

Giustizia amministrativa

a cura di

Franco Gaetano Scoca



NONA EDIZIONE



Giappichelli

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 dalla trattazione solo le controversie tributarie, secondo tradizione. Per questo suo contenuto 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, processuali o meno, 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 Oreste Ranalletti.

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: essa si concentra, oltre che sull'organizzazione, sulle singole funzioni, aventi carattere operativo, sui singoli procedimenti, sui singoli atti. Nonostante i notevoli apporti degli ultimi decenni, risultano ancora incomplete 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. Tutto considerato è tuttavia possibile sostenere che il Codice contiene aperture che la giurisprudenza amministrativa non ha ancora pienamente esplorato.

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 avere approfondito 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 aggiungere 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 nona edizione: agli Autori originali ne sono stati aggiunti alcuni nuovi, ma il gruppo rimane omogeneo.

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 te-

nuto 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. Siamo in attesa di un nuovo codice degli appalti, che probabilmente conterrà novità anche in materia 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. Disposizioni speciali sono state dettate per le controversie riguardanti il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR).

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 procedurali). 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). È poi intervenuta sui termini di decadenza per la proposizione dell'azione risarcitoria (sent. 4 maggio 2017, n. 94), in tema di elezioni del Consiglio di Presidenza della Corte dei conti e della Giustizia amministrativa (sent. 30 gennaio 2018, n. 10), in merito alla tutela avverso le sanzioni sportive (sent. 25 giugno 2019, n. 160), sulla responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione (sent. 19 luglio 2019, n. 191), in ordine al c.d. rito superaccelerato (poi abrogato) in materia di appalti pubblici (sent. 13 dicembre 2019, n. 271).

Negli ultimi tempi sono apparse sentenze di grande rilievo: è stato riconosciuto

che possano esserci materie “naturaliter amministrative” con esclusione di provvedervi per legge (sent. 23 giugno 2020, n. 116); è stato posto sotto attenzione il principio del *ne bis in idem*, allo scopo di evitare che possano esserci due processi per lo stesso fatto (sent. 16 giugno 2022, n. 149); è stato ritenuto non conforme a Costituzione l’assenza nel processo contabile dell’intervento *iussu iudicis* (sent. 28 luglio 2022, n. 203).

La Corte di cassazione prosegue nel disegno di ricavarsi 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). Il risarcimento del danno per violazione dell’affidamento è stato attribuito al giudice ordinario (da ultimo Cass., S.U., 28 aprile 2020, n. 8236).

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); sulla notificazione via PEC (sent. 29 settembre 2017, n. 6); sul giudizio di appello (26 aprile 2018, n. 4); sulle ipotesi di rinvio al primo giudice (sentt. 30 luglio 2018, nn. 10 e 11; 5 settembre 2018, nn. 4 e 5); in tema di ottemperanza (sent. 9 maggio 2019, n. 7); circa la legittimazione degli enti esponenziali (sent. 20 febbraio 2020, n. 6). Recentemente è intervenuta in tema di responsabilità civile dell’Amministrazione, qualificandola, difformemente da larga parte della dottrina, come responsabilità aquiliana (sent. 23 aprile 2021, n. 7); in tema di interesse a fini risarcitori (sent. 13 luglio 2022, n. 8); in tema di termine lungo per l’impugnazione (sent. 12 settembre 2022, nn. 11 e 12); in tema di conflitti di competenza (sent. 13 settembre 2022, n. 13).

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, comma 3, c.p.a. Infine l’Adunanza Plenaria ha stabilito che il giudice amministrativo non dà esecuzione agli atti normativi nazionali che siano in contrasto con il diritto dell’Unione europea.

Si segnala che l’Ufficio Studi del Consiglio di Stato ha esaminato le implicazioni della riforma del processo civile (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149) sul processo amministrativo.

3. *Gli Autori*

Alcuni degli Autori originari 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.

Ruggiero DIPACE, professore ordinario di diritto amministrativo Dipartimento Giuridico dell'Università del Molise.

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 nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Perugia.

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

Francesco GASPARI, professore associato di diritto amministrativo nel Dipartimento di scienze giuridiche e politiche dell'Università Guglielmo Marconi di Roma.

Loredana GIANI, professore ordinario di diritto amministrativo nel Dipartimento di Scienze Umane della Università Europea di Roma.

Walter GIULIETTI, professore ordinario di diritto amministrativo nel Dipartimento di Ingegneria industriale e dell'informazione e di economia dell'Università dell'Aquila.

Annarita IACOPINO, professore associato di diritto amministrativo nel Dipartimento di Scienze Umane dell'Università europea di Roma.

Maria IMMORDINO, già professore ordinario di diritto amministrativo nel Dipartimento di Scienze economiche, aziendali, e statistiche dell'Università di Palermo, Consigliere presso il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana.

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

Clara NAPOLITANO, professore associato di diritto amministrativo nel Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università del Salento.

Nino PAOLANTONIO, professore ordinario di diritto amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma "Tor Vergata".

Aristide POLICE, professore ordinario di diritto amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza della Università LUISS di Roma.

