

Introduzione

In un'epoca densa di riforme volte, da un lato, alla deflazione del contenzioso giurisdizionale e all'efficientamento del processo civile, dall'altro, ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, torna a farsi sentire l'interesse per il rapporto tra la giustizia statale ed altre forme di protezione di posizioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento generale. Soprattutto a fronte della progressiva emersione e del potenziamento di nuovi strumenti di tutela, anche non giurisdizionale, la preoccupazione per una tutela piena ed effettiva dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi si è spesso tradotta in un ampliamento delle aree di intervento della giurisdizione statale. Si pensi, a suo tempo, ai limiti all'utilizzo dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, alla illegittimità di forme di tutela arbitrale prive di fondamento consensuale o, ancora, alla previsione di sempre maggiori spazi di rilevanza delle situazioni giuridiche soggettive da parte della giurisdizione statale. Viene in considerazione, a tale proposito, il rapporto tra la giustizia statale ed altre forme di giustizia, che pure reclamano spazi di autonomia.

Punto nevralgico dell'ordinamento nazionale nelle sue più evidenti criticità intorno alla definizione dei confini della giurisdizione, nel contesto di tale riflessione campeggia la *vexata quaestio* legata ai confini tra la giustizia statale e quella sportiva. Caso tutt'altro che isolato di ordinamento giuridico settoriale a fini particolari, la rivendicazione di chiare aree di intervento da parte della giustizia sportiva pone il problema dell'individuazione del giusto punto di equilibrio tra due principi di rango costituzionale: l'autonomia dell'ordinamento e della giustizia sportivi – presidiati, come sono, dagli artt. 2 e 18 Cost. – da un lato; il diritto ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva delle posizioni giuridiche soggettive rilevanti, nell'ambito della garanzia del giusto processo (art. 6 CEDU; art. 111 Cost.), dall'altro.

Nel contesto della riflessione, di più ampio respiro, legata ai rapporti tra ordinamento statale e sistemi di giustizia settoriali, il confronto tra la

giustizia statale e quella sportiva viene qui in considerazione sotto diversi profili.

Uno di questi rimanda alla relazione tra la giustizia statale e quelle forme di tutela fondate sull'accordo delle parti, come tali, alternative, se non sostitutive, alla giurisdizione statale: è noto, infatti, come la giustizia sportiva ripeta il medesimo fondamento consensuale che connota l'ordinamento sportivo complessivamente inteso. Ciò è tanto vero, che essa viene tradizionalmente definita come giustizia endoassociativa, in quanto fondata sul potere disciplinare che le federazioni esercitano nei confronti degli associati. Nel contesto di tale disamina si colloca il tema dei rapporti tra giustizia statale e giustizia arbitrale, segnatamente con l'arbitrato sportivo, che si pone in rapporto di specie a genere rispetto ai sistemi di giustizia sportiva e che, dal canto suo, pone la problematica legata all'individuazione della sua natura e del suo ambito di applicazione – soprattutto in quanto si riferisce anche alle controversie rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Connesso con il profilo legato ai rapporti tra la giurisdizione statale ed altre forme di tutela fondate sull'accordo delle parti, il tema dei rapporti tra la giustizia statale e quella sportiva viene in considerazione soprattutto relativamente all'attuazione della garanzia giurisdizionale di una tutela piena ed effettiva.

Dal punto di vista strettamente procedurale, il tema dell'effettività della tutela giurisdizionale viene in rilievo sotto l'aspetto temporale, soprattutto in quelle situazioni che implicano il coordinamento tra i rimedi esperibili dinanzi agli organi di giustizia sportiva con il ricorso alla giustizia statale. Il riferimento è invero alle difficoltà insite nella relazione di pregiudizialità che sussiste, in alcuni casi, tra i differenti sistemi di tutela (e che non sembra agevolata da rimedi cautelari attivabili nelle more dei gradi della giustizia sportiva), come accade per le controversie soggette alla c.d. pregiudiziale sportiva ovvero per quelle aventi ad oggetto provvedimenti comunque incidenti sulla partecipazione a competizioni professionistiche: anche rispetto a queste ultime è possibile che la tutela giurisdizionale intervenga soltanto una volta esaurito l'ambito di azione della giustizia sportiva. In un caso, come nell'altro, l'attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale sembra incontrare un arretramento, sebbene si sia in presenza di situazioni giuridiche soggettive rilevanti per lo Stato.

