

# La giustizia amministrativa prima e dopo l'Unità: il contenzioso amministrativo, la sua abolizione e l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato

Francesco Astone

## 1. Premessa

Il sistema italiano di giustizia amministrativa è formato a seguito di una serie di interventi operati dal legislatore in epoche diverse e sulla scorta della interpretazione che dottrina e giurisprudenza hanno, nel tempo, dato di tali atti normativi e dei principi cui essi davano attuazione.

Largamente condizionata, nella sistematica e nei principi fondanti, dalla legislazione e dai sistemi di tutela vigenti negli Stati preunitari, naturalmente anche dal clima politico e culturale dell'epoca, la tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, nel suo primo assetto post unificazione, si snoda lungo direttrici non del tutto lineari e si presenta come non ordinata in un unico testo normativo; tuttavia, nel panorama della legislazione di settore postunitaria (e per la costruzione ed il successivo consolidamento del sistema di giustizia amministrativa, importanza fondamentale assume anzitutto l'allegato E della legge n. 2248 del 1865, di abolizione dei Tribunali di contenzioso amministrativo che segna i limiti della giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione.

Sino ad allora la giustizia amministrativa era un arnese rudimentale, composto da una serie di ricorsi a commissioni amministrative interne all'amministrazione (il contenzioso amministrativo) - se non al principe, secondo uno schema tipico dei governi assoluti -, cui negli Stati pre-unitari era affidata la difesa dei diritti individuali dei cittadini.

## 2. La legislazione preunitaria sulla giustizia amministrativa profili generali

Come viene puntualmente evidenziato nella manualistica, nella costellazione delle legislazioni preunitarie, l'unica che abbia avuto effettiva (e diretta) influenza sulle scelte ordinarie operate dal legislatore all'indomani della unificazione, è quella piemontese; ma va parimenti segnalato come occorra tener conto, nel contesto dell'analisi storico-giuridica della formazione del nostro sistema di giustizia amministrativa delle altre legislazioni pre-unitarie. Ciò è utile - ed anzi necessario - al fine di una migliore comprensione dell'evoluzione dell'ordinamento; e consente di dar conto del clima politico e culturale in cui maturarono le scelte fondamentali

---

<sup>1</sup> M. Bertetti, *Il contenzioso amministrativo in Italia*, Editore l'Autore, Torino 1865; ma anche A. Pezzana, *Le esperienze degli organi di giustizia amministrativa degli stati preunitari*, in *Relazione alla riforma del 1889*, in *Studi per il centenario della IV Sez.*, Giuffrè, Milano 1977.

<sup>2</sup> C. Ghisalberti, *Contributi alla storia delle amministrazioni preunitarie*, Giuffrè, Milano 1963.

<sup>3</sup> M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, «Il Mulino», ult. ed., in specie cap. IV, 51 ss.; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. II, Giuffrè, Milano 1958.

operate nel 1865.

Per una definizione di contenzioso amministrativo che tenga conto della dimensione storica del tema<sup>4</sup>, può dirsi che il termine indica e ad un tempo riassume il complesso di organi, commissioni e tribunali, separati dai tribunali ordinari, e competenti a dirimere le liti tra i privati, istituiti a livello centrale e periferico.

Istituti, sia pure rudimentali, di giustizia amministrativa esistevano in molti Stati assoluti, e naturalmente anche negli Stati pre unitari. A Napoli, ad esempio, ha a lungo operato quella Regia Camera della Sommaria che, secondo le più accreditate ricostruzioni, costituì per tre secoli e mezzo un vero e proprio supremo tribunale amministrativo della monarchia meridionale.

L'invasione napoleonica, tuttavia, cancellò tutte queste istituzioni ed estese in Italia i principi e gli istituti del contenzioso amministrativo vigente in Francia. Ed infatti, a partire dalla instaurazione del Regno d'Italia nel 1805, vennero creati, quali organi di giustizia amministrativa secondo lo schema francese, un Consiglio di Stato e dei Consigli di prefettura con poteri molto simili a quelli che erano stati attribuiti agli omologhi d'oltralpe<sup>5</sup>. Tuttavia, la restaurazione determinò il venir meno delle Autorità cui era affidata la tutela del cittadino, ma non le esigenze e le ideologie di cui quelle erano espressione; ed anzi il contenzioso venne via via reintrodotta, in quanto ritenuto non del tutto incompatibile con i nuovi regimi insediatisi dopo la restaurazione.

Più in particolare, il sistema del contenzioso amministrativo fu adottato, in successione cronologica, nel regno di Napoli (1817), negli Stati pontifici (1835), nel regno del Piemonte (1842); fu conservato nel Ducato di Parma ma non nel Lombardo-Veneto e nel Ducato di Modena.

In Toscana, secondo Camme<sup>6</sup>, vigeva un sistema di contenzioso amministrativo, sia pure con competenza non generale, ma stabilita per categorie di materie<sup>7</sup>. Gli organi operanti in Toscana erano veri e propri organi di giurisdizione amministrativa, come la Corte dei conti, il Consiglio di Stato e il Consiglio di prefettura: la giurisdizione di primo grado del Consiglio di prefettura e quella d'appello del Consiglio di Stato sui ricorsi prodotti da ogni interessato contro qualunque deliberazione dei Consigli comunali viziata da nullità per difetto di forma e violazione di legge - legge 20.11.1849, artt. 6 e 62 -, era assai prossima per oggetto e presupposto alla giurisdizione generale di legittimità introdotta in Italia nel 1889 con la legge Crispi.

### 3. Il contenzioso amministrativo nel Regno di Napoli

Di queste legislazioni, quella che più ha influito sull'assetto del sistema di giustizia amministrativa post unificazione è certamente la piemontese: ma di sicuro interesse è anche quella del Regno di Napoli<sup>8</sup>.

Per impulso di Ferdinando di Borbone - e dopo l'unificazione

---

<sup>4</sup> G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, VII ed., Giuffrè, Milano 1998, sottolinea la rilevanza della progettiva diacronica e ricostruttiva ai fini della corretta comprensione del "...significato e la portata delle singole disposizioni...attraverso la conoscenza del loro successivo divenire e delle varie esigenze e tendenze, a cui volta a volta, con la loro emanazione, si intese provvedere".

<sup>5</sup> P. Aimò, *Le origini della giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano 1990, 7 ss..

<sup>6</sup> Vedi in proposito il suo *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, s.d.

<sup>7</sup> I. Rignano, *Diritto pubblico interno della Toscana*, Firenze 1857, 157.

<sup>8</sup> G. Landi, *Istituzioni di diritto pubblico del Regno delle Due Sicilie (1815/1861)*, due vol., Giuffrè, Milano 1977; M. Salvati, *La formazione degli atti della pubblica amministrazione borbonica negli anni della Restaurazione*, in *Studi in memoria di Nino Cortese*, Istituto per la Storia del Risorgimento Italiano, Roma 1976, 468.

amministrativa della Sicilia a Napoli, operata con le leggi del 1816<sup>9</sup>, si pose mano, nel nuovo Regno delle Due Sicilie, alla redazione di cinque codici (civile, penale, di procedura civile, procedura penale e del commercio), entrati in vigore il 1 settembre 1819<sup>10</sup> (con legge 26 marzo 1819, n. 1542).

La legislazione napoletana di quel periodo segnala allo studioso per varie ragioni.

