Aldo Travi

Lezioni di giustizia amministrativa

QUINDICESIMA EDIZIONE

Giappichelli

AVVERTENZA

Il testo trae spunto dalle lezioni tenute dall'autore prima all'Università di Pavia, poi all'Università cattolica di Milano.

Una nuova edizione è parsa opportuna per dare conto di alcuni sviluppi recenti maturati nel dibattito sulla giustizia amministrativa e in particolare sul processo amministrativo. Ancora una volta questi sviluppi sono riconducibili in misura principale alla giurisprudenza amministrativa, che dopo il primo decennio dall'entrata in vigore del codice sembra orientarsi con maggiore sicurezza e autonomia anche rispetto agli orientamenti consolidati prima del codice. Nello stesso tempo rimangono ancora evidenti alcuni problemi di fondo, che fino ad oggi resistono a qualsiasi tentativo di soluzione: si pensi alle incertezze sul sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione o all'incidenza di certi orientamenti della Corte di giustizia, soprattutto nel contenzioso sui contratti pubblici, che talvolta coinvolgono anche alcuni principi della nostra giustizia amministrativa. Per questi aspetti il quadro generale, dopo il primo decennio di vigenza del codice, appare tutt'altro che consolidato.

Anche nella presente edizione si è continuato a dare rilievo alla giurisprudenza, nella logica però sempre di valorizzare gli argomenti e le ragioni, più che le soluzioni in quanto tali. Un volume che raccoglie lezioni dovrebbe contribuire a sostenere l'attenzione degli studenti per il 'perché' di un modello o di un istituto, superando una conoscenza meccanica del 'come'. In questo quadro non possono sfuggire tensioni e, forse, derive più generali, che anche in ambito processuale traspaiono nelle pronunce degli organi cui è assegnato un ruolo più alto, di nomofilachia: ruolo che dovrebbe valere come mezzo di osservanza della legge e quindi, non va dimenticato, dovrebbe contribuire anche a realizzare il principio democratico, ma che talvolta viene interpretato come titolo di legittimazione per affermare soluzioni nuove rispetto all'assetto in cui si ambienta la legge stessa. Si tratta, in ogni caso, di profili che possono essere colti e valutati solo se si sia raggiunta una buona conoscenza dell'assetto della giustizia amministrativa e, in particolare, del codice del processo amministrativo. Il codice

non è solo un punto di partenza, ma è innanzi tutto il testo fondamentale da approfondire e su cui ragionare.

Anche in questa edizione, comunque, è stato conservato lo spazio per i riferimenti storici e per i principi costituzionali. I primi appaiono necessari per dar conto di un sistema di tutela giurisdizionale che ancora oggi – nonostante il compimento della codificazione – ha come giustificazione fondamentale la sua tradizione. I secondi costituiscono la traccia essenziale per cogliere e valutare i grandi temi della tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione. La giustizia amministrativa non è un'opzione che si possa sacrificare, magari in base a valutazioni di ordine macroeconomico, ma è uno strumento fondamentale per realizzare lo Stato di diritto e la dignità del cittadino. La nostra Costituzione lo afferma in termini inequivocabili. L'immagine costituzionale dell'amministrazione è definita anche dalla giustizia amministrativa.

In considerazione della finalità didattica, il quadro della giustizia amministrativa è descritto facendo riferimento soprattutto agli elementi di maggior rilievo e senza alcuna pretesa di completezza, trascurando in ogni caso valutazioni critiche o riflessioni personali che avrebbero richiesto analisi più complesse. Non sono state considerate previsioni speciali, come quelle che stanno accompagnando l'attuazione del PNRR con effetti anche sul processo amministrativo. Viene naturale osservare che il legislatore, anche in condizioni d'emergenza, dovrebbe essere molto prudente nei suoi interventi sugli istituti processuali, perché l'obiettivo di risolvere problemi particolari finisce spesso col sacrificare ragioni più generali ed equilibri di fondo. Ad ogni modo nel testo, in coerenza con la sua finalità, si è scelto di non riservare specifica attenzione ad interventi che fino ad oggi appaiono solo contingenti e transitori.

Le abbreviazioni ricorrenti sono:

- reg. proc. Cons. Stato – per r.d. 17 agosto 1907, n. 642, «*regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*»;
- t.u. Cons. Stato – per r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, «*testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*»;
- legge Tar – per legge 6 dicembre 1971, n. 1034, «*istituzione dei Tribunali amministrativi regionali*»;
- c.p.a. – per allegato I, «*codice del processo amministrativo*», al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, «*attuazione dell'art. 44 legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*», come modif. dal d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195 e dal d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160.

Le disposizioni citate, quando non emerga diversamente dal testo, sono da riferire al codice del processo amministrativo.

Nei rinvii interni al testo, il numero romano corrisponde ai capitoli, il numero arabo ai paragrafi.

All'inizio di ogni paragrafo sono indicati gli estremi dei testi richiamati nel corso del paragrafo stesso e sono segnalate alcune letture utili allo studente per un eventuale approfondimento. In considerazione degli obiettivi e delle ragioni del presente lavoro, non è sembrato necessario inserire una bibliografia, anche solo essenziale, con l'indicazione degli studi più importanti sull'argomento trattato; si è preferito segnalare allo studente alcuni contributi di più agevole lettura, significativi comunque degli indirizzi considerati in ciascun paragrafo. Anche quando non sono citati all'inizio del paragrafo, si intendono sempre proposti all'attenzione dello studente, sugli argomenti via via trattati, alcuni testi fondamentali. Si tratta di testi non recenti, ma sempre attuali per chi desideri comprendere le ragioni di fondo della nostra giustizia amministrativa e dei suoi istituti, e di testi più recenti, che testimoniano l'avvio, dopo il codice, di una riflessione organica. Fra i primi: GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma 1964; SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottoordinati*, Napoli 1963, e, soprattutto, GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, 3ª ediz., Padova 1954, e NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 3ª ediz., Bologna 1983 (6ª ediz., a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna 2002). Fra i secondi: gli *Atti* del LVI Convegno di studi amministrativi (Varenna 26-28 settembre 2010), Milano 2011; PICOZZA, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano 2016; *Giustizia amministrativa*, a cura di Scoca, 8ª ediz., Torino 2020; N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, 7ª ediz., Napoli 2021; CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna 2021. Inoltre di costante utilità sono gli *Scritti di giustizia amministrativa* di VILLATA (Milano 2015) e la rivista *Diritto processuale amministrativo*, che rappresenta in questo settore un riferimento autorevole ed aggiornato.

Quanto all'impostazione generale, l'autore è particolarmente debitore nei confronti di U. Pototschnig, le cui lezioni di giustizia amministrativa nell'Ateneo pavese sono state modello ed esempio anche per il presente lavoro. La memoria del suo insegnamento rimane sempre viva.

I.

LEZIONI INTRODUTTIVE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli istituti della giustizia amministrativa. – 3. Le ragioni di un sistema di giustizia amministrativa. – 4. Le origini della giustizia amministrativa: cenni al sistema francese. – 5. La giustizia amministrativa in Italia: caratteri generali.

§ 1. Premessa

BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano 1970, p. 589 ss.; GIANNINI e PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della Pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano 1970, p. 229 ss.; MIELE, *La giustizia amministrativa*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza 1968, p. 11 ss.

Nel diritto amministrativo la garanzia del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione è di rilievo primario: la stessa evoluzione recente del diritto amministrativo esprime la ricerca di equilibri più appaganti fra l'amministrazione, che deve disporre di strumenti adeguati, anche autoritativi, per attuare le finalità assegnatele, e il cittadino, che deve essere garantito da comportamenti arbitrari o da sacrifici indebiti imposti dall'amministrazione. Nello Stato di diritto più evoluto un punto di equilibrio è ricercato principalmente attraverso il **principio di legalità**, che nei suoi termini essenziali comporta che l'amministrazione disponga di un potere solo se la legge glielo abbia assegnato e impone che tale potere venga esercitato in conformità con regole predeterminate. Le esigenze di tutela del cittadino assumono rilievo, però, anche per altri profili del diritto amministrativo sostanziale: basti pensare al tema della discrezionalità amministrativa e dell'eccesso di potere, all'assetto della responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti, alla disciplina del procedimento amministrativo, all'evoluzione del-

l'interesse legittimo fino alla sua caratterizzazione (in particolare, nella legge 7 agosto 1990, n. 241) come posizione attiva del cittadino, rilevante nell'esercizio del potere amministrativo. L'amministrazione, a maggior ragione perché è soggetto pubblico, deve operare nel rispetto del diritto e senza ledere gli interessi giuridicamente riconosciuti dei cittadini.

Il diritto amministrativo, nel disciplinare l'attività amministrativa, detta regole che certamente indirizzano l'azione dell'amministrazione, ma che valgono anche a garanzia del cittadino. Il fatto che la violazione di queste regole giuridiche si ripercuota, in genere, sulla legittimità o, talvolta, sull'efficacia stessa degli atti dell'amministrazione dimostra che la disciplina dell'azione amministrativa non è diretta solo nei confronti dell'amministrazione, ma ha una rilevanza più generale, che coinvolge anche il cittadino che da quegli atti sia interessato.

La garanzia del cittadino nei confronti dell'amministrazione non è riservata agli istituti di giustizia amministrativa: d'altra parte il diritto è sempre, per definizione, strumento di garanzia. L'osservanza della legalità nell'attività amministrativa non è un compito affidato in primo luogo a un giudice o ad altri organismi giustiziali. La coerenza dell'azione amministrativa con i principi su cui essa dovrebbe reggersi è innanzi tutto un dovere preciso dell'amministrazione e deve modellare la sua azione in ogni occasione. Ritenere diversamente equivarrebbe a demandare al giudice un compito esorbitante, tendenzialmente contraddittorio con i presupposti per l'azione giurisdizionale, e finirebbe anche col far passare in secondo piano, fra le ragioni che devono guidare l'amministrazione, quella prioritaria della legalità.

