

CAPITOLO QUINTO

IL CONSIGLIO DI STATO DALL'UNITÀ D'ITALIA ALLA COSTITUZIONE.

Genesi ed evoluzione della giustizia amministrativa

di

ALESSANDRO CROSETTI

CAPITOLO QUINTO

IL CONSIGLIO DI STATO DALL'UNITÀ D'ITALIA ALLA COSTITUZIONE.

Genesi ed evoluzione della giustizia amministrativa

SOMMARIO: **1.** Premessa introduttiva. Le origini della giustizia amministrativa e lo Stato di diritto. – **2.** Lineamenti di diritto comparato sui diversi sistemi di giustizia amministrativa. – **3.** I precedenti storici di giurisdizione amministrativa al momento dell'unificazione italiana. – **4.** La legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865 e i suoi limiti. – **5.** La valenza innovativa della giurisprudenza del Consiglio di Stato nei due decenni successivi. – **6.** La legge sui conflitti del 1877 e le leggi Crispine del 1889-90 istitutive della IV Sezione del Consiglio di Stato. – **7.** Il problema del riparto della giurisdizione e la tutela degli interessi. – **8.** Le ulteriori leggi di riforma del 1907 e del 1923-24 sulle attribuzioni del Consiglio di Stato e l'istituzione della V e VI Sezione. – **9.** La nuova Costituzione repubblicana e l'attuale ruolo del Consiglio di Stato. – **10.** L'avvento dell'ordinamento regionale e l'istituzione dei T.A.R. – **11.** Lo status dei magistrati amministrativi e il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa. – **12.** Notazioni conclusive.

1. Premessa introduttiva. Le origini della giustizia amministrativa e lo Stato di diritto

Il Consiglio di Stato è in Italia il principale organo dell'amministrazione consultiva e l'istituto più importante della giustizia amministrativa. È oggi un organo costituzionale dotato di grande prestigio e rilevanza. A ciò contribuisce, oltre l'importanza delle sue attribuzioni, l'antichità delle sue origini, in quanto esso rappresenta la continuazione ideale dei Consigli regi e dei Consigli di Stato, costituitisi al tempo delle grandi monarchie assolute e di cui si valsero i sovrani per attingere lumi e consigli nel governo della cosa pubblica¹. Tali

¹ Sull'origine, i caratteri, il ruolo e sull'evoluzione delle funzioni del Consiglio di Stato nello Stato di diritto, senza alcuna pretesa esaustiva, occorre rinviare a specifici ed importanti contributi, in particolare. V. già E. FORZANO, *Il Consiglio di Stato nei Governi parlamentari*, Messina, 1884; A. DE ROSA, *Il Consiglio di Stato nei governi parlamentari*, Napoli, 1887; S. BONO, *Il Consiglio di Stato nella legislazione italiana*, Strabella, 1889; R. LOMONACO, *Leggi e regolamenti sul Consiglio di Stato*, Roma, 1894; G. DE NAVA, *Consiglio di Stato*, in *Dig. it.*, Torino, 1896, VIII, 232 ss.; L. ARMANNI, *Il Consiglio di Stato e le sue attribuzioni consultative*, in V.E. ORLANDO, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, vol. I, 1897, 763-1042; S. ROMANO, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, nella raccolta *Il Consiglio di Stato: studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, vol. I, 1-28; M. LA TORRE, *Consiglio di Stato*, in *Enc. giur. it.*, Milano, 1936, III, 2, sez. IV; E. GUICCIARDI, *Consiglio di Stato*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1938, III, 890 ss.; M. GALLO, *Il Consiglio di Stato*, Roma, 1941; dopo l'avvento della Costituzione repubblicana: G. LANDI, *Il Consiglio di Stato*, Milano, 1954, 6 ss.; ID., *Rapporti tra funzioni consultive e funzioni giurisdizionali nel Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 826 ss.; ID., *Consiglio di Stato (precedenti storici)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, vol. IX, 294 ss.; N. DANIELE, *Consiglio di Stato (ordinamento e organizzazione)*, *ivi*, IX, 306 ss.; F. BENVENUTI, *Consiglio di Stato (competenza)*, *ivi*, IX, 318 ss.; C. ANELLI, *Il Consiglio di Stato*, Milano, Archivio ISAP, 1962, 449 ss.; G. PALEOLOGO, *Il Consiglio di Stato italiano: struttura e*

consessi hanno resistito, specie in Francia e in Italia, a tutti i vari mutamenti di ordinamenti, giungendo in tempi moderni a particolare rilevanza istituzionale. Il Consiglio di Stato è stato, infatti, l'anima della grande codificazione e, nei tempi più recenti, è stato il centro di ogni dibattito sull'importante tema della giustizia amministrativa² (v. *infra*).

Va tuttavia avvertito che notevoli e rilevanti sono le differenze ed i caratteri fra gli antichi Consigli e l'odierno Istituto, sia riguardo alla composizione sia alle attribuzioni. Sotto quest'ultimo aspetto, si deve rilevare che, mentre nello Stato assoluto e anche successivamente, le funzioni consultive del collegio si estendevano a tutti i campi della sovranità (sicché si poteva, a ragione, parlare di una partecipazione del Consiglio alle tre funzioni: legislativa, esecutiva e giurisdizionale), oggi il Consiglio di Stato è organo esclusivamente del potere esecutivo e la sua competenza consultiva, per quanto estesa, non oltrepassa la competenza di tale potere; e anche se è chiamato a dare pareri sopra progetti di legge o sopra provvedimenti interessanti vari settori dell'intervento pubblico, si tratta di attività dirette a coadiuvare lo stesso potere, sia pure nella sua azione di governo anziché nella comune azione amministrativa³. Inoltre, mentre negli antichi ordinamenti, i pareri del Consiglio di Stato avevano contenuto non solo tecnico, ma anche politico, oggi, specialmente in Italia, tali pareri hanno un contenuto esclusivamente tecnico-giuridico ed amministrativo e a questo scopo corrisponde la capacità richiesta ai componenti il collegio.

Occorre, in via preliminare, sottolineare che la genesi e la funzione del Consiglio di Stato si collocano storicamente nel più ampio contesto dell'evoluzione del concetto di "giustizia amministrativa", inteso come quel complesso di istituti, mediante i quali viene assicurata la difesa delle persone fisiche e degli enti privati contro le azioni illegittime della pubblica amministrazione. Nell'esercizio dell'attività che realizza i fini per cui lo Stato è costituito, si stabiliscono rapporti giuridici pubblici e privati, fra la pubblica amministrazione e i diversi soggetti. Da tali rapporti possono scaturire conflitti dei diversi soggetti contro l'amministrazione pubblica o dell'amministrazione contro i primi. La determinazione del potere (e relative modalità) chiamato a risolvere le controversie nelle quali lo Stato apparato o persona

funzioni, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 303 ss.; G. ROEHRSEN, *Il Consiglio di Stato e i suoi compiti*, in *Cons. Stato*, 1971, II, 449 ss.; C. SCHWARZEMBERG, *Le Conseil d'État dans l'histoire du droit administratif italien*, in *Archiv de droit canon et ecclésiastique*, Athenes, 1979; G. ROEHRSEN, *Il Consiglio di Stato*, in *Parlamento*, 1980, n. 1.2; V. CAIANIELLO, *Consiglio di Stato*, in *Noviss. Dig. It. App. II*, Torino, 1981, 449 ss.; G. PESCATORE, *Il Consiglio di Stato: da Carlo Alberto ai problemi attuali*, in *Foro amm.*, 1982, 304 ss.; R. CHIEPPA, *Consiglio di Stato*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, VIII; da ultimi: G. CERRINA FERRONI, *Il Consiglio di Stato: organo di tutela della giustizia amministrativa*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2005, 4 ss.; A. PAJNO, *Consiglio di Stato*, in *Dizionario di diritto pubblico* a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, II, 1319 ss.

² Sull'origine, ruolo e importanza del Consiglio di Stato francese in questo processo storico-evolutivo: v. già L. AUCOC, *Le Conseil d'État avant et puis 1789*, Parigi, 1876; G. PEVERELLI, *Il Consiglio di Stato nella monarchia di Savoia*, Roma, 1888; L. ARMANNI, *La riforma del Consiglio di Stato e la giurisdizione amministrativa*, Assisi, 1891; L. RAVÀ, *Il Consiglio di Stato nel Regno italiano e l'opera di Napoleone I Re*, in *Il Consiglio di Stato: studi in occasione del Centenario*, cit., vol. I, 165 ss.

³ Questo cambiamento è stato l'effetto dell'introduzione dei governi parlamentari, nei quali la direzione politica dello Stato è stata assunta dalle Camere che, attraverso i Ministri influenzando l'indirizzo generale dello stesso potere esecutivo, hanno reso pressoché inutile la funzione consultiva di ogni altro collegio in questo settore. Il Consiglio di Stato, nei regimi assoluti, è stato composto dai feudatari e poi dai più alti esponenti delle classi dominanti (la nobiltà in particolare), solo dopo l'introduzione dei governi costituzionali, fu trasformato in organo prevalentemente tecnico e formato quasi esclusivamente da funzionari amministrativi e da esperti nelle materie giuridiche. Sul punto B. LANDI, *Consiglio di Stato. Precedenti storici*, cit., 295 ss.

sia parte, ha costituito e costituisce una delle questioni più rilevanti della politica e della scienza giuridica⁴.

L'attuale sistema è il frutto di un lungo e complesso processo evolutivo che affonda le radici in periodi storici ormai risalenti. Già nello Stato assoluto ed altresì nello Stato di polizia erano presenti meccanismi rivolti a sindacare il rispetto delle regole di condotta del potere pubblico (amministrativo), tuttavia, l'esigenza di soddisfare la domanda di giustizia dei privati si fece più pressante dopo la Rivoluzione francese ed in occasione della nascita dello Stato a regime amministrativo (nel quale gli istituti di giustizia amministrativa completavano lo "statuto" speciale dell'amministrazione, caratteristico di questo tipo di Stato)⁵. La genesi di questo modello di Stato è, infatti, prevalentemente ricondotta agli ideali della Rivoluzione ed in particolare alla concezione (maturata alla fine del Settecento) del valore che la legge veniva progressivamente ad assumere nei rapporti tra Stato e cittadini⁶. In tale contesto, infatti, sotto la spinta della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, la pubblica amministrazione cessa di essere uno strumento personale del monarca, considerato *legibus solutus*. Anche l'Amministrazione pubblica viene sottoposta completamente alla

⁴ Non è questa la sede per analizzare l'evoluzione e gli strumenti approntati per affrontare e risolvere le problematiche derivanti dalla "giustizia nell'amministrazione". La premessa di carattere indefettibile ed ampiamente condivisa è quella che sancisce l'obbligo anche per l'Amministrazione di essere sottoposta alla legge. Si tratta del c.d. principio di legalità dell'azione amministrativa secondo il quale, nella dottrina moderna, è la regola che vieta all'autorità del potere esecutivo il sacrificio di interessi individuali, nei confronti di un interesse pubblico, allorché la prevalenza di quest'ultimo non sia sancita per legge (sull'importanza di tale principio v. già G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 203 ss.; quindi M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, I, 37 ss.; R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1974, I, 229 ss.; cui adde F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, XIII, 659 ss.; S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1355 ss.; per i profili costituzionali: M.R. DONNAMURA, *Il principio di legalità nella dinamica dei rapporti costituzionali*, Padova, 1988; nonché L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XVIII; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1994, IX, 84 ss.; con più diretto riferimento all'attività amministrativa: soprattutto F. LEDDA, *La legalità nell'amministrazione: momenti di sviluppo e fattori di crisi*, in F. MARONGIU e G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992, 153 ss.; nonché A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 111 ss.; diffusamente S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993; U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, I, 247 ss.; da ultimi: N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale*, Milano, 2002; L. CIMELLARO, *Il principio di legalità in trasformazione*, in *Dir. e soc.*, 2006).

⁵ Sull'origine ed i caratteri dello Stato a diritto amministrativo: già F. D'ALESSIO, *Dalla dichiarazione dei diritti dell'uomo al moderno Stato di diritto*, Roma, 1915, 41 ss.; poi in *Scritti per S. Romano*, Padova, 1940, I, 493 ss.; quindi M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XII, 855 ss.; G. TREVES, *Intorno alla nozione di diritto amministrativo*, in *Scritti in memoria di V. E. Orlando*, Padova, 1956, II, 509 ss.; G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia. Profili di amministrativisti preorlandiani*, Bologna, 1981; più recentemente per una ricostruzione storica L. MANNORI, *Diritto amministrativo dal Medioevo al XIX secolo*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1990, V, 171 ss.; B. SORDI, *Diritto amministrativo (evoluzione dal XIX secolo)*, *ivi*, 1990, 182 ss.; E. CASETTA, *Diritto amministrativo*, *ivi*, 191 ss.; e per una sintesi L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001; nonché G. MELIS, *La storia del diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, I.

⁶ Sull'affermarsi del primato della legge nei rapporti tra Stato e cittadini, anche per riferimenti storico-giuridici complessivi: già V. MICELI, *La norma giuridica*, Palermo, 1906; C. ESPOSITO, *Norma giuridica*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1937; A. DE VALLES, *La norma giuridica*, in *Scritti per Cedam*, Padova, 1952, II; V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, II, 238 ss.; F. MODUGNO, *Norma giuridica (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, XVIII, 329 ss.; E. CORTESE, *Norma giuridica (Storia)*, *ivi*, XVIII, 393 ss.

legge e viene identificata con il potere esecutivo, cui spetta il compito di garantire l'attuazione della legge⁷.

È opinione diffusa che la giustizia amministrativa sia nata in Francia tra il XVII e XVIII secolo. Secondo Tocqueville tale genesi ha trovato giustificazione nell'esigenza di sottrarre alla giurisdizione dei tribunali ordinari le controversie nascenti dall'applicazione dei decreti del Re⁸. In origine ciò avveniva mediante l'inserimento, nei decreti regi, di speciali clausole con le quali si vietava ai tribunali ordinari di prendere in esame le controversie nascenti dalla loro applicazione e se ne attribuiva la competenza ad organi amministrativi, quali l'intendente e, in seconda istanza, al consiglio del Re. Talvolta, in mancanza di clausole simili, si faceva ricorso all'avocazione, istituto mediante il quale il Re sottraeva al giudice e riservava a sé la decisione di una controversia. Ciò avveniva secondo Toqueville, specialmente nelle materie regolate dalle leggi e dalle usanze antiche. Nel tempo, quella che era un'eccezione divenne a poco a poco la regola e gli intendenti, in primo grado, e il consiglio del Re, finirono con il diventare giudici delle controversie nascenti dall'attività dell'Amministrazione pubblica: riscossione delle imposte, trasporti pubblici, manutenzione delle strade, navigazione dei fiumi e così via.

Le leggi, emanate nei diversi momenti del periodo rivoluzionario⁹, affermavano che l'autorità giudiziaria non poteva interferire in alcun modo nelle attività dei corpi amministrati-

⁷ Negli articoli 15 e 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789 veniva anche, per la prima volta, fissato il principio della responsabilità (politica e personale) dei soggetti che esercitano il potere pubblico. Il valore innovativo e giustiziale non è rappresentato solo dalla tutela del cittadino verso l'Amministrazione, ma è dato anche da un modello di Amministrazione che si caratterizza per la responsabilità giuridica dei titolari del potere. Il principio della sottoposizione dell'Amministrazione alla legge e quello della responsabilità dei soggetti titolari del potere costituiscono la premessa per un controllo di legalità su provvedimenti amministrativi. La stessa Costituzione francese del 1791 (agli artt. 3 e 4) aveva introdotto un sistema di controllo sugli atti amministrativi, non con enunciazioni astratte, ma con statuizioni precettive mirate a garantire, in concreto, che l'azione dei Governanti fosse conformata alla legge regolatrice del potere pubblico. In ordine al faticoso affermarsi della responsabilità della pubblica amministrazione, ancor prima del dettato costituzionale: G. VACCHELLI, *La responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1892; V.E. ORLANDO, *Saggio di una teoria sul fondamento della responsabilità civile, a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1893, III, 251 ss.; O. RANELLETTI, *Della responsabilità degli enti pubblici per atti illeciti*, in *Foro. it.*, 1898, 83 ss.; L. RAGGI, *La responsabilità civile dei pubblici funzionari amministrativi*, Piacenza, 1899; U. FORTI, *Contributi alla teoria della responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1903, quindi in *Scritti di diritto pubblico*, Roma, 1937, vol. II, 411 ss.; E. GIANQUINTO, *La responsabilità degli enti pubblici*, Santa Maria Capua Vetere, 1912; R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, 2 voll., Milano, 1939-40; dopo l'avvento del dettato costituzionale, con puntuale ricostruzione, E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, 87 ss.; quindi più recentemente F. SATTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, XXXIX, 1369 ss.; M. CLARICH, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 1085 ss.; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 653 ss.; G.D. COMPORTE, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, V, 5125 ss.; R. CHIEPPA, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in M. CLARICH e G. FONDERICO, *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 620 ss.

⁸ A. DE TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la révolution*, Paris, 1856 (trad. it. a cura di G. CANDELORO, *L'antico regime e la rivoluzione*, Milano, 1996). L'illustre studioso ottocentesco si riferisce, con l'espressione giustizia amministrativa, a forme di giustizia speciali istituite *ad hoc* per risolvere controversie nascenti da provvedimenti dell'autorità governativa e amministrativa: "poiché, scrive Tocqueville, il re non poteva quasi niente sulla sorte dei giudici; non poteva né revocarli, né trasferirli e, molto spesso, nemmeno elevarli di grado; poiché, in una parola non li dominava né con l'ambizione né con la paura si era ben presto urtato di questa indipendenza. E ciò l'aveva indotto, più che in qualsiasi altro luogo, a sottrarre loro la conoscenza degli interessi che riguardavano direttamente il suo potere e a creare, per proprio uso particolare e vicino a loro, una specie di tribunale più dipendente che presentasse ai suoi sudditi qualche apparenza di giustizia, senza farne temere a lui la realtà".