Napoli fu il primo stato italiano a ripristinare dopo la restaurazione<sup>11</sup> un contenzioso amministrativo (legge 21.3.1817, prima valevole per le sole province continentali e poi, nel 1838, estesa anche alla Sicilia). Si trattava di un contenzioso di carattere generale, essendo attribuite alla giurisdizione della Gran Corte dei conti (e precisamente, alla prima delle sue tre sezioni, la Camera del contenzioso amministrativo), in appello, e dei Consigli d'intendenza, in primo grado, le controversie relative alle strade pubbliche; ai beni dello stato e dei comuni; alle opere e lavori pubblici; alle pubbliche contribuzioni; agli oggetti dell'amministrazione militare; alle leggi sulla navigazione; alla contabilità dei soggetti pubblici; alle autorizzazioni dello stato e altri soggetti pubblici a stare in giudizio (art. 4) alla validità e interpretazione dei contratti dell'amministrazione (art. 8); restando ai giudici ordinari la competenza sulle azioni tendenti a rivendicare la proprietà di un immobile, sulle questioni di stato delle persone e sulle azioni civili di qualunque natura nelle quali non vi fosse stata contestazione di legalità, validità o interpretazione di un atto della pubblica amministrazione naturalmente, nella misura in cui essa vi fosse direttamente (o indirettamente) interessata (art. 5). Le decisioni della Corte dei conti non erano esecutive senza l'approvazione del Re, in ossequio al sistema della giustizia ritenuta. La "giudicatura amministrativa"<sup>12</sup>, oltre che per la completezza della sua struttura e per la rigorosa, minuziosa (e non priva di garanzie per le parti), disciplina del procedimento davanti a quei giudici (la legge 25.3.1817 promulgò un vero e proprio codice della procedura del contenzioso amministrativo di 263 articoli), si segnala per la continuità che per il tramite della sua introduzione, venne stabilita con gli ordinamenti prerivoluzionari; per il movimento di pensiero, e di pensiero scientifico amministrativo in particolare, di cui essa fu espressione (si pensi per tutti, oltre che all'influenza del Romagnosi, agli scritti di Rocco, Manna, Liberatore e Dias); infine, per la chiara consapevolezza delle ragioni «politiche» degli istituti amministrativi, con sorprendente anticipazione delle raffinate prospettazioni della scienza giuridica tedesca, che ispira l'azione degli uomini di governo riformatori e, in primo luogo, di De Medici, il ministro al quale si deve, in particolare, la legge del 1817<sup>13</sup>.

La legislazione napoletana, peraltro, è di sicuro interesse per lo storico del diritto e per l'amministrativista nella misura in cui, in essa, emergono molti profili problematici che accompagneranno poi (e accompagnano ancora) il funzionamento degli organi di giustizia amministrativa: primo fra tutti, il problema dei conflitti, di competenza e di giurisdizione, fra i diversi giudici del

<sup>9</sup> Leggi dell'8 e dell'11 dicembre 1816, in *Collezione delle leggi e dei decreti*, anno 1816, 407/414.

<sup>10</sup> Cfr. D. Novarese, *Istituzioni e processo di codificazione nel Regno delle Due Sicilie. Le leggi penali del 1819*, Giuffrè, Milano 2000, 17/18.

<sup>11</sup> Cfr. R. Feola, *La Restaurazione e la monarchia amministrativa nel Mezzogiorno*, in ID., *Istituzioni e cultura giuridica. II. Dalla Restaurazione al 1848*, Napoli 1994, 31 ss.

<sup>12</sup> Secondo la definizione di G. Romagnosi, la cui opinione sul contenzioso vigente nel Regno delle Due Sicilie possono essere rintracciate in *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1997, 140 ss.

<sup>13</sup> Cfr., L. Blanc, *Luigi De Medici come uomo di stato ed amministratore*, in *Scritti storici*, a cura di CROCE, Vol. II, Laterza, Bari 1945, 65 ss.

contenzioso amministrativo e fra questi e i giudici ordinari.

Nonostante tali rilevanti motivi d'interesse storico e scientifico, bisogna tuttavia riconoscere che l'ordinamento napoletano è al di fuori della linea centrale e diretta di evoluzione del sistema di giustizia amministrativa italiana che ha il suo punto di partenza nella legislazione del Regno di Piemonte.

#### 4. Il contenzioso amministrativo nel Regno Sarde

In Piemonte, il primo impianto di un contenzioso amministrativo si registra con le RR. patenti 25 agosto e 31 dicembre 1842.

Il principio a cui si ispirarono i due atti normativi, malgrado una attribuzione non del tutto lineare delle liti contro l'amministrazione statale e comunale, rispettivamente agli "intendenti" ed ai "tribunali di prefettura", consisteva nella distinzione tra le attribuzioni *economiche*, puramente amministrative, da quelle *amministrative contenziose*, assegnate queste ad un collegio speciale, il *Consiglio di intendenza* che esercitava competenze giurisdizionali.

L'introduzione del regime costituzionale (1848) pose la questione della organizzazione della giustizia amministrativa in una diversa prospettiva; le scelte in tema di giustizia, infatti, entrarono a far parte di un profilo riformistico più ampio, e che interessava tutta l'amministrazione. Cominciò allora quel travaglio che è sfociato nella istituzione di una giurisdizione amministrativa (1889). Le leggi del 1842, pur apprezzate perché assegnavano alla competenza giurisdizionale questioni prima riservate agli intendenti, parvero subito insufficienti ed inadeguate a regolare la materia, suscitando critiche radicali; e subirono modificazioni nel 1847 e nel 1853. Ci si doleva, in particolare, che molte – e rilevanti – questioni di natura civilistica, fossero affidate alla competenza di un giudice speciale.

Pur essendo ben presente all'epoca l'opinione (Galvagno, Boncompagni) di chi auspicava la giurisdizione unica e ne propugnava l'introduzione nel Regno, prevalse la tendenza che reputava preferibile porre mano al riordino del contenzioso amministrativo (Rattazzi); la riforma venne poi attuata, dallo stesso Rattazzi, con quattro decreti reali (nn. 3705-3708), emanati il 30 ottobre 1859, su delegazione conferita al governo in occasione della seconda guerra d'indipendenza.

Con queste leggi la giustizia amministrativa del Regno sarde veniva ad essere ristrutturata intorno agli ordini della giustizia ordinaria e speciale del contenzioso.

L'ordine dei giudici ordinari era costituito dai Consigli di governo espressamente denominati giudici ordinari del contenzioso amministrativo come giudici di primo grado, e dal Consiglio di stato come giudice d'appello. La competenza dei *giudici ordinari del contenzioso* non era fissata per clausola generale ma attraverso il ricorso alla tecnica di enumerazione delle materie (alle quali la giurisprudenza aggiunse poi le materie strettamente affini, solo però in quanto relative a diritti): *controversie intorno a diritti civili* (va qui precisato che, ove si eccettuino talune controversie fra privati in cui l'amministrazione era interessata solo indirettamente, si trattava principalmente di controversie fra amministrazione dello stato e privati per tutti i contratti d'appalto in ordine alla loro validità, interpretazione ed esecuzione; vi si ricomprendevano anche le questioni circa la legittimità degli atti di pubbliche autorità incidenti nei rapporti contrattuali); *controversie di diritto pubblico* d'ordine patrimoniale (imposte, tasse, prestazioni personali, stato degli impiegati comunali: nulla era disposto per gli impiegati dello stato)

o di puro diritto amministrativo (confini fra comuni, regime e classificazione delle strade, opere nocenti al libero corso delle acque pubbliche, *contravvenzioni* alle leggi sulle imposte dirette, sulle gabelle e sul regime delle cose demaniali).

