

Vincenzo Cerulli Irelli - Andrea Carbone

Lezioni di giustizia amministrativa

I. La giurisdizione e l'oggetto del giudizio



Giappichelli

CAPITOLO I

LA FORMAZIONE E I CARATTERI FONDAMENTALI DEL SISTEMA DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. “Giustizia amministrativa”. – 2. Sui modelli di “giustizia amministrativa”. – 3. Sulla formazione storica del sistema di giustizia amministrativa. Le origini. – 4. Nello Stato piemontese. – 5. La “giurisdizione unica”. – 6. Verso la “giurisdizione amministrativa”. – 7. Diritti e interessi. – 8. Le norme costituzionali e l’evoluzione del sistema. – 9. Gli sviluppi successivi. – 10. Il *Codice del processo amministrativo* e la compiuta definizione del sistema.

1. “*Giustizia amministrativa*”

L’espressione “giustizia amministrativa”, che la Costituzione contempla all’art. 117, co. 2, lett. l), tra le materie di competenza esclusiva dello Stato, comprende una serie di istituti intesi nel loro complesso ad assicurare la legalità dell’amministrazione e la tutela dei soggetti (cittadini, famiglie, imprese) nei loro rapporti con le pubbliche amministrazioni, tra i quali è anche compreso il complesso di istituti intesi ad assicurare la tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche amministrazioni (artt. 103, 113 Cost.) e tra essi quelli che compongono la giurisdizione amministrativa. Le controversie nei confronti delle pubbliche amministrazioni sono infatti di competenza rispettivamente della giurisdizione ordinaria e della giurisdizione amministrativa secondo criteri di riparto che si illustreranno.

La nozione di giustizia amministrativa è quindi assai più ampia di quella di “*giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione*”, di cui alle citate norme costituzionali e più ampia ancora di quella di “*giurisdizione amministrativa*”, che comprende una parte assai importante, anzi dominante, di questi strumenti di tutela.

Per usare le parole di un testo classico, “*giustizia amministrativa*” è “*quel complesso di norme e di istituti, che assicurano la conformità alla legge degli atti della pubblica amministrazione: e comprende quindi, tanto il sindacato parlamentare ... quanto il sindacato amministrativo interno esercitato dagli stessi organi dell'amministrazione ... quanto il sindacato giurisdizionale esercitato da organi o completamente distinti dall'amministrazione attiva e costituenti i tribunali ordinari, od altri più o meno connessi ad essa ma esplicitanti sia nella forma come nella sostanza una giurisdizione, ossia una funzione esclusivamente intesa a dichiarare il diritto ed a reintegrarlo se violato*” (Cammeo).

Nel vigente ordinamento gli istituti di giustizia amministrativa, ulteriori rispetto a quelli afferenti alla tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche amministrazioni, che restano al di fuori di questa trattazione, sono rappresentati segnatamente dalle funzioni di controllo attribuite alla Corte dei conti e ad altri organi posti anch'essi in posizione di indipendenza più di recente costituiti, come l'Autorità anticorruzione, di cui al d.l. n. 90/2014, conv. in l. n. 114/2014 (art. 19), nonché dalle funzioni consultive attribuite al Consiglio di Stato, alla stessa Corte dei conti e ad altri organi istituiti nell'ambito dello Stato ovvero nell'ambito degli enti del governo territoriale.

Oggetto di questa trattazione è dunque non la giustizia amministrativa latamente intesa, ma la giustizia amministrativa intesa nel più ristretto senso, come quella che comprende gli istituti intesi ad assicurare la tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione, secondo gli artt. 103 e 113 Cost.

Sul punto si deve premettere, come peraltro è noto dal diritto sostanziale, che le pubbliche amministrazioni come organizzazioni, nonché nel complesso delle attività che esse svolgono nei confronti della collettività, sono disciplinate in parte dal diritto privato. Sono molteplici le organizzazioni pubbliche in forma privatistica (associazioni, fondazioni, società per azioni), segnatamente nel campo delle imprese pubbliche; e d'altra parte, in molteplici sue manifestazioni, l'azione amministrativa si svolge secondo moduli privatistici, in base alla regola, stabilita dalla legge fondamentale n. 241/1990, che "*nell'adozione di atti di natura non autoritativa*" le pubbliche amministrazioni agiscono "*secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente*" (art. 1, co. 1 *bis*). Principio questo di applicazione ancora limitata, fermo restando tuttavia che rapporti di carattere privatistico (contratti o negozi di vario tipo), rappresentano una parte consistente dell'azione amministrativa; in alcuni casi retti senz'altro dal diritto privato, in altri più numerosi casi (come per i contratti soggetti alle regole della "evidenza pubblica") retti da una disciplina mista nella quale convivono istituti privatistici e istituti pubblicistici.