D'altra parte, la questione dell'effettività della tutela pone la necessità di stabilire i limiti della giustizia sportiva rispetto a quella statale in relazione alle situazioni giuridiche soggettive che meritano di essere protette da parte dello Stato, in considerazione del fatto che la prima risulta concepita come potenzialmente idonea ad abbracciare tutte le controversie che insorgono

nell'ambito dell'ordinamento sportivo. Sotto tale profilo, il principio di pienezza e di effettività della tutela giurisdizionale, che lo Stato deve presidiare, si è tradotto in una suddivisione delle controversie tra giustizia statale e giustizia sportiva improntata alla rilevanza della posizione azionata; tuttavia, si tratta di un criterio ampio ed elastico – quindi incerto –, che, come tale, ha favorito la previsione, da parte della giurisprudenza, di spazi di intervento della giurisdizione statale in parte incoerenti rispetto ai parametri fissati dal legislatore e nella creazione di forme di tutela “ibride”, a metà strada tra la giustizia statale e quella sportiva, che, come tali, sono difficili da apprezzare; queste ultime, dal canto loro, sollevano quelle stesse problematiche sotto il profilo soprattutto della (certezza ed effettività della) tutela e nei rapporti con l'ordinamento sportivo che il legislatore mirava a dipanare. Inoltre, l'estensione della giurisdizione statale a tutte le controversie “rilevanti” appare foriera di perplessità anche se posta in relazione a quegli strumenti di tutela fondati sull'accordo delle parti ed aventi ad oggetto posizioni rilevanti e che, cionondimeno, conservano la loro integrità anche dinanzi alla giurisdizione statale. Assume un ruolo particolare nel contesto di tale disamina l'istituto arbitrale ed appare rilevante in questo senso la circostanza in forza della quale, in più di un'occasione, la giurisprudenza (non senza destare criticità) non abbia mancato di qualificare le clausole sportive di autodichia come clausole compromissorie.

La rimessione di gran parte del contenzioso che origina nell'ambito dell'ordinamento sportivo alla giurisdizione statale implica la necessità di individuare il giudice munito di giurisdizione. La questione si pone, evidentemente, in termini peculiari rispetto alla definizione, in una più ampia prospettiva, del margine di intervento della giurisdizione statale; su tale piano di riflessione le problematiche appaiono legate soprattutto alla fissazione dei criteri di riparto della giurisdizione tra giudici dello Stato.

Nel panorama così delineato ci si propone, quindi, di indagare i rapporti tra la giustizia statale e quella sportiva alla luce del vigente quadro normativo e giurisprudenziale, interrogandosi sulla sua coerenza, da un lato, con i principi che informano il rapporto tra i due ordinamenti e, dall'altro, con le specificità sottese all'ordinamento sportivo stesso e, segnatamente, con il fondamento consensuale dei sistemi di giustizia sportiva. A tal fine, è utile prendere le mosse, in una prospettiva comparatistica, da un inquadramento, prima, del fenomeno sportivo, inteso anzitutto come ordinamento giuridico, nell'assetto costituzionale; poi, della giustizia sportiva, anche alla luce della sua natura.

In tale contesto, si è indotti a chiedersi quali siano, per il legislatore, i criteri sulla base dei quali assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale

in presenza di situazioni rilevanti tra le controversie che originano nell'ambito dell'ordinamento sportivo; inoltre e, soprattutto, quali dovrebbero essere i parametri che devono orientare l'interprete nel delineare i confini della giustizia sportiva rispetto a quella statale. In proposito, ricoprono indubbiamente un ruolo di primo piano il diritto di azione e difesa per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi (art. 24 Cost.), anche contro gli atti della pubblica amministrazione (art. 113 Cost.), i principi dell'efficienza, della ragionevole durata del processo, della terzietà e imparzialità del giudice (art. 6 CEDU; art. 111, comma 2, Cost.), per ricordarne alcuni, ossia tutte quelle garanzie alle quali deve ispirarsi un processo affinché possa essere considerato "giusto" e, quindi, effettiva la tutela offerta; tuttavia, tali principi devono anche essere controbilanciati con quegli spazi di autonomia che pure ricevono copertura costituzionale in termini non solo associativi, ma anche come espressione della libertà del singolo (artt. 2, 18 Cost.). Ossia, con quelle forme di giustizia che posseggono un fondamento consensuale e che non contrastano, in quanto tali, con il diritto ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva delle posizioni giuridiche soggettive rilevanti e con la garanzia del giudice naturale precostituito per legge.