I giudici speciali del contenzioso amministrativo esercitavano invece competenze in ordine a specifiche materie: *controversie contabili dello stato* (attribuite alla Corte dei conti); *controversie contabili degli enti locali e delle opere pie* (Consigli di governo e Corte dei conti); *questioni di istruzione pubblica* (Consiglio superiore della pubblica istruzione). Qui mette conto rammentare, ai fini della successiva evoluzione del sistema, che il Consiglio di Stato nell'ordinamento piemontese, assolveva ad una pluralità di funzioni giustiziali: era ad un tempo giudice ordinario d'appello del contenzioso amministrativo e giudice speciale (del medesimo) di primo e ultimo grado. Quale giudice speciale, ad esso erano attribuite le controversie fra stato e privati relative al debito pubblico, alla liquidazione delle pensioni a carico dello stato, alle materie ecclesiastiche, alle concessioni minerarie. Né i giudici ordinari né i giudici speciali del contenzioso amministrativo avevano il potere d'annullare, revocare o modificare un atto amministrativo.

A fianco di tali attribuzioni, assegnate al Consiglio di Stato, residuava una competenza della giurisdizione civile con riferimento ai rapporti fra cittadini e stato che riguardassero lo stato come ente soggetto al puro diritto privato (questioni di proprietà e d'interpretazione e validità di contratti che non fossero d'appalto e di fornitura ecc.) o, eccezionalmente, rapporti di diritto pubblico specificamente attribuiti (imposte indirette, espropriazioni ecc.).

In sintesi, quindi, restando attribuite al giudice ordinario le competenze di puro diritto civile, i giudici del contenzioso amministrativo ordinario venivano a conoscere di rapporti e situazioni di diritto pubblico. Non però di tutti i rapporti di diritto pubblico: trattandosi di competenza attribuita per enumerazione ed ammettendo la giurisprudenza una integrazione ed espansione di questa competenza solo quando si trattasse *di materie strettamente analoghe*, (in cui, soprattutto, si potesse fare questione di diritti soggettivi lesi dall'azione amministrativa) restarono al di fuori di ogni protezione e tutela vasti settori della azione amministrativa, nei quali secondo la concezione dell'epoca - non potevano configurarsi veri e propri diritti, ma piuttosto semplici interessi (polizia edilizia, sanitaria, demaniale, rapporti di impiego con lo stato ecc.).

Il sistema aveva tuttavia una sua logica ed una sua efficienza, garantita anche da regole processuali tecnicamente evolute e sufficientemente attente alle esigenze di difesa delle parti: tutto sommato, le garanzie apprestate non sfiguravano troppo con il contenzioso amministrativo francese che tra i giuristi, era identificato come il modello di giustizia amministrativa da cui prendere spunto.

La legge del 1859 costituì certo un avanzamento rispetto alla legge del 1842. Tuttavia, il criterio della enumerazione delle materie attribuite ai tribunali ordinari e speciali del contenzioso lasciò prive di tutela numerose fattispecie nelle quali l'interessato non aveva a disposizione altra possibilità se non quella di avanzare un reclamo all'istessa amministrazione attiva. L'ambito della competenza del giudice ordinario risultava peraltro piuttosto ristretto e non copriva neppure l'intera area dei diritti soggettivi affidati in parte ai tribunali del contenzioso (per esempio, quelli in materia di contratti della pubblica amministrazione).

Quest'ultimo aspetto strideva con la sensibilità liberale che si stava affermando (una «*usurpazione mostruosa*», la definì Silvio Spaventa<sup>4</sup>) e fu

una delle ragioni addotte a favore dell'abolizione dell'intero sistema del contenzioso.

Con l'unificazione nazionale proclamata il 17 marzo 1861, si pose subito il problema di riordinare e uniformare anche la materia della giustizia amministrativa organizzata in modi diversi negli Stati preunitari. Alcuni di essi, in particolare il Granducato di Toscana, non avevano introdotto un vero e proprio contenzioso amministrativo, ma avevano conservato il sistema della giurisdizione unica affidata al giudice ordinario. Altri in particolare il Regno di Sardegna, avevano imitato il sistema francese.

5. Le premesse alla abolizione del contenzioso amministrativo: brevi notazioni su alcuni modelli di giustizia in Europa

Fra i sistemi di tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione pubblica adottati in Europa<sup>15</sup>, i modelli ai quali far riferimento erano all'epoca essenzialmente due: il contenzioso amministrativo francese; la devoluzione al giudice ordinario delle controversie tra cittadino e pubblica amministrazione, prevista dalla Costituzione belga del 1831, ad imitazione dell'esperienza inglese della *common law*.

Quest'ultima non ammette, secondo la concezione tradizionale (oggi superata<sup>16</sup>), né un diritto né un giudice speciale per la pubblica amministrazione. Ancora nella seconda metà del secolo scorso, pur in presenza della crescita di una legislazione di tipo amministrativo finalizzata a offrire risposte alle esigenze dettate dal rapido sviluppo economico e sociale, un diritto amministrativo in senso proprio non era sorto almeno nella consapevolezza prevalente della cultura giuridica dell'epoca. All'assunzione da parte delle amministrazioni centrali e locali di nuove funzioni e poteri di tipo autoritativo, che andavano ben al di là degli schemi propri della *common law*, non corrispose l'emersione di forme speciali di tutela giurisdizionale. Vero è che a livello locale funzioni giustiziali e ad un tempo amministrative erano tradizionalmente esercitate dai cosiddetti *justices of the peace*, tuttavia, in ultima istanza, delle controversie con l'amministrazione venivano investite le corti ordinarie.

In Belgio, l'attribuzione ai tribunali ordinari della tutela dei diritti civili e politici, con il potere di non applicare gli atti dell'amministrazione contrari alla legge, avvenne volutamente in antitesi al sistema del contenzioso amministrativo imposto in seguito all'annessione all'Impero napoleonico e all'Olanda e che aveva favorito gli abusi e gli arbitri da parte del potere esecutivo. Il Consiglio di Stato era il simbolo di un regime aborrito. Pertanto, la Costituzione del 1831 attribuì ai tribunali ordinari la competenza in materia di diritti civili e di diritti politici (artt. 92 e 93, Cost. del 1831). Il sistema della giurisdizione unica resse in Belgio per oltre un secolo e soltanto nel secondo dopoguerra (1. 23 dicembre 1946), superate ormai le ragioni di avversione nei

---

<sup>14</sup> Cfr. S. Spaventa, *Giustizia nell'amministrazione*, in S. Spaventa, *La politica della destra*, Laterza, Bari 1910, 53 ss. (p. 72 per la citazione) ove è riprodotto il celebre discorso pronunciato innanzi all'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880.

<sup>15</sup> In generale per i sistemi adottati in altri Paesi e per la loro evoluzione storica v. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, VI<sup>a</sup> ed., Il Mulino, Bologna 2002, 19 ss; B. Sordi, *Diritto amministrativo (evoluzione del XIX secolo)* in *Digesto discipline pubblicistiche*, Vol. V, Torino 1990, 182 ss; G. Recchia (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Santaniello, Cedam, Padova 1996.

<sup>16</sup> Su taluni, più recenti, sviluppi in Gran Bretagna che sembrano smentire la concezione tradizionale, vedi E. Marotta, *La giustizia amministrativa in Inghilterra*, in G. Recchia (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Cedam, Padova 1996, 654 ss.

confronti del modello di giustizia amministrativa francese, venne istituito un *Conseil d'Etat* con competenze giurisdizionali in relazione alle controversie tra cittadino e pubblica amministrazione in materie tassativamente individuate. Il *Conseil d'Etat*, il cui ruolo complessivo nel sistema della giustizia amministrativa non è comunque paragonabile a quello della istituzione francese, è ora espressamente menzionato nella Costituzione (art. 107-quinquies introdotto in occasione delle riforme costituzionali del 1993<sup>17</sup>).