Laddove l'amministrazione si svolge secondo il diritto privato o nella sua organizzazione segue moduli privatistici, le relative controversie che possono insorgere sono soggette alla giurisdizione comune come controversie civili, salve quelle espressamente attribuite alla giurisdizione amministrativa, come si vedrà; e perciò restano fuori dalla stessa nozione di "*giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione*" (art. 103 Cost.), nozione che contempla le controversie nelle quali si tratta di accertare (diciamo per ora sommariamente) la legittimità o meno dell'esercizio del potere. Cioè tutti quei casi in cui una Pubblica Amministrazione nell'esercizio di poteri ad essa attribuiti in funzione di governo della collettività, produce effetti nella sfera giuridica di soggetti terzi essendo irrilevante il consenso di questi, cioè produce *effetti autoritativi*,

come si esprime la citata norma di principio di cui all'art. 1, co. 1 *bis*, l. n. 241/1990.

La nostra trattazione ha ad oggetto, appunto, la tutela giurisdizionale delle controversie di diritto pubblico, quelle cioè nelle quali si tratta dell'esercizio del potere. Al fine di caratterizzare queste controversie nonché i rapporti sostanziali sui quali esse si instaurano, occorre rammentare che in questi rapporti una delle parti, quella pubblica, opera non nell'interesse proprio, ma nell'interesse della collettività (cioè in funzione di un interesse alieno rispetto al soggetto agente, un interesse di cui non ha la disponibilità) e in molteplici casi ha la capacità nell'esercizio del potere, secondo diversi modelli applicativi, di imporre la soddisfazione di quegli interessi. Queste controversie, nel nostro ordinamento positivo, secondo i criteri che saranno esposti, sono affidate alla giurisdizione ordinaria ovvero alla giurisdizione amministrativa, secondo la specie della situazione soggettiva (diritto o interesse legittimo) che si tratta di proteggere. La regola, nel vigente ordinamento, come vedremo, è che le controversie di diritto pubblico sono affidate alla competenza del giudice amministrativo, (perché, per regola, le situazioni soggettive protette nei confronti dell'esercizio del potere, si ascrivono alla categoria degli interessi legittimi) salvi una serie di casi (peraltro non marginali) in cui è prevista in ordine ad alcune categorie di queste controversie, la giurisdizione ordinaria.

2. *Sui modelli di "giustizia amministrativa"*

Per comprendere il sistema da noi vigente della giustizia amministrativa, intesa nel più ristretto senso di cui sopra, occorre un breve *excursus* sulla formazione del sistema stesso, nella nostra esperienza, che presenta aspetti peculiari rispetto a quella di altri Paesi dell'area.

Ma, in premessa, occorre tener presente che le controversie che possono insorgere nell'ambito dei rapporti tra lo

Stato (i pubblici poteri, le pubbliche amministrazioni) e i cittadini e le loro organizzazioni, possono seguire (e storicamente hanno seguito nell'esperienza dello Stato moderno) tre differenti modalità di cognizione e di risoluzione. E d'altro canto, gli organi deputati a dette funzioni, possono seguire (come storicamente dimostrato) tre differenti modelli.

Ovviamente, si tratta delle controversie a carattere giuridico, nelle quali si pretende un qualcosa da parte di qualcuno la cui situazione soggettiva si ritiene giuridicamente protetta, come quella che a lui assicura un bene della vita che egli pretende gli sia stato negato. Altra cosa sono le controversie di mero fatto (che possono anche acquisire importanza sul piano politico e sociale) che insorgono nei rapporti della vita sociale.

Secondo un primo modello, che si può denominare della giurisdizione unica, le controversie sono attribuite alla giurisdizione ordinaria, come controversie civili (equiparati i rapporti giuridici interprivati ai rapporti dei cittadini con lo Stato che si svolgono gli uni e gli altri nell'ambito delle leggi e nel rispetto delle reciproche posizioni quali stabilite dalle leggi); pur con qualche deroga di carattere procedurale, tenendo conto delle peculiarità di questi rapporti. In questo modello non esiste un giudice speciale per le controversie di diritto pubblico, ma al più organi specializzati nell'ambito dell'organizzazione giudiziaria comune e strumenti procedurali per qualche aspetto diversificati nell'ambito della procedura comune (quella in vigore per le cause civili).

