *Il principio organico*, cit., 31-32.

²⁶ Sul dibattito circa la costruzione teorica dell’interesse legittimo mi permetto di rinviare al mio *La “gestazione” dell’interesse legittimo*, in *Studi in on. di Leopoldo Mazzarolli*, vol. I, Padova, 2007, 283 ss.

²⁷ La legge del 1907 istituì la **Quinta Sezione**, attribuendole la giurisdizione di merito e lasciando alla Quarta la giurisdizione di legittimità. La **Sesta Sezione** sarà istituita con d.lgs. 5 maggio 1948, n. 642. Carattere giurisdizionale venne riconosciuto anche alla Giunta Provinciale Amministrativa. Nel 1907 fu modificata anche la disciplina relativa alle Giunte Provinciali Amministrative (rr.dd. 17 agosto 1907, nn. 639 e 643).

Ai sensi dell’art. 1, comma 2, legge 27 aprile 1982, n. 186, come mod. dall’art. 54, comma 3, legge 6 agosto 2008, n. 133, “il Consiglio di Stato si divide in sei sezioni con funzioni consultive o giurisdizionali, oltre alla sezione normativa istituita dall’art. 17, comma 28, della legge 15 maggio 1997, n. 127”. La **Terza Sezione** è stata recentemente trasformata da consultiva in giurisdizionale.

Commissione di altissimo livello²⁸ acciocché fornisse proposte di riforma. Le proposte vennero elaborate: concernevano la tutela contro il silenzio, la competenza promiscua delle due Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (separata, secondo la legge del 1907), la individuazione di materie da riservare alla giurisdizione di un solo ordine giudiziario, senza che fosse necessario distinguere tra diritti soggettivi e interessi legittimi (giurisdizione esclusiva).

Non subito, ma nel 1923, in occasione di un episodio riformatore di vaste proporzioni, vennero accolte le due ultime proposte, e venne tralasciata la prima. Con la legge 30 dicembre 1923, n. 2840, si rese perciò *promiscua la competenza* della Quarta e della Quinta Sezione²⁹; si consentì al Consiglio di Stato, che ne era stato impedito per l'innanzi dall'opera della Cassazione, di decidere *in via incidentale* anche questioni concernenti diritti soggettivi, tranne quelle relative allo stato e alla capacità; lasciando peraltro al giudice ordinario la cognizione dei c.d. diritti patrimoniali consequenziali; soprattutto si creò la **giurisdizione esclusiva** del giudice amministrativo.

Furono cioè individuate alcune materie, nelle quali si riteneva più difficile che in altre distinguere tra diritti soggettivi e interessi legittimi; e si attribuirono le controversie relative a tali materie "all'esclusiva giurisdizione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale". Tra tali materie aveva importanza soprattutto il *rapporto di pubblico impiego*. Riforme analoghe riguardarono le Giunte provinciali amministrative.

Con la legge del 1923 (che venne poi coordinata con la legislazione del 1907 nel t.u. 26 giugno 1924, n. 1054), si creò un *secondo criterio di riparto della giurisdizione*, un criterio *speciale*, fondato sulle **materie**, rispetto al *criterio generale*, fondato sulle **situazioni giuridiche soggettive**. Con tale criterio si rinunciava parzialmente al principio fissato nel 1865, per il quale alla tutela dei (di tutti i) diritti soggettivi provvedeva il giudice ordinario.

Purtroppo la legge del 1923 si limitò a creare la giurisdizione esclusiva ma non dettò una disciplina propria del processo relativo; cosicché la tutela dei diritti soggettivi fu compressa (e sostanzialmente per lungo tempo è rimasta compressa) nello stretto ambito del processo amministrativo, con la possibilità di esercizio della sola azione di annullamento.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha, nel tempo, eliminato qualche grave strozzatura: ha consentito la proposizione del ricorso entro i termini di prescrizione, anziché entro i termini di decadenza, quando la controversia attiene a diritti soggettivi; ma non ha mai intrapreso la strada della costruzione, in via pretoria, di un processo adeguato alla tutela congiunta delle situazioni di diritto e di interesse legittimo, ossia un processo di giurisdizione esclusiva. Anzi la differenziazione dei termini per la proposizione del ricorso a seconda che vengano impugnati *atti paritetici* (lesivi di diritti) o *atti autoritativi* (lesivi di interessi legittimi) dimostra che, anche nell'ambito

²⁸ Di essa facevano parte Ludovico Mortara, Antonio Salandra, Vittorio Scialoja, Vittorio Emanuele Orlando e Alfredo Codacci Pisanelli; il quale ultimo stese la Relazione finale, pubblicata solo nel 1916.

²⁹ Per l'innanzi, in base alla legge del 1907, alla Quarta Sezione erano attribuiti i ricorsi di legittimità e alla Quinta quelli di merito.

della giurisdizione esclusiva, la giurisprudenza non ha inteso superare affatto la distinzione tra (i mezzi di tutela del) le due situazioni soggettive.

Va da ultimo rammentato che con r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, è stato riformato il contenzioso delle acque pubbliche, affidato ai Tribunali regionali e al Tribunale superiore delle acque. Inoltre, con il testo unico della legge comunale e provinciale, approvato con r.d. 3 marzo 1934, n. 383, è stata integrata la disciplina dei ricorsi amministrativi.

Questa era la situazione, sul piano legislativo, al tempo in cui fu elaborata e approvata la Costituzione repubblicana.

Capitolo 2

L'evoluzione del sistema

SOMMARIO: Sezione prima: *L'impatto costituzionale*. – 1. La “costituzionalizzazione” del sistema. – 2. Le “aperture” costituzionali. – 3. L'opera della Corte costituzionale. – 4. La istituzione dei Tribunali amministrativi regionali. – 5. Le novità della legge del 1971 e la riforma dei ricorsi amministrativi. – Sezione seconda: *Verso il sistema attuale*. – 1. L'opera della giurisprudenza. – 2. Le novità legislative dell'ultimo trentennio del secolo scorso. – 3. La legge n. 205/2000. – 4. Il processo amministrativo prima del Codice. – 5. Il dibattito teorico sulla giurisdizione amministrativa. – 6. Il Codice del processo amministrativo e i suoi correttivi.

La ricerca dei mezzi di tutela dei cittadini nei confronti dell'amministrazione è stata un problema *politico* di rilievo centrale dall'unità alle leggi Crispi del 1889. Da allora il problema è diventato eminentemente *tecnico-giuridico*: le riforme successive, tra le quali spicca l'introduzione della giurisdizione esclusiva, sono state dettate dalla esigenza di ovviare a talune pesantezze o lacune del sistema, così come risultante dalle due leggi fondamentali del 1865 e del 1889.

L'evoluzione successiva del sistema è dovuta quasi esclusivamente, almeno nel corso dell'intero secolo ventesimo, all'opera della giurisprudenza, affiancata dalla dottrina.

L'interesse per la giustizia amministrativa è risorto a livello politico nel corso della elaborazione del testo costituzionale, anche se l'Assemblea costituente non si è soffermata granché sul tema ed ha ritenuto di non introdurre profonde innovazioni nel sistema, quale si presentava al momento dei suoi lavori.

Nei decenni successivi alla Costituzione il legislatore è intervenuto con la istituzione dei Tribunali amministrativi regionali, e, nel 2000, per dettare alcune opportune disposizioni sul processo amministrativo. Peraltro nel 2009 è stata conferita delega al Governo per procedere al riassetto del processo amministrativo, e con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, è stato approvato il Codice del processo amministrativo, successivamente corretto ed integrato con due decreti c.d. correttivi.

Recentemente il legislatore è tornato ad occuparsi del processo amministrativo con disposizioni di valore discutibile: ci si riferisce al d.l. n. 90/2014, convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 114, con il d.lgs. 16 aprile 2016, n. 50 e con il d.l. 31 agosto 2016, n. 168, conv. nella legge 31 ottobre 2016, n. 197.

Sezione prima: *L'impatto costituzionale*

1. *La "costituzionalizzazione" del sistema*

La Carta costituzionale, entrata in vigore il 1° gennaio 1948, contiene alcune disposizioni riguardanti la giustizia amministrativa ed altre, più generali, che fissano principi sulla magistratura e sulla tutela giurisdizionale.

Nel corso dei lavori dell'Assemblea costituente fu autorevolmente quanto inutilmente perseguito¹ l'obiettivo di riaffermare l'unicità della giurisdizione, affidando tutte le controversie con l'amministrazione al giudice ordinario. I costituenti preferirono *lasciare immutate le linee fondamentali del sistema*, quale si presentava all'epoca, anche per il prestigio derivante al Consiglio di Stato dal suo atteggiamento di indipendenza rispetto al regime dittatoriale del ventennio fascista.