Gli istituti che costituiscono la 'giustizia amministrativa' svolgono solo un ruolo suppletivo e, in un certo modo, successivo. La loro utilità consiste, in genere, nell'offrire un rimedio quando, nonostante tutto, il diritto sostanziale non sia stato osservato.

§ 2. Gli istituti della giustizia amministrativa

AA.VV, *Amministrare e giudicare. Trasformazioni ordinamentali*, a cura di CERBO, G. D'ANGELO, SPUNTARELLI, Napoli 2022; BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano 1959, p. 537 ss.; CAPACCIOLI, *Brevi note in tema di controllo e di giurisdizione*, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Padova 1978, p. 324 ss.; GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 3ª ediz., Padova 1954, p. 79 ss.; TRIMARCHI BANFI, *Il controllo di legittimità*, Padova 1984.

Con l'espressione 'giustizia amministrativa' sono designati alcuni istituti, non tutti di carattere giurisdizionale, diretti specificamente ad assicurare

la tutela dei cittadini nei confronti dell'amministrazione. Nel nostro ordinamento questi istituti sono stati elaborati per la tutela del cittadino che abbia subito un pregiudizio da un'attività amministrativa: ancora oggi sono in genere strumenti di tutela 'successiva', perché disciplinano la reazione del cittadino nei confronti di un'azione già svolta dall'amministrazione.

L'intervento del cittadino nel procedimento amministrativo si colloca in una logica differente. Le osservazioni del proprietario in una procedura espropriativa (cfr. artt. 11 e 16 d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327), le memorie presentate in un procedimento amministrativo (cfr. artt. 10 e 10-*bis* legge 7 agosto 1990, n. 241), le difese dell'interessato in un procedimento sanzionatorio (cfr. art. 18 legge 24 novembre 1981, n. 689) non sono istituti di giustizia amministrativa. Sono strumenti di partecipazione al procedimento amministrativo, diretti ad assicurare uno svolgimento corretto ed equilibrato della funzione amministrativa e non a rimediare ai vizi e alle manchevolezze di una funzione già esercitata.

Una parte della dottrina (in particolare GUICCIARDI e CAPACCIOLI), nel porre in evidenza gli elementi caratteristici della giustizia amministrativa, frequentemente ha preso in esame il rapporto fra istituti di giustizia amministrativa e **controlli** sull'attività amministrativa. Il confronto con i controlli è stata un'occasione importante per valutare meglio alcuni istituti della giustizia amministrativa, come i ricorsi amministrativi e il sistema della giurisdizione amministrativa.

Anche i controlli sugli atti sono previsti per assicurare la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa e in genere riguardano un'attività amministrativa già conclusa. Si incentrano, in genere, sulla verifica della legittimità dell'atto amministrativo; più raramente sulla verifica della sua opportunità (c.d. controlli di merito). La riforma del titolo quinto della Costituzione (legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3) ha soppresso il controllo statale sugli atti delle Regioni e il controllo regionale sugli atti degli enti territoriali. In altri ambiti invece i controlli sono rimasti: così è per quelli esercitati dalla Corte dei conti su alcuni atti dell'amministrazione statale (art. 3 legge 14 gennaio 1994, n. 20). Anche i controlli possono portare all'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, proprio come si può verificare in seguito a un ricorso amministrativo o a un giudizio amministrativo.

Tenendo conto di questi elementi di affinità, un criterio distintivo fra i controlli e gli istituti tipici della giustizia amministrativa sarebbe identificabile, secondo alcuni autori, nel fatto che i controlli attuerebbero un interesse oggettivo (ossia l'interesse alla conformità dell'operato dell'amministrazione al diritto, o a regole tecniche, o a criteri di efficienza), mentre gli istituti di giustizia amministrativa assicurerebbero in modo specifico l'interesse del cittadino. In effetti negli ultimi decenni del Novecento era stata posta in discussione la configurazione dei controlli come istituto di diritto

oggettivo. È vero, comunque, che i ricorsi a un'autorità amministrativa o al giudice amministrativo tutelano un interesse del cittadino leso dall'operato dell'amministrazione. Negli istituti di giustizia amministrativa il procedimento trova ragione nell'interesse del cittadino, tanto che tale interesse non solo determina l'avvio del procedimento, ma ne condiziona anche lo svolgimento e il risultato.

Ad ogni modo, gli istituti di giustizia amministrativa non si esauriscono negli strumenti per la tutela 'giurisdizionale' dei cittadini nei confronti dell'amministrazione: di conseguenza la distinzione fra i controlli e gli istituti di giustizia amministrativa non può essere ricercata nei caratteri specifici della funzione giurisdizionale. Fra gli istituti di giustizia amministrativa sono compresi anche i **ricorsi amministrativi**: con essi la contestazione del cittadino è proposta a un organo amministrativo e la decisione è assunta con un atto amministrativo, senza alcun esercizio di funzione giurisdizionale (cfr. d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199). La controversia, in questo caso, si svolge ed è risolta nell'ambito dell'attività amministrativa. Non si ha, però, neppure per i ricorsi amministrativi, l'esercizio di un'attività assimilabile a quella di controllo: il potere di annullamento, nel caso dei ricorsi, è esercitato in seguito all'iniziativa di un cittadino che fa valere un suo proprio interesse e questo interesse del cittadino, come si vedrà meglio più avanti (cfr. *infra* VII), rappresenta la ragione e identifica il limite dei poteri conferiti all'autorità competente a decidere.

§ 3. Le ragioni di un sistema di giustizia amministrativa

AA.VV., *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze 2009; AA.VV., *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato* (a cura di Falcon), Padova 2010; CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna*, Torino 1996; DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi europei*, Padova 2005, p. 303 ss.; D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato – Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna 2019; FALCON e FRAENKEL, *Ordinamento processuale amministrativo tedesco*, Trento 2000; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa* (trad. a cura di Rodolfo Masera), Milano 2010; SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna 2020.

Nel nostro ordinamento e, in generale, nei Paesi dell'Europa continentale gli istituti di giustizia amministrativa si caratterizzano per una loro separatezza rispetto agli strumenti ordinari di tutela del cittadino. La giustizia amministrativa in questi Paesi si contrappone così alla giustizia 'comune', ossia agli istituti per la tutela dei cittadini nei loro rapporti con soggetti equiordi-

nati. Sulla giustizia comune campeggia l'**autorità giurisdizionale ordinaria**, considerata da sempre come il 'giudice' per eccellenza e la cui caratterizzazione come autorità appartenente a un ordine autonomo, qualificata da indipendenza e imparzialità, rappresenta uno dei risultati più importanti della concezione dello Stato e dei poteri pubblici nella società moderna.

Anche gli istituti di giustizia amministrativa sono strettamente dipendenti dall'evoluzione dei rapporti fra cittadino, amministrazione e autorità giurisdizionale (ordinaria), ma in varia misura sono stati più puntualmente condizionati dalle vicende particolari dei singoli Paesi. Limitando lo sguardo a ordinamenti vicini dell'Europa continentale, si riscontra l'affermazione di modelli diversi e di soluzioni ideologicamente divaricate.

Uno dei modelli più significativi, anche per valutare l'evoluzione del nostro ordinamento, è senz'altro quello francese. In Francia è radicato un **sistema di contenzioso amministrativo** nel quale le controversie fra il cittadino e l'amministrazione, in misura molto ampia, sono sottratte al giudice ordinario e sono devolute a un altro giudice, il giudice amministrativo (questo giudice in origine era il Consiglio di Stato, al quale si sono poi aggiunti i Tribunali amministrativi, di primo grado, e le Corti amministrative d'appello). Si tratta di un giudice con uno stato giuridico diverso da quello dei magistrati ordinari: infatti è inquadrato nel Potere esecutivo e non gode di tutte le garanzie previste per il magistrato ordinario; è dunque un giudice 'speciale'. La sua giurisdizione è pienamente separata da quella ordinaria, con la conseguenza che contro le sue decisioni non si può ricorrere al giudice ordinario, né viceversa.

Il modello francese è diventato ben presto paradigmatico. Lo stesso termine 'contenzioso amministrativo' oggi viene utilizzato frequentemente, in Francia e negli altri Paesi, oltre che per designare in modo generico il complesso degli istituti e degli apparati predisposti per la tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione, anche per designare in modo più specifico un sistema nel quale la tutela dei cittadini nei confronti dell'amministrazione sia devoluta a giudici speciali secondo il modello francese.

Un modello profondamente diverso fu accolto originariamente nel Belgio. In questo Paese la Costituzione del 1831 stabilì che anche nei confronti dell'amministrazione il sindacato giurisdizionale fosse riservato al giudice ordinario; questa regola è stata superata, però, nel secondo dopoguerra, con l'introduzione di un giudice speciale. In Germania, invece, dopo la riforma del 1960, la giurisdizione amministrativa è intesa come giurisdizione su diritti, a garanzia della pienezza della loro tutela giurisdizionale, e si esercita nelle vertenze concernenti il diritto pubblico; i giudici amministrativi sono ormai pienamente autonomi dal potere amministrativo e ricevono una collocazione piuttosto nell'ambito dell'ordine giudiziario. In Spagna, infine, l'influenza del modello francese non ha impedito l'affermazione di una giustizia ammi-

nistrativa affidata principalmente a giudici con una competenza e un'organizzazione particolari, ma appartenenti all'ordine giudiziario e soggetti allo stesso stato giuridico e al medesimo organo di autogoverno previsti anche per i giudici dei tribunali civili e penali. Si tratta, pertanto, non di un giudice 'speciale', ma piuttosto di un giudice 'specializzato': al vertice degli organi di giustizia amministrativa è collocata una sezione del Tribunale Supremo, organo corrispondente alla nostra Corte di cassazione.