Nel secondo modello, si riconosce il pieno carattere giuridico dei rapporti (e perciò delle controversie dei cittadini con le pubbliche amministrazioni agenti nell'esercizio dell'autorità) secondo i noti principi di legalità, di soggezione dell'amministrazione alla legge, di riconoscimento di diritti anche nei confronti dei pubblici poteri (caratterizzanti lo Stato moderno), come nel primo modello; ma le controversie vengono affidate alla cognizione di giudici speciali (il giudice amministrativo, appunto) e seguono una procedura (la

legge del processo) propria, del tutto differenziata dal diritto processuale comune (il processo amministrativo, appunto). Questo secondo modello (in vigore da noi e nella gran parte dei Paesi dell'Europa continentale) trova giustificazione in ragioni storico-ideologiche, come vedremo, residuo dell'antico principio della divisione dei poteri, ma anche in ragione della peculiarità delle controversie di diritto pubblico (nelle quali sempre si disputa intorno all'esercizio del potere, cioè ad una funzione di governo della collettività) che possono richiedere particolari sensibilità e competenze da parte dei giudici e strumenti di tutela differenziati. Nella risoluzione di queste controversie è sempre presente un certo tasso di politicità (la "rilevanza politica della lite" di cui parlava *Carnelutti*), l'interesse pubblico sullo sfondo della controversia, che resta tuttavia una controversia tra parti.

Secondo un terzo modello (storicamente comparso per primo negli ordinamenti della nostra area, e poi evoluto nel secondo modello) le controversie con le pubbliche amministrazioni (come tali, perché attengono ad affari di Pubblica Amministrazione e non ad affari privati) sono sottratte alla giurisdizione e affidate a strumenti di risoluzione di competenza di organi amministrativi a tal fine espressamente previsti, ovvero affidate agli stessi organi dell'amministrazione attiva secondo procedimenti a carattere amministrativo. Qui il principio della divisione dei poteri appare nella sua applicazione più rigida, laddove configura la giurisdizione come funzione dello Stato intesa alla risoluzione delle controversie tra privati, e l'amministrazione come funzione dello Stato intesa alla cura di interessi della collettività. E perciò eventuali controversie che insorgono in quest'ambito sono risolte dalla stessa Pubblica Amministrazione: l'amministrazione è soggetta alla legge ma non è soggetta alla giurisdizione ed è dalla stessa del tutto separata.

Premesse queste così schematiche delucidazioni teoriche, vediamo come il sistema si è evoluto da noi sino ad assumere l'attuale assetto, che sarà poi puntualmente esposto in

termini positivi (e sulla base dei principi costituzionali, per alcuni aspetti conservativi della precedente esperienza, per altri aspetti innovativi, come si vedrà).

3. *Sulla formazione storica del sistema di giustizia amministrativa. Le origini*

Il punto di partenza della nostra rapida rassegna è rappresentato dalle leggi rivoluzionarie francesi, secondo un disegno successivamente perfezionato sotto il regime napoleonico, incentrato sul principio (che assume un valore politico ideologico) della separazione tra la *giurisdizione* (cioè la funzione di giudicare delle controversie insorte nell'ambito del corpo sociale nell'oggettiva applicazione delle leggi) come funzione affidata a organi composti da magistrati ordinari indipendenti dall'Esecutivo, e l'*amministrazione* come funzione di governo esercitata da organi dipendenti (e controllati) dall'Esecutivo nella cura di interessi della collettività. In ciò le leggi rivoluzionarie si staccavano dalla tradizione dell'Antico Regime, nel quale frequente era la commistione tra le une e le altre funzioni e la cognizione da parte di organi giudicanti come i Parlamenti, di affari concernenti l'esercizio delle funzioni di amministrazione.

Invero, già l'*Édit de Saint Germain* (1641) aveva vietato ai Parlamenti di conoscere di tutti gli affari "*qui peuvent concerner l'Etat, administration et gouvernement d'icelui*", precisando che le Corti di giustizia "*n'ont été établie, que pour rendre justice à nos sujets*". Ma, a partire dalla legge rivoluzionaria del 22 déc. 1789, divenne chiaro il principio della separazione: "*les administrateurs de département et de district ne pourront être troublés dans l'exercice de leurs fonctions par aucun acte du pouvoir judiciaire*"; e, con la successiva legge del 16-24 août 1790, fu ribadito che "*les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparés des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de*

forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs". E con la legge del 7-14 octobre 1790: "*les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux*" (principio che fu inteso nella successiva evoluzione della giurisprudenza amministrativa come quello, di portata generale, che sottrae ai giudici comuni il potere di annullare gli atti amministrativi). Il successivo décret du 16 fructidor an III (3 sept. 1795) ribadiva ancora: "*défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque nature qu'ils soient, aux peines de droit*".

Con la Costituzione dell'anno VIII (22 frimaire – 13 décembre 1899) e la successiva legge del 28 pluviôse (17 febbraio 1800) fu istituito il Consiglio di Stato con attribuzioni contenziose e i Consigli di prefettura in periferia.