È stato pertanto sanzionato con norma costituzionale il **sistema dualistico**, ripartendo le controversie con l'amministrazione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, secondo il criterio delle situazioni soggettive, conservando altresì la giurisdizione esclusiva "in particolari materie indicate dalla legge" (art. 103, comma 1).

Mentre si è vietata la istituzione di giudici speciali (art. 102, comma 2) ed è stata prescritta la "revisione", entro cinque anni, degli "organi di giurisdizione" esistenti, sono stati fatti salvi sia il Consiglio di Stato sia la Corte dei conti (VI disp. transitoria).

Entrambi questi istituti vengono presi in considerazione sia nel Titolo IV, relativo alla Magistratura, sia nel precedente Titolo III, nella Sezione relativa agli Organi ausiliari del Governo. Viene sancita in tal modo la *doppia vocazione funzionale* di entrambi: il Consiglio di Stato resta quindi, per disposizione costituzionale, oltre che organo giurisdizionale, "organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela di giustizia nell'amministrazione" (art. 100, comma 1); la Corte dei conti è contemporaneamente organo di controllo (art. 100, comma 2) e organo di giurisdizione "nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge" (art. 103, comma 2).

I magistrati di entrambi gli istituti vengono considerati "giudici delle giurisdizioni speciali" (art. 108, comma 2), in quanto si collocano fuori dall'ordine giudiziario. E ciò anche se, per quanto riguarda il Consiglio di Stato (e i Tribunali amministrativi regionali), è loro da riconoscere una *giurisdizione generale* in tema di interessi legittimi: essi pertanto possono essere considerati **giudici speciali esercenti una giurisdizione generale**.

Per quanto attiene all'architettura della giustizia amministrativa, la Costituzione, sia pure in un luogo non corretto (art. 125, nel Titolo V), prescrive la istituzione di "organi di giustizia amministrativa di primo grado". Tale prescrizione sarà attuata solo negli anni '70 del secolo scorso, con la istituzione dei **Tribunali amministrativi regionali**².

In attuazione dello Statuto della Regione siciliana, è stato istituito il **Consiglio di**

¹ Da Piero Calamandrei.

² Legge 6 dicembre 1971, n. 1034. I Tribunali amministrativi regionali hanno iniziato a funzionare nel 1974.

giustizia amministrativa della Regione siciliana, istituto press'a poco corrispondente, quanto alle funzioni, al Consiglio di Stato³.

Tranne che per queste ultime disposizioni, il disegno costituzionale del sistema della giustizia amministrativa, per quanto attiene ai giudici e al riparto della giurisdizione, riflette sostanzialmente il sistema che si era andato formando nel tempo. È stata riprodotta perfino la norma, di origine giurisprudenziale, che limita il ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti ai “soli motivi inerenti alla giurisdizione” (art. 111, ultimo comma), impedendosi in tal modo che la Cassazione (o eventuale altro organo giudiziario a diversa composizione) possa svolgere la *necessaria azione nomofilattica*, che, per sua natura, non può che essere *unitaria ed universale*.

In relazione a ciò i commentatori hanno criticato il testo costituzionale, ritenendo che esso abbia conferito un superiore valore giuridico, con la conseguente maggiore difficoltà di riforme sostanziali, ad un sistema che già allora non veniva da molti e per più versi considerato soddisfacente.

2. Le “aperture” costituzionali

Diversa valutazione deve farsi in ordine ad altre disposizioni costituzionali, soprattutto a quelle relative all'esercizio della funzione giurisdizionale. Si tratta di norme che riguardano qualsiasi giurisdizione, e si applicano quindi anche alle giurisdizioni amministrative.

Già nella Parte prima del testo costituzionale viene solennemente riconosciuto a “tutti” la possibilità di “agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi” (art. 24, comma 1); nonché il “diritto inviolabile” alla difesa in ogni stato e grado del processo (art. 24, comma 2).

Viene ribadito che “contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi” (art. 113, comma 1).

Sembra opportuno sottolineare in primo luogo che gli **interessi legittimi** vengono accostati ai diritti soggettivi: circostanza tanto più significativa se si pensa che la locuzione “interessi legittimi”, utilizzata (ma in modo atecnico) nei lavori parlamentari di preparazione delle leggi del 1865 e del 1889, non era mai entrata nel linguaggio legislativo. È il testo costituzionale che per primo la adopera.

Sia la utilizzazione della locuzione, sia soprattutto l'accostamento dell'interesse legittimo, in disposizioni di rango costituzionale, al diritto soggettivo, hanno dato un contributo decisivo a quel movimento dottrinale, che già era da tempo iniziato, teso a dimostrare il *carattere sostanziale* (e non solo processuale) della situazione giuridica soggettiva, conosciuta come interesse legittimo.

Il riconoscimento dell'interesse legittimo come situazione soggettiva che trova tutela nel (e non nasce con il) processo, ha conseguenze notevoli sia sul piano teorico

³D.lgs. 6 maggio 1948, n. 654, poi modificato con d.p.r. 5 aprile 1978, n. 204, e, successivamente, con d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373. Sul ruolo di unico giudice di appello avverso le sentenze del T.A.R. per la Sicilia, si veda Cons. Stato, Ad. Plen., 4 luglio 1978, n. 21 e ora gli artt. 6, comma 6 e 100 del Codice.

che su quello pratico: sancisce definitivamente il carattere di *processo di diritto soggettivo* e di *processo di parti* che il processo amministrativo aveva da tempo acquisito. Inoltre riapre la discussione sull'*oggetto del processo* amministrativo, per l'innanzi pacificamente (o quasi) identificato nell'atto amministrativo impugnato. Infine apre la strada all'affermazione, avutasi molti decenni più tardi (nel 1999), della *risarcibilità* dei danni inferti dall'amministrazione con lesione degli interessi legittimi.

Appare, in secondo luogo, utile osservare che il testo costituzionale riafferma la **generalità della tutela** nei confronti dell'amministrazione: vengono meno, pertanto, sia le limitazioni connesse con la non impugnabilità di alcune categorie di atti (gli atti politici ne sono, anzi ne dovrebbero essere, l'esempio più rilevante) sia quelle derivanti dalla esclusione della sindacabilità degli atti sotto alcuni profili (di solito sotto il profilo dell'eccesso di potere).

La tutela giurisdizionale "non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti" (art. 113, comma 2). Questa, che ad avviso di chi scrive è la *disposizione più importante* in tema di tutele contro l'amministrazione, *si può ritenere attuata*, ma solo sul versante del processo amministrativo, *con l'entrata in vigore del Codice*, a condizione che esso venga inteso alla luce della legge di delega, che auspica la completa soddisfazione della pretesa della parte vittoriosa: al di là del significato da attribuire all'espressione "particolari mezzi di impugnazione", non si può non riconoscere che la Costituzione ha voluto assicurare fin dal 1948, oltre alla *generalità*, anche la **pienezza della tutela** giurisdizionale. Il che comporta che, nelle controversie con l'amministrazione, debbano poter essere esperibili tutte le azioni che, in via generale, sono esperibili nelle controversie tra privati; superando in tal modo la strana situazione precedente, per cui il giudice ordinario non può né annullare atti amministrativi né condannare l'amministrazione ad un *facere* e a un *dare* specifici (limitazione tuttora persistente), e il giudice amministrativo non poteva (ed è dubbio che possa farlo in modo generalizzato anche oggi) emettere ogni tipo di sentenza. Il superamento dovrebbe attingere all'attuazione del principio della atipicità delle azioni⁴, sia nel processo ordinario sia in quello amministrativo.

È pertanto innegabile che la Costituzione del 1948 contenga tutto quanto può servire perché il sistema di giustizia amministrativa possa raggiungere un soddisfacente grado di effettività.

3. *L'opera della Corte costituzionale*

Intensa e proficua è stata l'opera della Corte costituzionale a partire dagli anni '60, sia con riferimento ai *giudici amministrativi speciali*, sia, più tardi, con riguardo alla *disciplina del processo amministrativo*⁵.

⁴ In questo senso sembra orientato il Consiglio di Stato: v. Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3.

⁵ Sull'opera della Corte costituzionale si può vedere ora F.G. SCOCA, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 371 ss.

Occorre rammentare che, per disposizioni di legge o per indirizzo della Cassazione, il panorama dei giudici speciali si era andato arricchendo di numerose figure nei decenni precedenti la nuova Costituzione. La inadeguata composizione di tali organi giudicanti e la rozzezza della disciplina del processo che dinanzi a loro si svolgeva hanno determinato il disfavore dei costituenti per i giudici speciali. Tuttavia il legislatore non ha dato seguito al dovere di attuarne la revisione entro il termine indicato dalla VI disposizione transitoria.

L'inerzia del legislatore ha spinto la Corte costituzionale a farsi carico della eliminazione di molti di tali *giudici speciali*, facendo leva sull'art. 108, comma 2, e sul principio di indipendenza ivi sancito. Così sono stati eliminati: i Consigli di Prefettura⁶, le Giunte Provinciali amministrative⁷, i Capitani di porto⁸.