Che il modello di giurisdizione unica adottato in Belgio nel 1931, recasse in sé un'impronta marcatamente liberale è confermato anche dall'esperienza tedesca. Nella prima metà del secolo scorso molti Stati, specie nella Germania meridionale, avevano adottato spontaneamente sistemi di giustizia amministrativa ad imitazione di quello francese (*Staatsrat* in Baviera, *Administrativjustizhof* nell'Assia, ecc.).

La critica liberale a questi istituti sfociò però, in occasione della rivoluzione del 1848, in una disposizione della Costituzione di Francoforte del 28 marzo 1849 tesa ad abolirli e ad attribuire ai giudici ordinari la competenza a decidere in ogni caso di violazione di diritti (par. 182).

La via indicata dalla Costituzione del 1849 non ebbe tuttavia seguito. Peraltro, allorché nella seconda metà del secolo vennero istituiti i giudici amministrativi (a partire dal *Baden* nel 1863), essi vennero subito concepiti come pienamente separati, sul piano organizzativo e funzionale, dall'amministrazione (con riguardo, però, soltanto agli organi di vertice). Questa impostazione di maggior indipendenza dal potere esecutivo dei giudici amministrativi si è consolidata nel tempo e trova oggi espressione nell'art. 95 della Costituzione del 1949 che pone su un piano di perfetta equiparazione all'interno dell'ordine giudiziario le varie categorie di giudici (ordinari, amministrativi, del lavoro, in materia finanziaria, in materia sociale). Ciò spiega il minor grado di specialità delle regole processuali e, probabilmente, il minor grado di deferenza del giudice amministrativo tedesco nei confronti dell'amministrazione.

6. L'abolizione del contenzioso amministrativo in Italia: le nuove competenze del giudice ordinario ed i ricorsi amministrativi nel sistema delineato dall'allegato E della legge n. 2248 del 1865.

Quanto all'Italia, il dibattito che accompagnò i progetti di riforma presentati al Parlamento tra il 1861 e il 1864 e l'approvazione della l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E contrappose i fautori della continuità del sistema del contenzioso amministrativo, opportunamente perfezionato (Crispi, Cordova, Rattazzi), e i fautori dell'abolizione integrale del precedente sistema (Minghetti, Mancini, Boncompagni, Bogatti) ritenuto illiberale<sup>18</sup>.

Alcuni oppositori della legge di abolizione del contenzioso amministrativo, (in particolare Crispi e Rattazzi), più che animati da spirito conservatore, erano preoccupati della possibile diminuzione di tutela del cittadino in relazione a una serie di questioni attribuite in precedenza ai tribunali del contenzioso amministrativo<sup>19</sup>.

Infatti, la l. n. 2248/1865 si preoccupò di tutelare esclusivamente i

---

<sup>17</sup> Sull'esperienza belga cfr. I. Loiodice, *La giustizia amministrativa in Belgio*, in G. Recchia (a cura di), *op. cit.*, 481 ss.

<sup>18</sup> S. Sambataro, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano 1977, 35 ss.

<sup>19</sup> Sulla discussione parlamentare e sugli atti del Governo relativi alla legge del 1865 vedi il volume curato dalla Camera dei Deputati, *Abolizione del contenzioso amministrativo*, Camera dei Deputati, Torino 1864

«*diritti civili e politici*» dei cittadini, che erano quelli più rilevanti dal punto di vista politico-costituzionale e che pertanto, attribuì alla competenza del giudice ordinario. Le controversie riguardanti altre relazioni tra cittadino e amministrazione disciplinate da leggi amministrative (*interessi d'indole puramente amministrativa*) rischiavano invece di essere sottratte del tutto al controllo giudiziario e rimesse invece integralmente all'amministrazione (ricorsi gerarchici) e ai meccanismi inefficaci della responsabilità politica.

Per questo tipo di relazioni, nelle quali il cittadino poteva lamentare una lesione, non già di diritti, ma di semplici interessi, e in replica a obiezione di chi riteneva intollerabile l'assenza di tutela, il commento lapidario in Parlamento di uno dei fautori della nuova legge (Mancini), ripreso in molte ricostruzioni storiche del sistema della giustizia amministrativa, fu semplicemente: «*Ebbene, ch'ei si rassegni*»<sup>20</sup>.

A favore del mantenimento del contenzioso amministrativo, sia pur rivisto, emerse nel dibattito la tesi sostenuta da Cordova e spesso richiamata nei decenni successivi, secondo cui la tutela dell'interesse pubblico e la specialità del diritto dell'amministrazione richiedono la presenza di organi giurisdizionali speciali, più vicini all'amministrazione attiva e per questo dotati, più dei giudici ordinari, della sensibilità necessaria per valutare le questioni che coinvolgono interessi generali.

Al di là delle ragioni a favore e contro la nuova legge, il punto di equilibrio tra le esigenze del garantismo e dell'efficienza dell'azione amministrativa, tra libertà del cittadino e autorità dell'amministrazione, fu rintracciato lungo alcune linee fondamentali che hanno condizionato fino a oggi il nostro sistema della giustizia amministrativa.

La l. n. 2248/1865 (all. E) fa parte di un pacchetto di sei testi legislativi che realizzarono l'unificazione amministrativa del nuovo Stato. Essa anzitutto abolisce i giudici ordinari del contenzioso amministrativo conservando alcune giurisdizioni speciali e in particolare quella della Corte dei conti e del Consiglio di Stato in materia di contabilità e pensioni (art. 1 e art. 12, l. n. 2248/1865, all. E). Prevede, nel contempo, che le controversie attribuite in precedenza al contenzioso amministrativo «*saranno d'ora in poi devolute alla giurisdizione ordinaria, od all'autorità amministrativa, secondo le norme dichiarate dalla presente legge*» (art. 1).

Il criterio di riparto viene stabilito dai due successivi articoli, il primo ancor oggi in vigore, il secondo rimasto sostanzialmente inattuato. L'art. 2 devolve alla giurisdizione ordinaria «*tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie per le quali si faccia questione d'un diritto civile o politico*».

In proposito, va nuovamente rammentato come i giudici del contenzioso amministrativo avessero, prima della unificazione, competenze in materia di contravvenzioni (per esempio in materia di polizia doganale o marittima), ossia di sanzioni anche penali diverse dai delitti già attribuiti in precedenza all'autorità giudiziaria. Nell'ottica liberale, la materia delle contravvenzioni doveva necessariamente confluire nella giurisdizione ordinaria. Per le materie diverse da quella penale, il criterio prescelto per definire i cosiddetti limiti esterni alla giurisdizione ordinaria nei confronti dell'autorità amministrativa attiene invece alla titolarità di una situazione giuridica qualificabile, secondo la terminologia contemporanea, come diritto soggettivo. La formula «*diritto civile o politico*» era certo in sé ambigua e si prestava a interpretazioni più o meno estensive con conseguenze rilevanti in termini di ampliamento o riduzione dell'ambito della tutela dei cittadini innanzi al giudice ordinario. Come si vedrà prevalse e prevale ancor oggi un'interpretazione restrittiva. Ciò

<sup>20</sup> Cfr. M. Nigro, *op. cit.*, 60.

anche se l'art. 2 contiene espressioni apparentemente onnicomprensive: la giurisdizione ordinaria si incardina *«comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa»*.

L'art. 3 attribuisce invece alle autorità amministrative *gli affari non compresi nell'articolo precedente*. Introduce così un criterio negativo residuale, che abbraccia tutte le situazioni che non hanno la consistenza di un diritto soggettivo perfetto.

Certo è in ogni caso che i limiti esterni della giurisdizione ordinaria nei confronti dell'amministrazione pura vennero tacciati, non più in base a una enumerazione di materie, come accadeva nel precedente sistema del contenzioso amministrativo, bensì in base alla clausola generale rappresentata dalla titolarità in capo al cittadino di una situazione giuridica di diritto soggettivo.