In Italia, infine, si è passati da un sistema di contenzioso amministrativo modellato su quello francese a un sistema di giurisdizione unica (1865), e poi a un sistema articolato in una giurisdizione del giudice ordinario e in una giurisdizione del giudice amministrativo (1889); negli ultimi decenni si è manifestata la spinta a una maggiore omogeneità fra giudici ordinari e giudici amministrativi, con una serie di problemi nuovi, che hanno tratto argomento anche dal testo della Costituzione (cfr. art. 103, 1° comma, Cost.).

In estrema sintesi, due motivi diversi identificano la dialettica presente in ogni sistema di giustizia amministrativa, tanto che la differente rilevanza riconosciuta a questi motivi identifica i caratteri di ciascun sistema: le **ragioni di specificità dell'amministrazione** nell'ordinamento giuridico e l'esigenza di una **tutela effettiva del cittadino** anche nei confronti dell'amministrazione-autorità. Il primo motivo riflette la circostanza che anche nello Stato di diritto l'amministrazione si presenta spesso come soggetto titolare di un 'potere' giuridico, ossia, secondo il lessico corrente, come 'autorità', ed indirizza particolarmente verso strumenti di tutela diversi da quelli ordinari (talvolta, addirittura verso forme di tutela diverse da quelle giurisdizionali). Invece il secondo motivo ha indotto frequentemente a confrontarsi con il modello della giustizia 'comune', nella quale alla parità di posizioni delle parti corrisponde l'elaborazione delle tecniche più raffinate per la tutela del singolo. In questa prospettiva anche l'amministrazione, proprio perché è un soggetto dell'ordinamento, deve essere trattata come gli altri soggetti per ciò che concerne la tutela giurisdizionale e l'esigenza di assicurare l'uguaglianza processuale per entrambe le parti in giudizio dovrebbe indirizzare verso l'esclusione di un giudice particolare per l'amministrazione.

Il primo motivo ha influenzato in modo particolare l'assetto della giustizia amministrativa in molti Paesi dell'Europa continentale, compreso il nostro. L'individuazione dei profili di specificità dell'amministrazione e della sua attività, che giustifichino l'esclusione della giurisdizione ordinaria, non ha seguito però criteri costanti. In alcuni ordinamenti la specificità del ruolo dell'amministrazione è identificata con l'assoggettamento dell'attività amministrativa a una disciplina speciale. La specialità della disciplina è espressa talvolta dalla sua riconduzione al diritto pubblico, anziché al diritto privato: questo criterio è accolto nell'ordinamento tedesco. In altri Paesi, invece, è dato rilievo anche alla presenza di norme che, anche con riferimento ad isti-

tuti del diritto privato (come i contratti, o la responsabilità civile), derogano alle regole comuni, quando riguardino rapporti instaurati con una pubblica amministrazione: questo criterio prevale nell'ordinamento francese.

In altri ordinamenti ancora, il criterio della specialità della disciplina non è ritenuto sufficiente e la ricerca della specificità si incentra nell'analisi delle relazioni fra amministrazione e cittadino. La specificità si desumerebbe, così, per esempio, dalla rilevanza assegnata all'interesse pubblico, oppure dalla configurazione dell'amministrazione come soggetto titolare di un potere capace di incidere unilateralmente su posizioni di terzi (si pensi a vicende come quella di un'espropriazione, ecc.). Naturalmente, però, l'amministrazione, in una vicenda giuridica, non si presenta sempre e necessariamente in questo modo: nel nostro ordinamento anzi è testimoniata oggi una vivace tendenza a favore del ricorso a strumenti di diritto privato anche quando l'amministrazione operi per il perseguimento di una finalità pubblica (cfr. art. 1, comma 1°-*bis*, della legge 7 agosto 1990, n. 241). Fra l'altro, in molti casi, l'amministrazione opera come soggetto equiordinato agli altri ed è sottoposta alle medesime regole che vigono per i rapporti fra privati (c.d. diritto comune): in questi casi l'esigenza di assoggettare il rapporto col cittadino a forme particolari di tutela risulta obiettivamente più debole.

Si deve comunque riconoscere che, al di là della distinzione di competenze e di ordinamento fra giudice ordinario e giudice speciale, per la tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione sia realmente determinante il grado di indipendenza riconosciuto all'autorità giurisdizionale: molte perplessità nei confronti del giudice speciale sono dipese dalla limitatezza della sua autonomia rispetto all'Esecutivo. Una volta che lo stato giuridico del giudice speciale sia analogo a quello del giudice ordinario e valgano per entrambi i giudici le medesime garanzie di indipendenza, la riconduzione formale del giudice amministrativo all'ordine giudiziario o al potere esecutivo può diventare un elemento secondario.

§ 4. Le origini della giustizia amministrativa: cenni al sistema francese

BROYELLE, *Il ricorso per "excès de pouvoir" è destinato a tutelare la situazione giuridica del ricorrente?*, in AA.VV., *Colloquio sull'interesse legittimo*, Napoli 2014, p. 35 ss.; SCOCA, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 1 ss.; SIMONATI, *Nuovi poteri del giudice amministrativo e rimedi alternativi al processo – L'esperienza francese*, Trento 2004; SORDI, *Diritto amministrativo (evoluzione dal XIX secolo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino 1990, p. 182 ss.; TOCQUEVILLE, *L'Antico regime e la rivoluzione* (trad. it. da *L'Ancien Régime et la Révolution*, Parigi 1856), Milano 1993, specialmente p. 74 ss.

La concezione dell'amministrazione come soggetto tipicamente diverso dagli altri si affermò, nelle prime fasi dello Stato liberale, in un contesto ispirato al **principio della separazione dei poteri**. Nella Francia degli ultimi decenni del XVIII secolo e degli anni della Rivoluzione si era affermata l'esigenza che il Potere esecutivo, nel quale era inserita l'amministrazione, dovesse essere un potere distinto dagli altri, anche se non superiore agli altri: l'Esecutivo non poteva arrogarsi poteri del giudice ordinario (per esempio, a proposito delle libertà personali), ma i suoi atti non dovevano neppure essere soggetti al sindacato dei giudici.

In Francia alle origini di questa immunità degli atti dell'amministrazione rispetto al sindacato del giudice ordinario vi furono certamente ragioni ideologiche, ma anche considerazioni politiche contingenti. Esse riflettevano il contrasto secolare fra il Sovrano e i Parlamenti. I Parlamenti, in origine assemblee rappresentative dei ceti più elevati, erano i giudici superiori d'appello e rivendicavano una competenza anche nelle vertenze contro gli atti dell'amministrazione, entrando spesso in conflitto con i funzionari regi. Già a partire dal XVII secolo era stato frequentemente sancito in decreti del Re che i Parlamenti non dovessero interferire sull'attività dell'amministrazione. La fine dell'Ancien Régime travolse anche i Parlamenti, ma le forze rivoluzionarie dimostrarono una certa diffidenza verso la magistratura, tradizionalmente formata da elementi vicini alle classi aristocratiche, e nel 1789-1790 prima l'Assemblea nazionale e poi l'Assemblea costituente sancirono in forma solenne che gli organi giurisdizionali non avrebbero potuto intervenire sull'amministrazione. L'amministrazione è un potere autonomo e, quindi, non deve essere limitata dal potere giurisdizionale. Altrimenti il giudice, giudicando l'amministrazione, avrebbe finito con l'interferire sull'attività amministrativa. In questo senso risultano particolarmente significativi due decreti del primo periodo rivoluzionario:

– decreto 22 dicembre 1789 [sull'organizzazione delle assemblee primarie e delle assemblee amministrative] – art. 7: «*Elles* [les administrations de département et de district] *ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte du pouvoir judiciaire*». («Esse – le amministrazioni di dipartimento e di distretto – non potranno subire interferenze nell'esercizio delle loro funzioni amministrative da alcun atto del potere giudiziario»);

– decreto 16 agosto 1790 [sull'ordinamento giudiziario] – art. 13: «*Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce se soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions*». («Le funzioni giurisdizionali sono distinte e rimangono sempre separate dalle funzioni amministrative. I giudici non potranno, sotto pena di abuso di po-

tere, interferire in alcun modo sulle operazioni dei corpi amministrativi, né citare avanti a sé gli amministratori a motivo dell'esercizio delle loro funzioni»).

Tutto ciò non comportava, però, l'esclusione di ogni possibilità di tutela per il cittadino. Nella Rivoluzione francese si affermò il principio della 'responsabilità' dell'amministrazione nei confronti dell'assemblea legislativa: il Ministro, che si collocava al vertice dell'apparato amministrativo, poteva essere chiamato a rendere conto dell'operato dell'amministrazione e, in particolare, delle illegalità da essa commesse e ne rispondeva politicamente di fronte ai rappresentanti dei cittadini. Nell'amministrazione erano previste forme di controllo a garanzia della legalità degli atti amministrativi, che trovavano fondamento e svolgimento anche nell'ordinamento gerarchico. E a favore del cittadino era conservato un rimedio specifico, costituito dal c.d. **ricorso gerarchico**. Con questo ricorso il cittadino si rivolgeva all'organo gerarchicamente sovraordinato a quello che aveva emanato l'atto lesivo e richiedeva, all'organo sovraordinato, la verifica della legalità dell'atto.