Indicativa è la vicenda del **contenzioso elettorale amministrativo**: per antica tradizione i ricorsi elettorali venivano decisi rispettivamente dai consigli comunali e provinciali. La Corte costituzionale, che aveva precedentemente ritenuto di carattere giurisdizionale tale attività decisoria, dichiarò costituzionalmente illegittime le norme che disciplinavano il contenzioso elettorale amministrativo senza che fossero garantite l'indipendenza e l'imparzialità dell'organo giudicante⁹. Il legislatore ritenne di risolvere il problema, istituendo le Sezioni del contenzioso elettorale, come Sezioni specializzate degli istituendi Tribunali amministrativi regionali, composte da due funzionari statali e da tre membri eletti dai consigli regionali o provinciali. La Corte ha ritenuto che un collegio così formato violasse il principio di indipendenza del giudice¹⁰. Il problema è stato poi risolto attribuendo la giurisdizione in tema di operazioni elettorali amministrative ai Tribunali amministrativi regionali¹¹.

Occorre peraltro rammentare che la Corte ha contribuito a far nascere (o non ha impedito che nascessero) i **giudici parlamentari**¹², in chiara controtendenza rispetto al suo costante orientamento contrario alla sopravvivenza di giudici speciali.

La Corte costituzionale si è anche occupata della **nomina governativa** di alcuni dei magistrati del Consiglio di Stato, ritenendola costituzionalmente legittima¹³. Ha ritenuto invece illegittima la designazione, da parte della Giunta regionale, di alcuni membri del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana, in quan-

⁶ Corte cost., 3 giugno 1966, n. 55.

⁷ Corte cost., 29 marzo 1967, n. 30.

⁸ Con sent. 9 luglio 1970, n. 121, la Corte dichiarò costituzionalmente illegittimi gli artt. 1238, 1242, 1243, 1246 e 1247 cod. nav., che attribuivano ai Comandanti di porto funzioni giurisdizionali.

⁹ Corte cost., 27 dicembre 1965, n. 93.

¹⁰ Con sent. 27 maggio 1968, n. 49, la Corte dichiarò costituzionalmente illegittimo l'art. 2 della legge 23 dicembre 1966, n. 1147.

¹¹ Art. 6 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034. Si vedano ora gli artt. 126 ss. c.p.a.

¹² Con sent. 23 maggio 1985, n. 154 ha dichiarato insindacabili i regolamenti parlamentari anche sotto il profilo della loro costituzionalità; e questo ha consentito il riconoscimento della c.d. **autodichia** delle Camere parlamentari, della Presidenza della Repubblica e della Corte costituzionale. La tesi della insindacabilità dei regolamenti parlamentari è stata ribadita con sent. 9 maggio 2014, n. 120.

¹³ Corte cost., 19 dicembre 1973, n. 177.

to essi duravano in carica quattro anni e potevano essere riconfermati¹⁴.

La questione di costituzionalità si è posta anche per quei consiglieri del Tribunale Regionale di Giustizia amministrativa del Trentino-Alto Adige, che sono nominati per le Sezioni di Trento e di Bolzano dai rispettivi Consigli provinciali. La questione è stata dichiarata manifestamente infondata dal giudice amministrativo¹⁵.

In una seconda stagione la Corte si è occupata della **disciplina del processo amministrativo**: è più volte intervenuta sulla tutela cautelare¹⁶; ha riconosciuto valore costituzionale alla regola del doppio grado di giudizio¹⁷; ha stigmatizzato il sistema probatorio, ma soltanto con riferimento al processo di pubblico impiego¹⁸; ha introdotto l'opposizione di terzo ordinaria¹⁹; ha sottolineato l'importanza e le implicazioni del rispetto del principio del contraddittorio²⁰; ha individuato i limiti costituzionali alla espansione, accentuatasi nell'ultimo quindicennio, della giurisdizione esclusiva²¹.

Dopo l'entrata in vigore del Codice è nuovamente intervenuta: una prima volta per dichiarare non fondata la questione di costituzionalità dell'art. 8, comma 2, che preclude al giudice amministrativo la decisione sull'incidente di falso²²; una seconda volta per dichiarare costituzionalmente illegittime le disposizioni codicistiche che attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla CONSOB²³, e dalla Banca d'Italia²⁴. Ha inoltre rigettato le questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine alla competenza funzionale del T.A.R. Lazio²⁵, e in ordine all'art. 44, comma 4²⁶; e ha dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità relativa all'art. 30, comma 5²⁷.

¹⁴ Corte cost., 22 gennaio 1976, n. 25. Il problema è stato poi risolto con d.p.r. 5 aprile 1978, n. 204. La Corte costituzionale, con sent. 4 novembre 2004, n. 316, è tornata nuovamente sul tema del Consiglio, salvandone la composizione mista.

¹⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2004, n. 393; e, più recentemente, T.R.G.A., TN, 17 luglio 2008, n. 171. La stessa questione, sollevata in sede di conflitto di attribuzioni, è stata dichiarata inammissibile da Corte cost., 6 maggio 2009, n. 130.

¹⁶ Corte cost., 19 dicembre 1974, n. 284; 12 luglio 1975, n. 227; 28 giugno 1985, n. 190; 16 luglio 1996, n. 249.

¹⁷ Corte cost., 1° febbraio 1982, n. 8.

¹⁸ Corte cost., 10 aprile 1986, n. 146; in senso diverso, per quanto riguarda il processo relativo alla giurisdizione di legittimità, Corte cost., 18 maggio 1989, n. 251.

¹⁹ Corte cost., 17 maggio 1995, n. 177.

²⁰ Corte cost., 10 novembre 1999, n. 427.

²¹ Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204; Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191. In senso sostanzialmente diverso Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 35, secondo cui "non può escludersi che la cognizione del giudice amministrativo possa avere ad oggetto, ricorrendo gli altri requisiti indicati di seguito, anche soltanto diritti soggettivi (sent. n. 259/2009)".

²² Corte cost., 11 novembre 2011, n. 304.

²³ Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162. In senso conforme Corte cost., 6 giugno 2014, n. 159.

²⁴ Corte cost., 3 aprile 2014, n. 94.

²⁵ Corte cost., 6 giugno 2014, n. 159, con riferimento all'art. 135, comma 1, lett. p); Corte cost., 23 giugno 2014, n. 182, relativamente alla lett. q) dello stesso comma.

²⁶ Corte cost., 31 gennaio 2014, n. 18.

²⁷ Corte cost., 11 dicembre 2012, n. 280.

Nel 2017 la Corte ha dichiarato non irragionevole il termine di 120 giorni per la proposizione dell'azione risarcitoria in via autonoma, ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a. (sent. 4 maggio 2017, n. 94); ed ha negato che occorra prevedere un nuovo caso di revocazione per conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo (sent. 23 maggio 2017, n. 123).

4. *La istituzione dei Tribunali amministrativi regionali*

In tardiva attuazione dell'art. 125 Cost., con legge 6 dicembre 1971, n. 1034, sono stati istituiti i Tribunali amministrativi regionali, "quali organi di giustizia amministrativa di primo grado", con circoscrizione regionale. La sede dei Tribunali è nel capoluogo di Regione; in alcune Regioni sono state istituite Sezioni staccate²⁸.

La istituzione di **organi di primo grado** si era resa urgente a seguito della dichiarazione di incostituzionalità delle Giunte provinciali amministrative, che fungevano da organi di giustizia amministrativa di primo grado, peraltro con giurisdizione limitata.

I nuovi Tribunali hanno invece *giurisdizione corrispondente a quella del Consiglio di Stato*; per cui quest'ultimo, che per l'innanzi era a volte giudice di appello (nei confronti delle Giunte) e più spesso giudice di unico grado, è diventato *giudice di appello*. Residua un solo caso di giurisdizione in unico grado del Consiglio di Stato, e riguarda il ricorso per ottemperanza alle decisioni dello stesso Consiglio di Stato, quando esse non confermino le decisioni di primo grado (art. 113, comma 1, c.p.a.).

Inizialmente, con la legge del 1971, venne riservata la presidenza dei Tribunali ai consiglieri di Stato, e venne creato il ruolo dei magistrati amministrativi regionali, separato dal ruolo del Consiglio di Stato (art. 12). Successivamente, con la legge 27 aprile 1982, n. 186, la presidenza dei Tribunali è stata estesa ai magistrati amministrativi regionali e sono stati inseriti in un *unico ruolo, ma con diversa progressione in carriera*, i magistrati del Consiglio di Stato e quelli dei Tribunali amministrativi regionali.