Inoltre, sono oggetto di esame i principi che hanno orientato la distribuzione delle controversie sportive tra i giudici dello Stato, così come cristallizzati dal d.l. 19 agosto 2003, n. 220 conv. in l. 17 ottobre 2003, n. 280 ss.mm.ii. e le forme della tutela del giudice statale sulle controversie in esame, al fine di indagarne la coerenza, anzitutto, con i criteri di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Ci si riferisce, segnatamente, al criterio di riparto fondato sulla *causa petendi* e alla "tassonomia" della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, così come delineata soprattutto dalla giurisprudenza costituzionale, tenendo conto della loro origine e della progressiva elaborazione legislativa e giurisprudenziale in materia. In tale direzione, sembra utile prendere le mosse dalle fondamenta che presiedono all'origine dei criteri in esame e, quindi, alla progressiva evoluzione della giurisdizione amministrativa. Occorre, poi, accertare la coerenza dei criteri che hanno orientato il riparto della giurisdizione statale sulle controversie sportive rispetto alla natura delle federazioni sportive: relativamente ad alcune controversie – segnatamente, quelle rimesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che rappresentano la maggior parte del contenzioso disciplinato – tale riparto sembra, infatti, ancorato ad una qualificazione di almeno una parte dell'attività svolta dalle federazioni secondo criteri ormai da tempo superati.

Capitolo I

Origini storiche del riparto di giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contenzioso amministrativo nella Francia del XVIII-XIX secolo. Il principio della separazione dei poteri nell'epoca post rivoluzionaria. – 2.1. Soluzione dei conflitti e criteri di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Dal *Conseil d'État* al *Tribunal des Conflits*. – 3. Il rapporto tra giudice ordinario e tribunali del contenzioso amministrativo nell'Italia preunitaria. Il Regno delle due Sicilie. – 4. La legislazione piemontese. – 4.1. La c.d. riforma Rattazzi del 1859. – 5. Intorno al sistema giurisdizionale successivo alla proclamazione del Regno d'Italia. Spunti comparatistici tra sistemi a specializzazione ordinaria e sistemi a specializzazione amministrativa. – 6. Giurisdizione ordinaria e tutela amministrativa residuale. L'abolizione del contenzioso amministrativo. – 7. La natura della posizione azionata come criterio di attribuzione. La tutela dei diritti soggettivi e la disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo. – 7.1. La tutela (soltanto) amministrativa degli "altri affari". – 8. La Cassazione romana giudice dei conflitti e la istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato "per la giustizia amministrativa". – 9. La natura giurisdizionale della nuova Sezione.

1. Premessa

Nel contesto di quella concezione storica della giurisdizione come espressione della sovranità dello Stato¹, di "riparto di giurisdizione" in senso tecnico

¹ Tra gli studi più autorevoli sulla giurisdizione e, nell'ambito di questi, sulla concezione statutale della stessa è indubbio il primato degli scritti di Nicola Picardi. Cfr. N. PICARDI, *La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle Corti*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2011, II, 43 ss.; ID., *Extrastatalità della giurisdizione*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, Padova, 2009, 3 ss.; ID., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, spec. 96 ss., nonché *Giurisdizione e sovranità. Alle origini della giurisdizione statale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, III, 695 ss.; ancora, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, *ivi*, 2004, 41 ss.; con particolare riferimento al monopolio statutale della giurisdizione cfr. anche ID., *Le code de procédure civile français de 1806 et le monopole étatique de la jurisdiction*, relazione al convegno di Parigi del 16 novembre 2006 sul tema

– come suddivisione delle rispettive aree di esercizio della funzione di tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive tra soggetti muniti del relativo potere – inizia a parlarsi, nei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo, non prima dell’istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato “per la giustizia amministrativa”. Alla evoluzione dei rapporti tra le due giustizie si deve *in primis* la progressiva maturazione dei criteri di riparto della giurisdizione, così come accolti dalla Costituzione.

