

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.; GIANINI 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*, 3^a 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; D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato – Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna 2019; DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi europei*, Padova 2005, p. 303 ss.; FALCON e FRAENKEL, *Ordinamento processuale amministrativo tedesco*, Trento 2000; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa* (trad. a cura di R. Maserà), 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 separazione 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 giustificano 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 istituti 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 equordinato 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 fonc-*

tions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce 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 potere, 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 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 drit-

to 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.