Tuttavia è stata mantenuta la *separazione tra qualifiche*: alla qualifica di consigliere di Stato i consiglieri dei Tribunali amministrativi possono accedere soltanto in ragione della metà dei posti disponibili ed ove siano in possesso di almeno quattro anni di effettivo servizio nella qualifica. I restanti consiglieri di Stato sono scelti, per un quarto, con pubblico concorso, e, per l'altro quarto, mediante nomina da parte del Governo (art. 19).

²⁸Il Tribunale amministrativo per il Trentino-Alto Adige è stato istituito con d.p.r. 6 aprile 1984, n. 426, poi modificato con d.p.r. 17 aprile 1987, n. 554; e, in attuazione dello statuto regionale, alla Sezione di Trento sono assegnati 6 consiglieri, di cui due nominati dal Consiglio provinciale di Trento, e alla Sezione di Bolzano sono assegnati 8 consiglieri, di cui 4 di lingua tedesca e 4 (su 8) nominati dal Consiglio provinciale di Bolzano; del collegio giudicante, composto da tre membri, fa parte un magistrato designato dal Consiglio provinciale di Trento e, rispettivamente, per la Sezione staccata di Bolzano, dal Consiglio provinciale di Bolzano.

Con l'art. 18, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, come modificato dalla legge di conversione, le Sezioni staccate aventi sede in comuni che non sono sedi di Corti di appello sono state abolite. Risultano pertanto abolite le Sezioni di Latina, Parma e Pescara.

Con la legge del 1982 è stato altresì istituito il **Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa**, la cui composizione è stata oggetto di revisione²⁹. Esso ha nella sostanza le stesse funzioni che il Consiglio superiore della magistratura svolge per i magistrati ordinari. Peraltro il Presidente del Consiglio di Stato è nominato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri; al Consiglio di presidenza spetta solo di fornire un parere non vincolante (art. 22), che viene inteso come designazione (che può essere plurima).

La legge del 1971 ha, per quanto possibile, *ripetuto letteralmente* le formule del testo unico sul Consiglio di Stato: ha, ad esempio, attribuito “alla competenza dei Tribunali amministrativi regionali i ricorsi per incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge contro atti e provvedimenti” di autorità amministrative, utilizzando le stesse parole dell’art. 26 del t.u. del 1924.

Lo scopo è evidente: si è voluto che i Tribunali neo-istituiti non percorressero vie giurisprudenziali diverse da quelle segnate dal Consiglio di Stato; allo stesso obiettivo era finalizzata la presidenza inizialmente riservata ai consiglieri di Stato.

Ciononostante, i Tribunali, che hanno iniziato ad operare nel 1974, hanno fornito un rilevante contributo di innovazione rispetto agli orientamenti tradizionali della giurisprudenza amministrativa.

5. *Le novità della legge del 1971 e la riforma dei ricorsi amministrativi*

Se l’impostazione fondamentale del processo amministrativo non è stata minimamente variata dalla legge istitutiva dei Tribunali amministrativi, alcune innovazioni sono state apportate alla disciplina processuale.

Talvolta le novità della legge sono semplici prese d’atto di orientamenti di giurisprudenza pretoria risalenti nel tempo: ad esempio, l’estensione del c.d. giudizio di ottemperanza alle decisioni dei giudici amministrativi non è altro che la sanzione legislativa dell’affermazione giurisprudenziale, risalente alla seconda metà degli anni ’30, della esperibilità del rimedio avverso la inesecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato.

La legge del 1971 ha poi tentato di dettare una disciplina processuale che, sebbene elementare ed incompleta, potesse fornire una guida per i nuovi organi giudicanti, a volte riproducendo, a volte chiarendo, qualche volta modificando la disciplina elaborata, al di là delle norme di legge e di regolamento precedenti, dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Innovazioni effettive riguardano la *giurisdizione*: l’attribuzione ai giudici amministrativi delle controversie in materia di operazioni elettorali relative alle elezioni amministrative (art. 6); l’estensione della giurisdizione esclusiva ai ricorsi relativi a rapporti di concessione di beni e di servizi pubblici (art. 5).

In sede di giurisdizione esclusiva, “nella materia relativa a diritti”, al giudice amministrativo è stato attribuito il potere di “*condannare* l’amministrazione al pagamen-

²⁹ Art. 18 della legge 21 luglio 2000, n. 205. Altre modifiche sono state apportate con l’art. 54, comma 3, legge 6 agosto 2008, n. 133.

to di somme, di cui risulti debitrice” (art. 26, comma 3). Si ha un primo allargamento dei *poteri di decisione*, non più limitati all’annullamento dei provvedimenti impugnati. Per ulteriori allargamenti occorrerà attendere la fine del secolo e, poi, il Codice.

L’innovazione più rilevante riguarda ovviamente l’**appello**: coerentemente con il principio del doppio grado di giudizio, l’appello è stato disegnato secondo lo schema del *gravame*, e non secondo quello dell’impugnazione in senso stretto; anche se era previsto il rinvio al giudice di primo grado nel caso in cui il giudice d’appello rilevava un difetto di procedura o un vizio di forma della decisione (art. 35, comma 1). Il giudice d’appello ha la stessa *cognitio causae* del primo giudice: il gravame è infatti “impugnazione *illimitata*, e con effetto *devolutivo*”³⁰.

Una modifica di grande rilievo rispetto alla disciplina precedente riguarda l’**impugnabilità dei provvedimenti non definitivi**: si è consentito in tal modo l’esercizio dell’azione giurisdizionale, prescindendo dalla previa impugnazione dei provvedimenti stessi con ricorso amministrativo (ordinario) e dalla conclusione del relativo procedimento (art. 20).

Va ancora rammentato che, con d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199, è stata dettata una *disciplina organica sui ricorsi amministrativi*, compreso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Nonostante l’indubbio rilevante impatto sul sistema della giustizia amministrativa, la legislazione del 1971 non ha dato luogo ad una riconsiderazione globale e sistematica dei mezzi di tutela nei confronti dell’amministrazione, né ha introdotto una disciplina processuale esauriente.

Sezione seconda: *Verso il sistema attuale*

1. *L’opera della giurisprudenza*

Il Consiglio di Stato, nel lungo periodo in cui è stato giudice sostanzialmente unico (gli orientamenti delle Giunte provinciali amministrative non sono mai stati rilevanti), e cioè dal 1890 al 1974, ha esercitato la sua *giurisprudenza pretoria* per chiarire, e più spesso per integrare, la lacunosa disciplina processuale; talvolta forzando il significato letterale delle norme scritte, nell’obiettivo di aumentare l’effettività della tutela.

L’entrata in scena dei Tribunali amministrativi regionali ha creato nuove sollecitazioni per una ripresa in grande stile della giurisprudenza pretoria. Va rilevato infatti che il Consiglio di Stato, essendo l’unico giudice di secondo grado (insieme al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana), e non essendoci altro giudice con funzione di nomofilachia, ha avuto la opportunità di raccogliere i fermenti, talvolta contraddittori, talaltra felici, provenienti dai giudici di primo grado.

³⁰E. FAZZALARI, *Il “doppio grado” nella legge sui Tribunali amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1910. Questi temi sono stati tutti rivisitati dal Codice del processo amministrativo.

Si è verificato pertanto un rinvigorimento della giurisprudenza pretoria del Consiglio di Stato, con allargamento della legittimazione ad agire e il riconoscimento della impugnabilità di taluni atti, per l'innanzi ritenuti non impugnabili. È stato ritenuto che il giudice amministrativo possa *disapplicare i regolamenti*³¹.

L'evoluzione maggiore si è peraltro avuta a proposito del *processo cautelare*: è stato affermato il carattere decisionale delle ordinanze di sospensiva e se ne è conseguentemente consentito l'appello³²; è stato individuato un metodo per garantire che tali ordinanze fossero effettivamente eseguite dall'amministrazione³³; è stata estesa la tutela cautelare avverso i provvedimenti negativi³⁴ ed è stato riconosciuto che "la effettività della tutela interinale possa essere realizzata anche mediante strumenti diversi e ampiamente eccedenti la pura e semplice paralisi degli effetti formali dell'atto impugnato"³⁵. Da ultimo è stato affermato che "i diritti soggettivi, pur se relativi e di natura patrimoniale, possono ottenere piena ed effettiva tutela giurisdizionale, anche d'urgenza", da parte dei giudici amministrativi³⁶.