⁹ Leggi 22 dicembre 1789, del 16 e 24 agosto del 1790, Costituzione dell'anno III (1795), legge del fruttidoro 3 settembre 1795. L'articolo 3 della Costituzione del 1791 sanciva che "I tribunali non possono né intromettersi nell'esercizio del potere legislativo o sospendere l'esecuzione delle leggi, né intervenire nelle funzioni amministrative o citare innanzi a sé gli amministratori per ragioni legate alla loro funzione".

vi, né chiamare a rispondere dinanzi a sé gli amministratori pubblici in ragione delle loro funzioni, né conoscere degli atti amministrativi, di qualunque tipo essi fossero. Era nata allora la figura del “ministro giudice” al quale era confidato il potere di decidere in ultima istanza sulle controversie concernenti gli affari di competenza del suo ministero. Lo sviluppo di tale concezione aveva portato a sottrarre al potere giudiziario tutti i casi in cui la pubblica amministrazione agiva in veste di autorità e per i quali godeva di una sorta di immunità¹⁰.

Ciò nonostante, proprio in Francia, sulla base dell'antico *Conseil du Roi*, con la Costituzione del 22 frimaio dell'anno VIII (13 dicembre 1799) veniva creato un apposito *Conseil d'État*¹¹. L'articolo 52 definiva concisamente le attribuzioni amministrative, giurisdizionali e politiche del Consiglio di Stato, specificando che avrebbe esercitato le proprie funzioni sotto la direzione dei Consoli, cioè in stretta dipendenza dall'esecutivo; il che sottintendeva il ruolo puramente consultivo che ad esso si era voluto attribuire¹². Tale sistema si inseriva perfettamente all'interno di quella “monarchia amministrativa” che Napoleone era venuta creando, basata cioè sul preminente ruolo dell'amministrazione negli ordinamenti pubblici, sull'uniformità delle amministrazioni locali, sulla distinzione tra amministrazione attiva ed amministrazione contenziosa¹³.

¹⁰ È storicamente risalente la concezione del potere amministrativo quale espressione della nozione di autorità. Su tale concezione sarà sufficiente fare rinvio ad autorevoli contributi: già S. PANUNZIO, *Il diritto e l'autorità*, Roma, 1920; F. CONDORELLI, *Diritto ed autorità*, in *Studi per Del Vecchio*, Modena, 1930; G. QUADRI, *Il problema dell'autorità*, Firenze, 1940; S. ROMANO, *Poteri e potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 192 ss.; F. MESSINEO, *Autorità*, in *Enc. Scienze pol. econ. soc.*, 1956, ad vocem; NERI e VANNICELLI, *Autorità*, *ivi*, 1956; C. LAVAGNA, *Autorità (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, IV, 477 ss.; G. NOCERA, *Autorità (premessa storica)*, *ivi*, 1959, IV, 465 ss. e puntualmente E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 298 ss.; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992; da ultimo B.G. MATTARELLA, *Potere amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, V, 4393 ss.

¹¹ Il Consiglio di Stato napoleonico fu poi progressivamente organizzato con decreto del 22 dicembre 1799 che lo suddivise in cinque sezioni (legislazione, finanze, guerra, marina e interni) e con numerosi altri decreti successivi che gli attribuirono funzioni prevalentemente consultive. Sulle funzioni del *Conseil du Roi* nella Francia di antico regime: già R. GUILLARD, *Histoire du Conseil du Roi*, Paris, 1711; J. ESCALOPIER, *Recherches sur l'origine du Conseil du Roi*, Paris, 1765; A. VIDAILLON, *Histoire du Conseil du Roi*, Paris, 1856; quindi M. ANTOINE, *Le Conseil du Roi sous le règne de Louis XV*, Paris-Genève, 1970; R. MOUSNIER, *Le Conseil du Roi de Louis XII à la Révolution*, Paris, 1970; Id., *Les institutions de la France sous la monarchie absolue, 1598-1789, II, Les organes de l'État et la Société*, Paris, 1980, 132 ss., 158 ss. Sul ruolo e sulle funzioni del Consiglio di Stato napoleonico: già G. LOCRÉ, *Du Conseil d'État*, Paris, 1810; L.M. DE CORMENIN, *Le Conseil d'État envisagé comme Conseil et comme juridiction*, Paris, 1818; J.B. SIREY, *Du Conseil d'État*, Paris, 1818; G. ROUTHIER, *De l'organisation du Conseil d'État*, Paris, 1828; PICHON, *Du Conseil d'État*, Paris, 1829; A. VIVIEN, *Le Conseil d'État*, in *Revue des deux mondes*, 1841; A. DE PISTOYE, *Du Conseil d'État, de son organisation, de son autorité et de ses attributions*, Paris, 1845; A. REGNAULT, *Histoire du Conseil d'État*, Paris, 1851; A. DUCROQ, *Le Conseil d'État*, Paris, 1867; quindi C. DURAND, *Études sur le Conseil d'État napoléonien*, Paris, 1949; Id., *Le fonctionnement du Conseil d'État napoléonien*, Paris, 1954; J. DEVOLVE, *Études et documents. Conseil d'État*, Paris, 1950, 128 ss.; REINACH et SAWEL, *Études et documents. Conseil d'État*, *ivi*, 1950, 176 ss.; J. BOURDON, *Napoléon au Conseil d'État. Notes et Procès-verbaux inédits par J. G. Locré*, Paris, 1963; J. GODECHOT, *Les Institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, 1968, 559 ss.; G. SAUTEL, *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, Paris, 1990, 269 ss.; P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration du 1750 a nos jours*, Paris, 1968, 276 ss.; P. VILLARD, *Histoire des institutions publiques de la France (de 1789 a nos jours)*, Paris, 1988, 43 ss.

¹² Solo con decreto 11 giugno 1806 fu istituita un'apposita Commissione del contenzioso formata da tecnici e presieduta dal Ministro di Giustizia; ma resta indiscusso per il contenzioso il sistema della giustizia ritenuta. Il Consiglio, infatti, doveva limitarsi ad istruire le cause e farne rapporto alla Commissione e le decisioni venivano presentate come “progetto di decreto”.

¹³ Sulla c.d. “monarchia amministrativa”: P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 a nos jours*, cit., 138 ss.; Id., *La Royauté du droit administratif. Recherches sur les fondaments traditionnels de l'État centraliste en France*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1974, I, 696 ss.; P. VILLARD, *Histoire des institutions publiques*, cit., 18 ss.

L'esigenza di una giustizia amministrativa, viene a manifestarsi in termini più netti, con l'affermarsi dello Stato di diritto, essendo quest'ultimo basato sul principio che le posizioni soggettive dei cittadini debbono essere tutelate, non solo nei confronti degli altri cittadini, ma anche nei confronti della pubblica amministrazione¹⁴. Sennonché, nello Stato di diritto, si afferma altresì, come postulato fondamentale dell'organizzazione amministrativa, il principio della separazione dei poteri, il quale, inteso in senso assoluto e meccanico, così come era concepito agli albori della formazione del diritto pubblico moderno, comportava la conseguenza che il potere giurisdizionale non avrebbe potuto estendere il proprio sindacato sull'attività amministrativa, senza con ciò interferire nella sfera riservata al potere esecutivo¹⁵.

¹⁴ Va, infatti, avvertito che gli ordinamenti dell'*ancien régime* non conoscevano un sistema di giustizia amministrativa. Nell'editto di St. Germain di Luigi XIII (1641 Luigi XIII Richelieu) si trova formulato il principio che le corti giudiziarie "non sono state istituite che per rendere giustizia ai nostri sudditi" e che, di conseguenza a esse è interdetto "di conoscere di qualsiasi affare possa concernere lo Stato, la sua amministrazione o il suo governo" (quest'ultima materia infatti "non appartiene che al principe"). Parimenti con l'editto del 1661, Luigi XIV ordinava a tutte le Corti di "deferire al suo Consiglio, facendo loro espresse proibizioni di prenderne alcuna conoscenza, gli affari dai quali Sua Maestà abbia riservato il giudizio a sé o al suo Consiglio". Soltanto eccezionalmente e più tardi i principi consentono la chiamata in giudizio delle loro amministrazioni per controversie di diritto privato o relative alla riscossione di tributi, devolvendosi di massima tali questioni a organi contenziosi speciali (Corte dei Conti, ecc.). Per la generalità delle questioni, e in particolare per quelle relative all'esercizio dei pubblici poteri, i sudditi non avevano altro mezzo che quello di rivolgersi agli uffici superiori, o eventualmente allo stesso principe, in forma di *placet*, al fine di ottenere una pronuncia in via di grazia (v. per esempio in Piemonte le Regie Costituzioni generali di Vittorio Amedeo II del 1770). Questo assetto viene profondamente e radicalmente innovato col formarsi dello Stato di diritto sul quale grande influenza ebbero gli scritti di Costantino C. BAEHR, *Lo Stato di diritto*, in *Nuova antologia*, 1869, 1870 e 1871 nonché nella traduzione di Torino, 1871; sull'origine e gli sviluppi dello Stato di diritto, inteso come ogni altro soggetto sottoposto alle leggi ed alla giurisdizione, occorre fare rinvio a dottrina risalente, v. in particolare: L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, Torino, 1885 (ristampa Napoli, 1992); O. RAGGI, *La parabola di un concetto (Stato di diritto)*, in *Ann. Univ. Camerino*, Camerino, 1907-08; D'ALESSIO, *Dalla dichiarazione dei diritti dell'uomo al moderno Stato di diritto*, cit., 41 ss.; quindi P. BODDA, *Lo Stato di diritto*, Milano, 1934; F. BATTAGLIA, *Stato etico e Stato di diritto*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1937, 10 ss.; L. D'ANTONIO, *Sulla locuzione "Stato di diritto"*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1939, 20 ss.; G. TREVES, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 399 ss.; G. GRASSO, *"Stato di diritto" e "Stato sociale" nell'attuale ordinamento italiano*, in *Il Politico*, 1961; S. PIOLA, *Per lo Stato di diritto*, Milano, 1968; e soprattutto E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973; nonché P. BENEDEUCE, *"Punto di vista amministrativo" e Stato di diritto alla fine dell'Ottocento*, in *Annali ISIG*, Milano, 1984, 119 ss.; P. BARCELLONA, *Stato di diritto e principio democratico*, in *Dem. e dir.*, 1990, 245 ss.; M.R. DONNARUMMA, *Una tematica sempre attuale: lo "Stato di diritto"*, *ivi*, 1994, 89 ss.; da ultimo R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2008; tra i manuali R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., I, 228 ss., A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 15 ediz., 24 ss.

¹⁵ Montesquieu aveva sostenuto che nella Costituzione inglese il principio della divisione dei poteri era il fondamento della libertà politica (*De l'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI, trad. it., *Lo spirito delle leggi*, Milano, 1989). La distinzione, invero già presente nel Settecento, fu riproposta nella Costituzione di Cadice del 1812. Si tenga presente che, invece, negli Stati Uniti il principio della divisione dei poteri è stato tradizionalmente inteso e tuttora viene inteso in un senso molto diverso. In questo Paese esso non ha mai impedito al potere giudiziario di sindacare tanto la pubblica amministrazione quanto lo stesso legislatore mediante la disapplicazione di una legge contraria alla Costituzione (a partire dal caso *Medison versus Merbury* deciso dalla Corte Suprema nel 1805). Sulla molteplicità di interpretazioni del principio: già S. LESSONA, *La divisione dei poteri (appunti terminologici)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1944-46, 11 ss. ora in *Scritti minori*, II, 1148 ss.; nonché F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 17 ss.; F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1966, XIII, 472 ss.; G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, 1979, 2 voll.; *Id.*, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, XXXIV, 670 ss.; G. BOGNETTI, *Poteri (divisione dei)*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1996, X, 372 ss. oggi la dottrina ne sollecita la revisione (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 70 ss.; E. SANDULLI, *Manuale*, cit., 9 ss.) o afferma addirittura che esso è superato (G. CUGURRA, *Considerazioni sull'attuale sistema degli enti pubblici*, in *Riv. trim. dir.*

Queste opinioni erano, infatti, generalmente accompagnate dalla convinzione che, così come il giudice doveva restare separato dall'amministrazione, allo stesso modo si doveva riconoscere l'esistenza di una sfera di attività, la cosiddetta attività di "amministrazione pura", sottratta a qualsiasi sindacato giurisdizionale e di fronte alla quale la tutela degli interessi dei privati doveva rimanere affidata, in buona sostanza, alla stessa pubblica amministrazione¹⁶.

Va tuttavia avvertito che il principio della separazione dei poteri, rettammente inteso, non costituisce ostacolo alla tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione, sempre che sia inibito al giudice (ordinario) di sostituirsi all'autorità amministrativa nell'esercizio dei poteri pubblicistici, che rientrano nella sfera riservata all'esecutivo (per maggiori puntualizzazioni v. *infra*).

A ben vedere, allorché l'ordinamento offre al cittadino i mezzi giuridici per obbligare lo Stato nella sua attività amministrativa ad osservare le norme di diritto da esso stesso poste, realizza quello "Stato di diritto" che assicura in tutti gli ordinamenti moderni, il rispetto da parte dello Stato nei confronti dei cittadini, della legalità e della giustizia in ogni campo della sua organizzazione e della sua attività¹⁷. Gli ordinamenti giuridici positivi hanno naturalmente attuato tale essenziale finalità attraverso sistemi diversi in connessione alle diversità dei singoli ordinamenti.

L'obbligo della pubblica amministrazione di osservare le norme giuridiche è stato assicurato dagli ordinamenti con molteplici mezzi che, accomunati dall'unico scopo di garantire il conseguimento del pubblico interesse da parte delle autorità amministrative, qual è concepito in un determinato momento storico e in una determinata organizzazione sociale, hanno conosciuto diversi strumenti.

a) Mezzi di natura politica: essi attuano, nei sistemi contemporanei, il generale principio del controllo del Parlamento sull'attività del Governo e quindi dell'amministrazione, che è

pubbl., 1972, 48 ss.). Per i profili evolutivi: M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1990; nonché A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990; G. GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992; da ultimo F. RIMOLI, *Poteri (divisione dei)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, V, 4406 ss.

¹⁶ Per "amministrazione pura" s'intendeva quella parte di attività amministrativa regolata esclusivamente dalle discrezionali valutazioni della stessa pubblica amministrazione e sottratta ad ogni controllo giustiziale, se non quello rimesso alle istanze rivolte dai privati alla stessa pubblica amministrazione. Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 74 ss.

¹⁷ I principi costituzionali moderni, hanno progressivamente scardinato gli ordinamenti che sottraevano il Sovrano, e con esso l'attività dello Stato da quello impersonato, a qualsiasi assoggettamento a vincoli giuridici, per cui *legibus solutus* egli concedeva soltanto in via di grazia ai sudditi la riparazione dei torti subiti. Si è così venuta affermando la necessità di sottoporre l'attività amministrativa ad un controllo giudiziario. Sull'attività amministrativa nello Stato di diritto e le sue peculiarità: v. soprattutto G. TREVES, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, cit., 399 ss.; ID., *Intorno alla nozione di diritto amministrativo*, in *Scritti in memoria di V. E. Orlando*, Padova, 1956, II, 509 ss.; v. altresì M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, III, 988 ss.; ID., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini*, 2, Milano, 1973, 184 ss.; D. FOLIGNO, *L'attività amministrativa*, Milano, 1966, 20 ss.; O. SEPE, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, Milano, 1975, 87 ss.; F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, XXIV, 124 ss.; S. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974; ID., *Cultura e politica del diritto amministrativo in Italia*, Bologna, 1971; A. CAPUTO, *La nozione di amministrazione pubblica nei trattatisti dell'Ottocento e del Novecento. Profili storici*, in *Foro amm.*, 1980, I, 2051 ss.; cui adde E. CASSETTA, *Attività amministrativa*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1987, I, 527 ss.; da ultimi F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir. Aggiorn.*, Milano, 2002, VI, 75 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Tomo I, p. gen., Milano, 2003, 703 ss.; per l'affermarsi dello Stato moderno: M. FIORAVANTI, *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2002; G.G. ORTU, *Lo Stato moderno. Profili storici*, Roma-Bari, 2001.

proprio del regime parlamentare, oggi costituzionalmente previsto tramite le interrogazioni, le interpellanze, le mozioni, le inchieste¹⁸.

b) Mezzi di natura amministrativa: essi tendono a garantire il legittimo e conveniente svolgimento dell'attività amministrativa e sono esercitati da organi che appartengono alla stessa amministrazione, o prevenendo l'emanazione di atti illegittimi o inopportuni (controlli preventivi) o sopprimendo e ritrattando atti illegittimi o inopportuni (controlli repressivi). Tali controlli si esplicano o d'ufficio o tramite intervento del privato attraverso denunce, esposti e altri strumenti sollecitatori¹⁹. Tra questi mezzi di controllo dell'attività amministrativa va ricordato l'istituto del difensore civico che ha trovato le prime applicazioni nei paesi scandinavi e meglio noto sotto la denominazione di *Ombudsman*²⁰.

c) Mezzi di natura giuridica: con questo termine, di natura essenzialmente convenzionale, in quanto anche gli altri mezzi trovano fondamento e sono disciplinati dal diritto positivo, si intendono quegli strumenti giuridici attraverso i quali è consentito ai soggetti privati di reagire a quella attività amministrativa ritenuta lesiva nei loro confronti in quanto com-

¹⁸ Su questi mezzi di controllo politico sull'attività del governo: v. già v. STRAMACCI, *Interpellanza*, in *Rass. Parlam.*, 1959; I. GATTA, *Interpellanza*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1962, VIII, 884 ss.; Id., *Interrogazione*, *ivi*, VIII, 925 ss.; J. BUCCISANO, *Le interrogazioni e le interpellanze parlamentari*, Milano, 1969; A. ANZON, *Le interrogazioni e le interpellanze nella recente esperienza parlamentare*, in *Polit. dir.*, 1969; A. MANZELLA, *Interrogazione e interpellanza parlamentare*, in *Enc. dir.*, Milano, 1972, XXII, 406 ss.; A. CAPURSO, *Interrogazioni scritte come strumento di controllo democratico del potere*, in *Studi parlam.*, 1978, 159 ss.; sulle inchieste: già P. VIRGA, *Le inchieste parlamentari*, in *Ann. Univ. Catania*, 1950; A. TESAURO, *Il potere d'inchiesta delle Camere del Parlamento*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, 60 ss.; F. FERRARI, *L'inchiesta parlamentare*, Parma, 1959; M. PACELLI, *L'inchiesta parlamentare come strumento di controllo politico*, Firenze, 1966; A. PACE, *Il potere di inchiesta delle Assemblee legislative*, Milano, 1973; Id., *Il potere parlamentare di inchiesta*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1979; G. RECCHIA, *L'informazione delle Assemblee rappresentative. Le inchieste*, Napoli, 1979; la potestà di inchiesta come potere implicito all'attribuzione di funzioni di amministrazione attiva è stata sostenuta per la prima volta da O. RANELLETTI, *Le inchieste amministrative secondo il nostro diritto pubblico vigente*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1902, 166; con più diretto riferimento alla natura e funzioni dell'inchiesta amministrativa: già F. LEVI, *Inchiesta amministrativa*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1962, VIII; N. SAITTA, *Inchiesta amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, XX, 980 ss.; R. TOMEI, *Inchiesta amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989; Id., *L'inchiesta amministrativa*, Torino, 1993; A. DEGLI ESPOSTI, *Ispezioni e inchieste amministrative*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1993, VIII, 590 ss.; da ultimo R. LOMBARDI, *Inchiesta (dir. amm.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, IV, 3036 ss.