Per rendere più attento e serio l'esame del ricorso gerarchico, l'ordinamento francese prevedeva frequentemente che i ricorsi venissero decisi dalle autorità competenti solo dopo aver acquisito il parere di alcuni organi consultivi. Fra questi organi il più importante fu senz'altro il **Consiglio di Stato** («*Conseil d'Etat*»).

Il Consiglio di Stato, istituito dalla Costituzione dell'anno VIII (dicembre 1799), fu concepito come organo consultivo del Governo e, nell'epoca napoleonica, anche come organo preposto all'intero apparato amministrativo e dotato di competenze proprie. Riguardo ai ricorsi, il Consiglio di Stato formalmente esprimeva un parere al Capo dello Stato, al quale solo, come rappresentante supremo del Potere esecutivo, spettava assumere la decisione: in pratica, però, la decisione si uniformava sempre al parere e l'intervento del Capo dello Stato finiva con l'attribuire ancora maggiore autorevolezza al parere e all'organo che lo aveva espresso. Un decreto di Napoleone del 1806 istituì, in seno al Consiglio di Stato, un'apposita Commissione del contenzioso, con il compito di istruire i ricorsi proposti contro gli atti ('*décisions*') delle amministrazioni centrali e locali. Per rafforzarne l'imparzialità, ai consiglieri che componevano la Commissione non potevano essere affidati compiti di amministrazione attiva.

Il Consiglio di Stato fu mantenuto, con le sue competenze sui ricorsi, anche con la Restaurazione (1814-1815); nel frattempo si accentuò, nell'opinione comune, il rilievo del suo parere sui ricorsi, tanto che l'intervento del Capo dello Stato fu percepito, più che come decisione del ricorso, come sanzione che rendeva esecutiva la pronuncia del Consiglio di Stato stesso. Prima, transitoriamente, con la Costituzione del 4 novembre 1848, e poi,

definitivamente, con una legge del 24 maggio 1872, al Consiglio di Stato fu riconosciuta anche formalmente la competenza a decidere il ricorso (c.d. *justice déléguée*), senza più la necessità di una sanzione da parte del Capo dello Stato. Secondo la giurisprudenza e la dottrina francesi la riforma del 1872 avrebbe attribuito al Consiglio di Stato i caratteri di organo giurisdizionale.

A conclusione di questa evoluzione risultava istituito un giudice capace di sindacare la legittimità degli atti dell'amministrazione. Ciò non significava, però, nella logica del modello francese, una deroga o un'attenuazione rispetto al principio della separazione dei poteri. Il principio, infatti, era fatto salvo, perché competente a sindacare gli atti dell'amministrazione era il Consiglio di Stato, autorità ben distinta dai giudici ordinari e, soprattutto, non inserita nell'ordine giudiziario. Tant'è vero che, anche dopo il 1872, ai Consiglieri di Stato non fu riconosciuta la garanzia dell'inamovibilità, che invece era ritenuta essenziale per i magistrati (ordinari). Inoltre, anche dopo il 1872, il Consiglio di Stato francese continuò ad esercitare funzioni consultive, accanto a quelle giurisdizionali, e una tendenza espressa anche in questi ultimi decenni dal legislatore francese è stata proprio quella di valorizzare gli elementi di continuità fra funzione consultiva e funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato.

§ 5. La giustizia amministrativa in Italia: caratteri generali

AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna 2011; GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 522 ss. e 1964, pp. 12 ss. e 217 ss. (oggi in *Scritti*, vol. V, Milano 2004, p. 223 ss.); NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 6ª ediz. (a cura di E. Cardi e di A. Nigro), Bologna 2002, p. 33 ss.; SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale (la formazione della nozione di interesse legittimo)*, Milano 1985.

Il modello francese del contenzioso amministrativo non comporta l'esclusione di ogni competenza del giudice ordinario per controversie fra il cittadino e l'amministrazione: anche in Francia determinate controversie con l'amministrazione sono demandate al giudice ordinario, o perché sono relative a rapporti in cui l'amministrazione compare come soggetto di diritto comune (così la devoluzione al giudice civile delle controversie in tema di «gestion privée»), o perché riguardano posizioni di libertà o particolari diritti del cittadino (così la devoluzione al giudice civile delle controversie in tema di stato e capacità delle persone, quelle su comportamenti posti in essere dall'amministrazione 'per via di fatto', quelle in materia di imposte

indirette, brevetti, ecc.). In Francia questa previsione di competenze del giudice ordinario ha comportato la necessità di istituire, nel 1848, il Tribunale dei conflitti, come organo che potesse decidere, nei casi dubbi, se la vertenza spettasse al giudice ordinario o al giudice amministrativo. Per assicurare l'equilibrio fra le due giurisdizioni, il Tribunale dei conflitti è composto da uno stesso numero di magistrati della Cassazione e di consiglieri di Stato.

L'assetto della giustizia amministrativa in Italia è stato notevolmente influenzato, nelle sue origini, dal modello francese. Nella seconda metà dell'Ottocento, però, si sono affermate tendenze diverse e in ampia misura originali che dopo l'istituzione nel 1889 della Quarta sezione del Consiglio di Stato hanno orientato il rapporto fra il giudice ordinario e il giudice amministrativo secondo la distinzione fra le posizioni qualificate del cittadino nei confronti dell'amministrazione. A fondamento del riparto fra le due giurisdizioni vi è, infatti, la **distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi** (art. 103 Cost.): la giurisdizione amministrativa giudica degli interessi legittimi, la giurisdizione ordinaria giudica dei diritti soggettivi (anche se intercorrano con un'Amministrazione). Tuttavia neppure il modello italiano segue in modo indiscriminato questa classificazione, perché in alcuni ambiti, oggi ben più estesi che in passato, la competenza del giudice amministrativo non dipende dalla configurabilità di una posizione soggettiva come interesse legittimo, ma dipende dalla inerenza della controversia a una certa materia (c.d. **giurisdizione esclusiva** del giudice amministrativo). Per questi ambiti sembra prevalere piuttosto la logica del modello francese del contenzioso amministrativo.

Inoltre, nei casi in cui si controverta se la giurisdizione sulla controversia spetti al giudice ordinario o al giudice speciale, dal 1877 è demandato alla **Cassazione** decidere il conflitto o la questione di giurisdizione. Pertanto, nel nostro ordinamento, spetta a un giudice ordinario interpretare e definire i limiti della giurisdizione del giudice amministrativo: per questo profilo non si configura un equilibrio perfetto fra i due ordini di giudici, ma si delinea una prevalenza del giudice ordinario.

II.

LE ORIGINI DEL NOSTRO SISTEMA DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. La giustizia amministrativa nel Regno di Sardegna. – 2. Il declino dei tribunali del contenzioso amministrativo. – 3. La legge 20 marzo 1865, n. 2248. – 4. Il bilancio dell'allegato E nei primi anni successivi al 1865. – 5. La legge sui conflitti del 1877.

§ 1. La giustizia amministrativa nel Regno di Sardegna

AA.VV., *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano 1983 (*ivi* particolarmente CASETTA, *Relazione introduttiva*; LOMBARDI, *Il Consiglio di Stato nel quadro istituzionale della Restaurazione*); O. ABBAMONTE, *Amministrare e giudicare (Il contenzioso nell'equilibrio istituzionale delle Sicilie)*, Napoli 1996; AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa*, Milano 1990; ANGIULI, *Specialità e 'giusto processo' nel contenzioso amministrativo del Regno delle due Sicilie*, in *Liber amicorum per Vittorio Domenichelli*, Bari 2019, p. 27 ss.; CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano s.d. (specialmente p. 376 ss.); FEOLA, *La monarchia amministrativa*, Napoli 1984; MERUSI, SPATTINI, FREGOSO, *Il contenzioso amministrativo di Maria Luigia*, Milano 2013; MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, 1ª ediz., Milano s.d. [ma 1898-1899] (specialmente p. 126 ss.); SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano 1977.

La scarsa rilevanza che ebbero sull'evoluzione successiva all'Unità rende inutile prendere in considerazione qui i sistemi di giustizia amministrativa degli Stati preunitari diversi dal Regno di Sardegna. L'ordinamento unitario seguì svolgimenti determinati dai caratteri e dai problemi propri dell'ordinamento del Regno di Sardegna: la continuità fra i due ordinamenti è sostanziale anche per quanto concerne la giustizia amministrativa. Ciò non toglie, però, che in altri Stati preunitari si affermassero esperienze mol-

to interessanti, su cui giustamente si è concentrata l'attenzione della dottrina: è il caso, soprattutto, del Regno delle Due Sicilie, in particolare dopo la legge 25 marzo 1817, sul contenzioso amministrativo, ormai oggetto di analisi approfondite (ABBAMONTE, ANGIULI, FEOLA) e del Ducato di Parma, dopo il decreto sovrano del 1822 sul Consiglio di Stato e il successivo decreto sulla procedura (MERUSI, SPATTINI, FREGOSO).

Il modello del **contenzioso amministrativo** francese fu accolto anche in Italia nell'epoca napoleonica, ricevendo applicazioni che ne assicurarono una notevole incisività (AIMO). Al pari di altri istituti introdotti in seguito all'influenza francese, anche quello del contenzioso amministrativo fu soppresso quasi ovunque in Italia con la Restaurazione, ma non cessò per questo di rappresentare un modello significativo. Tant'è vero che già prima della prima guerra d'indipendenza quasi tutti gli Stati italiani avevano reintrodotto ordinamenti coerenti con questo modello.