È stata anche riscritta la disciplina del *processo di ottemperanza*, del quale sono stati sottolineati: il carattere giurisdizionale, la struttura contenziosa, la natura cognitoria, la funzione non semplicemente esecutiva. È stata prima negata³⁷ e poi riaffermata³⁸, la necessità che la sentenza ottemperanda sia passata in giudicato; è maturato l'orientamento che consente l'ottemperanza anche in presenza di atti elusivi del giudicato³⁹; dopo un primo atteggiamento negativo⁴⁰, è stata poi riconosciuta⁴¹ l'appellabilità delle sentenze di ottemperanza; è stata affermata la necessità della notifica del ricorso per ottemperanza, prima e per lunghissimo tempo negata per una non condivisibile interpretazione dell'art. 91, r.d. 17 agosto 1907, n. 642⁴². Da ultimo sono stati precisati i compiti del commissario *ad acta*⁴³; è stato chiarito che, se il decorso dei termini processuali ha inizio durante il periodo di sospensione feriale, il primo giorno successivo alla scadenza della sospensione deve essere computato nel termine in questione⁴⁴; il rito di cui all'art. 120 c.p.a. è applicabile alle pro-

³¹ Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 1992, n. 154. Non sono invece ritenuti disapplicabili gli atti amministrativi generali (ad esempio, il bando di gara): Cons. Stato, Sez. IV, 27 agosto 1998, n. 568.

³² Cons. Stato, Ad. Plen., 20 maggio 1978, n. 1.

³³ Cons. Stato, Ad. Plen., 30 aprile 1982, n. 6.

³⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., 8 ottobre 1982, n. 17.

³⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 1° giugno 1983, n. 14.

³⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 30 marzo 2001, n. 1.

³⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 21 marzo 1969, n. 10.

³⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 1979, n. 12.

³⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., 14 luglio 1978, n. 23.

⁴⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 14 luglio 1978, n. 23, già cit.

⁴¹ Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 1980, n. 2.

⁴² Cons. Stato, Sez. IV, 29 maggio 2009, n. 3356.

⁴³ Cons. Stato, Ad. Plen., 9 febbraio 2016, n. 2.

⁴⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 18.

cedure di affidamento di servizi in concessione⁴⁵; è stata disciplinata l'azione prevista dall'art. 112, comma 3, c.p.a.⁴⁶.

In ordine al *silenzio*, viceversa, la giurisprudenza ha continuato ad oscillare, tra un orientamento che lo individua quale oggetto del giudizio e un orientamento che lo considera semplice presupposto processuale; con conseguenze assai diverse sull'ambito della cognizione del giudice e l'ampiezza dei suoi poteri decisorii. Il punto più elevato e convincente della evoluzione giurisprudenziale è stato raggiunto nel 1978⁴⁷, ma non si è poi consolidato. Sul problema è poi intervenuto il legislatore nel 2000, nel 2005 e infine con gli artt. 31 e 117 c.p.a.

In tema di *azione risarcitoria*, introdotta con la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione 22 luglio 1999, n. 500, e poi espressamente recepita dalla legge⁴⁸, è stato ritenuto, fino all'entrata in vigore del c.p.a., il carattere non autonomo della medesima, la quale sarebbe ammissibile solo se sia stato tempestivamente impugnato il provvedimento (illegittimo e) lesivo⁴⁹.

È stato altresì chiarito che *in appello* è ammissibile l'*integrazione del contraddittorio*, peraltro nei confronti delle sole parti necessarie⁵⁰, e che si applica l'art. 345 c.p.c. per quanto riguarda l'ammissione di nuovi mezzi di prova⁵¹; che la *rinuncia* al ricorso estingue il processo soltanto a seguito della presa d'atto da parte del giudice⁵²; che l'*eccezione di prescrizione* di crediti nei confronti dell'amministrazione può essere sollevata soltanto nel primo grado di giudizio⁵³.

Sono stati chiariti alcuni aspetti processuali del *regolamento di competenza*⁵⁴.

Sono stati recepiti i nuovi orientamenti della Corte di cassazione in tema di giudicato interno⁵⁵ e di giudicato implicito⁵⁶.

Va detto in definitiva, senza perdersi in ulteriori indicazioni, che la giurisprudenza è andata vieppiù precisando la disciplina processuale, puntando (ma non sempre) verso l'obiettivo della effettività della tutela giurisdizionale⁵⁷.

⁴⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 22.

⁴⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 12 maggio 2017, n. 2.

⁴⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 10 marzo 1978, n. 10.

⁴⁸ Art. 7, legge n. 205/2000.

⁴⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 4; Cons. Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12. Le Sezioni Unite della Cassazione sono state peraltro di diverso avviso: cfr. SS.UU., 23 dicembre 2008, n. 30254; SS.UU., 6 marzo 2009, n. 5464. Il contrasto di orientamento è stato risolto dal c.p.a., come a suo luogo si vedrà.

⁵⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 24 marzo 2004, n. 7.

⁵¹ Cons. Stato, Sez. IV, 18 giugno 2009, n. 4004. Sul punto cfr., da ultimo, Cass., Sez. I, 23 luglio 2014, n. 16745. L'art. 345 c.p.c. è stato modificato con l'art. 46, comma 18, legge 18 giugno 2009, n. 69.

⁵² Cons. Stato, Ad. Plen., 24 giugno 2004, n. 8.

⁵³ Cons. Stato, Ad. Plen., 29 dicembre 2004, nn. 14 e 15.

⁵⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., 18 ottobre 2004, n. 10.

⁵⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 4, in relazione a Cass., SS.UU., 22 febbraio 2007, n. 4109.

⁵⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 16 luglio 2009, n. 4448, in relazione a Cass., SS.UU., 9 ottobre 2008, n. 24883.

⁵⁷ Sul contributo della giurisprudenza alla evoluzione del processo amministrativo si veda di re-

Su tutti questi argomenti è intervenuto il Codice del processo amministrativo, a volte confermando, a volte integrando, a volte modificando i precedenti orientamenti giurisprudenziali.

2. *Le novità legislative dell'ultimo trentennio del secolo scorso*

Sul piano legislativo, nel quasi trentennio che va dalla legge del 1971 alle riforme della fine degli anni '90, non si sono avuti altro che *interventi episodici*, nonostante la dottrina abbia sempre più spesso reclamato una riforma complessiva e vi siano anche state iniziative governative e parlamentari orientate in quel senso, ma mai pervenute a risultato.

Gli interventi legislativi hanno riguardato, da un lato, *l'ambito della giurisdizione*, con l'aumento delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, dall'altro, il *processo*, ricercando, per le controversie ritenute particolarmente delicate, forme processuali semplificate o riti accelerati, tali da consentire tempi ridotti per giungere alla sentenza.

L'**allargamento della giurisdizione esclusiva**, iniziato (come già detto), con la legge del 1971⁵⁸, è proseguito secondo una linea costante: in materia edilizia⁵⁹; in ordine agli accordi amministrativi⁶⁰; in tema di tutela della concorrenza⁶¹; sui provvedimenti dell'Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità⁶² e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni⁶³; in tema di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture pubbliche⁶⁴. L'elenco delle materie di giurisdizione esclusiva è ora ricavabile dall'art. 133 c.p.a.

Si è venuto in tal modo ampliando il criterio di riparto delle giurisdizioni tra giudice ordinario e giudice amministrativo, fondato sulle *materie* anziché sulle *situazioni giuridiche soggettive*.

Tale diverso criterio è stato ritenuto a lungo migliore di quello fissato dall'art. 103 Cost.; tanto che la Commissione parlamentare per le riforme costituzionali (comunemente denominata Bicamerale), istituita con legge cost. 24 gennaio 1997, n. 1, lo ha proposto come criterio generale, sostitutivo del criterio basato sulle situazioni giuridiche soggettive. Il tentativo di riforma costituzionale non ha avuto seguito, e questo non può considerarsi un evento negativo; l'orientamento favorevole alla giurisdi-

cente G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 763 ss.

⁵⁸ Prima di tale legge la giurisdizione esclusiva era stata prevista in tema di rilascio e ritiro del passaporto (art. 11, legge 21 novembre 1967, n. 1185).

⁵⁹ Art. 16, legge 28 gennaio 1977, n. 10.

⁶⁰ Artt. 11 e 15, legge 7 agosto 1990, n. 241.

⁶¹ Art. 33, legge 10 ottobre 1990, n. 287.

⁶² Art. 2, comma 25, legge 14 novembre 1995, n. 481.

⁶³ Art. 1, comma 2, legge 31 luglio 1997, n. 249.

⁶⁴ Art. 244, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

zione esclusiva non si è peraltro interrotto, ma la Corte costituzionale ne ha indicato il limite non superabile⁶⁵.

Con d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 è stato operato un *duplice spostamento*: le controversie relative al **rapporto di lavoro** (nel frattempo privatizzato) con gli enti pubblici sono state assegnate al giudice ordinario, senza distinzione tra controversie su diritti e controversie su interessi legittimi⁶⁶; viceversa le controversie in materia di **servizi pubblici**, di **edilizia** e di **urbanistica** sono state devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁶⁷.

Infine, con la legge 21 luglio 2000, n. 205 sono state devolute alla giurisdizione esclusiva le controversie relative a procedure di **affidamento di lavori, servizi o forniture** svolte da qualsiasi soggetto tenuto all'applicazione della normativa comunitaria o al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale⁶⁸.