La scelta di ancorare la giurisdizione ordinaria a un criterio di tipo soggettivo ha condizionato gli sviluppi successivi del sistema della giustizia amministrativa che ha accentuato sempre più i suoi caratteri di peculiarità (o di isolamento, visto che non ha trovato imitatori) rispetto ad altri sistemi fondati su criteri, anch'essi forse imperfetti, ma sicuramente meno incerti (servizio pubblico, in Francia; liti di diritto privato e di diritto pubblico, in Germania).

L'art. 3 introduce alcune regole procedurali volte a ridurre l'arbitrarietà delle determinazioni assunte dall'amministrazione attiva. Infatti, prevede la necessità del contraddittorio sotto forma di deduzioni e osservazioni scritte delle parti interessate, l'acquisizione dei pareri dei consigli amministrativi nei casi previsti dalla legge, la motivazione dei decreti emanati dall'amministrazione, il rimedio del ricorso gerarchico. Tutti questi elementi potevano prefigurare uno sviluppo nel senso di rafforzare le garanzie del cittadino all'interno del procedimento. Ciò secondo un modello di amministrazione giustiziale, affermatosi in particolare in Austria (a partire dal 1867) e poi introdotto in altri paesi (negli Stati Uniti con l'*Administrative Procedure Act* del 1946), in base al quale *«l'atto amministrativo ha già un contenuto di giustizia oltre che di legalità»*<sup>21</sup>.

In realtà, l'art. 3 ricevette un'interpretazione restrittiva di disposizione meramente programmatica che avrebbe richiesto di essere ripresa e sviluppata, di volta in volta, dalle singole leggi amministrative.

Definiti con l'art. 2 i limiti esterni alla giurisdizione del giudice ordinario (o l'ambito di cognizione) e con l'art. 3 le "materie" oggetto di soli ricorsi non giurisdizionali, gli artt. 4 e 5 della legge del 1865 individuano soprattutto i cosiddetti limiti interni; cioè le domande giudiziali che possono essere proposte e, di conseguenza, i tipi di sentenze che il giudice ordinario può emanare in presenza di un atto emanato dalla pubblica amministrazione.

Queste disposizioni cercano di realizzare un equilibrio tra esigenza di tutela dei diritti del cittadino e principio della separazione dei poteri secondo un'impostazione che ruota essenzialmente ad alcune componenti essenziali.

In primo luogo, l'art. 4, comma 1, disciplina l'ipotesi in cui il giudice ordinario è investito di una controversia riguardante *un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa*. Questa dizione vale ad escludere le controversie riguardanti atti o comportamenti dell'amministrazione posti in essere nell'esercizio della capacità di diritto privato, senza che venga posto in essere un qualsivoglia potere

---

<sup>21</sup> Cfr. F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Giuffrè, Milano 1970, 597, con riguardo all'esperienza austriaca.

amministrativo. Per esse il giudice ordinario non incontra alcuna particolare limitazione sotto il profilo dei poteri di decisione.

Là dove invece la lesione del diritto si ricollega all'emanazione di un atto amministrativo, il giudice, secondo l'art. 4, deve limitarsi «a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio». In questo modo si delinea un ulteriore limite (ancora di tipo esterno) che segna l'ambito di cognizione del giudice nei confronti del potere amministrativo. In altri termini, l'oggetto della cognizione del giudice ordinario non è direttamente e autonomamente l'atto amministrativo, bensì gli effetti prodotti dal medesimo sul diritto soggettivo dedotto in giudizio al fine di reintegrarlo nel caso in cui venga accertata una violazione. La sentenza resa dal giudice ordinario non investe l'atto in sé stesso, e di conseguenza tutti gli effetti da esso prodotti nei confronti anche di altri soggetti (come avviene in particolare con gli atti generali o i regolamenti), e non può contenere una dichiarazione obiettiva e assoluta di illegittimità del medesimo.

Ciò è confermato dall'art. 4, comma 2, e dal successivo art. 5. L'art. 4, comma 2, pone infatti la regola che *l'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative*. Il giudice ordinario non può cioè emanare sentenze costitutive sotto forma di annullamento, revoca, modifica, sospensione di un atto amministrativo e, più in generale, di sostituzione diretta o indiretta della volontà espressa dall'amministrazione con l'atto amministrativo (per esempio, di condanna a emanare un determinato provvedimento o a svolgere un'attività che consista nell'esercizio di una potestà pubblica). Le pronunce di questo genere finirebbero per incidere sulla sfera di attività riservate alla pubblica amministrazione e ciò in contrasto con il principio della separazione dei poteri che la legge del 1865 si preoccupava di salvaguardare.

Peraltro, per non vanificare del tutto la portata precettiva delle sentenze del giudice ordinario e dunque garantire comunque a quest'ultimo una posizione istituzionale di preminenza rispetto al potere esecutivo, l'art. 4, comma 2, completa il divieto di modifica o di revoca dell'atto amministrativo con l'obbligo in capo all'amministrazione di conformarsi al giudicato (le amministrazioni *«si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso»*). L'obbligo di ottemperare al giudicato, in particolare annullando o riformando il provvedimento non conforme alla legge, non è munito dalla legge del 1865 di alcuno strumento atto a garantirne l'osservanza effettiva e, in particolare, ad annullare o rimuovere il provvedimento dichiarato non conforme al diritto (lacuna colmata come si vedrà con la legge del 1889).

Correlato all'art. 4, è l'art. 5, 1. n. 2248/1865, all. E che pone la regola consequenziale secondo la quale *«le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi»*. Letta a rovescio, questa disposizione attribuisce pertanto al giudice la possibilità di emanare soltanto sentenze dichiarative (o di mero accertamento) che conducono alla disapplicazione del provvedimento lesivo del diritto soggettivo.

Il potere di disapplicare gli atti illegittimi, secondo l'art. 5, ha una portata generale (*«In questo, come in ogni altro caso»*), cioè anche al di fuori delle ipotesi dell'art. 4), anche se è risultato fin dalbrigne (e risulta ancor oggi) assai controverso il suo ambito di applicazione.

Il principio della disapplicazione vale cioè sia allorché il giudice conosce in via principale di atti e provvedimenti lesivi di diritti soggettivi, (cioè la fattispecie disciplinata dall'art. 4), sia allorché il giudice è investito in via

incidentale (come questione pregiudiziale) della cognizione di un atto amministrativo («ogni altro caso»).

Quest'ultima evenienza si può verificare, per esempio, nell'ambito di una lite tra parti private nella quale una parte faccia valere un diritto che gli deriva da un provvedimento amministrativo, oppure in sede penale allorché l'accertamento di un reato dipenda dalla legittimità o illegittimità di un provvedimento amministrativo (per esempio, almeno secondo la visione tradizionale, l'inosservanza di un provvedimento legalmente dato da un'autorità amministrativa punita oggi dall'art. 650, c.p.).

Facevano parte del disegno riformatore in tema di giustizia amministrativa concepito con la legge del 1865, oltre alle disposizioni contenute nell'Allegato E sin qui analizzate e che dettano i principi fondamentali relativi alla competenza del giudice ordinario, anche altre disposizioni contenute nell'Allegato D della stessa legge del 1865 sull'ordinamento del Consiglio di Stato, organo già istituito, come si è accennato, in particolare nel Regno di Sardegna nel 1831.

L'Allegato D confermò il carattere essenzialmente consultivo delle funzioni esercitate dal Consiglio di Stato, articolato in tre sezioni e composto da consiglieri e referendari di nomina governativa e privi di particolari garanzie di indipendenza e inamovibilità.