¹⁹ Sulle funzioni e le diverse tipologie di controlli amministrativi: v. già O. SEPE, *Lineamenti generali sull'attività di controllo nel diritto pubblico*, in *Nuova Rass.*, 1954, 1795 ss.; G. FERRARI, *Gli organi ausiliari*, Milano, 1956, 233 ss.; P. SALVI, *Premessa ad uno studio sui controlli giuridici*, Milano, 1957; G. BORZELLINO, *La garanzia tutoria nello Stato di diritto*, Bologna, 1962; G. BERTI-L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, Milano, 1952, X, 298 ss.; G. ROHERSSEN, *I controlli nell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. amm.*, 1970, 353 ss.; più recentemente soprattutto M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1263 ss.; nonché O. Sepe, *Controlli amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1980, IX; A. CROSETTI, *Controlli amministrativi*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1989, IV, 97 ss.; A. GIOCOLI NACCI, *I controlli amministrativi*, Bari, 1991; G. BERTI e N. MARZONA, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir. Aggiorn.*, Milano, 1999, III, 457 ss.; da ultimi G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Dir. amm. gen.*, Milano, 2000, 1217 ss.; Id., *Controlli amministrativi*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, II, 1427 ss.; R. LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo*, Milano, 2003, 221 ss.

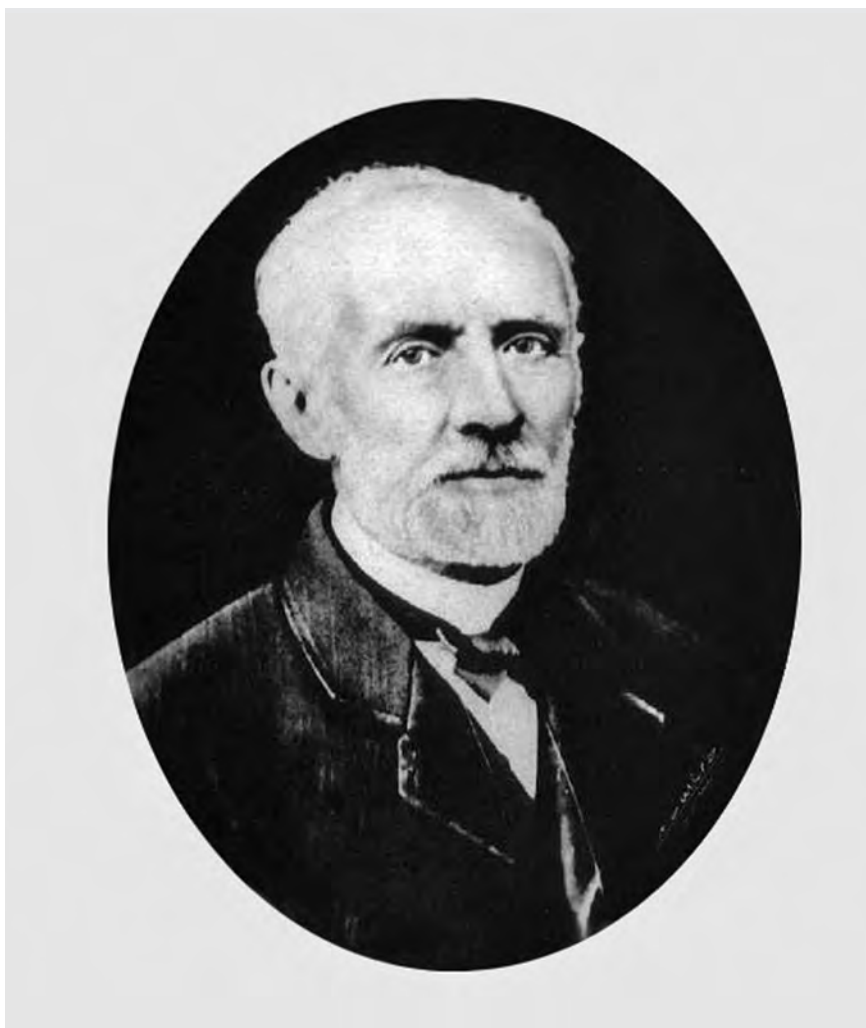
²⁰ La figura dell'*Ombudsman* (termine arcaico col significato di incarico, procuratore) trova origine in Svezia (1809) (cfr. A. DI GIOVINE, *L'Ombudsman in Scandinavia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 899 ss.), anche se i precedenti, in diverso quadro storico-funzionale, possono farsi risalire al *defensor civitatis* del IV sec. Ed è stata adottata non soltanto in paesi scandinavi (Svezia, Finlandia, Norvegia) ma anche in Inghilterra e Nuova Zelanda (con sfere di competenze diverse da Paese a Paese) ed anche in Italia (E. CANNATA,

piuta in contrasto e violazione delle norme di diritto. Il complesso di tali mezzi è conquista relativamente recente ed è stata compresa sotto la denominazione ampia e comprensiva di “giustizia amministrativa”²¹.

Nella formazione e nell'evoluzione dei modelli di giustizia amministrativa il Consiglio di Stato ha avuto un ruolo ed un'importanza crescente e fondamentale. Per comprendere pienamente questo ruolo è tuttavia opportuno accennare alle soluzioni che si sono venute affacciando nel diritto comparato e che hanno avuto, storicamente, parte rilevante nell'affermazione della struttura e nelle funzioni dell'attuale Consiglio di Stato.

L'Ombudsman in Italia, in *Riv. amm.*, 1969, I, 100 ss.) soprattutto dopo l'affermarsi dell'ordinamento regionale (su tali previsioni M.C. MASCAMBRUNO, *Il difensore civico alla luce delle norme regionali*, in *Studi senesi*, 1977, 260 ss.; G. MARZULLO, *Il difensore civico come si configura concretamente nella vigente legislazione regionale*, in *Foro amm.*, 1983, II, 133 ss.; A. CARACCIOLLO LA GROTTIERA, *Note critiche sulla figura del difensore civico*, in *Foro amm.*, 1979, II, 478 ss.). Sul ruolo e le funzioni dell'*Ombudsman*: G. DE VERGOTTINI, *Ombudsman*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, XXIX, 884 il quale peraltro sottolinea che l'*Ombudsman* è “organo collegato alla rappresentanza politica nazionale, dotato di attribuzioni ispettive nei confronti delle amministrazioni dipendenti dall'esecutivo e prevalentemente destinato a operare come istanza di tutela di interessi collettivi e individuali compromessi dall'inerzia dell'amministrazione o dai suoi comportamenti attivi illegittimi o inopportuni” (*ivi*, p. 879). Cfr. anche M. COMBA, *Ombudsman*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino 1995, X, 296; D. BORGONOVO RE, *Ombudsman in diritto comparato*, *ivi* 306. Ispirato all'*Ombudsman* è l'istituto del difensore civico (sul quale v. ancora G. VESPERINI, *Difensore civico*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, III, 1826), che svolge compiti di “tutela dei cittadini o delle associazioni e formazioni sociali contro quelle disfunzioni che possono essere ricondotte alla nozione di *maladministration* e avverso le quali non sono esperibili gli ordinari rimedi giurisdizionali” nonché, agendo d'ufficio, “per il perseguimento delle finalità costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione”. Va peraltro avvertito che in molti casi l'istituto del difensore civico è stato appiattito a quello di un ufficio reclami.

²¹ La dottrina più recente ha evidenziato (E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 663) che l'espressione giustizia amministrativa indica un complesso di istituti assoggettati a varie discipline, tra cui una parte delle disposizioni relative al giudizio che si svolge dinanzi al giudice ordinario. L'obiettivo di tutelare i diritti dei cittadini contro gli atti illegittimi (o inopportuni) dell'amministrazione dello Stato è conquista tipica dello Stato moderno. Allo studio ed all'evoluzione dei problemi della giustizia amministrativa hanno dedicato attenzione i più importanti contributi del diritto amministrativo. La letteratura riguardante tale problematica non è ovviamente contenibile in una nota, tra i molti, v. già A. MALGARINI, *Dell'azione civile dei privati contro gli atti delle autorità governative od amministrative*, Pavia, 1878; P. DEMURTAS ZICHICA, *La giustizia amministrativa in Italia*, Torino, 1883; R. CARDON, *La giustizia e l'amministrazione*, Torino, 1884; G. LEPORINI, *Giustizia nell'amministrazione e giurisdizione amministrativa*, Macerata, 1887; V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1901, III, 631 ss.; ID., *Contenzioso amministrativo*, in *Dig. it.*, Torino, 1897-1902, VII, pt. II, 908 ss.; G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in V.E. ORLANDO, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 1901, III, 223 ss.; S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, *ivi*; A. BRUNIALTI, *I diritti dei cittadini e la giustizia amministrativa in Italia*, Torino, 1902; C. VITTA, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1902; F. BARDARI, *Il sindacato giudiziario sugli atti amministrativi*, Napoli, 1902; A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi, con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, 1904; F. CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1905, III, 14 ss.; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, vol. I, s.d. (ma 1910), 156 ss.; C. SCHANZER, *Vicende e riforme della giustizia amministrativa in Italia*, in *Nuova Antologia*, 1910; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911; G. CORSO, *Commento delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Napoli, 1913; U. BORSI, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1932, 2 ediz.; E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 51 ss., ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 1 ss.; F. D'ALESSIO, *Le leggi sulla giustizia amministrativa commentate*, Torino, 1938; O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Padova, 1941; A. LENTINI, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1948 per limitarsi alla dottrina anteriore alla Costituzione italiana e con riserva di successivi ulteriori indicazioni.



Carlo Cadorna
(1809-1891), nominato
consigliere del Consiglio
di Stato nel 1869 e
Presidente alla morte
di Luigi des Ambrois.

2. Lineamenti di diritto comparato sui diversi sistemi di giustizia amministrativa

I sistemi che, negli ordinamenti positivi degli Stati moderni hanno affrontato il problema della giustizia amministrativa, si possono ricondurre ad alcune principali soluzioni²².

²² Utili riferimenti per una rassegna delle diverse soluzioni di diritto comparato sulla giustizia amministrativa si possono trovare in contributi di autorevole dottrina: v. già A. GIANNINI, *Il Consiglio di Stato e le sue attribuzioni negli Stati stranieri*, negli *Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, cit., vol. I, 373 ss.; successivamente G. FRANCHI, *Contenzioso (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, vol. IX, 619 ss.; F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, vol. XIX, 589 ss.; A. PIRAS (a cura di), *Il controllo giurisdizionale della pubblica amministrazione*, in *Studi di diritto comparato*, II, Torino, 1971; G. TREVES, *La giustizia amministrativa italiana nel contesto europeo*, in *Studi per il controllo giurisdizionale della pubblica amministrazione*, Torino, 1971 e anche in *Giur. it.*, 1971, IV, 49 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 33 ss.; nonché G.F. FERRARI, *Giustizia amministrativa in diritto comparato*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, Torino, 1991, VII, 567 ss.; per raffronti nel diritto comunitario: R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992; G. RECCHIA, *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di G. SANTANIELLO, Padova, 1996; E. PICOZZA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. dir. Aggiorn.*, Milano, 1997,

a) Sistema della giurisdizione unica ordinaria: il sistema della “giurisdizione unica” (detto anche “monistico”) è stato attuato per la prima volta nell’ordinamento belga (Costituzione del 7 febbraio 1831) secondo il quale tutte le controversie sia civili sia amministrative erano state affidate alla competenza dei tribunali civili. Va ricordato in particolare modo l’articolo 93 della citata Costituzione, che disponeva: “Le controversie che hanno per oggetto diritti politici sono di competenza dei tribunali, salvo le eccezioni stabilite dalla legge”. Sotto la denominazione “diritti politici” venivano indicati, secondo la terminologia dell’epoca, i diritti scaturenti da rapporti di diritto pubblico²³. Da notarsi che la giurisdizione dei tribunali era limitata agli atti lesivi di diritti, rimanendo esclusa ogni ingerenza nella competenza discrezionale della pubblica amministrazione, con il solo potere di dichiararne gli atti illegittimi senza però che fosse consentito l’annullamento. Si riteneva, in tal modo, di rispettare il principio della divisione dei poteri. È da rilevare che l’insufficiente protezione del cittadino garantita da tale sistema ha poi indotto successivamente il legislatore belga ad istituire il Consiglio di Stato con legge 23 dicembre 1946, attribuendo alla *section d’administration* del nuovo organismo competenza a conoscere di tutti i casi per i quali non esistesse altra giurisdizione competente²⁴.

Il sistema della giurisdizione unica è poi caratteristico dei paesi anglosassoni²⁵, come l’Inghilterra e gli Stati Uniti (ma seguito anche in altri paesi, come la Norvegia, Israele ed alcuni paesi dell’Est europeo come Russia, Albania, Romania, Bulgaria²⁶), che in parte si ricollega ancora al *self government*²⁷. Nel sistema inglese, in un primo momento, giudici dei

XVI, 14 ss.; ID., *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 1997; da ultimi: L. MUSSELLI, *La giustizia amministrativa nell’ordinamento comunitario*, Torino, 2000; G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell’ordinamento comunitario*, Milano, 2001; G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, in M. P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, II, II, Milano, 2007, 712 ss.

²³ Sulle origini di questo sistema di “giurisdizione unica”: per l’ordinamento anglosassone: già A. DICEY, *The Privy Council*, London, 1887; per quello belga: M. BOURQUIN, *La protection des droits individuels contre les abus de l’autorité administrative en Belgique*, Bruxelles, 1912; L. WODON, *Le controle juridictionnel de l’administration et la responsabilité des services publics en Belgique*, Bruxelles, 1920; P. MEYERS, *La compétence des tribunaux et l’administration*, Liegi, 1921; V. GENOT, *De la réforme du contentieux administratif en Belgique*, in *Belgique judiciaire*, 1931.

²⁴ Sul Consiglio di Stato belga: v. già VENGE, *L’institution du Conseil d’État a Bruxelles*, Bruxelles, 1930; MOUREAN-SIMONARD, *Le Conseil d’État de Belgique*, Bruxelles, 1948; per commenti: U. BORSI, *L’istituzione del Consiglio di Stato nel Belgio*, in *Scritti in onore di S. Romano*, Padova, 1940, II, 21 ss.; quindi M. RIVALTA, *L’istituzione del Consiglio di Stato nel Belgio e in Egitto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 505 ss.; I. TELCHINI, *Funzioni e ordinamento del Consiglio di Stato belga*, *ivi*, 1957, 229 ss.; sull’insufficienza dell’esperienza belga v. J.C. ESCARRAS, *Les expériences belge et italienne d’unité de jurisdiction*, Paris, 1972, 398 ss.

²⁵ Per dati e riferimenti specifici sul sistema di giustizia amministrativa inglese: v. già T.M. COPPER, *The limitations of the judicial functions of public authorities*, in *Public administration*, 1929, 260 ss.; CANNEL, *Le développement de la jurisdiction administrative en Angleterre*, in *Revue des sciences politiques*, 1928, 522 ss.; J. CONSTANTINOFF, *Les recours dans la législation et la jurisprudence anglaise*, 1931; G. TREVES, *Administrative discretion and Judicial Control*, in *The Modern Law Review*, 1947; S.A. DE SMITH, *The Limits of Judicial Review*, *ivi*, 1948; W.A. ROBSON, *Justice and administrative law*, 3 ediz., London, 1951.

²⁶ Sulla giustizia amministrativa delle repubbliche ex sovietiche: M. MAZZA, *Il controllo giurisdizionale della pubblica amministrazione nelle repubbliche ex sovietiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, 549 ss.

²⁷ Va ricordato che la tradizione del potere, che affonda le sue radici nella *Magna Carta* (1215), e la supremazia del Parlamento, una volta superato il sistema dei giudici speciali i quali avevano operato fino agli avvenimenti di fine Seicento, quando con la *glorious revolution* del 1688-89 il re Giacomo II fu sostituito dalla casa d’Orange e il parlamento assunse ruolo preminente rispetto al sovrano, non offrono infatti nel Regno Unito spazi sufficienti per la creazione di un regime specifico di giurisdizione per l’azione amministrativa. Il controllo sull’amministrazione e sul governo si sviluppò piuttosto come controllo di legalità esercitato dal

ricorsi contro gli atti amministrativi illegittimi erano funzionari del potere esecutivo, o organi dell'amministrazione locale, che funzionavano sotto la vigilanza dei supremi tribunali. L'antico carattere di corpo politico è conservato nel *Privy Council* del diritto inglese. Questo era, infatti, formato da un numero non determinato di membri, fra i quali di diritto figuravano tutti i ministri in carica e gli ex ministri; gli altri componenti erano scelti dalla fiducia della Corona fra i più alti funzionari civili e militari e fra i notabili del clero e della nobiltà. Questo vasto consesso aveva funzioni consultive (per esempio sui progetti di legge), deliberative (per alcune ordinanze regie e per la nomina di alcune cariche dello Stato) e giurisdizionali (in alcune cause ecclesiastiche, in alcune cause d'appello dei tribunali coloniali). Era poi suddiviso in numerosi comitati. La maggior parte delle funzioni dell'antico *Privy Council* sono poi state attribuite al gabinetto, che costituisce la parte attiva del collegio.