Anche dopo la sentenza della Corte cost. n. 204/2004 l'indirizzo favorevole all'allargamento dell'ambito della giurisdizione esclusiva non è cessato. Ne sono prova la previsione di tale giurisdizione per le controversie in tema di nullità dei provvedimenti in violazione o elusione del giudicato⁶⁹ e quelle in tema di dichiarazione di inizio di attività⁷⁰.

Nello stesso periodo il legislatore si è preoccupato di **stringere i tempi processuali** per la soluzione di determinate controversie. Il campo di elezione dei **riti accelerati** è stato inizialmente individuato nelle controversie relative ai lavori pubblici: vari interventi legislativi si sono susseguiti nel tempo, tutti orientati a depotenziare la tutela cautelare e ad abbreviare i tempi per la decisione di merito⁷¹. La materia è stata riordinata ora dal c.p.a.⁷².

Forme speciali o *termini abbreviati* sono poi in vigore per il contenzioso elettorale, per le controversie in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali, per i provvedimenti di espulsione degli stranieri, per il diritto di accesso agli atti amministrativi, in tema di parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali, nei confronti del silenzio dell'amministrazione; e così via.

⁶⁵ Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, già citata. Si veda però Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 35.

⁶⁶ Art. 29 ss. v. ora artt. 63 ss., d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

⁶⁷ Art. 33 ss. v. ora art. 7, legge n. 205/2000, e Corte cost. n. 204/2004.

⁶⁸ Art. 6, legge n. 205/2000. Art. 244, d.lgs. n. 163/2006.

⁶⁹ Art. 21-*septies*, legge 11 febbraio 2005, n. 15. In questo caso la giurisdizione esclusiva sembra inutilmente disposta, dato che il giudizio di ottemperanza è di spettanza del solo giudice amministrativo.

⁷⁰ Art. 3, d.l. 4 marzo 2005, n. 35, conv. nella legge 14 maggio 2005, n. 80.

⁷¹ Si possono rammentare l'art. 5, legge 3 gennaio 1978, n. 1; l'art. 31-*bis*, legge 11 febbraio 1984, n. 109; l'art. 19, d.l. 25 marzo 1997, n. 67, conv. nella legge 23 maggio 1997, n. 135. Si vedano da ultimo l'art. 14, legge 1° agosto 2002, n. 166, e l'art. 20, comma 8, d.l. 28 novembre 2008, n. 185, conv. in legge 28 gennaio 2009, n. 2.

⁷² Si veda anche l'art. 40 del d.l. n. 90/2014, come modificato dalla legge di conversione, e l'art. 7-*bis*, d.l. 21 agosto 2016, n. 168, conv. nella legge 25 ottobre 2016, n. 197, che hanno introdotto ulteriori misure di accelerazione nei giudizi in materia di appalti pubblici.

L'ampia serie degli interventi settoriali è poi culminata nella legge n. 205/2000, alla quale si è già fatto cenno, ma che merita di essere brevemente illustrata.

Un chiarimento importante ed opportuno è venuto dalla Corte costituzionale in tema di **diritti costituzionalmente protetti**: sconfessando (nella sostanza e salvando nella forma) un contrario orientamento della Cassazione (in tema di diritti c.d. *resistenti* o *non degradabili*), la Corte ha rilevato che non esiste “alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti”⁷³.

3. La legge n. 205/2000

L'intervento legislativo più importante del periodo considerato è costituito dalla legge 21 luglio 2000, n. 205. Anche se è ben lontana dall'aver realizzato una riforma organica del processo amministrativo, tuttavia ha introdotto alcune innovazioni utili a garantire una maggiore effettività nella tutela giurisdizionale amministrativa. La legge in parola è il risultato di una elaborazione parlamentare incompleta, per la fretta determinata dalla sentenza della Corte cost. 17 luglio 2000, n. 292, che ha dichiarato illegittimo, per eccesso di delega, l'art. 33, d.lgs. n. 80/1998.

L'affrettata elaborazione del testo si ricava dal disordine nella collocazione delle disposizioni, da alcune inutili ripetizioni, dai frequenti scoordinamenti. I temi sui quali il legislatore è intervenuto, tralasciando quello relativo al riassetto delle giurisdizioni (già esaminato), riguardano il *processo*, con particolare attenzione alla fase cautelare, nonché i *riti speciali ed accelerati*.

In questa sede è opportuno limitarsi a rilevare che, in ordine al **processo**, sono state dettate norme di razionalizzazione: la più rilevante sembra essere quella che prescrive di raccogliere insieme, attraverso il mezzo tecnico dei **motivi aggiunti**, le controversie tra le stesse parti, relative a tutti i provvedimenti connessi con quello impugnato con il ricorso introduttivo del processo. Il quale diventa un *contenitore* in cui si riversano (le controversie relative a tutti) i provvedimenti (anche di autorità diverse) riguardanti la medesima *operazione amministrativa* complessa, e che consente che si pervenga a conoscere del complessivo rapporto intercorrente tra la parte pubblica e le parti private.

Quanto ai **riti speciali**, va sottolineata l'introduzione di un rapido processo “avverso il *silenzio*” dell'amministrazione: la prima giurisprudenza che si è formata sul nuovo istituto non ne ha sottolineato la forte capacità di assicurare una tutela efficiente nei confronti di una grave quanto diffusa disfunzione amministrativa, l'ingiustificata inerzia; la quale, oltre che gli interessi privati, lede in primo luogo l'interesse pubblico.

Sono poi state introdotte più discipline processuali speciali, il cui tratto comune è la *riduzione della durata del processo*. Ciò che colpisce è che tutti i riti a durata ridotta

⁷³ Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140. La Corte di cassazione si è prontamente adeguata: SS.UU., 28 dicembre 2007, n. 27187; Cass., SS.UU., 28 giugno 2013, n. 16304.

sono strettamente collegati alla richiesta di tutela cautelare: non è sufficiente che il processo riguardi talune materie particolarmente sensibili; occorre anche che sia presentata l'istanza cautelare. Si tratta di un collegamento privo di razionale giustificazione, ma che è stato mantenuto anche nel c.p.a.

In relazione alla *giurisdizione esclusiva*, sono state dettate norme, che, da un lato, hanno allargato i poteri istruttori e decisorii del giudice, e, dall'altro, hanno reso uniforme un modello processuale in precedenza carico di molte varianti.

Infine, una innovazione di grande rilievo (anticipata dal d.lgs. n. 80/1998 per quanto attiene ad alcune materie di giurisdizione esclusiva) attiene ai **poteri del giudice amministrativo**, o, se si preferisce, alle azioni proponibili: sia in sede di legittimità, sia in sede esclusiva, è stata resa proponibile dinanzi al giudice amministrativo l'*azione risarcitoria*.

Non può essere dubbio che, con la legge n. 205/2000, il processo amministrativo abbia acquistato maggiore elasticità ed incisività. La legge ha sotto molti profili anticipato la disciplina stabilita, da ultimo, con il Codice del processo amministrativo.

4. *Il processo amministrativo prima del Codice*

Valutando complessivamente l'evoluzione che si è avuta nella disciplina della giustizia amministrativa, nel lungo tempo che ha preceduto l'approvazione del c.p.a., la prima considerazione che vien fatto di formulare attiene alla *persistenza nel tempo dei vizi di origine* del sistema: le due leggi fondamentali, del 1865 e del 1889, rispondono a logiche tra loro diverse e, malgrado le opinioni dei loro autori, non compongono un quadro armonico e, nemmeno tendenzialmente, completo dei mezzi di tutela nei confronti dell'amministrazione.

Nonostante alcuni tentativi, è mancata successivamente al legislatore la volontà di intervenire sulla disciplina originaria in modo organico e sistematico: i vari episodi di riforma hanno costantemente avuto un ambito limitato e talvolta effetti marginali. Le numerose e gravi lacune, soprattutto nella disciplina processuale, sono state piuttosto colmate dalla giurisprudenza, nonostante qualche incostanza e qualche contrasto, soprattutto tra indirizzi di giudici diversi.

La dottrina ha sempre auspicato l'adozione di un testo completo ed esauriente, in linea con le disposizioni e i principi costituzionali. Viceversa gran parte della disciplina processuale risultava ancora contenuta in un testo, non solo risalente al 1907, e quindi assai arretrato, ma avente anche natura forse regolamentare (e non legislativa)⁷⁴, e quindi in probabile contrasto con gli artt. 101 e 108 Cost.

Non sono mancati tentativi di porre rimedio ad una simile situazione: su richiesta del Governo, l'Adunanza generale del Consiglio di Stato approvava il 23 novembre

⁷⁴Con sent. 21 novembre 1968, n. 118, la Corte costituzionale aveva riconosciuto natura regolamentare al r.d. del 1907. Successivamente, in particolare con sent. 9 dicembre 2005, n. 441, ne ha riconosciuto la natura legislativa.