In particolare due sono gli aspetti che meritano un accenno in relazione alla successiva evoluzione del sistema.

In primo luogo, nell'Allegato D, trovò una disciplina puntuale anche il cosiddetto ricorso straordinario al Re (art. 9, n. 4), rimedio amministrativo a carattere giustiziale esperibile soltanto una volta esaurita la fase dei ricorsi gerarchici, nel quale il Consiglio di Stato interveniva esprimendo un parere obbligatorio preliminare alla decisione assunta con decreto reale.

In secondo luogo, tra le poche ipotesi tassative di funzioni propriamente giurisdizionali attribuite al Consiglio di Stato, l'Allegato D ne elencava una importante e cioè la risoluzione dei conflitti di attribuzione tra giudice ordinario e amministrazione attiva (art. 10, n. 1) devoluta all'Adunanza generale<sup>22</sup>. Questa soluzione rappresentò sicuramente un passo avanti rispetto alla legge piemontese del 1859 già citata che attribuiva al ministro dell'Interno il potere di formulare al Re la proposta di decisione in ordine a tali conflitti, rimettendo così, nella sostanza, a un'autorità amministrativa la determinazione dell'equilibrio tra potere giudiziario e potere amministrativo.

L'Allegato D adottò una soluzione compromissoria volta ad evitare sia la prevalenza del potere amministrativo sul potere giudiziario (secondo il modello della legge del 1859), sia la prevalenza di quest'ultimo sul primo (sancita dalla competenza a decidere sui conflitti alla Corte di Cassazione, così come prevedeva la Costituzione belga), ritenuta incompatibile con il principio della separazione dei poteri.

7. Dalla giurisdizione unica sui diritti alla legge Crispien del 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato

La l. n. 2248/1865, all. E, nell'adottare il principio della giurisdizione

---

<sup>22</sup> Il raccordo tra l'allegato D e l'allegato E della legge del 1865 venne operato dall'art. 13 di quest'ultima che prevedeva che «fino ad ulteriori provvedimenti per la risoluzione uniforme dei conflitti tra le autorità giudiziarie ed amministrative, la l. del 20 novembre 1859, n. 3780 sarà estesa a tutte le province del Regno, ferma la giurisdizione attribuita al Consiglio di Stato dall'art. 10 della legge sulla costituzione del Consiglio di Stato del Regno». Su questo regime transitorio e sulla successiva riforma attuata con la l. 31 marzo 1977, n. 3761, alla quale verrà fatto cenno successivamente, cfr. E. Cannada Bartoli, *Giustizia amministrativa*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, VII, ad vocem, UTET, Torino 1992.

unica per le controversie tra cittadino e pubblica amministrazione cercando di salvaguardare in qualche modo il principio della separazione dei poteri, segnò una cesura netta rispetto al sistema precedente del contenzioso amministrativo. In Francia, quest'ultimo, come si è accennato, sfociò, quasi per evoluzione naturale e senza soluzione di continuità, nella istituzione nel 1872 di un vero e proprio giudice speciale. In Italia, la creazione di un giudice speciale avvenne solo nel 1889, al termine di una fase travagliata, e con il condizionamento di alcune scelte fondamentali fatte in occasione della legge del 1865<sup>23</sup>.

Quest'ultima, come accade quasi sempre per le riforme troppo radicali calate in un contesto sociale e culturale non sufficientemente preparato, finì per deludere in gran parte le aspettative di suoi fautori. Determinò anzi una situazione nella quale il cittadino finì per trovarsi ancor meno tutelato nei suoi rapporti con l'amministrazione<sup>24</sup>.

A questo risultato paradossale concorsero una pluralità di fattori: l'incerta determinazione dell'ambito di cognizione del giudice ordinario; la mancanza di strumenti efficaci per indurre l'amministrazione a conformarsi al giudicato del giudice ordinario; l'assenza di strumenti di tutela giurisdizionale per interessi individuali diversi dai diritti soggettivi che in precedenza potevano essere fatti valere, almeno in parte, all'interno del sistema del contenzioso amministrativo.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la legge del 1865, nelle sue enunciazioni sintetiche, non chiariva un punto fondamentale: il rapporto tra provvedimento amministrativo illegittimo e diritto civile o politico (diritto soggettivo) inciso dal provvedimento. Del resto la stessa nozione di diritto civile e politico poteva essere intesa in senso più o meno ampio.

In astratto due potevano essere le interpretazioni in ordine al rapporto tra provvedimento amministrativo e diritto soggettivo, la prima più aderente allo spirito della riforma, la seconda, accolta dalla giurisprudenza del giudice ordinario e tramandata pressoché inalterata fino ai giorni nostri, che determinò il suo sostanziale insuccesso<sup>25</sup>.

In base alla prima interpretazione, il principio di legalità doveva essere inteso in un'accezione rigorosa. Il provvedimento amministrativo non conforme alla legge non è in grado di produrre alcun effetto costitutivo, modificativo o estintivo delle situazioni giuridiche delle quali è titolare il soggetto destinatario del provvedimento. Il diritto soggettivo dunque resiste ed è per così dire impermeabile di fronte a un provvedimento illegittimo. Pertanto, il giudice ordinario, concepito come il giudice dei diritti soggettivi, accertata la non conformità del provvedimento alla legge, lo disapplica.

La seconda interpretazione, ispirata invece a una concezione rigorosa del principio della separazione dei poteri, si fondava su una equiparazione tra provvedimento invalido, cioè non conforme alla legge, e provvedimento valido. Il primo, sia pur in via provvisoria e precaria, cioè fin tanto che non viene annullato da un giudice o dalla stessa amministrazione in sede di autotutela, è in grado di produrre tutti i suoi effetti, come se si trattasse di un provvedimento pienamente conforme alla legge. Il provvedimento amministrativo invalido non perde il suo carattere imperativo, cioè l'attitudine

---

<sup>23</sup> A. Pezzana, *Le esperienze degli organi di giustizia amministrativa preunitari in relazione alla riforma del 1889*, in *Studi per il centenario della IV sezione*, Roma 1989, 270 ss.

<sup>24</sup> V. Andrioli, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965.

<sup>25</sup> Sul dibattito v. B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Giuffrè, Milano 1985, 25 ss.

a incidere in modo unilaterale nella sfera giuridica dei destinatari. Esso è invece in grado di travolgere i diritti soggettivi con i quali entra in contatto (il termine invalso progressivamente nell'uso fu quello di «*degradazione*» o di «*affievolimento*» del diritto soggettivo). Estinto il diritto soggettivo, viene meno con ciò stesso il presupposto stabilito dall'art. 2,1. n. 2248/1865, all. E, per incardinare la giurisdizione del giudice ordinario. In definitiva, secondo questa ricostruzione, provvedimento amministrativo ancorché illegittimo, in quanto espressione di un potere pubblico, e diritto soggettivo sono strutturalmente incompatibili: luno esclude l'altro e viceversa.

Il giudice ordinario, all'epoca poco indipendente dal potere esecutivo e intriso di una concezione autoritaria dei rapporti tra Stato e cittadino, dimostrò «*una notevole timidità nell'esercizio delle attribuzioni che pareva limitassero la libertà del potere esecutivo*»<sup>26</sup>.

Pur con alcune oscillazioni, il giudice ordinario adottò infatti ~~un~~ criterio per incardinare la propria giurisdizione la distinzione tra atti amministrativi emanati *jure imperii* e atti emanati *jure gestionis*.

Soltanto in relazione a quest'ultimi, che erano espressione della capacità di diritto privato dell'amministrazione (vendite, acquisti, locazioni, ecc.), il giudice ordinario affermò la propria giurisdizione. Al contrario, per i provvedimenti emanati nell'esercizio di un potere pubblicistico (espropriazioni, autorizzazioni, provvedimenti di polizia, sanzioni disciplinari nei confronti degli impiegati pubblici, ecc.) il giudice ordinario si ritenne generalmente incompetente.