Pier Luigi PORTALURI, professore ordinario di diritto amministrativo nel Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università del Salento.

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

Stefano Salvatore SCOCA, professore ordinario di diritto amministrativo nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Teramo.

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

Francesco VETRÒ, professore ordinario di diritto amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza, Studi politici e internazionali della Università degli studi di Parma.

Alberto ZITO, professore ordinario di diritto amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma "Tor Vergata".

La mappa dei contributi di ciascun Autore è la seguente:

Parte prima: F.G. Scoca

Parte seconda, Capp. primo e secondo: 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: parr. 1-2-4-5-6-7-8: P.L. Portaluri

Parte quarta, Cap. secondo: parr. 3-3.1. C. Napolitano

Parte quarta, Cap. terzo, Sezz. I e II: W. Giulietti

Parte quarta, Cap. terzo, Sez. III: F. Gaspari

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: A. Iacopino

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: R. Dipace
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.

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 progressivamente 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 (il Potere esecutivo) potesse essere "trascinata" davanti agli organi giudiziari (il Potere giudiziario). 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 del principio 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, infatti, 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 poi 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 soltanto ai diritti soggettivi, lasciava numerose ed anche rilevanti controversie con l'amministrazione (art. 3 della legge: 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 giuridicamente rilevanti), tali controversie potevano essere risolte soltanto mediante i **ricorsi amministrativi** (decisi in generale dalle autorità amministrative gerarchicamente sovraordinate 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 prece-

dentemente assicurata con il sistema del contenzioso amministrativo. Restavano prive di tutela *giurisdizionale* le controversie che non riguardavano diritti soggettivi ma coinvolgevano comunque *interessi*, spesso economicamente rilevanti, dei cittadini.

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*).

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.

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 perché anch'essa aveva convinzioni di fondo, che non erano molto diverse da quelle del Consiglio di Stato (il quale era allora un organo puramente amministrativo).

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.

La legge del 1865 fu sostanzialmente disapplicata.

4. *Il quadro teorico*

Mentre *sul piano politico* la riforma del 1865 non può non 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 soggettivi 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 soltanto 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 con-

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

⁴ Si veda ora l'ampia ricostruzione di G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989; si veda anche F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

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

temporanea 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.

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 imme-

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

diatamente 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 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**.

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.

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 pratica, veniva modificata l'organizzazione interna del **Consiglio di Stato**, 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 amministrativa 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 il perimetro della *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 se esso fosse una nozione giuridica e, in caso affermativo, in cosa consistesse il suo carattere giuridico; dall'altro era sufficiente, per identificarlo in concreto, un elemento negativo: 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 nei giudizi civili, di tale obbligo, stabilito fin dalla legge del 1865.

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

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 (Corte cost., sent. 16 marzo 1967, n. 30).

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), 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 pe-

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

cuniaria), 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 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

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

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 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 auspi-

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.

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 sent. 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.).

cava 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.

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 non contraddire il binomio *diritto soggettivo-tutela giurisdizionale*, e di non eludere 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

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.

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".

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 nozione di interesse, che *non fosse un mero 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. Fu istituita la Quinta Sezione del Consiglio di Stato.

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.

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 Mazza*, 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.

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 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 (con la giurisdizione esclusiva) 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, nelle materie di giurisdizione esclusiva, la tutela dei diritti soggettivi fu compressa (e sostanzialmente per lungo tem-

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.

po 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 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. – 7. Le residue manchevolezze.

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, fino alla Costituzione, è dovuta quasi esclusivamente, 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, nel 1971 (legge 6 dicembre 1971, n. 1034) con la istituzione dei Tribunali amministrativi regionali, in applicazione dell'art. 125 Cost., 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.

Nei primi mesi del 2020, in dipendenza della pandemia causata dal coronavirus, sono state emanate disposizioni eccezionali per evitare i contagi: ad esempio le udienze da remoto, mediante piattaforme web.

Con d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, è stata approvata la riforma del processo civile (riforma Cartabia), che può avere implicazioni anche sul processo amministrativo.

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 dei cittadini, 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

¹ Da Piero Calamandrei.

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 all'inizio degli 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 giustizia amministrativa per la Regione siciliana**, istituto pressappoco 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 (ossia costituzionale), 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).

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

³ D.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 del processo amministrativo.

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 l'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 con il nome di *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 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 rilevante⁴) 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** giurisdizionale⁵. 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

⁴ Si veda però l'art. 7, comma 1, ultima parte, secondo cui “non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico”.

⁵ La Corte costituzionale non è di questo avviso: ritiene che l'art. 113 non assicuri “in ogni caso e incondizionatamente una tutela giurisdizionale illimitata e invariabile contro l'atto amministrativo, spettando invece al legislatore un certo spazio di valutazione nel regolarne modi ed efficacia” (da ultimo, Corte cost. 25 giugno 2019, n. 160).

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 azioni⁶, sia nel processo ordinario sia in quello amministrativo.

È pertanto innegabile che la Costituzione del 1948, al di là della interpretazione riduttiva della Corte costituzionale, 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, in generale, 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*⁷.