Introdotta sul finire dell’800, prima di tale momento – più esattamente, prima del definitivo riconoscimento della sua natura giurisdizionale – non vi sarebbe stata *in nuce* la possibilità di discorrere in senso proprio di “riparto di giurisdizione”. In effetti, fino al 1865, anno nel quale entrò in vigore la legge di abolizione del contenzioso amministrativo², il sistema vedeva contrapposti l’amministrazione, da un lato, e l’autorità giudiziaria ordinaria, dall’altro; dunque, di “riparto” non avrebbe potuto ragionarsi in termini “di giurisdizione”, quanto più “di attribuzione” tra differenti poteri dello Stato. Questo, peraltro, risultò confermato anche in seguito, con l’abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo e con il conseguente passaggio ad un sistema di giurisdizione unica.

Quanto detto induce a ritenere che il riparto di giurisdizione sia, anzitutto, riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo: l’attuale assetto costituzionale del riparto della giurisdizione, fondato sulla tradizionale dicotomia diritti soggettivi-interessi legittimi – con l’eccezione di quelle “particolari materie” di giurisdizione esclusiva – è invero il risultato del graduale perfezionamento del sistema di tutela delle posizioni giuridiche soggettive³

“*Commémoration d’un code à l’autre: 200 ans de procédure civile en France*”, nei relativi atti pubblicati da L. CADIET, G. CANIVET (a cura di), 1806 – 1976 – 2006. *De la commémoration d’un code à l’autre: 200 ans de procédure civile en France*, Paris, 2006, 187 ss. Rispetto agli studi di Picardi sulla giurisdizione si rinvia a A. PANZAROLA, *Le ricerche sulla giustizia di Nicola Picardi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, IV, 1178 ss.; M. ABBAMONTE, “*In ricordo di Nicola Picardi*”, *Accademia Nazionale dei Lincei, Palazzo Corsini (Roma)* 10 gennaio 2019, in *Il Processo*, 2019, 225 ss.; C. ASPRELLA, *Nicola Picardi, promotore di giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 159 ss. In una più ampia prospettiva v. A. BRIGUGLIO, R. MARTINO, A. PANZAROLA, B. SASSANI (a cura di), *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Pisa, 2016. Per ulteriori riferimenti sull’argomento si rinvia al corso della trattazione (specc. capp. II-IV).

²L. 20 marzo 1865, n. 2258.

³Sul contributo offerto dalla giurisprudenza nella progressiva evoluzione del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo si veda, per tutti, A. PANZAROLA, *Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nella giurisprudenza*, in R. MARTINO (a cura di), *La giurisdizione nell’esperienza giurisprudenziale contemporanea*, Milano, 2008, 119 ss. V., inoltre, C. CONSOLO, *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizioni. Il dialogo fra le corti e le esigenze dei tempi*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, III, 631 ss.

che ha determinato la nascita della giustizia amministrativa⁴. L'evoluzione dei criteri di riparto della giurisdizione è cioè coincisa con la progressiva maturazione nell'ordinamento dello Stato – sul modello della Francia del XVIII-XIX secolo – del sistema di giustizia amministrativa come forma di giurisdizione speciale rispetto a quella ordinaria.

Tale stato di cose, evidentemente, è all'origine delle specificità che informano la giurisdizione amministrativa nell'attuale sistema giurisdizionale e della singolare connotazione del suo rapporto con quella ordinaria. Nell'attuale panorama di diritto positivo basti pensare, in via esemplificativa, alla vigente formulazione dell'art. 37 c.p.c., che, come noto, disciplina il difetto di giurisdizione nell'ambito del processo civile. Ad onta di quelle opinioni, che, di recente, hanno ripreso vigore, favorevoli all'abolizione della giurisdizione amministrativa (posizioni fondate soprattutto sulle criticità insite nel peculiare “statuto” di indipendenza dei giudici amministrativi, segnata, del Consiglio di Stato)⁵, la prefata disposizione, di fatto, cristallizza,