Solo successivamente, secondo tale sistema, l'attività della pubblica amministrazione è stata sottoposta al sindacato del giudice ordinario, al pari dell'attività dei privati; tale sindacato però incontra una triplice limitazione: a) è circoscritto al vizio della violazione di legge, sia sotto il profilo dell'inosservanza del procedimento (*due process of law*), sia sotto il profilo materiale del contrasto con il precetto legislativo e del vizio di incompetenza (*ultra vires*), ma non si estende, di regola, all'eccesso di potere; b) di regola, non comporta il potere di annullare o sospendere l'atto amministrativo e quindi di emettere sentenze costitutive, bensì solo il potere di emettere sentenze di condanna, sia al risarcimento dei danni sia all'adempimento specifico (*injunction, writ, order*); c) non è ammesso per quelle materie per le quali esistono organi contenziosi amministrativi, per i quali cioè la decisione delle controversie fra privati ed amministrazione è attribuita a speciali commissioni di carattere amministrativo (i c.d. *Administrative Tribunals*)²⁸, che però decidono con procedimento contenzioso; contro le decisioni di tali commissioni non è di regola ammessa impugnativa innanzi ai giudici ordinari.

Come noto, l'ordinamento anglo-americano risulta nettamente distinto dagli altri sistemi giustiziali²⁹. In connessione con il principio che la medesima legge (la *common law*) disciplina sia i rapporti tra i privati, sia quelli con i soggetti pubblici, alimentato dalla personifi-

Parlamento, posto in posizione di superiorità nei confronti dell'esecutivo. Di conseguenza, i rapporti tra privati e amministrazione erano (e ancora oggi sono) tendenzialmente equiparati a quelli tra privati e assoggettati allo stesso diritto comune. Come corollario di questo modello, le corti ordinarie giudicano appunto anche nella materia amministrativa. Va ulteriormente evidenziato che, per lungo tempo, l'attività dell'amministrazione centrale (la Corona), il cui potere discrezionale godeva delle prerogative regie, tendeva ad essere sottratto al sindacato giurisdizionale.

²⁸ Le Commissioni decidono con un procedimento contenzioso, rispettoso delle garanzie dei cittadini, ma contro le decisioni delle commissioni non è di regola consentita l'impugnazione innanzi alla giurisdizione ordinaria. Per ulteriori dettagli in argomento V. VIGORITI, *Costituzione e giustizia amministrativa negli Stati Uniti d'America*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 1201 ss.; R.L. RABIN, *Perspectives on the Administrative Process*, Boston, 1979; G. BOGNETTI, *Dalla "rule of law" allo Stato amministrativo: il problema della giustizia nell'amministrazione*, in *American Journal*, 1986, 240 ss.

²⁹ Anche nel diritto degli Stati Uniti, la giustizia amministrativa è fondata principalmente sulla responsabilità personale dei funzionari e si attua attraverso l'azione giudiziaria ordinaria. Anche per tale ordinamento occorre rinviare a trattazioni che si sono occupate *ex professo* della tematica, oltre agli autori inglesi già citati: WARREN H. PILLSBURY, *Administrative tribunals*, in *Harvard law Review*, XXXI, 1923; J. DICKSON, *Administrative justice and the supremacy of law in the United States*, Cambridge, 1927; D. KENNETH CULP, *Forms of precedeing for Judicial Review of administrative action*, in *Illinois law Review*, 1949; J. WILLARD HURST, *The growth of american law*, Boston, 1950; R. PARKER, *The administrative procedure act*, in *The Yale law journal*, 1951; B. SCWARTZ, *The administrative procedure act*, in *Rev. int. de droit comp.*, 1951; KHINE, *The administrative procedure act*, in *American Bar association journal*, 1951.

cazione degli uffici nelle persone che fisicamente li compongono, il problema della giustizia amministrativa non è stato percepito nella stessa misura che negli altri Stati ed anzi i sistemi di *common law* sono stati dalla dottrina tradizionalmente considerati come ordinamenti non a diritto amministrativo³⁰. In effetti, nell'ordinamento inglese, il sindacato del giudice sull'esercizio del potere discrezionale si propone con un metro che è sostanzialmente difforme dai sistemi continentali. Esso si attua soprattutto sotto un profilo pragmatico, che ricorre soprattutto al criterio del c.d. diritto giudiziale (*case law*) ed alla tecnica casistica dei *writs* (azioni specifiche ad oggetto determinato). Alla base della pronuncia del giudice sta la regola non scritta per la quale tutti i poteri devono essere esercitati ragionevolmente (c.d. "principio di ragionevolezza")³¹. Attraverso tale filtro l'esame del giudice può estendersi oltre il mero esame della legalità dell'atto, a giudicare anche della convenienza e dell'opportunità, procedendo all'identificazione del vizio di eccesso di potere sotto il profilo sintomatico dell'illogicità manifesta³².

Sotto il profilo della struttura dell'apparato giudiziario, per quanto interessa più direttamente il sindacato dell'amministrazione, va ricordato che al vertice si colloca l'*House of Lords*, mentre al di sotto di questo livello troviamo la *Court of Appeal* (in particolare la *Civil Division*) e l'*Hight Court*, distinta in *Family Division*, *Chancery Division* e *Quenn's Bench Division*.

Va peraltro avvertito che il più recente processo evolutivo porta a temperare l'assolutezza delle asserzioni relative all'insussistenza di un vero e proprio diritto amministrativo nel

³⁰ Su tutta questa problematica: già J.D.B. MITCHEL, *L'absence d'un système de droit administratif au Royaume-Uni: ses causes et ses effets*, in *Conseil d'État: études et documents*, 1964, 21 ss.; C. FRANCHINI, *Il giudice di fronte alla pubblica amministrazione nell'ordinamento inglese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 1113 ss.; H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, Oxford, 1977, trad. it. di C. GERACI, Milano, 1969.

³¹ Torna utile rilevare che il principio di ragionevolezza, altrimenti di logicità-congruità, ha proprio le sue origini nel diritto anglosassone con il *leading case* (uno dei precedenti giurisprudenziali più importanti) inglese in materia (v. *Associated Provincial Picture House Ltd v. Wednesbury Cpn*, 1948, 1KB223) ove venne dichiarata irragionevole una decisione "che nessuna persona sensata (*"sensible person"*) potrebbe neppure sognare che possa rientrare nei poteri dell'amministrazione". Il principio, oltremodo pragmatico, è stato poi recepito dalla giurisprudenza nell'ordinamento comunitario e successivamente anche dalla giurisprudenza italiana, quale parametro di legittimità di alcuni atti amministrativi delle autorità nazionali, precisamente di quelli che impongono restrizioni alle libertà tutelate dal diritto comunitario: v. Cons. Stato, Sez. VI n. 1885/2000 e soprattutto Sez. V, 14 aprile 2006 n. 2087, in *Giur. it.*, 2006, 8-9, 1745, tale decisione ne individua in modo netto i tre profili: idoneità della misura al raggiungimento dei fini, necessità della stessa e sua adeguatezza. Nella dottrina il principio è stato attentamente e recentemente studiato ed approfondito: P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir. Aggiorn. I*, Milano, 1997, 898 ss.; G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 939 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; ID., *Proporzionalità*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, V, 4643 ss.; ID., *Ragionevolezza (dir. amm.)*, *ivi*, V, 4803 ss.

³² Il giudice amministrativo in Gran Bretagna, pur non potendo compiere valutazioni di merito sull'atto amministrativo, esercita un sindacato di legittimità sulla discrezionalità della pubblica amministrazione in relazione ai principi di logica e ragionevolezza a cui deve ispirarsi l'azione amministrativa. Su questo tipo di sistema: J. JOWELL-A. LESTER, *Proportionality: Neither Novel Nor Dangerous*, in J. JOWELL-D. OLIVER (eds.), *New Directions in Judicial Review*, London, 1988, 51 ss.; M.P. CHITI, *L'affermarsi della giustizia amministrativa in Inghilterra*, in *Scritti per M. Nigro*, Milano, 1991, III, 131 ss. L'interessato può tuttavia contestare l'illegittimità dell'atto amministrativo in via incidentale attraverso lo strumento del *collateral challenge*, su cui P. MARCHETTI, *Il collateral challenge come strumento di impugnazione indiretta dell'atto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 46 ss.

diritto anglosassone e, in parte, di un sistema separato di giustizia amministrativa. L'esclusiva esistenza di un diritto comune, concepito come garanzia contro privilegi ed arbitrii dell'amministrazione, appare sconfessata dai più recenti sviluppi normativi che hanno visto affermarsi la presenza di *administrative tribunals*, e di speciali procedimenti amministrativi (le c.d. *inquiries*) svolgentesi in forma quasi giurisdizionale (*quasi judicial*) e coronati da provvedimenti amministrativi di tipo giustiziale (*decisions*) e le *commissions*, cioè corpi amministrativi che operano in materie quali l'urbanistica, la previdenza e l'istruzione, esercitando sia funzioni di amministrazione attiva, sia funzioni quasi giudiziali che concorrono alla costruzione di regole derogatorie al diritto comune. Dunque anche nel Regno Unito la situazione si è venuta evolvendo con l'assunzione di una sempre maggiore importanza di leggi e regolamenti amministrativi, in relazione ai numerosi compiti assunti dalla pubblica amministrazione in considerazione del *welfare-state* e con il conseguente affidamento ad alcuni organi (chiamati *Boards*, *Commissions* o *Tribunals*) del contenzioso nascente dall'applicazione di questa nuova normativa. Questi organi, ai quali è riconosciuta una competenza "quasi giurisdizionale", svolgono una specie di filtro e di selezione delle controversie prima che siano sottoposte al *Supreme Court of Judicature*³³.

Occorre poi ricordare che si è recentemente imposto un peculiare regime di sindacato giurisdizionale relativo a materie governate dal *public law*. Al riguardo è essenziale il riferimento al concetto di *judicial review*, il quale indica il controllo giudiziario inglese sull'azione amministrativa. Si tratta dell'esercizio dell'antica giurisdizione della *Court of King's Bench* storicamente nata per assicurare che le autorità, di norma le corti inferiori, esercitassero secondo la legge i loro poteri³⁴.

b) Sistema della giurisdizione duplice (ordinaria e amministrativa): tale sistema è detto anche "dualistico" in quanto caratterizzato dal riparto, secondo vari criteri, delle controversie concernenti la pubblica amministrazione tra due giurisdizioni distinte (quella ordinaria e quella amministrativa). Classico esempio della doppia giurisdizione si ha nell'ordinamento

³³ In epoca recente (v. *Order 53* del 1977 seguito dal *Supreme Court Act* del 1981 e modificato dalla *Part 54* delle *Civil Procedures Rules* del 1999) è stata prevista una speciale procedura (iniziata con un *Claim for Judicial Review*) per le controversie su *public law rights*, delle quali conosce una sezione specializzata della *High Court* (la *Queen's Bench Division*, che significativamente è ora chiamata *Administrative Court*). Su questo processo evolutivo: P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, Torino, 1996; B. SCHWARYZ e H.W.R. WADE, *Legal Control of Government, Administrative Law in Britain and the United States*, Oxford, 1972. Per ulteriori dati d'insieme v. R. DAVID, C. JAUFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 2004, spec. 98 ss.; AA. VV., *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, Milano, 2004; nonché G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo nei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005.

³⁴ Per questo nuovo modello giudiziale: S.A. SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, London, 1980; R. CARANTA, *Judicial review*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, Torino, 1994, IX, 53 ss. Va sottolineato che, nel diritto anglosassone, i rimedi tradizionalmente a disposizione del cittadino nei confronti dell'amministrazione erano in passato costituiti, oltre che dall'azione di risarcimento danni, dai *remedies* di *common law*, nonché dai rimedi propri del diritto pubblico (*prerogative remedies*). I primi, tipiche azioni di diritto privato, erano costituiti da *injunction* e *declaratory action*, (si tratta rispettivamente della decisione con cui si impone alla parte di compiere o di astenersi dal compiere un atto e della pronuncia dichiarativa di rapporti giuridici fra le parti). I *prerogative remedies*, derivanti dagli antichi *writs* (ordini del sovrano), sono costituiti, oltre che dall'*habeas corpus*, rimedio volto ad assicurare la libertà personale mediante ordine di rilascio della persona illegittimamente detenuta, da *prohibition*, *certiorari* e *mandamus*. Si tratta rispettivamente dell'ordine dell'autorità amministrativa o giurisdizionale di non compiere un atto illegale, dell'annullamento di atto illegale delle stesse autorità e dell'ordine di adempiere ad un obbligo. Per ulteriori riferimenti: O. HOOD PHILLIPS, P. JACKSON, *Constitutional and administrative law*, Londra, 1987.

francese. Chiave di volta del sistema, detto anche del “contenzioso amministrativo”, è proprio il citato Consiglio di Stato napoleonico istituito dalla Costituzione dell'anno VIII della rivoluzione francese (1799), cui venne affidato il compito di rendere parere al governo sui ricorsi contro le decisioni ministeriali. A questo organo, che per antica tradizione svolgeva funzioni principalmente consultive, vennero affidate anche le decisioni sulle controversie concernenti gli atti della pubblica amministrazione³⁵. Inizialmente le decisioni del Consiglio di Stato dovevano essere rese esecutive da un decreto del Capo dello Stato (c.d. “giustizia ritenuta” in contrapposto alla c.d. “giustizia delegata”, propria dei tribunali ordinari), ma il parere del Consiglio di Stato equivaleva, sostanzialmente, alla decisione della controversia, e il decreto del Capo dello Stato era sempre ad esso conforme. Così questa competenza del Consiglio di Stato, pur formalmente consultiva, divenne progressivamente espressione di una vera e propria giurisdizione autonoma, che contribuì, insieme all'opera della dottrina, alla formazione del diritto amministrativo in Francia³⁶. Il parere del Consiglio di Stato si andò sempre più trasformando in una vera e propria decisione sul ricorso, rispetto alla quale il decreto del Capo dello Stato diveniva una sanzione necessaria per renderla esecutiva³⁷. In seguito, il

³⁵ Sull'evoluzione storica del Consiglio di Stato francese v. già A. REGNAULT, *Histoire du Conseil d'État*, Parigi, 1851; L. AUCOC, *Le Conseil d'État avant et depuis 1789*, cit.; A. MIGUERET, *Le Conseil d'État du second Empire*, Paris, 1872; P. BERTOLINI, *Privy council e Conseil d'État*, in *Archivio giuridico*, XLVII, Modena, 1892; Id., *Il Consiglio di Stato in Francia*, *ibid.*, XLIX; A. GRAZIANI, *Consiglio di Stato*, in *Enc. it. Treccani*, Roma, 1933, XI, 197 ss.; più in generale sul sistema di giustizia amministrativa francese: P. HERION DE PENSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, 1810; R. DARESTE, *La justice administrative en France*, Paris, 1862; E. LAFFERIERE, *Traité de la juridiction administrative et des divers contentieux*, Paris, 1887; R. JACQUELIN, *Principes dominants du contentieux administratif*, Paris, 1899; M. BAUMGART, *Les garanties juridictionnelles de droit public interne*, Paris, 1914; R. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1926; J. APPLETON, *Traité élémentaire du contentieux administratif*, Paris, 1927; quindi P. LEGENDRE, *Histoire de la pensée administrative française*, in *Traité de science administrative*, Paris, 1966, 30 ss.; più recentemente M. LETOURNEUR, J. BAUCHET, J. MERIC, *Le Conseil d'État et les tribunaux administratifs*, Paris, 1970; J.M. AUBY e R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 3 voll., Paris, 1975; G. VEDEL, *La giustizia amministrativa in Francia*, in *Il controllo giurisdizionale della pubblica amministrazione*, a cura di A. PIRAS, in *Studi di diritto pubblico comparato*, cit., 124 ss.

³⁶ Cfr. P. LAURENT FRIER, *Précis de droit administratif*, Paris, 2004, 40 ss. nonché la dottrina alla successiva nota 39. Qualcosa di simile si ebbe anche in Italia ad opera della giurisprudenza del Consiglio di Stato in veste consultiva sui ricorsi al Re, nei due decenni posteriori alla legge di unificazione del 1865. Il Consiglio di Stato, infatti, incominciò in quell'epoca a definire la figura dell'illegittimità dell'atto amministrativo e ad individuare alcune figure sintomatiche dell'eccesso di potere (ingiustizia manifesta, disparità di trattamento). Per ulteriori indicazioni v. *infra*.

³⁷ L'antecedente storico è il ricorso straordinario al Re (su cui F. CAMMEO, *Il ricorso straordinario al Re*, in *Questioni di diritto amministrativo*, Firenze, 1900, 3 ss.) quale espressione di prerogativa del potere sovrano di grazia (su cui: G. ZAGREBELSKI, *Grazia (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, XIX, 757 ss.; E. SELVAGGI, *Grazia (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, XV; P. NICOSIA, *Grazia*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1992, VIII, 7 ss.). La vicenda ha un riscontro storico nella struttura dell'attuale ricorso straordinario al Capo dello Stato reso su parere parzialmente vincolante del Consiglio di Stato. Sul punto A. CHEVALLARD, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, XVI, 1040 ss.; G. PALEOLOGO, *Ricorso straordinario*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XXVII; A. TRAVI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1997, XIII, 421 ss.; per l'origine storica e la sua evoluzione: P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 295 ss.; T. ANCORA, *Riconsiderazione dell'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nella sua natura giuridica e nel suo funzionamento*, in *Cons. Stato*, 1986, II, 1383 ss.; sulla progressiva “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario: C.E. GALLO, *Il ricorso al Presidente della Repubblica tra presente e futuro*, in *Foro. it.*, 1987, I, 679 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991, 180 ss., da ultimo, S. MORELLI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Padova, 2010. Recentemente, in sede comunitaria, è stata riconosciuta la funzione paragiurisdizionale al Consiglio di Stato quando emette parere sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: Corte Giust. Com., 16 ottobre 1997 n. 69, in *Rass. Adv. Stato*, 1998, I, 47 con nota di O. FIUMARA.