Quindi, l'esigenza di risolvere le controversie insorgenti tra Stato e cittadini nei rapporti con le pubbliche amministrazioni (nelle loro diverse articolazioni) si tradusse (acquistando pieni contorni durante il regime napoleonico) nella formazione nell'ambito stesso dell'amministrazione di organi collegiali composti da membri nominati dall'Esecutivo, e perciò non indipendenti (tuttavia spesso autorevoli segnatamente nell'organo di vertice), cui furono affidate dette funzioni.

Presso ogni Prefettura, Consigli di Prefettura (di Governo) presieduti dallo stesso Prefetto e al centro, sotto la diretta guida dell'imperatore, il Consiglio di Stato (organo di massima consulenza dell'imperatore e dell'Esecutivo), articolato in una speciale Sezione del Contenzioso, per il disbrigo degli affari contenziosi, in alcune materie per via diretta, in altre su reclamo dei cittadini avverso le decisioni dei Consigli periferici.

Questo è l'atto di nascita del sistema del contenzioso amministrativo (che successivamente ma assai lentamente evolverà nella giurisdizione amministrativa) secondo un modello (il c.d. modello francese, appunto) che troviamo riprodotto

negli Stati della penisola nel periodo della dominazione francese, e successivamente ripreso, pur con alterne vicende, negli Stati ricostituitisi dopo la caduta di Napoleone nel periodo della Restaurazione.

4. *Nello Stato piemontese*

Per quanto di nostro interesse, lo Stato piemontese (il Regno di Sardegna) le cui istituzioni, come è noto, furono ereditate dal Regno d'Italia dopo la sua formazione nel 1861, e perciò di queste sono l'antecedente storico (venendo soppresse, salve marginali eccezioni, le istituzioni degli altri Stati), con il Regio Editto del 29 ottobre 1847, aveva costituito i Consigli di Intendenza come giudici ordinari del contenzioso amministrativo (corrispondenti ai Consigli di Prefettura francesi), le cui competenze si estendevano a una serie di materie di amministrazione pubblica minuziosamente elencate dalla legge (che escludeva tuttavia le controversie sui diritti di proprietà o alle proprietà inerenti). Le decisioni dei Consigli potevano essere reclamate davanti alla Camera dei conti. Mentre sui *conflitti* che potessero insorgere intorno ai limiti di questa "giurisdizione" (nei suoi rapporti con l'amministrazione attiva) decideva il Re, sentito il Consiglio di Stato (istituito nel 1831 sul modello francese).

Questo sistema, dopo alcuni tentativi di riforma andati a vuoto, fu ridisegnato dalla legge del 30 ottobre 1859 (nell'ambito di un vasto pacchetto di riforme legislative varato dal Governo Rattazzi con i "pieni poteri" acquisiti nel periodo di guerra) acquistando la sua forma definitiva, ancora nell'ambito del modello originario, con i Consigli di governo in periferia, e ponendo al centro, come organo vertice del sistema, il Consiglio di Stato in luogo della vecchia Camera dei conti (soppressa con l. 7.11.1859). I "*giudici ordinari del contenzioso amministrativo*", come vengono definiti i Consigli di governo, pur nella dubbia loro natura (perché

dislocati nell'ambito dell'organizzazione amministrativa e formati da membri nominati dall'Esecutivo) vengono configurati come veri e propri organi giurisdizionali nell'esercizio delle funzioni contenziose, sulla base di una procedura che assicura il contraddittorio delle parti; e le loro sentenze una volta divenute definitive acquistano la forza di cosa giudicata (l. 30.10.1859 n. 3708 sui Consigli di governo; l. 30.10.1859 n. 3707 sul Consiglio di Stato).

Le competenze contenziose di questi organi si estendono ad una serie assai vasta di materie (ancora una volta minutamente elencate dalla legge), distinte tra controversie intorno a diritti, come quelle relative al risarcimento dei danni prodotti da attività private ma autorizzate dall'amministrazione (come trasporti di legname a galla, come attività di ricerca di miniere su terreni privati, etc.), quelle relative ai contratti di appalto tra privati e pubbliche amministrazioni; controversie in materia di imposte e altre entrate pubbliche; controversie relative ai rapporti di impiego con i Comuni (ma non quelle in materia di impiego statale, sottratte al contenzioso); e controversie "di puro diritto amministrativo" (come le definisce *Cammeo*) che successivamente si sarebbero qualificate come quelle nelle quali si fa questione di "semplici interessi", come ad esempio in ordine al regime delle strade, al regime delle acque, al regime forestale, e molte altre.