⁴Sulla nascita della giurisdizione amministrativa, in una prospettiva di carattere generale, salvi gli ulteriori riferimenti offerti nella trattazione, cfr., *ex multis*, F. MERUSI, *Sulla giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza) a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, in G.D. COMPORTI (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, 2016, 233 ss.; M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, *Il processo amministrativo*, Torino, 2014, 37 ss.; R. VACCARELLA, *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)*, in *www.judicium.it*, 26 marzo 2012; A. ANGELETTI, *Aspetti problematici della discriminazione delle giurisdizioni e stato amministrativo*, Milano, 2011, 36 ss.; A. DE ROBERTO, *La giustizia amministrativa in Italia dalla unificazione ai nostri giorni*, in AA.VV., *L'unificazione istituzionale e amministrativa dell'Italia*, Bologna, 2010, 147 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 369 ss.; G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009, 4 ss.; L. MAZZAROLLI, *Giustizia amministrativa*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA, *La gestione dell'interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leonardo Mazza*, Milano, 2007, 294 ss.; M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005, 414 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 63 ss.; E. GUCCIARDI, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1954, 91 ss.

⁵Si vedano, tra gli altri, A. PROTO PISANI, *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2015, V, 186 ss. nonché ID., *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, cit., 369 ss.; ID., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, *ivi*, 2001, V, 21 ss.; L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, II, 561 ss.; G. LAURICELLA, *Brevi considerazioni sulla giustizia amministrativa, intervento nel Forum (ipotesi di riforma del sistema di giustizia amministrativa)*, in *www.aipda.it*, 4, 1 ss.; S. LARICCIA, *Indipendenza dei giudici amministrativi e unità della giurisdizione*, in Sergio Panunzio, *Profilo intellettuale di un giurista*, in F. CERONE, M. VOLPI (a cura di), *Atti del convegno di Perugia (16 giugno 2007)*, Napoli, 2008, 161 ss.; A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 371 ss. V. *infra*, cap. II, § 6., nt. 272, ove anche ulteriori riferimenti.

nel contesto della disciplina del processo che ha luogo dinanzi al giudice ordinario, la tipicità della giurisdizione amministrativa tra le altre giurisdizioni speciali e l'unicità del suo rapporto con quella ordinaria.

2. Il contenzioso amministrativo nella Francia del XVIII-XIX secolo. Il principio della separazione dei poteri nell'epoca post rivoluzionaria

La nascita della giurisdizione amministrativa come forma speciale di giurisdizione rispetto a quella ordinaria si colloca al culmine di quel percorso di sostanziale emancipazione dell'amministrazione dalla giurisdizione (ordinaria). Un ruolo capofila in proposito è stato svolto dalla Francia nel periodo a cavallo tra il XVIII e il XIX secolo, che ispirerà diversi Paesi europei tra l'800 e il '900.

Nel sistema d'oltralpe l'affrancamento dell'amministrazione dalla giurisdizione rappresenta la sublimazione, dovuta a ragioni sia politiche, sia ideologiche del principio della separazione dei poteri nel rapporto tra potere esecutivo e giudiziario⁶, nell'ambito del quale esso si traduce nel divieto per il giudice ordinario di ingerire negli affari dell'amministrazione e di conoscere del relativo contenzioso⁷. Non senza qualche autorevole parere contrario⁸,

⁶ La letteratura in materia è vastissima. Senza pretesa di esaustività, si segnalano gli studi di F. RIMOLI, *Poteri (divisione dei)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 4406 ss.; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1990; A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 2 ss.; G. SILVESTRI, voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 670 ss.; ID., *La separazione dei poteri*, Milano, 1979; G. BOGNETTI, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1996, X, 372 ss.; ID., *La divisione dei poteri*, Milano, 1994; J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970; F. MODUGNO, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 472 ss.; S. LESSONA, *La divisione dei poteri (appunti terminologici)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1944-46, 11 ss., nonché ID., *Scritti minori*, II, Milano, 1958, 1147 ss.