1978⁷⁵, uno schema di disegno di legge, che veniva utilizzato per predisporre un disegno di legge-delega, presentato al Senato il 13 dicembre 1979 (Atto Senato n. 583 – VIII legislatura). La legislatura peraltro terminò senza che il disegno di legge fosse approvato. Nella legislatura successiva il Governo ripresentava il disegno di legge il 29 febbraio 1984, questa volta alla Camera (Atti Camera n. 1353 – IX legislatura). Contemporaneamente, il 7 giugno 1984, veniva presentata una proposta di legge (Atti Camera n. 1803 – IX legislatura), contenente un articolato pienamente sviluppato. I due testi venivano esaminati congiuntamente dalla Commissione affari costituzionali⁷⁶, che redigeva un testo unificato di disegno di legge-delega.

Anche questa volta l'*iter* parlamentare non è stato concluso positivamente, ed è un peccato, perché si trattava di un testo assai soddisfacente, con enunciazione di principi condivisibili, ad esempio sulla pienezza ed effettività della tutela anche nei confronti dell'inerzia, sulla parità delle parti e il contraddittorio, sulla efficacia del sistema probatorio, sulla esecuzione delle sentenze e così via.

Ci sono stati anche altri tentativi di riforme legislative, ma nessuno è andato a buon fine⁷⁷.

La disciplina della giurisdizione e del processo è così *rimasta disorganica e non del tutto appagante* fino all'approvazione del Codice, nonostante una legge sulla procedura fosse stata annunciata con l'art. 19 della legge del 1971.

Non c'è dubbio che la giustizia amministrativa, con l'istituzione dei Tribunali amministrativi, sia stata posta, almeno dal punto di vista geografico, a portata di mano degli utenti; con la conseguenza, in sé positiva, di un grande incremento dei ricorsi, ma questo ha comportato un ulteriore problema, rimasto finora irrisolto, salvo qualche palliativo⁷⁸: l'insufficienza numerica dei magistrati amministrativi, che è la causa principale dell'anormale durata dei processi. Nemmeno il Codice ha posto rimedio a questo grave problema.

5. Il dibattito teorico sulla giurisdizione amministrativa

Negli ultimi tempi, anche a seguito dei lavori della Commissione Bicamerale, si è riavviato il dibattito sul principio della **unitarietà della giurisdizione** e, in relazione ad esso, sull'*architettura stessa della magistratura* e dei corpi che la compongono; architettura non chiara e non soddisfacente.

Secondo la interpretazione più comune del Titolo IV della Parte seconda della Costituzione, l'intera magistratura si articola in un *ordine giudiziario* e in altri corpi svolgenti anch'essi funzioni giurisdizionali.

⁷⁵ Su proposta di una Commissione speciale (Presidente Levi Sandri, relatore Laschena).

⁷⁶ Presidente Labriola, relatore Sullo.

⁷⁷ Si vedano, parere Cons. Stato, Ad. Gen., 8 febbraio 1990, n. 16; Id., 6 ottobre 1994, n. 236, su d.d.l. governativi.

⁷⁸ Un limitato aumento dell'organico dei magistrati amministrativi è stato disposto con l'art. 14, legge n. 205/2000.

Il primo raccoglie i giudici ordinari; gli altri costituiscono i *giudici speciali*; speciali in quanto collocati fuori dall'ordine giudiziario.

Tuttavia giudici speciali possono avere **giurisdizione generale**, ove l'ambito della loro cognizione sia determinato in forza di criteri generali (situazioni giuridiche soggettive, natura delle norme invocate, natura delle parti o di una di esse) e non del criterio per materie determinate. In questa prospettiva l'insieme dei giudici amministrativi (magistrati dei T.A.R. e del Consiglio di Stato) può essere considerato un corpo di **giudici speciali**, aventi *giurisdizione generale*; mentre i giudici contabili appaiono come giudici speciali con giurisdizione speciale.

Sono tuttavia possibili ricostruzioni diverse: ad esempio, è stato ritenuto che il sistema disegnato dalla Costituzione contempra “quattro organismi distinti (...) e precisamente il giudice ordinario, il giudice amministrativo, il giudice contabile e il giudice militare”. Ciascuno di tali “complessi giurisdizionali, (...) nel suo ambito ed in rapporto agli altri, può definirsi ‘ordinario’: ciò sia perché tutti dotati di competenza generale nei rispettivi settori, sia perché previsti ed istituiti dalla Costituzione”. La magistratura si presenta quindi “articolata in quattro distinti ordini (tutti a pari titolo ‘ordinari’ nei sensi anzi detti) (...). L’unitarietà della giurisdizione, infatti, si realizza non sul piano *strutturale* (istituendo cioè un unico ordine giurisdizionale), ma su quello *funzionale*, attraverso l’inserimento nella Costituzione di una serie di disposizioni e principi comuni a tutte le magistrature”⁷⁹.

La distanza tra le “letture” possibili delle disposizioni costituzionali, ne rende evidente la scarsa chiarezza.

In dottrina periodicamente ritorna l’aspirazione alla ricomposizione unitaria del sistema organizzativo giudiziale, che, in sede di Assemblea costituente, era stato fortemente sostenuto da Piero Calamandrei.

Recentemente, in modo più articolato, il **principio della unità della giurisdizione**, o, meglio, la “dicotomia” unità funzionale-pluralità organizzativa, è stata letta nel senso che “la Costituzione riconosce e prevede una serie di giurisdizioni distinte tra loro per struttura, poteri e competenza, ma ammette un solo tipo di magistrato indipendente”⁸⁰. L’Autore ritiene che alcune disposizioni riguardanti i consiglieri di Stato (nomina governativa di un quarto di essi, cumulo di funzioni giurisdizionali e consultive, incarichi extragiudiziari) possano compromettere la loro indipendenza.

Va rammentato che la nomina governativa è stata ritenuta costituzionalmente legittima⁸¹; mentre sugli altri aspetti non vi sono allo stato né convincimenti unanimi né prese di posizione della Corte costituzionale⁸².

Si deve aggiungere che, comunque interpretato, il sistema è difettoso, almeno sot-

⁷⁹ Tale interpretazione è affermata da Cons. Stato, Ad. Plen., 16 dicembre 1983, n. 27 (pres. Pescatore, relat. Cossu), dalla quale sono ricavate le frasi virgolettate.

⁸⁰ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”*, Milano, 2005, 42.

⁸¹ Corte cost., 19 ottobre 1973, n. 177.

⁸² Si veda, peraltro, recentemente l’art. 1, comma 66, legge 6 novembre 2012, n. 190, come modificato dall’art. 8, d.l. n. 90/2014 nel testo risultante dalla legge di conversione.

to due profili: il *controllo sulla giurisdizione* dei singoli corpi o “ordini” di giudici è affidato ad uno di essi, sia pure al massimo livello (le Sezioni Unite della Corte di cassazione), e ciò ha dato luogo e continua a dare luogo a contrasti giurisprudenziali non facilmente ricomponibili⁸³; manca un organo giudiziario con funzione generalizzata di *nomofilachia*, sicché su medesimi argomenti si possono determinare (e non si tratta di ipotesi teoriche) orientamenti diversi presso i vari corpi giurisdizionali, in contrasto con il principio, nella sua declinazione funzionale, della unitarietà della giurisdizione, e con quello della unità sostanziale dell’ordinamento.

La difettosa architettura del sistema complessivo è emersa anche con la dichiarazione di incostituzionalità della composizione dei Tribunali regionali delle acque⁸⁴, che ha portato ad un passo dalla loro soppressione ed alla soppressione anche del Tribunale superiore.

Il principio della unità funzionale (anche se non organizzativa) della giurisdizione è stato riaffermato sia dalla Corte di cassazione⁸⁵ sia dalla Corte costituzionale⁸⁶; le quali Corti hanno, per vie diverse, affermato la necessità della *translatio iudicii*, dal giudice carente di giurisdizione al giudice che della giurisdizione sia dotato⁸⁷.

Altro tema caldo del dibattito, attuale anche dopo l’approvazione del c.p.a., è quello relativo al *riparto della giurisdizione* tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Il criterio originario, fondato sulle *situazioni soggettive* del ricorrente, è stato nel tempo sostituito dal criterio fondato sul *potere* autoritativo dell’amministrazione, come si ricava sia dalla tesi della c.d. *degradazione* del diritto soggettivo, risalente agli anni ’30 del ’900, sia dalla regola della *carenza di potere/cattivo esercizio del potere*, introdotta dalla Cassazione nel 1949; ed è stato doppiato da altri criteri, ad esempio in tema di contenzioso elettorale, in tema di sanzioni pecuniarie e in tutti i casi di giurisdizione esclusiva. Poiché tali casi si sono andati moltiplicando, si è determinata una situazione confusa, e probabilmente non del tutto rispettosa del dettato costituzionale.