Le controversie contabili decise dai Consigli di governo in primo grado, erano deferite alla Corte dei conti (istituita con l. 8.11.1859) in appello. Altre controversie (come quelle, tuttora rimaste nell'ambito della competenza del Consiglio di Stato, relative ai rapporti tra lo Stato e i suoi creditori) furono lasciate alla cognizione del Consiglio in primo ed unico grado.

La elencazione fu considerata non esaustiva e furono ritenute di competenza dei Tribunali del contenzioso tutte le controversie, analoghe a quelle enumerate, nelle quali fosse presente l'Amministrazione come parte in causa e nelle qua-

li si facesse questione “sopra un diritto leso da un atto amministrativo” (*Cammeo*). Ma molteplici categorie di controversie involgenti “semplici interessi” di cittadini nei confronti dell’Amministrazione restavano sottratte alla cognizione dei Tribunali del contenzioso e lasciate alla mera valutazione dell’autorità amministrativa o ai ricorsi al Re (così, ad esempio, in ordine agli atti, citiamo ancora *Cammeo*, “*di polizia edilizia, sanitaria, demaniale, etc., ancorché viziati di illegittimità sostanziale o formale o di flagrante ingiustizia, nonché in tutti i rapporti fra impiegati e Stato ed in altri analoghi che oggidi invece costituiscono l’obbietto principale della giurisdizione amministrativa*”).

Mentre le controversie di mero diritto privato restavano di competenza della giurisdizione ordinaria, nonché alcune controversie, pur concernenti rapporti di diritto pubblico, espressamente attribuite alla giurisdizione ordinaria, come quelle in materia di imposte indirette, di espropriazione (anche circa la legalità dei decreti di espropriazione), di elettorato.

Le controversie che insorgono nell’ambito delle materie elencate dalla legge o ad esse analoghe (di diverso tipo, risarcitorie, ripristinatorie, etc.) vengono comunque attratte nella “giurisdizione” degli organi del contenzioso. Insomma, una competenza per blocchi di materie, si direbbe oggi, cui corrispondono blocchi di controversie a prescindere dalla tipologia giuridica delle stesse. Una giurisdizione piena, in ordine a queste controversie, non ponendosi alcuna difficoltà di ordine politico ideologico (fondata sul principio della divisione dei poteri che sta alla base, come si è accennato, del sistema del contenzioso) affinché questi “giudici”, perché interni all’amministrazione, conoscessero degli affari dell’amministrazione. Tuttavia, secondo l’opinione prevalente (che resta incerta) i Tribunali del contenzioso non avevano senz’altro il potere di annullare o revocare gli atti amministrativi, restando prerogativa, questa, delle stesse autorità amministrative o del Sovrano.

5. La “*giurisdizione unica*”

All'indomani della formazione del nuovo Stato nazionale, il sistema del contenzioso piemontese, esteso a tutte le province con alcune eccezioni, divenne oggetto di diffuse critiche, tali da evidenziarne l'incompatibilità con i principi liberali (di Stato di diritto) che dovevano ispirare, nella convinzione dei suoi principali esponenti politici e intellettuali, il nuovo Stato. Fondamentalmente, si trattava di due linee critiche. La prima di carattere, si può dire, organizzativo: i Tribunali del contenzioso amministrativo (ai quali, si badi bene, erano affidate anche cause nelle quali si faceva questione di veri e propri diritti) non potevano essere considerati “giudici” perché dislocati nell'ambito del Potere Esecutivo e composti di membri di nomina governativa, e perciò ad essi non poteva essere affidata, in uno Stato di diritto, la tutela di diritti dei cittadini nei confronti delle pubbliche amministrazioni. La seconda linea critica, strettamente connessa, si incentrava sul contrasto di tale sistema di tutela, rispetto al principio, considerato fondamentale in tale tipo di Stato, che la tutela dei diritti a fronte di qualunque tipo di violazione e da chiunque commessa (quindi anche nei rapporti con lo Stato, nei casi in cui si potessero reclamare diritti nell'ambito di questi rapporti) dovesse necessariamente essere affidata ai Tribunali ordinari.

Emergeva in questi dibattiti l'esempio della Costituzione belga del 1831 che proprio sulla base di questi principi aveva attribuito le controversie con le pubbliche amministrazioni nelle quali si facesse questione di diritti alla competenza dei tribunali ordinari. E sullo sfondo, emergeva anche il modello inglese del giudice unico e la ricorrente critica del pensiero liberale inglese (e non solo, ché autorevoli voci si levavano in tal senso anche in Francia) verso il modello francese del contenzioso amministrativo, guardato come creatura del giacobinismo e dell'autoritarismo napoleonico.