Ma anche il filone giurisprudenziale minoritario che non escludeva in radice la competenza del giudice ordinario nei confronti degli atti emanati *jure imperii*, in realtà peccava di deferenza eccessiva nei confronti dell'amministrazione. Infatti, il giudice si limitava, di regola, a sindacare la legalità formale estrinseca del provvedimento, senza addentrarsi a censurare l'arbitrarietà dell'esercizio del potere discrezionale (legalità intrinseca)<sup>27</sup>.

Quest'ultima restrizione dell'ambito del sindacato del giudice ordinario nei confronti dei provvedimenti amministrativi venne tenuta ferma anche dopo che il giudice amministrativo affinò le tecniche di ~~controllo~~ della discrezionalità attraverso lo strumento dell'eccesso di potere ed è stato superato progressivamente soltanto in epoca recente, con l'avvento della Costituzione<sup>28</sup>.

L'interpretazione restrittiva del giudice ordinario venne fatta propria anche dal Consiglio di Stato, competente, come si è accennato, a dirimere i conflitti di attribuzione tra giudice ordinario e amministrazione<sup>29</sup>.

Lo strumento dei conflitti di attribuzione, di per sé di dubbia compatibilità con un sistema a giurisdizione unica (nequale rappresenta un assurdo logico ipotizzare un conflitto tra una parte del giudizio e giudice

<sup>26</sup> V.E. Orlando, *Trattato Orlando*, 636.

<sup>27</sup> Sugli indirizzi della giurisprudenza cfr. P. Gotti, *La l. 20 marzo 1865 n. 2248, allegato E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, in Isap (a cura di), *Le riforme crispine - Giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano 1990, 43 ss.

<sup>28</sup> Per l'affermazione secondo la quale «*il giudice non può conoscere di quelle figure di illegittimità dell'atto amministrativo, che comportano sindacato dell'esercizio del potere discrezionale da parte dell'autorità amministrativa, ad es. lo sviamento di potere*» cfr. O. Ranelletti, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, V ed., Giuffrè, Milano 1937, 338.

<sup>29</sup> I conflitti di attribuzione sottoposti all'esame del Consiglio di Stato su iniziativa dell'amministrazione (tramite il Governo e, per esso, i prefetti) crebbero nel tempo (da 61 complessivamente tra il 1866 al 1870, a 98 nel 1875 a 158 nel 1876) e finirono per offrire a quest'ultima un'agevole scappatoia per sottrarsi alla giurisdizione del giudice ordinario. Per una rassegna accurata delle decisioni del Consiglio di Stato e delle tecniche argomentative seguite cfr. M. Gigante, *I conflitti di attribuzione nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in Isap (a cura di), Archivio Isap, Giuffrè, Milano, 165 ss.

competente<sup>30</sup>), suscitò così un dibattito politico e dottrinale. Se non abolito del tutto, lo strumento in questione doveva essere quanto meno deferito a un organismo non legato sul piano organizzativo e funzionale al potere esecutivo.

La riforma dell'istituto avvenne con la l. 31 marzo 1877, n. 3761 che attribuì alla Corte di cassazione di Roma (istituita due anni prima) la competenza a dirimere i conflitti.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione vennero investite non soltanto del compito di dirimere i conflitti di attribuzione sollevati dall'amministrazione, ma anche del potere di risolvere le questioni di competenza sollevate in via ordinaria nell'ambito di un giudizio e di risolvere i conflitti di attribuzione *«tra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, nonché della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza od eccesso di potere»* (art. 3, punto 3). In buona sostanza la Corte di cassazione assunse il ruolo di organo supremo giudicante in materia di giurisdizione conservato inalterato fino a oggi.

Questa modifica legislativa, significativa sul piano dei principi perché volta ad affermare la posizione istituzionale di preminenza dell'autorità giudiziaria rispetto sia all'amministrazione attiva, sia al giudice amministrativo, non determinò peraltro un mutamento significativo nell'indirizzo interpretativo restrittivo circa l'ambito di cognizione del giudice ordinario.

Un secondo limite della legge del 1865 era rappresentato dal divieto imposto al giudice ordinario di annullare o modificare gli atti amministrativi illegittimi. La stessa restrizione della cognizione del giudice agli *«effetti dell'atto»* venne interpretata in senso restrittivo, nel senso cioè che il giudice ordinario potesse sindacare la legittimità del provvedimento solo in stretta connessione con la lesione del diritto soggettivo dedotto in giudizio e senza alcuna possibilità di accertare e dichiarare l'illegittimità dell'atto in sé considerato. Questi limiti erano aggravati dal fatto che l'obbligo in capo all'amministrazione di conformarsi al giudicato del giudice ordinario (limitato alla mera disapplicazione dell'atto illegittimo) era, in realtà, incoercibile, cioè rimesso al senso di legalità dell'amministrazione stessa<sup>31</sup>.

Un terzo aspetto della legge del 1865 rese palesi e, alla lunga, intollerabili le deficienze in termini di tutela effettiva del cittadino nei rapporti con l'amministrazione: la mancanza di un giudice competente a conoscere di quelle situazioni, sempre più frequenti con l'estendersi del raggio di azione delle amministrazioni e con lo sviluppo di una legislazione amministrativa più articolata, nelle quali i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione non potevano essere ricostruite in termini di diritti soggettivi, intesi nella accezione ristretta, sottesa alla legge del 1865, di diritti del cittadino nei confronti dello Stato (come i diritti di proprietà e di libertà di derivazione romanista e che i filosofi del XVIII secolo avevano reimpostato su basi naturalistiche)<sup>32</sup>.

Tra le questioni cosiddette di *«amministrazione pura»* sprovviste di tutela giurisdizionale rilevate da Silvio Spaventa, nel celebre discorso pronunciato a Bergamo nel 1880 che diede un impulso decisivo alla riforma

<sup>30</sup> In occasione dell'elaborazione della legge del 1877, come riferisce Cammeo, *«Tutti erano ormai d'accordo che non si potesse parlare di un vero conflitto, nel senso tradizionale, per cui l'autorità amministrativa, come potere, si metterebbe in diretto contrasto con l'autorità giudiziaria, come potere, in una data controversia, e dovrebbe richiedere il giudizio imparziale di una terza autorità»*: cfr. F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Vallardi, Milano 1911-12, 446.

<sup>31</sup> Su questi aspetti cfr. G. Zanobini, *op. cit.*, 37; Gotti, *op. cit.*, 54-55.

<sup>32</sup> Cfr. F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, cit...590

del sistema della giustizia amministrativa, finirono concretamente per rientrare, per esempio, nel solo settore della polizia preventiva, il rilascio del porto'armi, l'autorizzazione all'apertura di esercizi commerciali, l'avvio di attività economiche (alberghiere, copisterie, agenzie di mediazione, ecc.), la dichiarazione di insalubrità o pericolosità di fabbriche o depositi.

Per tutti questi «*rapporti d'interesse, in cui un cittadino può essere offeso*»<sup>33</sup> non vi era altro rimedio che il ricorso gerarchico, uno strumento che non offriva una garanzia sufficiente di giustizia. E, altronde, come si è già accennato, restò lettera morta il principio enunciato dalla art. 3, 1. n. 2248/1865, all. E, di rafforzare le garanzie interne del procedimento in modo tale da offrire una tutela al cittadino già prima dell'emanazione del provvedimento lesivo.