Consiglio di Stato divenne competente, anche dal punto di vista meramente formale, sulla decisione del ricorso (c.d. *justice déléguée*). In effetti, soltanto con legge 24 maggio 1872 fu attribuito alle decisioni del Consiglio di Stato il valore di atti giurisdizionali ma tale modello ebbe grande influenza nell'ordinamento italiano³⁸.

Contemporaneamente era poi stato creato (legge 24 maggio 1872 art. 25) un Tribunale dei conflitti (composto in parte da giudici ordinari e in parte da giudici amministrativi e presieduto dal Ministro della giustizia), cui era stata attribuita la risoluzione delle controversie circa la spettanza della giurisdizione al giudice ordinario (quale storico tutore dei diritti di proprietà e delle libertà) o al *Conseil d'État* che fino a quel momento era stato investito di tale funzione. Il criterio adottato per il riparto della giurisdizione tra giudici ordinari e giudici amministrativi (competenti anche sulle controversie relative ai contratti amministrativi e alla responsabilità delle pubbliche amministrazioni), fu quello (stabilito dal Tribunale dei conflitti con la più nota delle sue prime decisioni: *l'arrêt Blanco* del 8 febbraio 1873) dell'attribuzione al *Conseil d'État* delle controversie riguardanti il *service publique*, espressione che comprendeva genericamente quelle che oggi denominiamo funzioni amministrative.

Tale assetto è stato poi modificato con la legge del 18 dicembre 1940 e dall'ordinanza del 31 luglio 1945³⁹. In tal modo il *Conseil d'État* era progressivamente divenuto un autonomo organo di giurisdizione, benché inserito nel potere esecutivo per le funzioni consultive. Nel contempo l'Amministrazione veniva perdendo ogni potere di giustizia e anche nella giurisprudenza si veniva abbandonando la teoria del ministro-giudice⁴⁰.

Per determinate materie il primo grado di giudizio solo successivamente è stato affidato ai Tribunali amministrativi regionali (decreto 30 settembre 1953), organi tutti dell'amministrazione seppur dotati di particolari garanzie di autonomia, istituiti per rispondere all'esigenza

³⁸ Sull'influenza esercitata dal Consiglio di Stato napoleonico in Italia: L. RAVÀ, *Il Consiglio di Stato nel Regno italico e l'opera di Napoleone I*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, cit., I, 165 ss.; G. LANDI, *L'influenza della legislazione e della tradizione napoleonica sugli organi di giustizia amministrativa e di controllo degli stati italiani*, in *Atti del Convegno su Napoleone e l'Italia* (Roma, 8-13 ottobre 1969), Roma, 1973, I, 155 ss.; ID., *I centocinquantaanni del Consiglio di Stato*, cit., 85 ss.; G.S. PENE VIDARI, *Giustizia amministrativa*, cit., 502 ss.; per un raffronto tra il *Conseil d'État* francese ed il Consiglio di Stato italiano: con ampia e documentata ricostruzione storica: P. AIMO e E. ROTELLI, *Le origini della giustizia amministrativa. Consigli di prefettura e Consiglio di Stato nell'Italia napoleonica*, Milano, 1990; da ultimo Y. MENY, *Il Consiglio di Stato in Francia ed in Italia*, Bologna, 1994 ed in particolare i saggi di Y. MENY, *Conseil d'État, Consiglio di Stato: imitazione o divergenze parallele?*, 11 ss. e di V. WRIGHT, *Conseil d'État e Consiglio di Stato: le radici storiche della loro diversità*, 23 ss.

³⁹ Secondo il diritto amministrativo francese si distinguono due grandi categorie di ricorsi contenziosi: i ricorsi di annullamento (la cui costruzione più si avvicina al ricorso di legittimità al nostro Consiglio di Stato), fra i quali il *recours pour excès de pouvoir*, che si propone di impedire l'esecuzione di atti amministrativi non validi. L'esame dell'atto amministrativo in questa sede è condotto quindi sotto il profilo dell'illegittimità dell'atto per violazione di legge o per eccesso di potere. I ricorsi di piena giurisdizione prendono, invece, in esame nel suo complesso l'attività amministrativa, non soltanto sotto il profilo della legittimità ma anche come valutazione di fatto e di merito (su tale tipologia di ricorsi: L. GOLDENBERG, *Le Conseil d'État juge du fait*, Paris, 1932; P. SANDEVOIR, *Études sur les recours de plaine jurisdiction*, Paris, 1964). Al Consiglio di Stato francese erano altresì ricorribili per cassazione (appello) anche le decisioni dei giudici amministrativi. Per più specifiche indicazioni: M. HAURIUO, *Precis de droit administratif*, Paris, 1927, 376 ss.; P. DUEZ, J. DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Paris, 1952, 290 ss.; R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, 1965-66, 30 ss.; F.P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Paris, 1968, 275 ss.; G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris, 1968, 4 ediz., 383 ss.

⁴⁰ Sulla genesi e ideologia di questo istituto e sulla sua evoluzione: J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de separation de la jurisdiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970; nella dottrina tedesca: D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tubingen, 1961; W. HENKE, *Das subjektive öffentliche Recht*, Tubingen, 1968.

particolarmente sentita dai primi ordinamenti della Repubblica di evitare un prevalere del potere giudiziario su quello esecutivo (sui Tribunali amministrativi regionali v. *infra* § 10).

Sostanzialmente distinto dal sistema francese, pur attuando un sistema di doppia giurisdizione, era quello tedesco prussiano (Costituzione dell'impero germanico del 1871), secondo il quale la competenza nelle controversie di diritto amministrativo (controversie riguardanti un *subjektives öffentliches Recht* diritto soggettivo pubblico), secondo un elenco tassativo, era deferita ai Tribunali amministrativi (emanazione del potere esecutivo), la cui cognizione era limitata a materie determinate, tuttavia con guarentigie dirette ad assicurare la libertà di giudizio e l'autonomia dei giudici di fronte all'amministrazione attiva. In Germania, comunque, la nascita degli istituti del contenzioso avvenne soltanto dopo la metà dell'800, dunque con ritardo rispetto alla Francia, e consentì di superare il modello precedente, caratterizzato dalla presenza di tribunali ordinari e dalla riserva all'amministrazione del potere di decidere i reclami relativi all'azione amministrativa⁴¹. I giudici amministrativi tedeschi hanno, oggi, competenza generale nelle controversie di diritto pubblico (v. par. 40 della *Verwaltungsgerichtsordnung* del 1960) e sono nettamente separati dall'amministrazione (a differenza del *Conseil d'État* francese), si articolano in giudici di primo grado (*Verwaltungsgerichte*), giudici di appello, presenti in ogni Stato (*Land*) (*Oberverwaltungsgerichte*) e nel giudice di revisione delle decisioni dei giudici di appello (*Bundesverwaltungsgerichte*)⁴². Il sistema processuale è caratterizzato dalla previsione di diversi tipi di azione compiutamente disciplinati: oltre all'azione di annullamento (*Aufhebungsklage*) sono previste e disciplinate sia l'azione di condanna (*Leistungsklage*) che ricomprende anche la condanna all'emanazione di un atto amministrativo (*Verpflichtungsklage*) che l'azione di accertamento (*Feststellungsklage*) quest'ultima a tutela di quelli che oggi chiamiamo interessi pretensivi con possibilità di diversi esiti processuali⁴³.

⁴¹ Sull'origine e i caratteri del sistema di giustizia amministrativa tedesco, nella vastissima letteratura, v. già O. SARWEY, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, Tubinga, 1880; O. MUELLER, *Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege und des Verwaltungsstreitverfahrens nach preussischem Recht*, Berlino, 1895; K. APELT, *Das Verwaltungsgerichtsgesetz*, Lipsia, 1900; F. TEZNER, *Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege*, Vienna, 1901; F. KUNZE, *Das Verwaltungsstreitverfahren*, Berlino, 1908; BUHLER, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihre Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung*, 1914; K. DIECKMANN, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preussen*, Berlino, 1926; H. ROTTMANN, *Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Berlino, 1935.

⁴² Attualmente, dopo la creazione della Repubblica federale tedesca, al di sopra dei Tribunali regionali, che garantiscono il doppio grado di giurisdizione, è stato istituito un Tribunale federale (*Bundesverwaltungsgericht*), con poteri analoghi a quelli dei giudici ordinari per la tutela dei diritti soggettivi. Sono, infatti, ammesse azioni di accertamento e di condanna della Pubblica amministrazione. La discriminazione delle competenze riposa esclusivamente sulla natura pubblica o privata del rapporto da cui deriva la contestazione. Non vi è un tribunale dei conflitti: sulla competenza decide il giudice adito (se pure con decisione impugnabile), il quale può trattenere la causa o rimetterla ad un giudice diverso, che in definitiva non può negare la propria competenza. Per ulteriori indicazioni M. SALVATI, *Sull'ordinamento federale della giustizia amministrativa tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 185 ss. Con legge 21 gennaio 1960 è stata riordinata la giurisdizione amministrativa tedesca (v. l'intero testo della legge in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 131 ss.). Punto centrale della riforma è l'attribuzione alla giurisdizione amministrativa di tutte le controversie di diritto pubblico di carattere non costituzionale, se la controversia non è attribuita ad un altro tribunale da una legge federale (v. su tale riforma S. LESSONA, *Principi del sistema della giurisdizione amministrativa nella Repubblica federale tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 285 ss.).

⁴³ Per ulteriori elementi conoscitivi v. ampiamente A. MASUCCI, *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Milano, 1994.

Sempre nei paesi che hanno adottato il sistema della duplice giurisdizione, in alcuni ordinamenti (come quello italiano) il ricorso giurisdizionale viene configurato come rivolto principalmente all'annullamento di un atto amministrativo, invece in altri ordinamenti, viene ammesso un ricorso mirante a sottoporre al sindacato del giudice il rapporto nella sua interezza. Significativo è, a questo proposito, l'ordinamento della giustizia amministrativa francese, il quale conosce, accanto ad un ricorso *de legalité*, che investe solo l'atto amministrativo, un ricorso *de plaine jurisdiction*, che investe il rapporto giuridico globalmente considerato, consentendo al giudice di emettere una pronuncia che disciplini in tutti i suoi aspetti la fattispecie sottoposta al suo esame⁴⁴.

Va sottolineato come il modello istitutivo del Consiglio di Stato francese è stato seguito da molti altri Stati europei quali Italia, Belgio (dopo la riforma del 1946), Austria, Germania, Svizzera, Danimarca, Finlandia, Svezia, Grecia⁴⁵, ed in quasi tutti i paesi dell'America latina come Uruguay, Colombia, Panama. Secondo tale sistema, mentre l'attività della pubblica amministrazione, posta in essere sia nell'esercizio della capacità di diritto privato, sia nell'esercizio della capacità di diritto pubblico, rimane assoggettata alla cognizione del giudice ordinario, invece la giurisdizione di annullamento degli atti amministrativi illegittimi viene riservata ad organi di giurisdizione amministrativa, ma indipendenti da essa, perché i suoi componenti sono costituiti in tutto o in parte da magistrati togati dotati di inamovibilità. Il giudizio innanzi a tali organi di giurisdizione amministrativa si svolge secondo regole procedurali e con garanzie analoghe a quelle del giudizio innanzi alla autorità giudiziaria ordinaria e si conclude con una sentenza suscettibile di passare in autorità di cosa giudicata.

L'articolazione degli organi di giurisdizione amministrativa, in tali sistemi, è oltremodo differenziata. Sono, di regola, centrali, con competenza estesa a tutto il territorio nazionale: ne hanno costituito esempi il Consiglio di Stato in Italia, il *Conseil d'État* in Francia, il *Conseil d'État* in Belgio, il *Verwaltungsgerichtshof* in Austria, il *Bundesverwaltungsgericht* nella Germania, il Consiglio di Stato in Grecia. In una sequenza evolutiva, onde garantire il doppio grado di giurisdizione, sono stati istituiti organi periferici di giurisdizione amministrativa, come i *Tribunals administratifs regionaux* in Francia⁴⁶ e i *Verwaltungsgerichte* nella

⁴⁴ La dottrina francese più antica (LAFFERIERE e AUCOC), ha delineato i vari poteri del giudice amministrativo, in larga parte di creazione giurisprudenziale, in un quadro classificatorio ancora oggi utile, distinguendo: a) contenzioso di piena giurisdizione, ove il giudice esercita un pieno *arbitrage*, di fatto e di diritto; b) contenzioso di annullamento, ove il potere del giudice è limitato all'annullamento di un atto amministrativo inficiato di illegittimità; c) contenzioso di interpretazione, ove il giudice ha solo il potere di determinare il significato e il valore di un atto amministrativo senza farne applicazione alle parti; d) contenzioso di repressione, ove il giudice ha il potere di reprimere le violazioni delle leggi e dei regolamenti. Per l'evoluzione della giurisprudenza francese nel senso di consentire al giudice una più penetrante determinazione del comportamento dell'amministrazione attraverso la decisione amministrativa: *La giustizia amministrativa in Francia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1975, 2130 ss.; per una recente analisi con ricostruzione storica e nuove prospettive A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001.

⁴⁵ Sul Consiglio di Stato nell'ordinamento greco: C. CHANIOTIS, *Le Conseil d'État en Grèce de 1830 à 1930*, Paris, 1930; F. RACTIVAN, *Le Conseil d'État en Grèce*, in *Annuaire de l'Institut International de droit public*, 1930. Per un quadro d'insieme v. G. POTENZA, *I Consigli di Stato nei Paesi aderenti alla Comunità europea*, in *Studi in onore di A. Papaldo*, Milano, 1973, 393 ss.

⁴⁶ La situazione si è evoluta in epoca più recente e l'organizzazione della giustizia amministrativa in Francia consta oggi di tribunali di primo grado, tribunali di secondo grado e Consiglio di Stato (*Conseil d'État statuant au contentieux*), che giudica talvolta in primo ed ultimo grado, a volte in appello e a volte in terzo grado come giudice di cassazione della giustizia amministrativa. Per queste innovazioni G. PALEOLOGO, *Modi*

Germania e successivamente anche in Italia con l'istituzione dei *Tribunali amministrativi regionali* (1971) (v. *infra*).

c) Sistema della giurisdizione specializzata: un interessante sistema intermedio fra i due sistemi dianzi descritti è stato quello attuato in Spagna con la riforma del 1956. Secondo tale sistema, sono state individuate, presso ogni grado di giurisdizione ordinaria, sezioni specializzate per la decisione delle controversie amministrative (*Sala de lo contenzioso administrativo de las audiencias territoriales, Sala de lo contenzioso de la audiencia nacional, Sala de lo contenzioso administrativo de lo tribunal supremo, Sala de la revision*). Tali sezioni sono costituite per un terzo da magistrati ordinari, per un terzo da magistrati amministrativi e per un terzo da esperti della pubblica amministrazione. Tali sezioni specializzate, pur essendo inquadrare nell'ordinamento giudiziario, hanno una competenza speciale per le controversie aventi per oggetto la legittimità dei provvedimenti amministrativi.

d) Sistema della tutela indiretta mediante l'azione di responsabilità: è il sistema adottato in alcuni paesi dell'America centrale e meridionale, come il Messico, il Brasile, il Perù, la Costa Rica, il Guatemala, il Nicaragua. Secondo tale sistema, la tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei privati lese dal provvedimento amministrativo si effettua indirettamente attraverso l'azione dinanzi al giudice ordinario intesa a far valere la responsabilità, verso il cittadino, del funzionario che l'ha posto in essere (*recurso de amparo*)⁴⁷. Il giudice, una volta accertata l'illegittimità del provvedimento, ha, non solo il potere di condannare il funzionario al risarcimento del danno, ma anche quello di privare di efficacia l'atto amministrativo sottoposto al suo sindacato.

I diversi sistemi o modelli surriferiti costituiscono modi diversi di affrontare e risolvere la "domanda" di giustizia amministrativa che si è venuta sempre più insistentemente proponendo negli Stati moderni e contemporanei. La contrapposizione fra i sistemi ha avuto ed ha un grande rilievo storico nel dibattito antico e recente anche se oggi si è venuta gradualmente stemperando in relazione alla crescente rilevanza e raggiungimento dei principi di effettività⁴⁸ del giusto processo⁴⁹ entrambi recepiti nel recente nuovo Codice del processo

di lavoro del Consiglio di Stato italiano e francese in sede giurisdizionale, in www.giustizia-amministrativa.it come pure il volume *I Consigli di Stato in Francia e Italia*, a cura di G. PALEOLOGO, Milano, 1998. La competenza in unico grado del Consiglio di Stato francese concerne i ricorsi contro i provvedimenti statali più importanti: come i regolamenti, nomine di alti funzionari dello Stato, atti delle elezioni regionali. Contro gli atti in materia di elezioni regionali ed europee il *Conseil d'État* ha invece competenza d'appello. In generale esso ha funzione di giudice di cassazione. Ulteriori dati in C. FRANCHINI, *La riforma del contenzioso amministrativo in Francia*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1954, I.

⁴⁷ Su questo tipo di ricorso R. PERIFANAKI, *Il ricorso d'amparo secondo la costituzione spagnola e la legge del 3 ottobre 1979*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 240 ss.

⁴⁸ Intendendosi per effettività non il mero applicarsi di un certo sistema normativo (che ne può essere solo un sintomo, anche se a volte decisivo), ma una certa aderenza del sistema alla società che ne è retta con diretta conseguenza sul piano applicativo ed anche giustiziale. Sulla nozione di effettività del diritto, in questa sede, sarà sufficiente un mero rinvio a autorevoli studi: già W. CESARINI SFORZA, *Ex facto oritur jus*, in *Studi filosofici giuridici per G. del Vecchio*, Modena, 1930, I, 86 ss.; O. CONDORELLI, *Ex facto oritur jus*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1931, 20 ss.; P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1963; ID., *Effettività*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, XIV, 420 ss.; C. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, Milano, 1967; F. CANFORA, *L'effettività nel suo aspetto normativo*, in *Justitia*, 1971, 1 ss.; G. GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XII; da ultimo L. D'ANDREA, *Effettività*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, III, 2118 ss.