⁷ La storiografia individua in Montesquieu (Charles-Louis de Secondat) il più grande teorizzatore del principio della separazione dei poteri quale limite alla deriva e all'abuso del potere stesso da parte del suo detentore e, quindi, come presupposto e garanzia di libertà. Cfr. La celebre opera *De l'esprit des lois*, Genève, 1748, XI. Sul pensiero di Montesquieu cfr., *ex plurimis*, G. CRISTIANI (a cura di), *Elogio di Montesquieu*, Napoli, 2010; L. ALTHUSSER, *Montesquieu. La politica e la storia*, Roma, 1995; A. CUCCINIELLO, *Il potere che limita il potere. Un'analisi del costituzionalismo di Montesquieu*, Napoli, 2006; J. STAROBINSKI, *Montesquieu*, Torino, 2002.

⁸ In particolare, A. DE TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la révolution*, Paris, 1856 (trad. it. a cura di G. CANDELORO, *L'antico regime e la rivoluzione*, Milano, 1996, 71) collocava l'archetipo

la dottrina maggioritaria colloca la nascita del contenzioso amministrativo nel periodo immediatamente successivo alla Rivoluzione francese⁹. Ai moti rivoluzionari del 1789 è storicamente ricondotta l'affermazione del principio in forza del quale l'originaria concentrazione del potere legislativo, esecutivo e giudiziario nella figura del monarca avrebbe dovuto cedere il passo ad una suddivisione fra i poteri dello Stato nell'ambito della quale la funzione amministrativa sarebbe venuta ad assumere una propria autonomia, sia pur come espressione del potere esecutivo¹⁰.

Infatti, nel corso dell'*Ancien régime*, mentre la funzione di tutela giurisdizionale ordinaria spettava ai *Parlements*, tribunali composti dai rappresentanti dei ceti più elevati (tredici in tutto)¹¹, non esisteva un sistema di

del contenzioso amministrativo nell'*Ancien régime*, del quale esso avrebbe rappresentato una istituzione, mentre non lo qualifica come frutto della Rivoluzione francese. In quella fase storica di passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto l'organizzazione amministrativa accentrata aveva mantenuto una certa continuità. La tesi di De Tocqueville ha informato il pensiero, tra gli altri, di A.V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, Bologna, 2003, 284 ss.; M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 159 ss.

⁹Cfr., *ex multis*, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019, 39 ss.; F. CARINGELLA, *L'evoluzione storica dei criteri di riparto*, in F. CARINGELLA, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, V. POLI, *Il riparto di giurisdizione*, Milano, 2008, 6; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2004, dei quali v. anche L. MANNORI, voce *Diritto amministrativo dal Medioevo al XIX secolo*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, 171 ss.; B. SORDI, voce *Diritto amministrativo (evoluzione dal XIX secolo)*, *ivi*, V, 1990, 182 ss. Un contributo fondamentale nella ricerca delle origini del contenzioso amministrativo e del diritto amministrativo è stato prestato da Massimo Severo Giannini, del quale si ricordano, tra gli altri, M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quad. fior.*, Milano, 1973, 185 ss.; ID., voce *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 855 ss. Sulle ricerche di Giannini nella letteratura successiva si vedano P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, 229 ss.; S. CASSESE, *Giannini e la rinascita del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, VI, 580 ss.

¹⁰“Ci sarà pure un giudice a Berlino” (oppure “esiste un giudice a Berlino”) è lo storico apologo che ricorda quella fase di passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto che ebbe luogo in Europa dalla fine del XVIII secolo, a cominciare dalla Rivoluzione francese. L'espressione è mutuata dal racconto contenuto nell'opera di Bertold Brecht, che narra di una vicenda che ebbe luogo nel 1770 sotto il dominio di Federico II di Prussia (1712-1786) (v., per tutti, A. BARBERO, *Federico il Grande*, Palermo, 2007), nella quale un povero mugnaio di Potsdam (Arnold di Sanssouci) riuscì ad ottenere giustizia, salvando il suo mulino dai soprusi di un barone, rivolgendosi al giudice di Berlino. La vicenda è riportata in diverse versioni, ma in ogni caso l'espressione di cui in premessa viene ricordata in quanto esemplificativa di una fase durante la quale erano state gettate le basi per una tutela effettiva dei cittadini. Cfr. P. HACKS, *Der Müller von Sanssouci: ein bürgerliches Lustspiel*, Verlag, 1957.