In presenza di questa situazione di sostanziale regresso della tutela rispetto al sistema del contenzioso amministrativo si aprì un dibattito politico e dottrinale (Mantellini, Minghetti, ecc.) che riprese tematiche e discussioni in corso in altri Paesi (le teorie del Rechtsstaat riprese in particolare da Silvio Spaventa, le riforme introdotte in Austria e in Germania negli anni Sessanta del secolo, l'esperienza inglese del self-government e dei controlli sull'attività amministrativa riprese da Costantino Baehr, ecc.)<sup>34</sup>.

In parallelo, presero corpo i primi tentativi di riformare il sistema di giustizia amministrativa delineato dalla legge del 1865, tutti improntati all'idea, non già di riformarlo in radice, bensì, più semplicemente, di integrarlo e di emendando dai principali difetti.

Nel 1873, Francesco Crispi, che già in occasione dell'approvazione della legge del 1865 aveva espresso dubbi sull'opportunità di abolire, anziché perfezionare, il contenzioso amministrativo, presentò un progetto di legge (riproposto poi nel 1875) che attribuiva al Consiglio di Stato competenze contenziose per quelle situazioni, già tutelate prima della legge del 1865, che questa lasciava invece sprovviste di tutela giurisdizionale.

Anche altri progetti di legge presentati negli anni successivi (progetti Nicotera del 1877, Depretis del 1880 e del 1884) fino al disegno di legge Crispi, presentato al Senato l'22 novembre 1887 e che si tradusse nella l. 31 marzo 1889 n. 5992 *Modificazioni della legge sul Consiglio di Stato* proponevano, sia pur con soluzioni diversificate, l'attribuzione di nuove competenze al Consiglio di Stato<sup>35</sup>.

La ragione di questa preferenza va rintracciata anche nel fatto che il supremo organo consultivo del Governo aveva già maturato un'esperienza significativa di risoluzione di controversie tra cittadino e pubblica amministrazione. Questo accadeva sia nell'ambito delle materie in ordine alle quali era investito di una competenza di tipo prettamente giurisdizionale (in particolare in contenzioso in materia forestale), sia soprattutto nell'ambito delle funzioni consultive esercitate in relazione ai ricorsi straordinari al Re (previste, come si è già visto, dall'Allegato D della legge del 1865)<sup>36</sup>, cioè a

<sup>33</sup> Cfr. S. Spaventa, *op. cit.*, 81

<sup>34</sup> Sui dibattiti dell'epoca e sulle influenze di modelli stranieri cfr. V.E. Orlando, *Trattato, op. cit.*, 638 ss.; A. Pubusa, *Il dibattito dottrinale prima delle leggi del 1889-90*, in Isap (a cura di), Archivio Isap, Giuffrè, Milano, 221 ss. Sull'influenza indiretta sul dibattito italiano del giurista tedesco *Rudolf von Gneist*, autore di tre ampie monografie sull'esperienza del selfgovernment inglese e sulla trasferibilità nell'ordinamento prussiano, cfr. B. Sordi, *Giustizia e amministrazione*, cit., 86 ss.

<sup>35</sup> Sui progetti di legge e sui lavori preparatori alla l. n. 5992/1889 cfr. V.E. Orlando, *Trattato, cit.*, 646 ss.; A. Di Giovanni, *L'iter parlamentare della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in Isap (a cura di), Archivio Isap, Giuffrè, Milano, 265 ss.

<sup>36</sup> Cfr. A. Corpaci, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in Isap (a cura di), Archivio Isap, Giuffrè, 77 ss. che sottolinea l'importanza di estendere l'analisi anche all'attività del Consiglio di Stato diversa dai soli pareri sui ricorsi straordinari.

quei ricorsi amministrativi a carattere generale, esperibili soltanto dopo aver esaurito gli altri rimedi amministrativi, nei quali il Re decideva non già in quanto vertice del potere esecutivo, bensì nell'esercizio della «*sovranità inviolabile e irresponsabile*» e quindi in posizione di maggior equidistanza e imparzialità.

In queste sedi il Consiglio di Stato aveva già gettato le basi per una giuridicizzazione del potere amministrativo, abbozzando una distinzione tra giudizio di legittimità e di merito e chiarendo che nel primo può rientrare una valutazione che va anche al di là della mera legalità estrinseca d'atto (requisiti formali e procedimentali). Aveva individuato in particolare alcuni principi (riconducibili alla ragionevolezza) ai quali l'amministrazione si doveva attenere nell'esercizio della discrezionalità, prefigurando le tecniche di sindacato indiretto dell'eccesso di potere. Inoltre il Consiglio di Stato, aveva già intrapreso un'opera di precisazione della nozione di interesse dedotta dal ricorrente che non andava visto come una mera posizione di legittimazione collegata all'esperibilità del rimedio amministrativo, bensì come un interesse, avente una qualche natura sostanziale, garantito dalla legge quanto meno in via indiretta. Il Consiglio di Stato non giunse peraltro a delineare una situazione giuridica soggettiva autonoma e contrapposta al diritto soggettivo.

La l. 31 marzo 1889, n. 5992 istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato venne dunque emanata nel segno della continuità, sia rispetto alla legge del 1865, della quale venne considerata come un'integrazione e un perfezionamento, sia rispetto all'esperienza ritenuta positiva dell'attività svolta dal Consiglio di Stato<sup>37</sup>.

La Relazione di accompagnamento alla l. n. 5992/1889 indicava la legge del 1865 come causa di «*vero regresso, in quanto lasciò al solo apprezzamento dell'autorità amministrativa interessi che prima avevano un giudice*». Chiariva, pertanto, che la nuova legge mirava «*a dare un giudice supremo alle materie contenziose, che, mentre non cadono sotto la competenza dell'autorità giudiziaria, sono però di tale natura da richiedere le forme tutelari di un nuovo giudizio amministrativo*».

A questo scopo, l'alternativa tra istituire un nuovo tribunale di giustizia amministrativa o attribuire le nuove funzioni contenziose alle tre sezioni consultive del Consiglio di Stato venne sciolta istituendo invece la IV Sezione del Consiglio di Stato «*per la giustizia amministrativa*» (art. 14, comma 1).

Alla IV Sezione venne attribuita la competenza a «*decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi amministrativi*» (art. 3, oggi ripreso dall'art. 26 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato).

Con questa scarna disposizione «*le ragioni del dualismo ....*» tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa «*erano definitivamente consacrate*»<sup>38</sup>; ed essa costituisce ancor oggi il fondamento legislativo principale della cosiddetta competenza generale di legittimità del giudice amministrativo che

<sup>37</sup> Archivio Isap, n. 6, *La seconda unificazione amministrativa: la riforma crispina (1889/1890). La giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano 1991.

<sup>38</sup> B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Vol. 20 di «*Per la storia del pensiero giuridico moderno*», Milano, 1985, 483; in generale sulla riforma crispina, V. Scialoja, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1931, parte I, 407/417; e A. Barucchi, *La creazione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel quadro politico-istituzionale del tempo*, in *Atti del Convegno celebrativo Cento anni di giurisdizione amministrativa per il centenario dell'Istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Napoli, 1996, 21.

peraltro, secondo l'originaria formulazione letterale utilizzata dal legislatore, assume un carattere di residualità rispetto all'azione proponibile innanzi al giudice ordinario.

Delineata, con la legge del 1889, l'ossatura della competenza generale di legittimità attribuita al Consiglio di Stato, quell'assetto, sia pur interessato da variazioni dirette in genere all'arricchimento dei poteri giurisdizionali e ad un miglioramento dell'effettività della tutela, ha retto nel tempo, confluendo nel testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato del 1924, nella legge istitutiva dei Tar del 1971 e nel Codice del processo amministrativo.