Il movimento abolitivo inteso alla introduzione in Italia

della giurisdizione unica, dopo alcuni progetti (*Minghetti*, del 27 aprile 1862; *Peruzzi*, del 29 maggio 1863) presentati nei primi anni di vita dello Stato unitario, e dopo lunghe e assai approfondite discussioni parlamentari (uno dei più alti momenti della vita delle nostre istituzioni parlamentari), si tradusse nella c.d. legge abolitiva del contenzioso amministrativo, come allegato E) della l. 20.3.1865 n. 2248, di unificazione amministrativa del Regno.

La legge (ancora in vigore, com'è noto) prevede all'art. 1, la soppressione dei Tribunali "*speciali attualmente investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo*" e all'art. 2, attribuisce ai Tribunali ordinari "*tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata al pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa*".

Come si accennava a proposito dei principi, la norma individua i diritti civili (quelli politici si riferivano essenzialmente alla materia elettorale), cioè i diritti che ciascun soggetto possiede o può acquisire nell'ambito dei rapporti civili che ad esso fanno capo (di proprietà e gli altri diritti reali, i diritti di credito nell'ambito dei rapporti contrattuali, i diritti di libertà garantiti dalle leggi, i diritti di esercitare attività commerciale o industriale, etc.) come quelli che vengono tutelati come tali (anche) nei confronti delle pubbliche amministrazioni, dagli stessi giudici competenti nelle controversie civili. Il testo non dava luogo ad equivoci su questo punto, laddove sottolineava che questa tutela si estendesse ad ogni tipo di controversia con le pubbliche Amministrazioni, anche laddove la lesione del diritto avvenisse in virtù, appunto, di provvedimenti amministrativi ("del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa"); cioè in ogni caso e senza eccezioni.

Ma di che tipo di tutela si trattava, secondo la legge? Invero, il legislatore non intese andare fino in fondo (diciamo

così) nell'applicazione del principio (cioè affidare senz'altro al giudice ordinario le controversie con le pubbliche amministrazioni secondo il diritto processuale comune) ma pose alcune limitazioni nei modi della tutela, riecheggiano esigenze di compatibilità tra il sistema della giurisdizione unica e il principio della divisione dei poteri (analoghe limitazioni erano state previste nell'ordinamento belga). E perciò, laddove la controversia cadesse *“sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa”* (i *“provvedimenti”* di cui all'art. 2) *“i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio”* (art. 4). E ancora, che l'atto *“non potrà essere rinvocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative”*, le quali tuttavia, aggiungeva la norma (come punto di mediazione tra le diverse posizioni parlamentari emerse nel dibattito) *“si conformeranno al giudicato dei tribunali per quanto riguarda il caso deciso”* (quindi affermando la sottoposizione dell'amministrazione alla giurisdizione).

Il testo è assai complesso e contiene diverse proposizioni normative. Da una parte, limita la cognizione del giudice circa la legittimità dell'atto amministrativo che si presume da parte dell'attore abbia leso il suo diritto (e la considerazione della lesione presuppone la valutazione della non conformità dell'atto rispetto alla legge, ché in caso di conformità non c'è lesione giuridicamente tutelabile), a quanto concerne gli effetti che esso abbia prodotto nella sfera protetta del soggetto; senza che da ciò possano derivare effetti sull'atto in quanto tale, circa la sua capacità di produrre effetti nell'ambito di altri rapporti e successivamente nel tempo. È il diritto che viene tutelato dal giudice rimuovendo le conseguenze dannose prodotte dall'atto lesivo, una volta riscontrata la non conformità alla legge, la sua illegittimità diciamo oggi. L'atto viene disapplicato (come specifica il successivo art. 5) in ordine agli effetti prodotti nella sfera giuridica del soggetto agente, cioè viene considerato

come non produttivo di effetti in tale sfera; ma come tale, come atto giuridico, non subisce conseguenze per effetto diretto della sentenza, e resta in vigore.

La limitazione in questione, peraltro, si presentò di portata ben maggiore di quella contemplata dalla lettera della norma. Essa fu infatti originariamente interpretata in termini più generali, quale, cioè, generale divieto di ingerenza nell'attività amministrativa. In questo senso, essa avrebbe sotteso il divieto di una generale tutela in forma specifica (in particolare, di condanna ad un *facere*), di cui l'annullamento dell'atto rappresentava l'espressione più elevata.

Inoltre, la norma stessa prevede che, in relazione all'illegittimità dell'atto, l'autorità amministrativa competente per l'annullamento o la revoca, o la modifica dell'atto, si sarebbe dovuta conformare alla sentenza del giudice; "*per quanto riguarda il caso deciso*", specifica la norma, cioè con riferimento alla tutela del diritto sacrificato, e non con effetti generali. Ma questo obbligo di conformarsi al giudicato, pur con questi limiti, non fu accompagnato da alcuna sanzione per la sua violazione.