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 Costituzione del 1948. 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 Prefettura⁸, le Giunte Provinciali amministrative⁹, i Capitani di porto¹⁰.

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 garanti-

⁶ In questo senso sembra orientato il Consiglio di Stato: v. Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3.

⁷ 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.

⁸ Corte cost., 3 giugno 1966, n. 55.

⁹ Corte cost., 29 marzo 1967, n. 30.

¹⁰ 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.

te l'indipendenza e l'imparzialità dell'organo giudicante¹¹. 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 giudice¹². Il problema è stato poi risolto attribuendo la giurisdizione in tema di operazioni elettorali amministrative ai Tribunali amministrativi regionali¹³.

Occorre peraltro rammentare che la Corte ha contribuito a far nascere (o non ha impedito che nascessero) i **giudici parlamentari**¹⁴, 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 legittima¹⁵. Ha ritenuto invece illegittima la designazione, da parte della Giunta regionale, di alcuni membri del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana, in quanto essi duravano in carica quattro anni e potevano essere riconfermati¹⁶.

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 amministrativo¹⁷.

In una seconda stagione la Corte si è occupata della **disciplina del processo amministrativo**: è più volte intervenuta sulla tutela cautelare¹⁸; ha riconosciuto valore costituzionale alla regola del doppio grado di giudizio¹⁹; ha stigmatizzato il sistema probatorio, ma soltanto con riferimento al processo di pubblico impiego²⁰; ha introdotto l'op-

¹¹ Corte cost., 27 dicembre 1965, n. 93.

¹² Con sent. 27 maggio 1968, n. 49, la Corte dichiarò costituzionalmente illegittimo l'art. 2 della legge 23 dicembre 1966, n. 1147.

¹³ Art. 6 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034. Si vedano ora gli artt. 126 ss. c.p.a.

¹⁴ 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. Più recentemente la Corte ha confermato, ed anzi aggravato, il suo orientamento, stabilendo che i giudici parlamentari sono necessari per garantire l'autonomia del Parlamento (sent. 13 dicembre 2017, n. 262).

¹⁵ Corte cost., 19 dicembre 1973, n. 177.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ Corte cost., 19 dicembre 1974, n. 284; 12 luglio 1975, n. 227; 28 giugno 1985, n. 190; 16 luglio 1996, n. 249.

¹⁹ Corte cost., 1° febbraio 1982, n. 8.

²⁰ 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.

posizione di terzo ordinaria²¹; ha sottolineato l'importanza e le implicazioni del rispetto del principio del contraddittorio²²; ha individuato i limiti costituzionali alla espansione, accentuatasi nell'ultimo quindicennio, della giurisdizione esclusiva²³.

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 falso²⁴; 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 CONSOB²⁵, e dalla Banca d'Italia²⁶. Ha inoltre rigettato le questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine alla competenza funzionale del T.A.R. Lazio²⁷, e in ordine all'art. 44, comma 4, c.p.a.²⁸; e ha dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità relativa all'art. 30, comma 5²⁹.

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). Nel 2018 ha dichiarato illegittimo il terzo comma dell'art. 44 c.p.a., limitatamente alle parole "salvi i diritti acquisiti anteriormente alla comparizione" (sent. 26 giugno 2018, n. 132). Nel 2019 ha ritenuto legittimo il c.d. rito superaccelerato in materia di appalti pubblici (sent. 13 dicembre 2019, n. 271). Ha espunto dall'art. 44, comma 4, c.p.a. l'inciso "se ritiene che l'esito negativo della notificazione dipenda da causa non imputabile al notificante" (sent. 9 luglio 2021, n. 148). Ha ribadito, occupandosi dell'art. 133, comma 1, lett. p), c.p.a., che il giudice amministrativo "può conoscere solo comportamenti posti in essere dalla pubblica amministrazione nell'esercizio, anche in via mediata, di poteri pubblici" (sent. 15 luglio 2022, n. 178).

Una affermazione di grande interesse, per il diritto processuale in generale (ed anche per il processo amministrativo), riguarda il principio del *ne bis in idem*, che non tutela solo contro l'inflizione di una seconda pena per lo stesso fatto, ma "ancor prima contro la prospettiva di subire un secondo processo per il medesimo fatto" (sent. 16 giugno 2022, n. 149).

²¹ Corte cost., 17 maggio 1995, n. 177.

²² Corte cost., 10 novembre 1999, n. 427.

²³ 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)".

²⁴ Corte cost., 11 novembre 2011, n. 304.

²⁵ Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162. In senso conforme Corte cost., 6 giugno 2014, n. 159.

²⁶ Corte cost., 3 aprile 2014, n. 94.

²⁷ 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.

²⁸ Corte cost., 31 gennaio 2014, n. 18.

²⁹ Corte cost., 11 dicembre 2012, n. 280.

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 staccate³⁰.

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).

Con la legge del 1982 è stato altresì istituito il **Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa**, la cui composizione è stata oggetto di revisione³¹. 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 de-

³⁰ Il 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.

³¹ 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.