Nel Regno di Sardegna («*ne' regii Stati di terra ferma*») con editto 18 agosto 1831 Carlo Alberto costituì un **Consiglio di Stato**, con funzioni consultive, articolato in **tre sezioni**: sezione dell'Interno, sezione di Giustizia, Grazia e di affari ecclesiastici, sezione di Finanza. Lo stesso editto stabiliva che il parere del Consiglio di Stato dovesse essere acquisito obbligatoriamente prima dell'adozione di certi atti; fra gli altri: atti con forza di legge, regolamenti, conflitti fra «giurisdizione giudiziaria» e amministrazione, bilancio generale dello Stato, liquidazioni del debito pubblico.

Con le regie patenti del 25 agosto e del 31 dicembre 1842, ben presto modificate con un regio editto del 29 ottobre 1847, fu istituito un vero e proprio sistema di **contenzioso amministrativo**. Il sistema si ispirava, innanzi tutto, alla distinzione fra controversie riservate all'amministrazione (e per le quali era esclusa qualsiasi tutela avanti a un giudice ordinario o speciale, ed era ammesso solo un ricorso a un'autorità amministrativa, l'Intendente) e controversie di «amministrazione contenziosa» (per le quali, invece, era prevista la possibilità di un ricorso in primo grado a un Consiglio di intendenza, in secondo grado alla Camera dei conti). L'editto del 1847 conteneva un elenco delle materie per le quali era ammesso il ricorso al Consiglio di intendenza e, in secondo grado, alla Camera dei conti, lasciando aperto il dubbio sul valore esemplificativo o invece tassativo dell'elencazione e, quindi, sull'ampiezza della competenza di questi organi. Alcune controversie erano comunque riservate alla giurisdizione del giudice ordinario («*giurisdizione giudiziaria*») e fra esse erano particolarmente significative le questioni inerenti al diritto di proprietà (art. 4 del regio editto del 29 ottobre 1847).

Al Consiglio di intendenza e alla Camera dei conti la giurisprudenza civile riconobbe carattere di organi giurisdizionali (furono designati come

«Tribunali amministrativi» in alcune sentenze della Cassazione di Torino dell'epoca). Il ruolo di questi giudici speciali fu però oggetto di vivaci polemiche, soprattutto dopo che lo Statuto albertino (art. 68 ss.) sembrò riservare la funzione giurisdizionale al **giudice ordinario**.

Ciò nonostante, una serie di decreti reali del 30 ottobre 1859, ispirati dal Rattazzi, accolsero e confermarono un sistema del **contenzioso amministrativo**, articolato ora in Consigli di governo, organi di primo grado, designati anche come «giudici ordinari del contenzioso amministrativo», e Consiglio di Stato, organo principalmente di secondo grado. Alla stregua di questi decreti si delineò il seguente assetto:

a) non ogni attività amministrativa era soggetta a un sindacato giurisdizionale. In particolare, era esclusa da qualsiasi tipo di sindacato la c.d. **amministrazione economica**, espressione con vari significati, allora utilizzata principalmente per designare l'attività amministrativa non puntualmente disciplinata da norme di legge o di regolamento, o rimessa a valutazioni (discrezionali o tecniche) dell'amministrazione. In questi casi, dato che il cittadino non poteva invocare una norma che lo tutelasse, non vi era neppure spazio per una tutela giurisdizionale: la tutela del cittadino poteva svolgersi solo nell'ambito dell'amministrazione stessa, in particolare per mezzo di ricorsi gerarchici;

b) in alcune materie elencate dalla legge, la tutela dei cittadini nei confronti dell'amministrazione era demandata ai '**giudici ordinari del contenzioso amministrativo**', ossia al sistema articolato nei Consigli di Governo e nel Consiglio di Stato. Ad essi spettavano, in particolare, le controversie sui contratti d'appalto (e contratti analoghi) dell'amministrazione, le controversie per imposte dirette e tasse, quelle sul trattamento economico del personale dipendente dagli enti locali, quelle concernenti i confini fra Comuni, il demanio stradale e le opere relative, la polizia idraulica, e le contravvenzioni alle leggi su tasse e imposte dirette e sui beni demaniali;

c) in altre materie individuate specificamente da leggi speciali, la tutela dei cittadini era demandata a '**giudici speciali del contenzioso amministrativo**' ('speciali' solo perché diversi da quelli indicati *sub* b), che avevano invece una competenza più ampia). Questo era il caso, in particolare, delle controversie in materia di contabilità pubblica, demandate alla Corte dei Conti, e delle controversie in materia di pensioni, demandate al Consiglio di Stato. Il Consiglio di Stato, quindi, era giudice speciale del contenzioso amministrativo, in unico grado, in materia di pensioni, e giudice ordinario del contenzioso amministrativo, in grado d'appello, per le vertenze indicate *sub b*);

d) negli altri casi (e in particolare, in materia di diritti di proprietà, di interpretazione e validità di contratti diversi da quelli richiamati *sub b*), di imposte indirette) la competenza spettava al **giudice ordinario**, ossia ai giudici civili.

Un sistema del genere lasciava ampio spazio alla possibilità di **conflitti**, positivi o negativi, fra amministrazione e giudici, e fra giudici del contenzioso amministrativo e giudici ordinari. I conflitti si verificavano quando due autorità di ordini diversi rivendicavano la medesima competenza (c.d. conflitti positivi), oppure quando escludevano entrambe la propria competenza, in vertenze che dovevano spettare o all'una o all'altra (c.d. conflitti negativi). La disciplina per la loro risoluzione fu introdotta con la legge 20 novembre 1859, che, fra l'altro, dettò una prima definizione dei conflitti positivi: «*Vi è conflitto quando l'autorità giudiziaria si occupa di questioni riservate alle determinazioni dell'autorità amministrativa, o quando un tribunale ordinario si occupa di una questione riservata ai tribunali del contenzioso*».

In base a questa legge il conflitto poteva essere sollevato anche dal rappresentante locale del potere esecutivo (allora il Governatore, successivamente il Prefetto): a questi era riconosciuta anche una certa capacità di interferire sul procedimento giurisdizionale, perché poteva imporre la sospensione del giudizio. La decisione dei conflitti era assunta con decreto reale, previo parere del Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'interno, sentito il Consiglio dei ministri, secondo una procedura prevista in uno dei decreti del 30 ottobre 1859. Come in seguito fu sottolineato particolarmente da MORTARA, la necessità del decreto reale trovava ragione nello Statuto (artt. 5 e 68) che riconduceva al Re entrambe le funzioni, quella giudiziaria e quella amministrativa; era però evidente che la decisione effettiva spettava al Ministro dell'interno, cui spettava formulare la proposta del decreto. Il sistema sanciva pertanto una prevalenza dell'autorità amministrativa su quella giurisdizionale.

Ai giudici ordinari del contenzioso amministrativo (cfr. *sub b*) non erano conferiti **poteri di annullamento** rispetto agli atti amministrativi dedotti in giudizio. Ciò non era inteso, però, come una sorta di limite rispetto al modello di tutela. Certamente era diffusa la convinzione che l'annullamento costituisse un atto riservato all'amministrazione, ma soprattutto (come è stato dimostrato in particolare da SAMBATARO) non deve sfuggire che il giudizio non aveva un carattere specificamente impugnatorio e verteva su rapporti in atto fra l'amministrazione e i cittadini. Inoltre il giudice ordinario del contenzioso amministrativo, a differenza del giudice civile, riteneva di poter esercitare un potere di 'interpretazione' degli atti amministrativi e ciò testimoniava che l'atto dell'amministrazione non veniva considerato di per sé un limite ai suoi poteri. Infine, quando per la decisione assumeva rilevanza una valutazione sull'atto e sulla sua legittimità, il giudice del contenzioso si riteneva legittimato a rilevare la «nullità» dell'atto difforme dalla legge o la sua «inefficacia» ai fini del rapporto dedotto in giudizio. In ogni caso, se l'atto amministrativo risultava in contrasto con la legge, il giudice prescindeva da esso ai fini della decisione.

Nel complesso i giudici del contenzioso amministrativo dimostravano maggiore propensione rispetto ai giudici ordinari a verificare la «legalità» e la «giustizia» degli atti amministrativi.

§ 2. Il declino dei tribunali del contenzioso amministrativo

SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino 1904, p. 279 ss.; SAREDO, *Principi di diritto costituzionale*, Parma 1862, vol. IV, p. 112 ss.

Le discussioni sul sistema in atto, caratterizzato dalla presenza di giurisdizioni speciali (ricondotte, nel linguaggio comune, al termine 'contenzioso amministrativo'), non furono superate dalla riforma del 1859. Ne è prova il fatto che quasi subito dopo furono sottratte alla giurisdizione dei giudici ordinari del contenzioso amministrativo alcune vertenze precedentemente di loro competenza. In particolare fu sottratto ad essi il **contenzioso fiscale**, con conseguenze di rilievo anche per tutto lo svolgimento successivo del diritto tributario e soprattutto per l'autonomia del diritto tributario rispetto al diritto amministrativo.

Il dibattito allora in corso emerge con evidenza nei testi di diritto costituzionale dell'epoca (come in quello di SAREDO), nei quali veniva dedicato ampio spazio alle vicende della giustizia amministrativa. Nel dibattito erano proposti argomenti anche oggi attuali e soprattutto era manifestata la consapevolezza che la giustizia amministrativa fosse cruciale per definire la relazione fra cittadino e amministrazione. In questo modo l'assetto della giustizia amministrativa assumeva una rilevanza anche costituzionale.