La tutela dei diritti nei rapporti con le pubbliche Amministrazioni si trovava ad essere, quindi, sotto più profili dimidiata; mentre, se il sistema fosse stato applicato nella sua pienezza, esso avrebbe potuto costituire un valido presidio dei cittadini a fronte degli abusi del potere.

Ma, al di là di queste limitazioni di tutela dei diritti, la carenza del sistema di tutela instaurato nel 1865 con l'abolizione dei Tribunali del contenzioso, si rivelò anche (e piuttosto) un'altra, già ampiamente rilevata in sede parlamentare dagli oppositori della riforma; cioè di tenere al di fuori di ogni forma di tutela giurisdizionale (a differenza di ciò che accadeva nella vigenza del vecchio contenzioso) le controversie che potessero instaurarsi con le pubbliche Amministrazioni (a fronte di illegalità ed abusi da esse commessi) a tutela di posizioni del cittadino non rapportabili all'ambito dei diritti (posizioni di semplice interesse, come si diceva).

Queste controversie restavano affatto prive di tutela da parte di organi tali da garantire una adeguata procedura e decisioni formalizzate ed efficaci; come accadeva nella vigenza del vecchio contenzioso pur nella dubbia posizione che avevano quei “tribunali”. La legge, all’art. 3, accomunava tutte queste possibili controversie come “*affari non compresi nell’articolo precedente*” (cioè nei quali non si facesse questioni di diritti) che restavano “*attribuiti alle Autorità amministrative*” attraverso il sistema dei ricorsi amministrativi (peraltro mai decollato con qualche efficacia); oltre che attraverso i ricorsi al Re, non menzionati dalla norma, ma compresi nel sistema. Insomma, l’idea (astratta e ideologica) del legislatore era nel senso che solo controversie coinvolgenti diritti (in senso civilistico) avessero dignità giuridica, e perciò necessitassero di un giudice e di una giurisdizione; mentre le altre fossero di mero fatto e perciò potessero essere lasciate alla “graziosa” cognizione dell’autorità amministrativa (che il cittadino, in tal caso, “si rassegni!”, disse il Mancini nel corso di una discussione alla Camera); senza tener conto del fatto (ampiamente richiamato da esponenti dell’opposizione) che controversie di questo tipo (salve eccezioni anche qui presenti, come s’è accennato) una forma di tutela l’avevano, pur dubbiosa e limitata, nel vigore del sistema del contenzioso. E nell’esperienza francese (sulla quale il nostro contenzioso era modellato) queste controversie venivano acquistando ricca consistenza nel sindacato sull’*excès de pouvoir*, costruito con tenace vigore dal *Conseil d’Etat*.

Nell’ambito della stessa legge, in all. D), furono conservate al Consiglio di Stato alcune attribuzioni contenziose (sulle controversie tra lo Stato e i suoi creditori, su quelle relative alle rispettive attribuzioni delle potestà civili ed ecclesiastiche, e poche altre) oltre alle attribuzioni consultive nei confronti del Governo e del Sovrano (e tra esse assai importante, l’espressione dei pareri sui ricorsi al Re, che mantennero nel nuovo sistema il ruolo di (unico) presidio della giu-

stizia nell'amministrazione). E in capo al Consiglio di Stato (corpo rimasto estraneo al profondo processo riformatore che aveva condotto alla legge del 1865) fu conservata la competenza a risolvere i conflitti che potessero insorgere tra giurisdizione ordinaria e autorità amministrative (circa la rispettiva competenza a conoscere delle controversie con le pubbliche Amministrazioni, ai sensi degli artt. 2 e 3 della stessa legge); che acquistavano ben maggiore consistenza (direi anche, politica) rispetto ai conflitti dei quali il Consiglio conosceva nel precedente sistema, insorgenti tra Tribunali del contenzioso e amministrazione attiva (che si potrebbero considerare, rispetto a quelli del nuovo sistema, come conflitti "in casa"!).

Questa scelta (che trovò adesioni tra gli stessi fautori della giurisdizione unica!) introdusse nel nuovo sistema un ulteriore fattore di contraddizione e ambiguità e un potente freno all'applicazione della riforma nelle sue pur rilevanti (nonostante le "limitazioni") potenzialità: era, infatti, il Consiglio di Stato a decidere se, in una determinata questione, il privato avesse o meno un diritto, e quindi il suo accesso al giudice fosse o meno ammissibile. E i numerosi "conflitti" che nei primi anni di vita della nuova legge furono (con durezza e ottusa determinazione, si direbbe) sollevati dall'autorità amministrativa davanti al Consiglio di Stato, per presunte invadenze della giurisdizione (in occasione di controversie portate davanti ai tribunali) nelle prerogative dell'amministrazione, furono risolti prevalentemente in favore della competenza amministrativa, mostrando in genere un approccio del tutto inconsapevole delle novità introdotte dalla nuova legge.