⁴⁹ Come noto la legge costituzionale n. 2/1999, modificando l'articolo 111 Cost., ha introdotto nel nostro ordinamento il principio del giusto processo, in forza del quale "ogni processo (e quindi, anche quelli riconducibili alla giustizia amministrativa) si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti

amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104⁵⁰. Va comunque evidenziato che, in tutti gli Stati europei, ivi inclusi quelli in cui vigono sistemi di diritto comune di antica tradizione (quali Gran Bretagna, Irlanda, Malta), sono stati creati giudici speciali o specializzati per i contenziosi nei quali è parte la pubblica amministrazione. Il dato significativo che connota gli ordinamenti giudiziari di tutti gli Stati è la presenza, in detti ordinamenti, di un giudice speciale o specializzato per le controversie ove è presente (o è chiamata in causa) una pubblica amministrazione, che è comunque distinto da quello ordinario (sia per poteri sia per funzioni). In concreto, su venticinque paesi dell'Europa, quindici sono dotati di giurisdizioni amministrative speciali ed autonome e, fra gli altri dieci, cinque sono dotati di giudici specializzati nel diritto amministrativo, all'interno della giurisdizione ordinaria.

3. I precedenti storici di giurisdizione amministrativa al momento dell'unificazione italiana

L'ordinamento della giustizia amministrativa (e del suo massimo organo il Consiglio di Stato) in Italia ha subito una lenta evoluzione, nel corso della quale alla stregua delle esigenze espresse dall'esperienza pregressa, hanno dato luogo a molteplici riforme. Nuovi istituti giuridici sono stati introdotti e quelli precedentemente esistenti sono stati modificati e raffinati. Ciò spiega come il nostro sistema di giustizia amministrativa sia il risultato di stratificazioni successive che ben esprime un processo storico evolutivo assai ricco e variegato⁵¹.

ad un giudice terzo e imparziale". Su tale principio, con ampia e puntuale indagine critica: S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004 ed ivi ulteriori richiami bibliografici nonché G. CORSO, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo amministrativo*, in *Il giusto processo*, Roma, 2003; nonché E. PICOZZA, *Il "giusto processo" amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 1061 ss.

⁵⁰ Il principio di effettività è stato recepito nell'articolo 1 del nuovo Codice e prevede che la giurisdizione amministrativa assicuri una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo. Il principio del giusto processo è richiamato nell'articolo 2 del citato Codice, insieme al principio della parità delle parti ed al principio del contraddittorio, particolarmente rilevanti nel processo amministrativo dove, normalmente, è in discussione l'esercizio del potere della pubblica amministrazione che è tradizionalmente un potere di esercizio unilaterale.

⁵¹ Sull'evoluzione storica della giustizia amministrativa nell'ordinamento italiano sono impossibili citazioni con pretesa di completezza, tra i molti: già C. RATTI, *Delle giurisdizioni nei diversi Stati italiani dalla fine del sec. XVIII alla pubblicazione dei codici per Regno d'Italia*, Firenze, 1886; Bo, *La difesa giurisdizionale contro gli atti e provvedimenti della pubblica amministrazione nella legislazione italiana*, Torino, 1893; C. SCHUPFER, *L'ordinamento amministrativo negli Stati italiani prima dell'unificazione legislativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano* a cura di V.E. ORLANDO, Milano, 1900, I, 1087 ss.; A. BRUNIALTI, *I diritti dei cittadini e la giustizia amministrativa in Italia*, Torino, 1902; per alcune ricostruzioni storiche: E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 51 ss.; E. BUSSI, *Per la storia dei conflitti giurisdizionali. Dal consiglio legislativo al Consiglio di Stato (1797-1815)*, in *Riv. di storia dir. it.*, 1940, 211 ss.; ID., *Gli albori della giustizia amministrativa nell'Italia napoleonica*, in *Studi napoleonici. Atti del I e II Congresso internazionale*, Firenze, 1969, 486 ss.; C. BOZZI, *La giustizia amministrativa nella sua evoluzione storica*, in *La giustizia nell'amministrazione*, Milano, 1959, 18 ss.; G. LANDI, *L'influenza della legislazione e della tradizione napoleonica sugli organi di giustizia amministrativa e di controllo degli stati italiani*, in *Atti del Convegno "Napoleone e l'Italia"*, Roma, 1973, I, 157 ss.; e più recentemente G. CHIODI, *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Bari, 1969; M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 715 ss.; B. LEUZZI SINISCALCHI, *L'esperienza della giustizia amministrativa in Italia: momenti giuridici e politici*, in *Foro amm.*, 1976, I, 800 ss.; A. PEZZANA, *I centocinquanta anni di giustizia amministrativa in Italia*, in *T.A.R.*, 1979, II, 301 ss.; G. ROHERSSEN, *I problemi della giustizia amministrativa*, in *Cons. Stato*, 1980, II, 629 ss.; P. AIMO, *Alle origini del contenzioso amministra-*

Al momento della proclamazione del Regno nel 1861 nelle varie regioni italiane erano presenti distinti ordinamenti della giustizia amministrativa. In alcuni Stati italiani (Napoli 1817, Stati pontifici 1835) era vigente il sistema francese del contenzioso amministrativo, secondo il quale la cognizione delle controversie fra cittadini e pubblica amministrazione era deferita a giudici tratti dalla stessa organizzazione amministrativa. In Toscana (1857) vigeva il sistema della giurisdizione unica con alcune attenuazioni, e così pure in Umbria e in Romagna⁵². Nel Napoletano ed in Sicilia le controversie con l'amministrazione erano attribuite alla competenza di organi periferici (gli eletti e i sindaci dei Comuni, i Consigli d'intendenza nelle Province) le cui decisioni erano soggette ad appello dinnanzi alla Gran Corte dei Conti, le cui pronunce però non acquistavano efficacia esecutiva senza l'approvazione del Re (il quale poteva sentire il parere della Consulta del Regno) sull'esempio della giustizia ritenuta francese⁵³.

Nel Regno di Sardegna nel 1842 (Regie Patenti 25 agosto e 31 dicembre 1842) era stato creato un sistema contenzioso (poi modificato nel 1847 e nel 1859) ripartito in controversie c.d. *economiche* riservate all'Amministrazione (per le quali era esclusa qualsiasi tutela avanti a un giudice ordinario o speciale e ammesso solo un ricorso ad un'autorità amministrativa, l'Intendente) e controversie di amministrazione "contenziosa", per le quali era invece previsto un ricorso in primo grado ad un Consiglio di Intendenza ed in secondo grado alla Camera dei conti (in materia di contratti, entrate, beni demaniali, dazi, catasto, strade, ecc.)⁵⁴. Restavano devolute alla "giurisdizione ordinaria" (ossia al giudice ordinario) una serie di controversie tra cui quelle che avevano per oggetto il diritto di proprietà. Qualificati

tivo: una ricerca in corso sul periodo napoleonico, in *Jus*, 1982, 115 ss.; ID., *Un "chef d'œuvre juridique": la genesi della giustizia amministrativa*, in *Amministrare*, 1986, 375 ss.; nonché G.S. PENE VIDARI, *Giustizia amministrativa (storia)*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, Torino, 1991, VII, 502 ss.; A. ROMANO, *I caratteri originali della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 635 ss.; L. MAZZAROLLI, *Ragioni e peculiarità del sistema di giustizia amministrativa*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, II, 1429 ss.; S. CASSARINO, *Il sistema di giustizia amministrativa in Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 45 ss.; G. ABBAMONTE e R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Padova, 1997, XIII ss.

⁵² Per la Toscana F. RIGNANO, *Manuale di diritto pubblico interno della Toscana*, Firenze, 1857, 185 ss.; L. BLANC, *Luigi De Medici come uomo di stato ed amministratore*, in *Scritti storici*, a cura di B. CROCE, Bari, 1945, II, 65 ss.

⁵³ Utili riferimenti a questi precedenti storici si possono trovare in G. LANDI, *Il Consiglio di Stato*, Milano, 1954, cit., 6 ss.; ID., *Precedenti storici*, cit.; G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, cit., 203 ss.; per il Regno delle Due Sicilie: G. ROCCO, *Corso di diritto amministrativo*, Napoli, 1850, I, 49 ss.; C. GHISALBERTI, *Per la storia del contenzioso amministrativo nel Regno meridionale*, in *Rass. storica Risorgimento*, 1956, 680 ss.; quindi G. LANDI, *Istituzioni di diritto pubblico nel Regno delle Due Sicilie (1815-1861)*, 2 voll., Roma, 1962, II, 938 ss.; C. GHISALBERTI, *Per la storia del contenzioso amministrativo nel Regno meridionale*, in *Contributi alla storia delle amministrazioni preunitarie*, Milano, 1963, 65 ss.; R. FEOLA, *La monarchia amministrativa. Il sistema del contenzioso nelle Sicilie*, Napoli, 1984; ID., *La giurisdizione nel nuovo equilibrio dei poteri e l'amministrazione contenziosa*, in *Il Mezzogiorno preunitario. Economia, società, istituzioni*, a cura di A. MASSAFRA, Bari, 1988, 493 ss.

⁵⁴ In realtà, anche negli Stati sardi vennero ad affacciarsi due contrapposti orientamenti sulla configurazione del sistema di giustizia amministrativa. Il ministro dell'Interno Galvagno, nel 1850, propose un disegno di legge per istituire una giurisdizione unica per qualunque contenzioso anche se proposto contro una pubblica amministrazione, da assegnare ai tribunali ordinari. Nel 1854, Rattazzi, il successivo ministro dell'Interno, riteneva, al contrario, di conservare i Tribunali speciali del contenzioso amministrativo, per non compromettere gravi interessi ai danni dell'Amministrazione. Per ulteriori riferimenti sulle funzioni giurisdizionali dei Consigli di Intendenza per il breve periodo di attività: L. DES AMBROIS, *Relazione sui lavori giudiziari, consultivi e misti dei Consigli di Intendenza*, Torino, 1848; nonché A. LIONE, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 1852, 260 ss.; cenni in L. VIGNA e V. ALIBERTI, *Dizionario di diritto amministrativo*, voce *Intendente*, Torino, 1849, IV, 345 ss.

dalla Corte di Cassazione di Torino come “tribunali amministrativi”, ossia come organi giurisdizionali sia pure speciali, il Consiglio di intendenza e la Camera dei conti furono messi in discussione dopo che lo Statuto albertino nel 1848 aveva enunciato come regola la riserva della funzione giurisdizionale al giudice ordinario⁵⁵.

Dopo varie vicissitudini negative (tre progetti erano andati a vuoto 5 maggio 1854, 10 dicembre 1855 e 9 gennaio 1857), la materia fu disciplinata da un decreto legislativo 30 ottobre 1859 n. 3707 (di poco anteriore all’Unità) che istituiva come tribunali del contenzioso amministrativo i Consigli di governo, cui competeva di decidere su materie determinate, comprendenti i principali rapporti contrattuali con l’Amministrazione (affitto di beni pubblici, appalti, forniture), le controversie tributarie, gli affari concernenti le acque pubbliche, ecc.⁵⁶. A detti tribunali del contenzioso erano attribuite alcune controversie riguardanti violazioni di diritti soggettivi pubblici⁵⁷. Contro le decisioni, al di sopra di certi limiti di valore, era proponibile appello al Consiglio di Stato, già istituito con funzioni esclusivamente consultive con l’editto albertino del 18 agosto 1831, che deve considerarsi l’atto di nascita dell’odierno istituto⁵⁸, mentre rimaneva attribuita alla Corte dei Conti

⁵⁵ In effetti, lo Statuto albertino del 1848, composto da un preambolo e da 84 articoli, per quanto riguarda il Consiglio di Stato, si limitava a prevedere che una delle categorie fra le quali potevano essere scelti i senatori fosse quella dei Consiglieri di Stato, dopo cinque anni di funzioni (art. 33, 1° comma) ed a stabilire che si sarebbe dovuta emanare una legge sul riordinamento del Consiglio di Stato (art. 83, 1° comma) già istituito con Regio Editto del 18 agosto 1831 (v. *infra*). Sullo Statuto albertino del 1848 e le sue ricadute sull’assetto politico ed amministrativo negli Stati sabaudi: L. MARANINI, *Le origini dello Statuto albertino*, Firenze, 1926; nonché F. RODOLICO, *Carlo Alberto negli anni del regno 1831-1843*, Firenze, 1936; A. C. JEMOLO e M. S. GIANNINI, *Lo Statuto albertino*, Firenze, 1946; quindi A. PETRACCHI, *Le origini dell’ordinamento comunale e provinciale italiano*, Venezia, 1962, I, 94 ss.; da ultimo I. SOFFIETTI, *I tempi dello Statuto albertino*, Torino, 2004.

⁵⁶ Con queste leggi la giustizia amministrativa nel Regno sardo veniva a risultare nell’essenziale così ordinata. Vi erano i giudici ordinari e i giudici speciali del contenzioso. L’ordine dei primi 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 di appello. La competenza dei giudici ordinari del contenzioso non era stabilita per clausola generale ma mediante enumerazione di materie (alle quali la giurisprudenza aggiunse le materie strettamente affini, solo però in quanto relative a diritti). Queste materie comprendevano (secondo F. CAMMEO, *Commentario*, cit.): a) controversie intorno ai diritti civili, in cui l’amministrazione era interessata solo indirettamente quali i contratti d’appalto e forniture; b) controversie di diritto pubblico, d’ordine essenzialmente patrimoniale (imposte, tasse, prestazioni personali, stato degli impiegati) o di puro diritto amministrativo (quali i confini tra comuni, regime di classificazione delle strade, acque pubbliche); c) contravvenzioni alle leggi sulle imposte dirette, gabelle e beni demaniali. Per ulteriori indicazioni anche di contenuto storico: L. CIBRARIO, *Origine e progressi delle istituzioni della monarchia di Savoia sino alla costituzione del Regno d’Italia*, Firenze, 1869; nonché C. DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese*, Torino, 1881.

⁵⁷ Per tradizione si sogliono designare come diritti pubblici soggettivi quei diritti che hanno base ed origine in rapporti di diritto pubblico. Sulla nozione di diritti soggettivi pubblici e la relativa evoluzione, elaborata soprattutto dalla dottrina tedesca, per opera di G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, trad. it., Milano, 1912 e di O. MAYER, *Deut. Verwaltungsrecht*, Berlin, 1924, vol. I, 104 ss.; e nella dottrina italiana soprattutto da S. ROMANO, *La teoria dei diritti soggettivi pubblici*, in V.E. ORLANDO, *Primo trattato di dir. amm.*, cit., Milano, 1897, I, 109 ss.; nonché F. PIERANDREI, *I diritti pubblici soggettivi nell’evoluzione della dottrina germanica*, Torino, 1940; la dottrina più recente (E. CASSETTA, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XII, 791 ss.) ha, tuttavia, contestato la legittimità della figura e della denominazione dei diritti pubblici soggettivi, osservando, giustamente, che il genere dei diritti soggettivi è unitario e non v’è ragione di distinguere diritti pubblici e privati.

⁵⁸ Regio Editto di Racconigi del 18 agosto 1831 “per quale S. M. crea ne’ Regii Stati di terraferma il Consiglio di Stato” con funzioni esclusivamente consultive. Per una ricostruzione storica dell’origine e delle funzioni del Consiglio di Stato albertino: v. A.C. JEMOLO, *Il Consiglio di Stato fra il 1848 e il 1865*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I, 440 ss.; OLIVIER MARTIN, *Le Conseil d’État de la Restauration*, Paris, 1941. Sull’importanza dell’editto

la materia contabile e di responsabilità, secondo l'ordinamento del 25 agosto 1842⁵⁹. Attribuzioni contenziose erano invece riconosciute a livello periferico ai citati Consigli di intendenza, qualificati dal Regio Editto 29 ottobre 1847, come giudici ordinari del contenzioso amministrativo. La competenza a giudicare in appello le decisioni di tali Consigli era attribuita, a partire dal 1842, ad un organo di antica istituzione, la Camera dei Conti (denominata Corte dei Conti a far data dal 1859). Le decisioni della Camera dei Conti potevano essere impugnate per incompetenza dinnanzi al Consiglio di Stato, il quale doveva pronunciarsi a sezioni unite⁶⁰.

Nel 1859, cogliendo l'occasione della seconda guerra di indipendenza, potendo allora il Governo esercitare i pieni poteri, con la riforma Rattazzi (mediante una serie di leggi n. 3705, 3706, 3707) fu riordinato il contenzioso amministrativo. Giudice supremo di detto contenzioso venne riconosciuto il Consiglio di Stato, subentrato alla Camera dei conti, al quale poteva essere presentato appello nei confronti di una serie di controversie affidate non già in via generale, ma tassativamente alla competenza dei Consigli di governo poi di prefettura (organi che erano in sostanza subentrati nelle funzioni dei Consigli di intendenza anche a seguito della sostituzione dell'intendente con il governatore, a sua volta destinato ad essere sostituito dal prefetto): si trattava, in particolare, di alcune controversie relative a diritti civili (ad esempio in materia di appalti), di diritto pubblico (attinenti ad imposte, pedaggi e gabelle, tasse provinciali e comunali, concessioni minerarie, lavori pubblici) e relative contravvenzioni⁶¹. Il Consiglio di Stato giudicava altresì in unico grado sulle controversie relative al debito pubblico e alle pensioni.

albertino del 1831: v. già A. SALATA, *Re Carlo Alberto e l'istituzione del Consiglio di Stato*, in *Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, cit., I, 87 ss.; ID., *Consiglio di Stato e Consiglio di conferenza nel Regno di Carlo Alberto*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Milano, 1940, vol. IV, 601 ss.; R.M. BORSARELLI, *Nuovi documenti intorno alla rinascita del Consiglio di Stato nel 1831*, in *Rass. storica Risorgimento*, 1936, 1369 ss.; G.S. PENE VIDARI, *L'istituzione del Consiglio di Stato (18 agosto 1831)*, in *Studi piemontesi*, 1981, 337 ss.; A. PEZZANA, *Le derivazioni italiane del Consiglio di Stato napoleonico e loro influenza sul Consiglio di Stato piemontese del 1831*, in *Studi per il centocinquantesimo anniversario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, 1243 ss.; G. LANDI, *I centocinquanta anni del Consiglio di Stato*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 85 ss.; G.S. PENE VIDARI, *Il Consiglio di Stato albertino: istituzione e realizzazione*, ivi, 21 ss.; G. LOMBARDI, *Il Consiglio di Stato nel quadro istituzionale della Restaurazione*, ivi, 63 ss.; nonché P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa*, Milano, 1990; P. CASANA, *Il Consiglio di Stato*, in *Ombre e luci della Restaurazione. Trasformazioni e continuità istituzionali nei territori del Regno di Sardegna*, Atti del Convegno, Torino 21-24 ottobre 1991, Roma, 1997, 46 ss.; ID., *Riforme istituzionali della restaurazione sabauda: il Consiglio di Stato*, in *Riv. storia dir. it.*, 1992, 337 ss.; da ultimo ancora G.S. PENE VIDARI, *Il Consiglio di Stato*, in *Studi sulla codificazione in Piemonte*, Torino, 2007, 177 ss.