A sostegno del **sistema del contenzioso amministrativo** risultavano invocati particolarmente tre ordini di considerazioni:

a) la tutela dell'interesse pubblico. Sembrava essenziale che l'attuazione dell'interesse pubblico non fosse ostacolata da un intervento del giudice; attraverso un sistema di contenzioso amministrativo sembrava che questa esigenza fosse meglio garantita, tenuto conto anche della specifica formazione dei componenti dei collegi giudicanti (i giudici del contenzioso amministrativo provenivano in genere dai ranghi delle burocrazie amministrative);

b) l'esclusione delle garanzie di inamovibilità ed imparzialità previste per i giudici ordinari. La mancanza di queste garanzie era ritenuta da alcuni un fattore positivo, perché avrebbe consentito di far valere in modo più efficace la responsabilità dei giudici del contenzioso amministrativo; un obiettivo del genere sembrava importante rispetto a una giurisdizione capace di incidere più profondamente sull'attività amministrativa;

c) la specialità del diritto dell'amministrazione. Le controversie demandate ai giudici del contenzioso amministrativo riguardavano istituti diversi da quelli del diritto comune: sembrava perciò opportuno che fossero demandate a un giudice diverso da quello ordinario, che acquisisse un'esperienza e una conoscenza più approfondita su questioni di quel genere.

Questi argomenti erano vivamente criticati dagli oppositori dei modelli di contenzioso amministrativo.

Essi sostenevano l'esigenza che anche le controversie fra l'amministrazione e il cittadino fossero assegnate al giudice ordinario. Solo un giudice estraneo all'amministrazione e dotato di tutte le garanzie previste per i giudici ordinari avrebbe potuto assicurare l'imparzialità necessaria per una decisione. L'imparzialità appariva ancora più necessaria proprio perché una parte in causa era l'amministrazione: che controparte fosse un soggetto pubblico non era considerato per nulla un elemento di garanzia, ma semmai accentuava il pericolo di collusioni o di prevaricazioni. Il giudice ordinario era il giudice della libertà dei cittadini; in ogni giurisdizione speciale sembrava annidarsi invece il privilegio per l'amministrazione.

§ 3. La legge 20 marzo 1865, n. 2248

CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano s.d., p. 418 ss.; MERUSI, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, in *Annale ISAP*, 2015, p. 225 ss.; MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, 1ª ediz., Milano s.d. [ma 1898-1899], p. 139 ss.; ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Trattato Orlando*, vol. III, 1ª ediz., Milano 1901, p. 633 ss. (specialmente p. 671 ss.); SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino 1904, p. 312 ss.; VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in *Trattato Orlando*, vol. III, 1ª ediz., Milano 1901, p. 223 ss.

Alcuni degli argomenti che ricorrevano nel dibattito sul sistema del contenzioso amministrativo conservano una loro attualità e trovano una corrispondenza nelle ragioni che vengono ancora oggi portate a favore o a critica dei diversi modelli di giustizia amministrativa (cfr. *supra* I, § 3). Da un lato si proclama l'esigenza di un **giudice speciale** che abbia un'esperienza specifica in un settore del diritto diverso da quello comune; dall'altro si teme che l'introduzione di un giudice speciale si risolva in un regime processuale privilegiato per l'amministrazione, incompatibile con l'ideologia dello Stato liberale. In Italia, rispetto ai tribunali del contenzioso amministrativo, la critica trovava facile esca nella mancanza di guarentigie adeguate all'esercizio della funzione giurisdizionale, nella provenienza dei giudici dai

ranghi dell'amministrazione, in una sfiducia sostanziale nell'imparzialità di questi giudici che a molti sembravano più attenti all'interesse dell'amministrazione che alla garanzia dei diritti dei cittadini.

Il dibattito raggiunse il suo culmine nelle discussioni alla Camera sull'assetto della giustizia amministrativa subito dopo l'Unità. Le discussioni condussero all'approvazione di una legge che aboliva i giudici ordinari del contenzioso amministrativo: la **legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E** (c.d. **legge di abolizione del contenzioso amministrativo**).

La legge 20 marzo 1865, n. 2248, attuò, in alcuni settori nodali, l'unificazione dell'ordinamento amministrativo italiano, abrogando le discipline degli Stati preunitari che erano rimaste ancora in vigore. Era costituita da sei testi normativi, che furono designati come 'allegati' alla legge stessa:

– allegato A – «*Legge sull'amministrazione comunale e provinciale*»
– allegato B – «*Legge sulla sicurezza pubblica*»
– allegato C – «*Legge sulla sanità pubblica*»
– allegato D – «*Legge sul Consiglio di Stato*»
– allegato E – «*Legge sul contenzioso amministrativo*»
– allegato F – «*Legge sui lavori pubblici*».

Dei temi della giustizia amministrativa si interessano l'allegato D e soprattutto l'allegato E.

I) L'**allegato D** disciplinava l'assetto del **Consiglio di Stato**. Non erano previste particolari garanzie di indipendenza né per quanto riguarda la nomina dei suoi componenti (che era disposta con decreto reale su proposta del Ministro dell'interno – art. 2), né per quanto riguardava la loro inamovibilità (per i presidenti di sezione e per i consiglieri, ma non per i referendari, era previsto che la sospensione e la rimozione potessero essere disposte solo su «*relazione motivata*» del Ministro dell'interno – art. 4); la continuità con l'amministrazione era sottolineata dalla possibilità per i Ministri di intervenire alle sedute direttamente o attraverso delegati (art. 20). Fu confermata l'articolazione nelle **tre sezioni** precedenti (interno, grazia-giustizia-culti, finanze), che in taluni casi operavano collegialmente in adunanza generale (art. 12 ss.; l'intervento dell'adunanza generale era obbligatorio per i pareri sulle proposte di legge e sui regolamenti: art. 23). Inoltre il Presidente del Consiglio di Stato poteva formare, per l'esame di questioni particolari, Commissioni speciali, designando i consiglieri che ne avrebbero fatto parte (art. 21).

Al Consiglio di Stato erano assegnate tipicamente **competenze consultive** (art. 7 ss.): in alcuni casi il parere del Consiglio di Stato era obbligatorio. In particolare il parere era prescritto «*sopra tutte le proposte di regolamenti generali di Pubblica amministrazione*» (art. 9, n. 1) e «*sui ricorsi fatti al Re contro la legittimità di provvedimenti amministrativi sui quali siano esaurite e*

non possano proporsi domande di riparazione in via gerarchica» (art. 9, n. 4). A questo proposito era precisato che «*quando il provvedimento* [la decisione del ricorso] *sia contrario al parere del Consiglio di Stato, si farà constare dal decreto reale essersi pure udito il Consiglio dei ministri*».

Nella normativa sul Consiglio di Stato si faceva così riferimento al ricorso al Re, designato spesso come '**ricorso straordinario**' perché poteva essere proposto solo dopo l'esaurimento dei rimedi ordinari, ossia dei ricorsi gerarchici. Il ricorso al Re, anche se in realtà costituiva un residuo dell'esercizio da parte del Sovrano di poteri di giustizia ritenuti tipici dello Stato assoluto, formalmente era coerente con il dettato dello Statuto albertino, che riferiva all'autorità del Re il complesso dell'amministrazione. Non rappresentava, però, uno strumento di tutela giurisdizionale e non comportava l'esercizio da parte del Sovrano (o, meglio, da parte del Ministro che proponeva la decisione al Sovrano) di poteri tipici dei giudici speciali, come invece taluno tendeva ad ammettere, nella medesima epoca, per i ricorsi ai Ministri nell'ordinamento francese: si collocava nell'ambito dei rimedi amministrativi. Forse anche questa circostanza favorì una maggiore intensità del sindacato sugli atti dell'amministrazione nella 'giurisprudenza consultiva' del Consiglio di Stato sui ricorsi al Re, con la formazione di orientamenti che, secondo alcune analisi (in particolare, di CORPACI), si collocano, forse più ancora degli influssi del Conseil d'Etat francese, all'origine del sindacato sull'eccesso di potere.

In alcune ipotesi tassative il Consiglio di Stato esercitava, inoltre, funzioni giurisdizionali, come **giudice speciale** («*esercita giurisdizione propria*»: art. 10). Con la legge 14 agosto 1862, n. 800, erano state assegnate alla Corte dei conti le competenze in materia di giudizi per pensioni a carico dello Stato (oltre a quelle in materia contabile); dall'allegato D furono assegnate al Consiglio di Stato come giudice speciale competenze minori, per controversie in materia di debito pubblico e di sequestri di beni ecclesiastici, oltre ad altre previste da leggi speciali. In questi casi il procedimento aveva carattere tipicamente contenzioso e la decisione poteva comportare l'**annullamento** dell'atto amministrativo (art. 27: «*il Consiglio di Stato, lette le scritture difensive, rimuove l'ostacolo dell'atto abusivo, o secondo i casi lo annulla e rimette le cose nello stato precedente*»).

Oltre a tali competenze minori, al Consiglio di Stato come giudice speciale fu conferita una competenza di particolare rilevanza istituzionale: la risoluzione dei **conflitti** fra amministrazione e autorità giurisdizionale (art. 10, n. 1; la decisione spettava all'adunanza generale: art. 25). In questo modo sembrava realizzato un certo equilibrio, fra l'esigenza di evitare una prevalenza dell'ordine giudiziario rispetto all'amministrazione (come sembrava che si sarebbe verificato se la competenza fosse stata attribuita a un giudice ordinario) e l'esigenza di assicurare una decisione 'giurisdizionale' e non

'politica' del conflitto. Precedentemente, invece, la competenza del Ministro dell'interno implicava la mancanza di qualsiasi garanzia giurisdizionale (cfr. *sub* § 1).

II) L'**allegato E** viene frequentemente designato come 'legge di abolizione del contenzioso amministrativo', perché all'art. 1 disponeva la soppressione dei c.d. giudici ordinari del contenzioso amministrativo (cfr. *supra* § 1). Si tenga presente che invece nessuna innovazione era apportata alla giurisdizione dei c.d. giudici speciali del contenzioso amministrativo (art. 12).