¹¹Al Parlamento di Parigi erano stati infatti aggiunti progressivamente quelli di *Toulouse* (1420), *Grenoble* (1457), *Bordeaux* (1462), *Dijon* (1476), *Rouen* (1515), *Aix* (1501), *Trévoux* (1538), *Rennes* (1553); *Pau* (1620), *Metz* (1633), *Franche Comté* (1776), *Douai* (1713), *Nancy*

giustizia amministrativa¹²; eventuali vertenze nei confronti dell'amministrazione sarebbero state risolte direttamente dagli uffici superiori dell'amministrazione oppure dal re, che avrebbe espresso la propria decisione in forma di *placet*¹³. Il "contenzioso amministrativo" nascente dai provvedimenti emanati dall'autorità governativa o amministrativa assumeva, dunque, una connotazione, sì, "speciale", ma nel senso che vi erano forme di giustizia *ad hoc* per la risoluzione di tali controversie¹⁴.

Il contenzioso amministrativo di fine '700 si presenta, dunque, come il frutto, da un lato, della diffidenza che animava le forze rivoluzionarie nei confronti della magistratura, considerata vicina ai membri dell'aristocrazia; dall'altro, del dissenso nei rapporti tra i Parlamenti, che pretendevano di ingerire anche negli affari dell'amministrazione¹⁵, e l'esecutivo¹⁶. Dissenso

(1775); la Corti sovrane erano quelle di *Alsace* (1698), *Roussillon* (1660), *Artois* (1667), *Corse* (1768). Cfr. J. HUDAULT, *Histoire du droit des institutions. Ancien régime, révolution, empire*, Paris, 1994, 160.

¹² Cfr. per una più diffusa illustrazione A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, 3 ss.

¹³ Cfr. A. CROSETTI, *Il Consiglio di Stato dall'unità d'Italia alla Costituzione. Genesi ed evoluzione della giustizia amministrativa*, in C. FRANCHINI (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Torino, 2011, 178, nt. 14; F. CARINGELLA, *L'evoluzione storica dei criteri di riparto*, cit., 5; A. DE TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la révolution*, cit., 74 ss.

¹⁴ A. DE TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la révolution*, cit., 74 ss.: in origine, il monarca tentava di garantire il rispetto del divieto, posto in capo ai tribunali, di ingerire negli affari dell'amministrazione attraverso l'inserimento all'interno dei decreti reali di clausole con le quali vietava alla magistratura di conoscere delle controversie nascenti dalla loro applicazione. Tali vertenze rientravano, infatti, nella competenza dell'amministrazione, ossia dell'intendente in primo grado e del consiglio del re in sede di impugnazione.

¹⁵ In generale, l'*Ancien régime* viene ricordato per la difficoltà che animava il rapporto tra la magistratura e i membri del governo, che trovava manifestazione anche nella tendenza al controllo da parte dei primi della legislazione. Si inserisce in tale tendenza il c.d. diritto di rimostranza, una prerogativa concessa ai Parlamenti, in forza della quale i tribunali potevano rivolgere al re una "supplica" affinché rivedesse un ordine o un editto giudicati inadeguati ("*une humble supplication que les cours souveraines font au Roi, pour le prier de faire réflexion sur les inconvénients ou les conséquences de quelqu'un de ses ordres ou de ses édits*", C.J. DE FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes & de pratique, avec les juridictions de France*, II, Toulouse, 1779, 586). La magistratura non poteva annullare una legge del re, tuttavia, se avesse ritenuto l'atto fosse in conflitto con una legge superiore, il tribunale avrebbe potuto richiamare l'attenzione del re sul punto. La *ratio* del diritto di rimostranza era quella di perfezionare la procedura legislativa e la legge stessa, cionondimeno l'effetto era quello di esercitare comunque una forma di controllo sulla conformità degli atti del re. Cfr. F. SAINT-BONNET, *Le parlement, juge constitutionnel (XVIe-XVIIIe siècles)*, in *Droits*, 2001, XXXIV, 177 ss.; P. PICHOT, *Penser le contrôle a priori (1789-1870)*, in *Cahier Cons. const.*, 2010, XXVIII, 16 ss.; J. LAMBERT, *Du contrôle de la constitutionnalité des lois au gouvernement des juges*, Paris, 1937, 306 ss.

¹⁶ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2024, 8.