⁵⁹ Su queste funzioni della Corte dei Conti e sulla sua genesi storica quale giudice del contenzioso amministrativo: v. C. GHISALBERTI, *Corte dei Conti (premessa storica)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, X, 853 ss.; nonché O. SEPE, *La Corte dei Conti*, Milano, 1956; L. GRECO, *Carattere storico della Corte dei Conti italiana*, in *Riv. Corte Conti*, 1954, I, 86 ss.; ID., *Introduzione storica. Studi in occasione del primo centenario della Corte dei Conti nell'unità d'Italia*, Milano, 1963, 26 ss.; M. SINOPOLI, *Corte dei Conti*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1959, IV, 931 ss.; per indicazioni più recenti G. CORREALE, *Corte dei Conti*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1989, IV, 215 ss.; S. PIASCO, *Corte dei Conti*, ivi *Aggiorn.*, I, Torino, 2000, 136 ss.; da ultimo G. D'AURIA, *Corte dei Conti*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, II, 1572 ss.

⁶⁰ Secondo la legge n. 3707 del 1859 il Consiglio di Stato constava di tre sezioni, investite di funzioni consultive e giurisdizionali. Su questa organizzazione del Consiglio di Stato piemontese v. *Consiglio di Stato*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, di L. VIGNA e V. ALIBERTI, Torino, 1841, II, 833.

⁶¹ Questa legge venne poi estesa, fino al 1865, a tutta l'Italia fino allora riunitasi sotto il dominio sabauda, escluse cioè Roma e la Venezia. Su queste attribuzioni contenziose ai Consigli di Prefettura: R. MALINVERNO, *Consiglio di Prefettura*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1938, III, 884 ss.



Marco Tabarrini (1818-1898), consigliere del Consiglio di Stato di Firenze nel 1850, diventò consigliere di Stato del Regno nel 1865.

Alla vigilia dell'unificazione nel Regno di Sardegna la tutela del privato contro la pubblica amministrazione era dunque suddivisa fra Tribunali ordinari del contenzioso amministrativo (competenti in materia di appalti pubblici ed altri contratti simili, imposte indirette e tasse, trattamento economico dei dipendenti degli enti locali, demanio stradale, polizia idraulica, contravvenzioni, ecc.); i giudici speciali del contenzioso amministrativo (speciali perché muniti di una competenza più ristretta quali le controversie in materia di contabilità pubblica, affidate alla Corte dei Conti e controversie in materia di pensioni, demandate in unico grado al Consiglio di Stato) e il giudice ordinario (competente su proprietà, imposte dirette, contratti della pubblica amministrazione diversi da quelli rimessi ai Tribunali del contenzioso amministrativo).

Il criterio di riparto tra la loro sfera di attribuzioni e la giurisdizione del giudice ordinario (il quale si occupava delle restanti questioni di diritto civile tra cittadino e Stato e di alcune controversie di diritto pubblico in materia, ad esempio, di espropriazioni e di elettorato), non erano individuate alla luce di un principio generale, bensì derivava dalle scelte concrete della legge⁶².

Il sistema, in concorrenza con i tribunali ordinari, cui erano attribuite le controversie di diritto privato (rimanendo però riservate le vertenze per numerosi rapporti contrattuali con l'amministrazione ai tribunali del contenzioso amministrativo), assicurava la tutela dei diritti sia privati sia pubblici, intesi questi ultimi in senso assai ampio⁶³. La somma delle competenze sopra descritte non esauriva l'ambito delle controversie suscettibili di insorgere tra privato e pubblica amministrazione, residuava un'ampia area di attività amministrativa sottratta a qualsiasi sindacato giurisdizionale.

Si trattava essenzialmente della c.d. amministrazione economica, termine col quale veniva allora designata l'attività amministrativa che non era puntualmente disciplinata da norme di legge o di regolamento o era rimessa a valutazioni discrezionali o tecniche dell'amministrazione stessa. Molte materie rimanevano così senza giudice (come pure le controversie relative al rapporto d'impiego pubblico e le controversie nascenti da atti di polizia, ecc.), con la sola garanzia di reclami alle stesse autorità amministrative⁶⁴. In linea di massima, dunque, ne risultava un quadro assai complicato, nel quale le controversie attinenti ai rapporti di diritto privato erano devolute al giudice ordinario (con eccezione di importanti materie quali gli appalti), mentre molte di quelle riguardanti i rapporti di diritto pubblico spettavano ai tribunali del contenzioso.

4. La legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865 e i suoi limiti

Avvertitasi l'esigenza nello Stato unitario di unificare le legislazioni vigenti nei vari Stati, si venne ad aprire un lungo dibattito fra i sostenitori del sistema francese del contenzioso

⁶² Altre controversie (ad esempio quelle in materia di responsabilità contabile) erano devolute alla cognizione della Corte dei Conti, che costituiva il più importante tra i giudici speciali del contenzioso. L. SCHIAVELLO, *Il nucleo storico del processo contabile (Prolegomeni alla ricostruzione dogmatica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 1192 ss. Al Re, previo parere del Consiglio di Stato a sezioni unite, era riservata la soluzione dei conflitti che fossero insorti tra amministrazione e giudici ovvero tra tribunali ordinari e speciali. Tutte le restanti questioni erano risolte in via amministrativa dalla pubblica amministrazione.

⁶³ Sul piano teorico, come noto, si distinguevano gli atti di imperio, non sottoposti alla giurisdizione ordinaria in quanto espressivi di sovranità statale, e gli atti di gestione, rispetto ai quali l'amministrazione era considerata alla stregua di un soggetto di diritto comune. Tale distinzione venne elaborata principalmente dalla dottrina francese in base alla concezione della duplice personalità dello Stato (*a double face, la face puissance publique et la face patrimoniale*): L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927, vol. I, 345 ss.; J. BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1933, 45 ss.; nella dottrina italiana O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti di imperio e di gestione*, in *Studi per V. Scialoja*, Milano, 1905, I, 730 ss.; criticamente R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1955, I, 34 ss.; nonché G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., I, 385 ss.

⁶⁴ In merito alla scarsa funzione giustiziale dei c.d. rimedi interni delle denunce e dei reclami: A. DE ROBERTO, *Denuncia*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XII, 149 ss.; come pure O. TENTOLINI, *Denuncia amministrativa*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1964, V, 457 ss.; G. PALEOLOGO, *Denuncia amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, X; L. ARCIDIACONO, *Reclamo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XXVI. Sulle differenze tra denunce e ricorsi: G. SALEMI, *La giustizia amministrativa*, cit., 25 ss.; da ultimo A. SCOGNAMIGLIO, *Denuncia (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, III, 1785 ss.; ID., *Istanze alla p.a.*, ivi, IV, 3284 ss.

amministrativo e i sostenitori del sistema belga della giurisdizione unica (tra cui Minghetti, Boncompagni e Mancini)⁶⁵.

I fautori del giudice unico (monisti) sostenevano che non fosse più sostenibile riservare alla stessa Amministrazione il giudizio sui suoi atti, convinti dell'idea che i diritti dei cittadini sarebbero stati meglio garantiti da un giudice terzo, imparziale, anche in ragione del fatto che i Consiglieri di Stato di allora, agivano sì come giudici, ma non godevano della garanzia di inamovibilità, come invece i magistrati ordinari⁶⁶. In sostanza, si riteneva che i Consiglieri di Stato, potessero validamente offrire un ruolo affidabile in sede consultiva, quali consiglieri del Re (come avevano dimostrato per quasi quarant'anni) ma non come giudici, in quanto non offrivano piena garanzia di tutela dei cittadini lesi dall'esercizio del potere pubblico. I fautori del doppio giudice erano, invece, preoccupati di affidare al giudice ordinario, anche il controllo sull'Amministrazione pubblica, che è chiamata ad esercitare ampi poteri discrezionali⁶⁷.

Era, infatti, diffusamente avvertito, come scriveva ancora Mortara, che "La definitiva costituzione del libero reggimento politico, dopo proclamata l'unità nazionale, renda inconciliabile con l'intento dell'efficace guarentigia dei diritti subiettivi pubblici dei cittadini la

⁶⁵ I problemi dell'unificazione legislativa dello Stato dopo il 1860 sono stati studiati da C. GHISALBERTI, *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, in *Problemi della pubblica amministrazione*, 1961, 49 ss.; G. DE CESARE, *Il problema amministrativo nel momento unitario (1860-61)*, *ivi*, 1961, I, 69 ss. e II, 27 ss.; E. RAGIONIERI, *Politica e amministrazione nello Stato unitario*, in *Studi senesi*, 1959-1960, I, 472 ss.; C. GHISALBERTI, *Stato e Costituzione nel Risorgimento*, Milano, 1973, 42 ss. Con più diretto riferimento ai profili giuridici e della giustizia amministrativa: G. SALEMI, *Il diritto amministrativo italiano nell'ultimo cinquantennio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 237 ss.; R. LUCIFREDI, *Cento anni di giustizia amministrativa*, in *Centro Studi giuridici Lecce, Cento anni di diritto in Italia 1865-1965*, Galatina, 1966, 53 ss.; G. LANDI, *Le leggi d'unificazione amministrativa del 1865*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, Milano, 1967, III, 549 ss.; gli *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967, in particolare *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti* a cura di F. BENVENUTI e G. MIGLIO; G. LANDI, *Contributo del Consiglio di Stato all'unificazione legislativa italiana*, in *Foro amm.*, 1965, III, 135 ss.; *Id.*, *Le leggi di unificazione amministrativa del 1865 (in margine alle celebrazioni del centenario)*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, cit., III, 549 ss.; da ultimo G. MELIS, *La storia del diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, I, 2000, 89 ss.

⁶⁶ Sulla tardiva conquista dell'inamovibilità ed indipendenza da parte dei giudici amministrativi nell'Italia liberale: M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966; P. MAROVELLI, *L'indipendenza e la magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano, 1967; L. VIOLANTE, *I cittadini, la legge e il giudice*, in *Storia d'Italia*, Annali, 14, *Legge, diritto e giustizia*, Torino, 1998; da ultimo M. DIDONNA, *La tutela civile del giudice amministrativo*, Milano, 2005.

⁶⁷ La discrezionalità, intesa nella sua nozione archetipa, quale facoltà di scelta e di valutazione inerente all'esercizio di una pubblica potestà ha, da sempre, costituito l'ostacolo più forte all'ammissibilità di forme di controllo sull'attività della pubblica amministrazione. Sul punto, anche per riferimenti storici, occorre rinviare a contributi che hanno affrontato le molteplici interpretazioni della nozione di discrezionalità: tralasciando la dottrina straniera e per rimanere in quella italiana: v. soprattutto M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; per una lettura critica contrapposta: C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935; *Id.*, *Discrezionalità*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1939, X, 76 ss.; *Id.*, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1964, 1098 ss.; v. inoltre E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 298 ss.; V. SIMI, *Il potere discrezionale come carattere essenziale della pubblica amministrazione*, *ivi*, 1960, 879 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XIII, 65 ss.; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; quindi L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1984; A. PUBUSA, *Discrezionalità amministrativa*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1988, IX, 401 ss.; per una ricostruzione storico giuridica: G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989; v. pure G. BARONE, *Discrezionalità (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XI; D.J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, (trad. it.), Milano, 1999; da ultimo B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, III, 1993 ss.

sopravvivenza, in favore dello Stato, del privilegio dei tribunali amministrativi, considerati qui, come allora in Francia, organi di amministrazione e non di giurisdizione". In realtà, non era pacifica la natura amministrativa degli organi del contenzioso. Era tuttavia diffuso il convincimento che detti organi, comunque qualificati (o organi amministrativi o giudici speciali) fossero incompatibili con l'idea di Stato di diritto: ossia con l'idea che lo Stato fosse soggetto al diritto e quindi dovesse essere sottoposto alla giurisdizione del medesimo giudice che era chiamato a decidere le controversie tra i privati.

Prevalse così l'orientamento del giudice unico, in omaggio alla dottrina liberale, la quale riteneva che la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione fosse meglio tutelata dal giudice ordinario anziché da una giurisdizione amministrativa⁶⁸.

Il nuovo ordinamento ha trovato, dopo lunghi ed approfonditi dibattiti, espressione nella legge 20 marzo 1865 n. 2248 nota come "legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo" composta da un solo articolo, ma completata da sei allegati (qui interessa in particolare

N.º 2248.

**LEGGE per l'unificazione amministrativa
del Regno d'Italia.**

20 marzo 1865

VITTORIO EMANUELE II

PER GRAZIA DI DIO E PER VOLONTÀ DELLA NAZIONE

RE D'ITALIA

**Il Senato e la Camera dei Deputati hanno approvato;
Noi abbiamo sanzionato e promulghiamo quanto segue:**

⁶⁸ "Il contenzioso amministrativo sembrò allora che offendesse ogni sentimento di giustizia e gli stessi principi razionali del diritto giudiziario, i quali non consentono che alcuno sia giudice in causa propria": così ancora G. CORSO, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. italiana Treccani*, Milano, 1933, vol. XVII, 397 ss.; per ulteriori approfondimenti: G. RAFFIOTTA, *Storia del contenzioso amministrativo*, Milano, 1967, 30 ss.; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, 132 ss. L'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo e l'attribuzione al giudice ordinario della cognizione dei diritti (civili e politici) si ispiravano alle teorie liberali dell'epoca e ad una concezione del principio della divisione dei poteri (che aveva trovato attuazione nella costituzione belga) diversa da quella accolta dai rivoluzionari francesi, in quanto ammetteva che il giudice doveva essere separato dall'amministrazione anche quando giudicava su di essa.

Art. 1.

Sono approvate ed avranno vigore in tutto il Regno le seguenti leggi :

Legge sull'Amministrazione comunale e provinciale, che costituisce l'allegato A.

Legge sulla Sicurezza pubblica, che costituisce l'allegato B.

Legge sulla Sanità pubblica, che costituisce l'allegato C.

Legge sull'Istituzione del Consiglio di Stato, che costituisce l'allegato D.

Legge sul Contenzioso amministrativo, che costituisce l'allegato E.

Legge sulle Opere pubbliche, che costituisce l'allegato F.

Art. 2.

È data facoltà al Governo d'introdurre nelle circoscrizioni territoriali delle Provincie e dei Circondari quei mutamenti che sono dettati da evidente necessità, udito il parere dei Consigli Provinciali e dei Consigli Comunali specialmente interessati, nonchè il parere del Consiglio di Stato, allo scopo di semplificare la pubblica amministrazione e diminuire le spese.

Art. 5.

I poteri eccezionali accordati col precedente articolo cessano coll'esecuzione loro data mediante la pubblicazione del relativo Decreto Reale, e in ogni caso con tutto l'anno 1865.

l'Allegato E) che costituisce una delle basi del vigente ordinamento della giustizia amministrativa in Italia⁶⁹.

Come noto, con questa legge venivano aboliti “i tribunali speciali attualmente investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo tanto in materia civile quanto in materia penale”, con la contemporanea devoluzione “delle controversie ad essi attribuite dalle leggi in vigore alla giurisdizione ordinaria od all'autorità amministrativa, secondo le norme dichiarate dalla presente legge” (art. 1); con esclusione delle giurisdizioni in prima ed unica istanza del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti nonché delle attribuzioni contenziose di altri corpi o collegi speciali (quali i Consigli di leva, le Commissioni censuarie). Nel contempo venivano attribuite alla giurisdizione ordinaria “tutte le cause per contravvenzioni e tutte le cause nelle quali si faccia questione di un diritto civile (e cioè diritti soggettivi privati) e politico (e cioè diritti soggettivi pubblici), comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa” (art. 2)⁷⁰.

⁶⁹ La legge del 1865, con i diversi allegati, fu approvata con i pieni poteri concessi all'esecutivo nell'imminenza della terza guerra di indipendenza. Il rilievo, ma anche i limiti di tale normativa abolitiva del contenzioso amministrativo, hanno costituito oggetto di attenta analisi della dottrina: tra i molti: v. già il primo studio dovuto a M. BERTETTI, *Il contenzioso amministrativo in Italia o l'amministrazione e la giustizia secondo la legge 20 marzo 1865*, Torino, 1865; E. DUBOIS, *Le contentieux administratif en Italie et la loi du 20 mars 1865*, Paris, 1873; quindi G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti del cittadino*, cit., 223 ss.; F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., 418 ss.; per una rilettura storica: V. ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1865 n. 2248 All. E*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 459 ss.; M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, cit., 715 ss.; G. MIELE, *La giustizia amministrativa*, in *Atti del Convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1968, 14 ss.; F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, ivi, 75 ss.; L. MONTESANO, *Lezioni sulla giurisdizione e sull'efficacia delle sentenze*, Bari, 1972, 75 ss.; S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema della giustizia amministrativa*, Milano, 1977; E. MAROTTA, *Silvio Spaventa ed il problema della giustizia nell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1978, 570 ss.; M. ANNUNZIATA, *Per una rilettura dell'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo*, in *Giust. civ.*, 1979, IV, 125 ss.; F. BASSI, *Diritti fondamentali e art. 4, secondo comma, l. 20 marzo 1865 n. 2248 All. E*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 606 ss.; S. SAMBATARO, *Il rifiuto del contenzioso amministrativo e la legge del 1865*, in AA. VV., *Studi per il centenario della IV sezione del Consiglio di Stato*, Roma, 1989, 51 ss.; P. GOTTI, *La legge 20 marzo 1865 n. 2248, allegato E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, in AA. VV., *Le riforme crispine*, Milano, 1990, 43 ss.; L. MANNORI, *La nascita del contenzioso amministrativo*, in *Quaderni fiorentini*, 1990, 323 ss.; I.F. CARAMAZZA, G.M. DE SOCIO, *Il processo amministrativo nella sua evoluzione storica*, in *Rass. Avv. Stato*, 1990, n. 2-3, 57 ss.; G. BERTI, *Linee di svolgimento della giustizia amministrativa (anche a proposito di una recente ricerca sulle riforme crispine)*, in *Studi in onore di F. Piga*, Milano, 1992, I, 43 ss.; nonché A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992, 2 ss.