L’opinione di moda, almeno fino alla sentenza della Corte cost. n. 204/2004⁸⁸, era che il *riparto per materie* fosse da considerare migliore di quello *per situazioni soggettive*. È da ritenere, invece, che non si possa fare a meno di un criterio generale di riparto: se si ritiene inadeguato il riferimento alle situazioni soggettive dei privati o dell’amministrazione, si può utilizzarne un altro (natura delle norme, o delle fattispecie, o della parte resistente), e lasciare alle materie il ruolo di criterio ecceziona-

⁸³ Si pensi alle controversie di lavoro con gli enti pubblici economici, rispetto alle quali il contrasto tra Cassazione e Consiglio di Stato è durato circa trent’anni ed è stato risolto dal legislatore. Si pensi anche al contrasto sul tema della c.d. pregiudizialità amministrativa, risolto anch’esso solo con l’intervento del legislatore.

⁸⁴ Corte cost., 17 luglio 2002, n. 353.

⁸⁵ Cass., SS.UU., 22 febbraio 2007, n. 4109.

⁸⁶ Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77.

⁸⁷ Si veda ora l’art. 59 della legge 18 giugno 2009, n. 69, che sembra risolvere con chiarezza il problema. Si veda anche l’art. 11 c.p.a.

⁸⁸ La sent. n. 204/2004 riconosce con sufficiente chiarezza che il criterio di riparto si è spostato dalle situazioni soggettive del privato a quelle dell’amministrazione (esistenza o inesistenza del potere).

le. D'altronde l'esperienza degli ordinamenti più vicini al nostro è in questo senso.

Sul piano processuale l'attenzione è stata rivolta al funzionamento in concreto delle riforme più rilevanti, con particolare riguardo all'atteggiamento che il giudice amministrativo è andato via via adottando a proposito del risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi. Finora l'atteggiamento non sembra ispirato a larghe aperture.

Un altro tema di forte attualità, soprattutto dopo l'entrata in funzione delle Autorità indipendenti, attiene alla misura della sindacabilità delle scelte di discrezionalità tecnica effettuate dall'amministrazione. La dottrina non è concorde: c'è chi spinge perché nel processo amministrativo possa essere sindacata fino in fondo ogni scelta tecnica, in modo da consentire la piena tutela ogniqualvolta la scelta non sia discrezionale in senso proprio; e c'è chi punta verso un sindacato più limitato, temendo che il giudice amministrativo possa trasformarsi in amministratore⁸⁹.

L'iniziativa legislativa è ripresa nel 2009. Da un lato è stata introdotta una speciale azione per reagire contro le pubbliche amministrazioni e i concessionari di servizi pubblici che si discostino dagli standards qualitativi ed economici prefissati o che violino le norme preposte al loro operato. Si tratta del **ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici**⁹⁰.

La dottrina non assegna grande rilievo a tale azione, dato che essa sfocia in una sentenza con la quale il giudice ordina all'amministrazione o al concessionario "di porvi rimedio entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica". Non sembra infatti che questo nuovo mezzo offra maggiore tutela rispetto a quella assicurata dalle azioni ordinarie esperibili nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari.

6. Il Codice del processo amministrativo e i suoi correttivi

Con l'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, è stata conferita delega al Governo per il **riassetto della disciplina del processo amministrativo**.

Tra i principi e i criteri direttivi per l'esercizio della delega spicca il seguente: disciplinare le **azioni** e le **funzioni** del giudice:

1. riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni;
2. riordinando i casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione delle fattispecie non più coerenti con l'ordinamento vigente;

⁸⁹ I termini del problema sono oggi ottimamente esposti da F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005. Si può consultare anche F.G. COCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, in C. RABITTI BEDOGNI-P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Tomo I, Torino, 2010, 259.

⁹⁰ D.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, di attuazione della delega di cui all'art. 4, legge 4 marzo 2009, n. 198.

3. disciplinando, ed eventualmente riducendo, i termini di decadenza o prescrizione delle azioni esperibili e la tipologia dei provvedimenti del giudice;

4. prevedendo le *pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*⁹¹.

Soprattutto quest'ultimo criterio appare importante, perché consente di raggiungere la **pienezza della tutela nei confronti dell'amministrazione**.

Il Governo, saggiamente, per l'attuazione della delega ha inteso avvalersi del supporto tecnico del Consiglio di Stato, presso il quale è stata costituita una Commissione, alla quale sono stati invitati a partecipare, oltre a consiglieri di Stato, magistrati di T.A.R., esperti esterni, rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura generale dello Stato.

Il testo elaborato dalla Commissione è stato poi rivisto in sede governativa, purtroppo nel segno della continuità con la tradizione anteriore, e quindi, depennando le disposizioni più innovative.

La delega è stata infine attuata con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante l'approvazione del **Codice del processo amministrativo**.

I contenuti del Codice saranno esposti nei capitoli successivi. Fin d'ora peraltro è opportuno segnalare l'importanza del nuovo testo legislativo, che finalmente, dopo circa 120 anni, reca una *disciplina organica del processo amministrativo*, estesa anche a risolvere i problemi di giurisdizione e ad attuare nel modo pieno i principi costituzionali del giusto processo.

Non si tratta di una disciplina pienamente soddisfacente, né pienamente rispondente ai criteri di delega: rimangono alcuni tratti non condivisibili, ma, in ordine ad essa, complessivamente valutata, si può a ragione parlare di raggiungimento di un testo di portata storica.

Sono richiamati (e attuati) i principi del giusto processo; è stato tentato un chiarimento del criterio di riparto della giurisdizione; è stato ampliato il ventaglio delle azioni proponibili, fino a poter ritenere, attraverso un'opera di interpretazione integratrice⁹², che si sia attuata la regola della **atipicità delle azioni**, secondo la quale si può chiedere al giudice qualsiasi pronuncia che sia utile per la soddisfazione della parte vittoriosa; è stata rielaborata la disciplina della istruttoria processuale; sono state riordinate le impugnazioni ed è stato rivisto il processo di ottemperanza.

L'eliminazione dei difetti e delle lacune del Codice è stata oggetto di ulteriori decreti legislativi, approvati nei successivi due anni, secondo l'espressa previsione della legge di delega.

Sono infatti intervenuti due decreti correttivi. Con il primo (d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195) sono state corrette alcune imperfezioni formali e sono state apportate alcune integrazioni. Modifiche sostanziali hanno riguardato la disciplina del giudizio di ottemperanza, l'elenco delle materie cui si applica il rito abbreviato, l'elenco delle

⁹¹ Art. 44, comma 2, lett. b), legge n. 69/2009.

⁹² In questo senso sembra orientarsi la giurisprudenza: v. Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3. Si veda anche Ad. Plen., 27 luglio 2012, n. 28, che ammette l'esperimento dell'azione *ex art.* 2932 c.c.

materie di giurisdizione esclusiva e quello delle materie riservate alla competenza funzionale del T.A.R. del Lazio, sede di Roma.

Con il secondo correttivo (d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160), oltre ad ulteriori correzioni formali, è stata profondamente rivista la disciplina della competenza; ed è stata precisata la disciplina dell'azione di condanna al rilascio di provvedimenti.

Si può oggi sostenere che il processo amministrativo dispone finalmente di una disciplina organica e tendenzialmente completa⁹³.

Un appunto che si può muovere riguarda il dichiarato indirizzo verso lo scoraggiamento delle liti, mediante l'aumento dei contributi in danaro dovuti da coloro che propongono ricorsi o motivi aggiunti, nonché la previsione di sanzioni a carico della parte soccombente, applicabili d'ufficio.

L'idea di risolvere il sovraccarico del contenzioso con l'amministrazione, rendendo più difficile e costoso il ricorso al giudice, ha avuto sviluppi anche successivamente all'entrata in vigore del c.p.a.: sono stati ulteriormente elevati i contributi; è stata prevista, da ultimo, la condanna ad una "somma equitativamente determinata", a carico della parte soccombente, "in presenza di motivi manifestamente infondati"⁹⁴.

Si tratta di un indirizzo che sembra ormai molto prossimo ad impedire o, comunque, a scoraggiare in modo eccessivo la richiesta della tutela giurisdizionale: si delinea in tal modo un possibile contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost. e con l'art. 6 della Cedu.

Si segnala, altresì, l'altra discutibile tendenza a limitare la lunghezza degli atti processuali di parte⁹⁵.

⁹³ Per uno sguardo sull'opera della giurisprudenza successiva al codice si richiama quanto accennato al precedente par. 1.

⁹⁴ Art. 41, d.l. n. 90/2014, come modificato dalla legge di conversione, ove si ritiene che in tal modo si contrasti l'abuso del processo.

⁹⁵ Art. 40, d.l. n. 90/2014, come modificato dalla legge di conversione.