Nell'allegato E fu delineato, in estrema sintesi, il seguente assetto della giustizia amministrativa:

a) «*tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile e politico*» furono assegnate al **giudice ordinario** (art. 2).

Rispetto a queste cause era assegnata al giudice ordinario una giurisdizione che non subiva deroghe per il fatto che la vertenza riguardasse un'amministrazione: a un sistema nel quale la tutela giurisdizionale contro l'amministrazione era demandata principalmente a giudici speciali si sostituiva così un sistema imperniato sul giudice ordinario. La legge precisava espressamente che la competenza del giudice ordinario non poteva subire eccezioni per il fatto che parte in giudizio fosse un'amministrazione o che fossero coinvolti suoi interessi (art. 2: «*... comunque vi possa essere interessata la Pubblica amministrazione*»): nel disegno del legislatore alla soppressione dei Tribunali del contenzioso amministrativo doveva perciò corrispondere un'estensione nell'ambito della giurisdizione ordinaria. Nello stesso tempo il legislatore volle anche evitare che si riproducesse la situazione precedente (cfr. *sub* § 1), caratterizzata dalla scarsa propensione dei giudici civili ad ammettere la loro competenza quando in gioco fossero atti amministrativi: fu perciò sancito che la giurisdizione del giudice ordinario non avrebbe incontrato eccezioni per il fatto che si discutesse di «*provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa*» (art. 2);

b) «*gli **affari non compresi***» nell'ipotesi precedente furono riservati alle **autorità amministrative** (art. 3, 1° comma).

Si poteva trattare, pertanto, solo di vertenze che non avessero natura penale (perché l'art. 2 dell'allegato E assegnava al giudice ordinario ogni competenza in materia di «*contravvenzioni*») e che non avessero come oggetto un «*diritto civile e politico*».

In questo ambito riservato all'amministrazione erano introdotte, però, alcune garanzie per i cittadini, segno che il legislatore aveva percepito la delicatezza della loro posizione in un ambito escluso dalla tutela giurisdizionale. In primo luogo, infatti, era previsto (art. 3, 1° comma) che le autorità

amministrative avrebbero provveduto con «*decreti motivati*», con l'osservanza del contraddittorio con «*le parti interessate*» e previa acquisizione del parere di organi consultivi. Questa previsione fu oggetto di interpretazioni diverse: in essa alcuni identificarono il principio della partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo, altri il fondamento del ricorso 'in opposizione', diretto allo stesso organo che aveva adottato l'atto contestato (cfr. *infra* VII, § 4); la norma rimase, comunque, senza particolare attuazione pratica. In secondo luogo nei confronti dei «*decreti*» assunti dall'amministrazione, fu consentito il **ricorso in via gerarchica** («*è ammesso il ricorso in via gerarchica in conformità delle leggi amministrative*», art. 3, 2° comma): a questo ricorso amministrativo fu subito riconosciuta un'operatività molto ampia (cfr. *infra* VII, § 2), tanto da farne a lungo, almeno sul piano teorico, uno degli istituti fondamentali per la tutela del cittadino.

Le disposizioni appena richiamate definivano così, in via generale (e fatte salve alcune particolarità: cfr. art. 6 in tema di contenzioso tributario, e art. 16 in tema di contenzioso sugli usi civici), il quadro dei c.d. '**limiti esterni**' della giurisdizione civile nei confronti dell'amministrazione, ossia l'ambito delle controversie demandate alla competenza del giudice ordinario (i 'limiti esterni' di una giurisdizione si contrappongono ai '**limiti interni**', cui si farà cenno più avanti e che, con riferimento a vertenze in cui sia coinvolta un'amministrazione, identificano i poteri che il giudice può esercitare verso l'amministrazione nella decisione delle controversie di propria competenza). Tali limiti esterni rispecchiavano la distinzione fra le «*materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico*» e gli altri «*affari*».

La prima espressione riecheggiava la Costituzione Belga del 1831 (artt. 92 e 93: cfr. *supra* I, § 3), ma trovava un riscontro anche in disposizioni del Regno di Sardegna, come lo stesso Statuto albertino (art. 24): «*Tutti i regnicoli … sono eguali davanti alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici …*». Nello Statuto i «*diritti politici*» designavano fondamentalmente le condizioni di accesso alle cariche elettive; nella tradizione giuridica dell'epoca, i «*diritti civili*» erano quelli relativi alle persone (diritti personalissimi, diritti di libertà, ecc.), alla proprietà e ai contratti. Questa classificazione, però, non era pacifica: per esempio, nel dibattito parlamentare precedente all'allegato E, fu sostenuto dal Mancini che il termine «*diritti politici*» non doveva essere collegato, in questa legge, all'art. 24 dello Statuto, ma doveva designare i diritti di libertà personale.

Fondamentale era, comunque, la considerazione, che trovava riscontro anche nel dibattito parlamentare per l'approvazione della legge, secondo cui l'espressione «**diritti civili e politici**» non poteva ritenersi onnicomprensiva. Anche se solo successivamente essa fu equiparata alla nozione dei «diritti soggettivi», era percepito in modo chiaro che vi erano anche posizioni soggettive d'altro genere (designate nel dibattito parlamentare come «dirit-

ti minori» o «interessi», talvolta anche come «interessi legittimi») che risultavano non protette dalla giurisdizione ordinaria. D'altra parte l'esistenza di queste altre posizioni si poteva desumere anche dall'art. 3 della legge, che prevedeva, accanto al riconoscimento dell'esistenza di «*parti* [specificamente] *interessate*», la riserva all'amministrazione di valutare e decidere «*gli affari*» non inerenti a un «*diritto civile o politico*».

La tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione pertanto risultava così articolata: nelle «*materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico*» era ammessa la tutela giurisdizionale, davanti al giudice ordinario; nelle altre materie, la tutela del cittadino si risolveva nell'ambito dell'amministrazione stessa ed era ammesso perciò solo il ricorso gerarchico. In ogni caso, in base all'allegato D, la «*legittimità di provvedimenti amministrativi*» poteva essere contestata dai cittadini con il ricorso al Re (ricorso straordinario), con le modalità già richiamate;

c) nelle controversie di competenza del giudice ordinario (come definite dall'art. 2 dell'allegato E) le ragioni della specialità dell'amministrazione non scomparivano del tutto, ma trovavano un riscontro nei '**limiti interni**' della giurisdizione civile (art. 4). L'equilibrio tra garanzia della tutela giurisdizionale e separazione dei poteri era ricercato in primo luogo ammettendo un sindacato del giudice ordinario solo sulla **legittimità** dell'**atto amministrativo**, e non sulla sua opportunità o convenienza: l'opportunità o la convenienza di un atto potevano essere valutate esclusivamente dall'amministrazione stessa e di conseguenza le eventuali contestazioni del cittadino circa l'opportunità o la convenienza di un atto potevano essere svolte solo in via amministrativa (in pratica solo con i ricorsi gerarchici). Inoltre era riconosciuta al giudice ordinario la competenza a sindacare la legittimità dell'atto amministrativo, ma **non ad annullarlo, revocarlo o modificarlo**: un intervento del genere era riservato all'amministrazione, perché sembrava comportare l'esercizio dei suoi propri poteri. Infine, la valutazione del giudice ordinario circa la legittimità di un atto amministrativo poteva rilevare solo ai fini del giudizio in corso e non poteva produrre effetti generali: i limiti soggettivi della pronuncia del giudice erano circoscritti alle parti, anche quando l'atto amministrativo poteva avere una portata più generale (cfr. *infra* VI, § 2).

Sempre con riferimento ai limiti interni della giurisdizione ordinaria, l'art. 5 della legge (che rispecchiava, nella sua formulazione, l'art. 107 della Costituzione belga) introduceva il controverso istituto della '**disapplicazione** dell'atto amministrativo' da parte del giudice ordinario: «*In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi*». Quando la controversia investiva un atto amministrativo, il giudice ordinario doveva prescindere, per la sua decisione, da quanto disposto nell'atto stesso, qualora tale atto fosse risultato illegittimo. L'atto illegittimo non po-

teva essere annullato dal giudice, proprio perché valeva sempre la concezione secondo cui l'annullamento di atti amministrativi sarebbe spettato istituzionalmente all'amministrazione: l'atto illegittimo doveva essere solo 'disapplicato' (cfr. *infra* VI, § 3);

d) si tenga presente, infine, che l'amministrazione non era sottratta agli effetti della sentenza: essa era tenuta a «*conformarsi*» al provvedimento del giudice («*giudicato*»), ovviamente nei limiti del caso deciso (v. *supra*). Questo dovere fondamentale di **ottemperanza al giudicato**, enunciato nell'art. 4, 2° comma, dell'allegato E, individuava un criterio del rapporto istituzionale fra potere amministrativo e potere giurisdizionale, sancendo, sostanzialmente, la prevalenza del secondo rispetto al primo. Si trattava, però, non di una prevalenza fra organi (al giudice non spetta alcun primato rispetto all'amministrazione), ma solo di una prevalenza fra atti, nella logica dei principi propri dello Stato di diritto. Con la disposizione in esame il legislatore aveva voluto tutelare meglio la legalità dell'amministrazione; tuttavia, non introdusse nessuno strumento per rendere effettivo e coercibile il dovere dell'amministrazione di conformarsi al giudicato.

§ 4. Il bilancio dell'allegato E nei primi anni successivi al 1865

AA.VV., *Le riforme crispine*, vol. II (*Giustizia amministrativa*), Milano 1990 (*ivi* particolarmente CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*; GIGANTE, *I conflitti di attribuzione nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*; GOTTI, *La legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*); MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, Parte I, Firenze 1871; Parte II (*anni 1871 e 1872*), Firenze 1873.