In particolare, emerge in questa giurisprudenza (e fu poi teorizzata in dottrina) la distinzione tra atti di impero e atti di gestione nell'ambito degli atti e provvedimenti dell'autorità amministrativa, che la legge viceversa accomunava senza distinzioni come quelli che potessero ledere diritti e perciò dare luogo a controversie davanti ai tribunali ordinari. E

laddove la lesione risultasse prodotta da atti di impero (più tardi si sarebbe detto, semplificando un po' il discorso, atti imperativi, e oggi, invece, atti autoritativi) fu in genere riconosciuta la competenza dell'autorità amministrativa, in ispregio della lettera e anche dello spirito della legge.

Soltanto nel 1877, a seguito di dibattiti e polemiche intorno alla non attuazione della riforma del 1865, il legislatore si decise ad intervenire (anche qui a seguito di importanti lavori parlamentari) attribuendo la competenza in ordine ai *conflitti* alla Corte di Cassazione romana allora costituita, in un suo organo di vertice, le Sezioni Unite; tuttora competente a Cassazione unificata (le altre Corti furono soppresse nel 1924) in ordine ai conflitti e sulle questioni di giurisdizione, come vedremo. La l. 31.3.1877 n. 3761, fu vista, ed effettivamente per questa parte lo fu, come necessario completamento della riforma del 1865, uscita per questa parte del tutto incoerente, ch  mentre affermava il principio della giurisdizione unica conferiva funzioni di "arbitro" dei confini della giurisdizione stessa ad un organo, sia pur elevatissimo, estraneo alla giurisdizione e connesso all'apparato di Governo!

6. Verso la "giurisdizione amministrativa"

Ma nel medesimo periodo, si verific  un'importante modificazione del quadro politico, a seguito della caduta della Destra storica (marzo 1876) con le dimissioni del Governo Minghetti. L'avvento della Sinistra, e il contestuale formarsi dei primi partiti politici dette luogo a sempre maggiore politicizzazione dell'amministrazione rendendo pi  frequente (nel giudizio diffuso dell'opinione pubblica e di autorevoli commentatori) parzialit  ed abusi nell'esercizio delle funzioni amministrative. Questo fenomeno, peraltro presente in ogni epoca e in qualche misura inevitabile (e certamente non assente anche nel periodo anteriore) si veniva accen-

tuando anche per fattori oggettivi, cioè per l'estendersi progressivo dei compiti della Pubblica Amministrazione a settori nel campo economico sociale, prima estranei alla sfera pubblica.

Questi dati di fatto, insieme alla accentuata consapevolezza che il sistema di tutela dei cittadini a fronte del potere pubblico, inaugurato dalla legge del 1865 e completato con la legge del 1877, fosse del tutto insufficiente ai suoi stessi scopi, e del tutto carente nella sua limitazione alla considerazione come giuridiche (e perciò tutelabili) delle sole controversie concernenti i diritti, lasciando tutti gli altri "affari" (nell'ambito dei quali allo stesso modo e forse peggio si commettevano ingiustizie ed abusi) alla cognizione "interna" delle autorità amministrative, avviarono un importante movimento di opinione pubblica (politico culturale) inteso alla "giustizia nell'amministrazione", con il dichiarato intento di rivedere radicalmente il sistema di tutela.

Si giunse, dopo alcuni tentativi di riforma, all'approvazione della legge del 1889 (31 marzo, n. 5992) su proposta del *Crispi*, Ministro dell'interno nel Governo Depretis, la quale, pur con molte ambiguità e senza far chiarezza in ordine alle compatibilità del nuovo con il vecchio (cioè con il sistema di tutela giurisdizionale dei diritti di cui alla legge del 1865), ha inaugurato il nostro sistema di giustizia amministrativa che nella sostanza si è prolungato sino ad oggi.

Con la legge Crispi si intese sopperire alla indicata lacuna della legge del 1865, segnatamente laddove essa aveva lasciato "scoperti" gli "affari" di cui all'art. 3, circa i quali la cognizione da parte di un giudice o comunque di un organismo non connesso all'amministrazione attiva, era ormai reclamata come esigenza ineludibile per contrastare ingiustizie ed abusi accentuatesi nell'esercizio dell'amministrazione nell'ambito di un sistema di governo parlamentare (o "di partito"). Insomma, coprire gli ambiti di tutela lasciati scoperti dalla precedente legge. Completare il sistema di tutela da questa inaugurata. E fu punto fermo nell'elaborazione della