La riforma del 1865, nonostante una diffusa opinione in senso contrario, non rifletteva un'ideologia politica particolare: al di là del generico riferimento a un'ideologia liberale è difficile evidenziare indirizzi politici specifici, tant'è vero che nel dibattito parlamentare gli interventi non furono determinati dall'appartenenza a particolari collocazioni politiche. D'altra parte, probabilmente la riforma non intendeva assegnare un 'più' o un 'meno' alla tutela giurisdizionale del cittadino, ma intendeva realizzare il passaggio da un sistema di tutela nei confronti dell'amministrazione, imperniato sul modello precedente del contenzioso amministrativo, a un altro sistema, imperniato sul giudice ordinario.

Il sistema delineato nell'allegato E della legge n. 2248/1865 avrebbe potuto assicurare, in astratto, una efficace tutela del cittadino nei confronti del-

l'amministrazione. Sarebbe stato necessario, però, attuare in modo adeguato l'art. 3 della legge, sulla tutela del cittadino nel procedimento amministrativo e attraverso i **ricorsi gerarchici**. Invece la norma sulla partecipazione nel procedimento non venne applicata, perché fu intesa come una disposizione programmatica e non immediatamente precettiva, e l'istituto dei ricorsi gerarchici risultò screditato dalla tendenza dell'amministrazione a non assumere decisioni imparziali e a lasciarsi condizionare dai suoi particolari interessi.

Inoltre sarebbe stata necessaria un'applicazione della legge che riconoscesse al **giudice ordinario** tutti gli spazi di tutela che precedentemente erano stati assegnati ai tribunali del contenzioso amministrativo. Invece, nell'interpretazione degli artt. 2 e 3 della legge, prevalse una linea restrittiva, alla quale lo stesso giudice ordinario in sostanza si adeguò, perché era sulla stessa linea della concezione precedente circa i rapporti fra giudice ordinario e amministrazione.

L'interpretazione sulla portata degli artt. 2 e 3 era rimessa, in ultima istanza, al **Consiglio di Stato**, al quale spettava decidere, come **giudice dei conflitti**, se una vertenza fosse di competenza dell'autorità giurisdizionale (ordinaria) o fosse invece riservata all'amministrazione (v. *supra* II, § 3). Dopo l'entrata in vigore della legge del 1865, l'autorità governativa sollevò con grande frequenza dei conflitti, circa cinquecento nel solo periodo tra il 1865 e il 1867. Il Consiglio di Stato, nelle sue decisioni sui conflitti, propose una lettura restrittiva dei limiti esterni della giurisdizione del giudice ordinario.

La situazione fu percepita con chiarezza in alcuni scritti dell'epoca, fra i quali ebbero particolare rilievo quelli di MANTELLINI sui conflitti di attribuzione. L'autore, consigliere di Stato e poi avvocato generale dello Stato, sembrò allora il portavoce dell'insofferenza di molti giuristi liberali rispetto all'attuazione giurisprudenziale della legge del 1865: invece dell'eguaglianza dei cittadini e dell'amministrazione davanti alla legge si finiva col realizzare un sistema che limitava considerevolmente la tutela giurisdizionale del cittadino. Nei suoi due primi scritti sui conflitti di attribuzione (rispettivamente, del 1871 e del 1873) Mantellini identificò nella giurisprudenza del Consiglio di Stato sui conflitti una causa del fallimento della riforma del 1865. Il Consiglio di Stato escludeva la competenza del giudice ordinario, quando in questione fosse un provvedimento emesso a tutela di un interesse pubblico generale, perché all'amministrazione doveva ritenersi riservata ogni valutazione in merito (casi Anastasi e Nasta); oppure, in presenza di un'azione civile per il risarcimento dei danni quando il pregiudizio fosse stato provocato da un atto amministrativo discrezionale, perché sulle valutazioni discrezionali dell'amministrazione non si doveva ammettere un'interferenza da parte del giudice civile (caso Teatro Niccolini); oppure quando il pregiudizio fosse dipeso da un provvedimento emanato dall'amministrazione nell'esercizio di poteri conferiti dalla legge a garanzia di interessi della collet-

tività (caso Bersacchi). In alcune decisioni il Consiglio di Stato giungeva a prospettare che la valutazione della legittimità del provvedimento non dovesse essere affrontata una volta risolta la questione della giurisdizione (come invece sembrava emergere dagli artt. 2 e 4 legge del 1865), ma dovesse considerarsi in via preliminare: se l'autorità amministrativa aveva agito correttamente, non vi sarebbe stato spazio per un'azione civile. Stabilire, però, se l'autorità amministrativa avesse agito correttamente, spesso poteva essere valutato solo dall'amministrazione stessa, in particolare in seguito a ricorso gerarchico. Queste argomentazioni, al di là di una evidente petizione di principio, riflettevano il convincimento che, se la questione verteva su un provvedimento dell'amministrazione, finché tale provvedimento fosse stato efficace non vi sarebbe stato spazio per la competenza del giudice civile.

In conclusione, nelle decisioni del Consiglio di Stato emergeva la tendenza ad escludere la competenza del giudice civile per le vertenze concernenti provvedimenti dell'autorità amministrativa, e ciò anche se questi provvedimenti non fossero fondati su valutazioni discrezionali. La competenza del giudice civile veniva ammessa esclusivamente in presenza di atti dell'amministrazione emanati non a tutela di un interesse pubblico generale, ma a tutela di un interesse 'personale' o patrimoniale dell'amministrazione stessa. Si profilava così una concezione che avrebbe finito con l'affermare l'incompatibilità fra il diritto soggettivo e il provvedimento («atto d'imperio») dell'amministrazione. In questo modo, però, la soppressione dei tribunali del contenzioso amministrativo aveva ridotto lo spazio di tutela giurisdizionale per il cittadino e non aveva per nulla comportato l'estensione della giurisdizione civile a tutti gli ambiti precedentemente occupati dai giudici soppressi.

L'indirizzo accolto dal Consiglio di Stato appariva ad alcuni autori (come allo stesso MANTELLINI) in evidente contrasto con gli artt. 2 e 4 della legge del 1865, secondo cui invece la competenza del giudice ordinario non doveva essere limitata né per il fatto che una parte in causa fosse l'amministrazione, né tanto meno per il fatto che si discutesse di un atto amministrativo. L'insuccesso della riforma era perciò addebitato principalmente al Consiglio di Stato che, quale **giudice dei conflitti**, conosceva delle controversie insorte fra il cittadino e l'amministrazione e decideva se vi era, o meno, lo spazio per una tutela giurisdizionale. La scelta di assegnare questa competenza al Consiglio di Stato era criticata, data la stretta relazione istituzionale fra questo organo e il Governo. Sembrava perciò necessario che anche i conflitti venissero decisi da un organo indipendente e 'super partes': solo il giudice ordinario, però, dava queste garanzie.

§ 5. La legge sui conflitti del 1877

AA.VV., *Le riforme crispine*, vol. II (*Giustizia amministrativa*), Milano 1990 (*ivi* particolarmente CERULLI IRELLI, *Le questioni di giurisdizione nella giurisprudenza della Cassazione di Roma*; PUBUSA, *Il dibattito dottrinale prima delle leggi del 1889-90*); CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano s.d., p. 439 ss.; CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la Pubblica amministrazione*, 2ª ediz., Milano 1964, p. 86 ss.; MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione. Parte terza: dopo la legge 31 marzo 1877*, Firenze 1878; S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in *Trattato Orlando*, vol. III, 1ª ediz., Milano 1901, p. 1169 ss.

Queste considerazioni furono all'origine di un nuovo intervento legislativo sulla materia dei **conflitti**, con la **legge 31 marzo 1877, n. 3761**. La legge attribuì alla **Corte di cassazione di Roma** la decisione sui conflitti, sia positivi che negativi, insorti fra Amministrazione e autorità giudiziaria (c.d. conflitti di attribuzione), ovvero fra giudici ordinari e giudici speciali (c.d. conflitti di giurisdizione). Alla Cassazione di Roma fu attribuito, inoltre, il potere di decidere i ricorsi proposti contro le sentenze dei giudici speciali, impugnate per «*incompetenza ed eccesso di potere*»: il termine «*incompetenza*» designava il **difetto di giurisdizione** e il termine «*eccesso di potere*» stava a indicare in questa legge l'assunzione di una decisione esorbitante dall'ambito delle attribuzioni di qualsiasi giudice (c.d. **straripamento di potere**). In tutti questi casi la Cassazione di Roma doveva decidere a **sezioni unite**.

Con riferimento ai conflitti di attribuzione, la stessa legge prevedeva che l'amministrazione avrebbe potuto rivolgersi direttamente alla Cassazione di Roma, nel caso di giudizi pendenti avanti al giudice ordinario. In particolare fu stabilito che l'amministrazione avrebbe potuto rivolgersi alla Cassazione anche se non fosse stata parte in causa e che in attesa della pronuncia il giudizio di merito avrebbe dovuto essere sospeso.

La legge del 1877 (il cui contenuto fu poi trasfuso nel codice di procedura civile del 1942) definiva un nuovo assetto dei rapporti fra amministrazione e giurisdizione e modificava l'equilibrio precedente a favore di quest'ultima. Non produsse, però, l'effetto auspicato da una parte della dottrina. La Cassazione proseguì nell'indirizzo già prospettato dal Consiglio di Stato, confermandone l'interpretazione sui limiti esterni della giurisdizione ordinaria, segno evidente che tale indirizzo rifletteva un'ideologia radicata e non semplicemente una posizione del Consiglio di Stato.