⁷⁰ L'attribuzione ai giudici ordinari di tutte le controversie di competenza dei soppressi tribunali del contenzioso amministrativo venivano indicate dalla legge (art. 2) con l'espressione “materie nelle quali faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa”. Per impedire, poi, che il potere giudiziario invadesse la sfera riservata al potere esecutivo, veniva prescritto che i tribunali, dinanzi ai quali fosse portata una controversia per lesione di un diritto derivante da un atto dell'autorità amministrativa, si limitassero “a conoscere degli effetti dell'atto in relazione all'oggetto dedotto in giudizio” senza modificare o revocare il provvedimento (art. 4). La revoca o la modificazione dell'atto era riservata, su ricorso della parte, “alle competenti autorità amministrative”, cui era fatto obbligo “di uniformarsi al giudicato dei tribunali per quanto riguarda il caso deciso”. Le questioni non attinenti ai diritti, cioè quelle pretese individuali sfornite di potestà per farsi valere (interessi) venivano attribuite alle autorità amministrative, con obbligo di ammettere le deduzioni e le osservazioni scritte delle parti e di provvedere, con decreto motivato e di sentire i consigli amministrativi nei casi prescritti dalla legge. Contro il provvedimento così adottato era ammesso il ricorso in via gerarchica “in conformità delle leggi vigenti” (art. 3).

LEGGE 20 MARZO 1865 N. 2248

Allegato E**LEGGE SUL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO****Art. 1.**

I Tribunali speciali attualmente investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo, tanto in materia civile quanto in materia penale, sono aboliti, e le controversie ad essi attribuite dalle diverse leggi in vigore saranno d'ora in poi devolute alla giurisdizione ordinaria, od all'Autorità amministrativa, secondo le norme dichiarate dalla presente legge.

Art. 2.

Sono devolute alla giurisdizione ordinaria 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 la pubblica amministrazione, e ancorchè siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'Autorità amministrativa.

Art. 3.

Gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle Autorità amministrative, le quali, ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei Consigli amministrativi che pei diversi casi siano dalla legge stabiliti.

Contro tali decreti che saranno scritti in calce del parere egualmente motivato, è ammesso il ricorso in via gerarchica in conformità delle leggi amministrative.

Art. 4.

Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'Autorità amministrativa, i Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.

L'atto amministrativo non potrà essere rivocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti Autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso.

Il criterio di delimitazione della giurisdizione ordinaria era quindi quello del “diritto civile o politico”: venivano considerati “diritti civili” sostanzialmente quelli sanciti dalle leggi civili (cioè, dal codice civile) il cui prototipo era la proprietà, e “diritti politici” quelli inerenti alle libertà dei cittadini (sancite costituzionalmente dallo Statuto albertino del 1848), nonché dell'elettorato attivo e passivo. Giudice dei conflitti era istituito il Consiglio di Stato dall'Allegato D della stessa legge n. 2248 del 1865.

La legge riconosceva dunque, in linea di principio, la tutela giurisdizionale dei diritti anche in presenza di un provvedimento della pubblica amministrazione. Tuttavia si prevedeva che “Quando la contestazione cada sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio” (art. 4, 1° comma) e si aggiungeva che “L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso” (art. 4, 2° comma)⁷¹. Alla base della regola enunciata in tale articolo 4 vi era una rigida concezione del principio della separazione dei poteri⁷². Il principio si sarebbe ritenuto leso ove un giudice avesse potuto annullare un atto della pubblica amministrazione: il potere esecutivo, in questo modo, non avrebbe potuto dirsi separato dal potere giudiziario e viceversa⁷³.

⁷¹ Questi limiti hanno dato luogo ad un fitto e secolare dibattito a cui, in questa sede, non può che farsi semplice rinvio: già M. DI LORENZO, *Limiti della giurisdizione ordinaria nella tutela dei diritti dei cittadini verso la pubblica amministrazione*, Napoli, 1929; A. PALLOTTINO, *Riflessioni sui limiti dei poteri del giudice nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Foro. it.*, 1953, I, 980 ss.; C. VITTA e E. CASSETTA, *Giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1961, VII, 1041 ss.; A. LENER, *Art. 4 legge contenzioso amministrativo: divieto di revoca e limiti al potere del giudice ordinario*, in *Foro. it.*, 1964, I, 756 ss.; A. TORRENTE, *La competenza del giudice ordinario e i suoi poteri di cognizione nelle controversie in cui è parte la pubblica amministrazione*, in *Atti congresso celebrativo delle leggi amministrative di unificazione*, cit., 141 ss.; nonché P. STELLA RICHTER, *Sui limiti del potere del giudice ordinario*, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1198 ss.; F. SATTA, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 567 ss., con riserva di ulteriori successivi richiami.

⁷² Come si legge nella relazione al progetto di legge (rel. Borgatti, 7 maggio 1864), la disposizione che stabilisce che il divieto in questione “discende così logica e spontanea dall'abolizione della giurisdizione amministrativa e dalla necessaria indipendenza del potere esecutivo rispetto al giudiziario, che si parve perfino superfluo”. Era universale la convinzione “che la legge non avrebbe potuto attribuire al magistrato il diritto di riformare o modificare l'atto, senza investirlo con ciò di un ufficio di amministrazione attiva”. Occorreva impedire, spiega P. S. Mancini, “che l'autorità giudiziaria prendesse occasione dall'esercizio dell'ufficio suo (di dichiarare e proteggere il diritto individuale) per esercitare la funzione amministrativa di reggere gli interessi pubblici quasi per continenza di causa”.

⁷³ Queste obiezioni hanno portato, anche successivamente, a ritenere che non possa dirsi esservi sostituzione del giudice all'autorità amministrativa quando sussistano le seguenti ipotesi: a) quando il giudice si limiti a sindacare l'operato dell'amministrazione nell'esercizio della sua capacità di diritto privato; b) quando la soddisfazione delle posizioni giuridiche soggettive avvenga solo mediante la restaurazione patrimoniale rappresentata dal risarcimento del danno; c) quando il sindacato del giudice sull'attività della pubblica amministrazione non implichi annullamento o modifica dell'atto amministrativo. Il problema si presentava più acuto in tutte quelle altre ipotesi in cui, la reintegrazione delle posizioni soggettive lese da un atto della pubblica amministrazione, avesse richiesto l'annullamento, la revoca o la sospensione del provvedimento amministrativo ovvero la condanna dell'amministrazione ad un *facere*, essendo inevitabile, in tali casi, sia pure nell'esercizio del solo sindacato di legittimità, l'ingerenza del giudice nella sfera discrezionale riservata all'amministrazione. Così P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione*, cit., 3 ss., per ulteriori riferimenti su tale problematica e per la sua evoluzione storica v. gli autori citati nella nota successiva. Sul presupposto di tali principi, la tradizione dottrinale e giurisprudenziale ha negato, in linea di massima, al giudice ordinario la possibilità di emettere nei confronti dell'Amministrazione sentenze costitutive e di condanna ad un

Si vietava dunque all'autorità giudiziaria di annullare o revocare gli atti della pubblica amministrazione, ma si stabiliva che "in questo come in ogni altro caso (vale a dire in tutti i casi in cui per la soluzione della controversia occorre conoscere degli effetti dell'atto amministrativo) le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi" (art. 5). In luogo della possibilità di annullare l'atto o di revocarlo si riconosceva al giudice ordinario il potere di disapplicazione, cioè di considerare l'atto ininfluente rispetto alla decisione, quando non se ne ravvisasse la conformità alla legge⁷⁴.

La legge affidava alla stessa pubblica amministrazione l'esecuzione dell'obbligo di conformarsi "in quanto riguarda il caso deciso" alla decisione del giudice ordinario, sicché restava fermo il principio che solo la stessa autorità amministrativa poteva annullare o revocare i propri atti.

Va ricordato, ancora, l'articolo 3, 1° comma secondo il quale: "Gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative, le quali, ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei consigli amministrativi che nei diversi casi siano dalla legge stabiliti"⁷⁵.

facere, sul punto v. già. A. AMORTH, *Fondamento e limiti delle sentenze di condanna contro la pubblica amministrazione*, in *Foro Lombardia*, 1937; R. MICCIO, *Limiti di ammissibilità delle sentenze di condanna del giudice ordinario contro la p.a. nei rapporti di diritto privato*, in *Foro it.*, 1952, I, 1131; T. MALENOTTI, *In tema di limiti della giurisdizione ordinaria nei confronti della p.a.*, in *Giur. it.*, 1955; C. MONTESANO, *La condanna nel processo civile anche tra privati e pubblica amministrazione*, Napoli, 1957; ID., *Processo civile e pubblica amministrazione*, cit., 123 ss.; M. ANNUNZIATA, *Azioni esperibili nei confronti della pubblica amministrazione e poteri del giudice ordinario*, Napoli, 1970, 50 ss.; M.R. MORELLI, *Sui poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1974, I, 635 ss.; da ultimo, anche per una ricostruzione complessiva, O. TARANTINO, *L'azione di condanna nel processo amministrativo*, Milano, 2003.

⁷⁴ Sul potere di disapplicazione da parte del giudice ordinario degli atti amministrativi e relativo fondamento: v. già O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., 337 ss.; U. BORSI, *Giustizia amministrativa*, cit., 120 ss.; E. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, cit., 339 ss.; A. LUGO, *La dichiarazione incidentale di inefficacia dell'atto amministrativo*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Padova, 1958, V, 41 ss.; R. ALESSI, *Rilievi in tema di diniego di applicazione di atti amministrativi non conformi alle leggi da parte del giudice ordinario (art. 5 legge 20 marzo 1865 All. E)*, in *Studi per E. Guicciardi*, Padova, 121 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 169 ss.; ID., *L'inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 22 ss.; A. DELL'ORCO, *Potestà di disapplicazione e provvedimento amministrativo*, ivi, 1965, 681 ss.; L. PICCARDI, *La "disapplicazione" degli atti amministrativi*, in *Studi in memoria di A. Torrente*, Milano, 1968, II, 941 ss.; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 375 ss.; più recentemente anche in relazione al processo amministrativo: G. GALASSI, *Inapplicazione, disapplicazione ed inoppugnabilità dell'atto amministrativo*, in *Comuni d'Italia*, 1976, 513 ss.; M. PASCALE, *La disapplicazione davanti al giudice amministrativo: indagine giurisprudenziale*, in *Amm. it.*, 1976, 1141 ss.; G. PIFFERI, *Sulla disapplicabilità degli atti amministrativi*, ivi, 1976, 692 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *In tema di giurisdizione e disapplicazione*, in *Foro amm.*, 1976, I, 2608 ss.; G. GALASSI, *L'istituto della disapplicazione nell'attuale contesto giuridico*, in *T.A.R.*, 1977, II, 89 ss.; quindi recentemente A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo nel giudizio civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 22 ss.; S. CASSARINO, *Problemi della disapplicazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 864 ss.; da ultimi F. CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 43 ss.; G. TULUMELLO, *Disapplicazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, III, 1980 ss.

⁷⁵ Si ammetteva, così, in linea di principio una garanzia di partecipazione del privato al procedimento amministrativo che però rimase all'epoca praticamente inattuata. Siamo comunque bel lontani dall'introduzione nel nostro ordinamento del principio del contraddittorio con i soggetti interessati (*Parteiengheor, Hearing*); su cui interverrà solo successivamente la dottrina: per alcuni dati di anticipazione: F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.; G. TREVES, *Il principio "audi alteram partem" nel procedimento amministrativo*, in *Tecnica dell'organizzazione della P.A.*, 1957, I, 19 ss.; S. LESSONA, *La formazione dei provvedimenti amministrativi attraverso il contraddittorio con gli interessati*, in *Nuova Rass.*, 1954, 1313 ss.; R. PEREZ, *L'istruzione nel procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*,

E il secondo comma: “Contro tali decreti, che saranno scritti in calce al parere egualmente motivato, è ammesso ricorso in via gerarchica in conformità delle vigenti leggi amministrative”.

Rimanevano escluse dalla tutela del giudice ordinario quelle posizioni giuridiche soggettive, che non assurgevano a diritti soggettivi e cioè quelle situazioni che hanno poi dato origine ai c.d. interessi legittimi⁷⁶. Per tali posizioni soggettive, che per l'imperfetta nozione scientifica della categoria, il legislatore del 1865 indicava all'articolo 3 con una circonlocuzione, “gli affari non compresi nell'articolo precedente” (nell'articolo precedente erano contemplati i diritti soggettivi), venivano previsti, come detto, solamente ricorsi in opposizione e gerarchici alle autorità della stessa amministrazione⁷⁷.

1966, 674 ss. La successiva evoluzione ha, come noto, portato all'affermarsi del principio della partecipazione anche già prima della legge n. 241/90 a cui, in questa sede occorre fare puro rinvio: G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969; S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. giur.*, 1970, n. 1-2, 25 ss.; G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971; G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 780 ss.

⁷⁶ La nozione di interesse legittimo si è progressivamente affinata nel tempo. È ormai superata l'opinione tradizionale della dottrina più risalente (RANELLETTI, ZANOBINI, VITTA, FORTI, BORSI, SALEMI), secondo cui l'interesse legittimo sarebbe da considerarsi come quell'interesse individuale che è coincidente e strettamente connesso con l'interesse pubblico, di guisa che la tutela accordata dall'ordinamento all'interesse pubblico generale si rifletterebbe indirettamente su tale interesse individuale, attraverso una tutela indiretta (“interessi occasionalmente protetti”). A favore della concezione più aderente dell'interesse legittimo come pretesa (da altri detto “interesse”) alla legittimità dell'attività discrezionale da riconoscersi a favore di chi si trovi in una particolare situazione o *status* legittimante si è ormai espressa la dottrina più recente: soprattutto E. Casetta, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 611 ss. ed ivi ampi richiami; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, II, 227 ss.; R. COLTELLI, *Note sui limiti della tutela degli interessi privati nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, 340 ss.; F. LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza della libertà e dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 764 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1972, XXII, 1 ss.; A. ANDREANI, *Individuazione dell'interesse legittimo (A proposito di due decisioni: Cons. Stato, Sez. IV, 14 luglio 1972 n. 475 e Sez. V 9 marzo 1973 n. 253)*, in *Foro amm.*, 1973, II, 737 ss.; quindi A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti Convegno 150° del Consiglio di Stato*, cit., 95 ss.; per una puntuale ricostruzione storica B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, con riserva di ulteriori richiami ai contributi più recenti e per i profili evolutivi. Più in generale sulle situazioni giuridiche soggettive, puntualmente: A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 247 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir. Aggiorn.*, Milano, 1998, II, 966 ss.; C.E. GALLO, *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della p.a.*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, Torino, 1999, XIV, 284 ss.; G. SANTANIELLO, *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Cons. Stato*, 1999, II, 1207 ss.; E. PICOZZA, G. PALMA, E. FOLLIERI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di G. SANTANIELLO, Padova, 2000; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002; L. FERRARA, *Situazioni giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, VI, 5576 ss.

⁷⁷ Nel corso del dibattito parlamentare venne obiettato che, una volta ancorata la giurisdizione (dell'unico giudice: il giudice ordinario) al diritto soggettivo, sarebbero rimaste prive di protezione, al di fuori dei meccanismi prefigurati dall'articolo 3 per “gli affari non compresi”, situazioni soggettive che invece ricevevano protezione presso i tribunali del contenzioso (la cui giurisdizione o competenza era invece definita per materia, a prescindere dalla situazione fatta valere). Il ricorso in opposizione, a differenza del ricorso gerarchico, non è mai stato un rimedio di carattere generale, ma di carattere eccezionale, essendo ammesso solo nei casi espressamente stabiliti dalla legge o dai regolamenti: sulla tipicità di tali ricorsi v. già P. BELLINO, *L'opposizione con ricorso alla stessa autorità*, Firenze, 1962; quindi S. LESSONA, *Opposizione (dir. amm.)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1965, XI, 1058 ss.; P. STELLA RICHTER, *Opposizione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, XXX, 523 ss.; L. ARCIDIACONO, *Opposizione (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XXI; A. TRAVI, *Ricorso in opposizione*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1997, XIII, 414 ss. Sull'origine e sugli sviluppi dei ricorsi gerarchici quali rimedi generali contro gli atti amministrativi: già F. CAMMEO, *Ricorso gerarchico e rinvio all'autorità inferiore*, in *Giur. it.*, 1935, 385 ss.; A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936, 69 ss.; E. GUICCIARDI, *Il ricorso gerarchico è ancora un rimedio giuridico?*, in *Giur. it.*, 1961, III, 209 ss. con riserva di ulteriori successive indicazioni.

LEGGE 20 MARZO 1865 N. 2248

Allegato D

LEGGE SUL CONSIGLIO DI STATO

TITOLO II.

DELLE ATTRIBUZIONI DEL CONSIGLIO DI STATO.

Art. 7.

Il Consiglio di Stato:

- 1.° Dà il suo parere in tutti i casi nei quali il suo voto è prescritto dalla legge;
- 2.° Dà parere sopra le proposte di legge e sugli affari di ogni natura pei quali sia interrogato dai ministri del Re;
- 3.° Formola quei progetti di legge ed i regolamenti che gli vengono commessi dal Governo.

Art. 8.

Quando il parere del Consiglio di Stato è richiesto per legge, il decreto reale o ministeriale che ne consegue deve avere la formola: *udito il parere del Consiglio di Stato.*

Art. 9.

Oltre i casi nei quali il voto del Consiglio di Stato è richiesto per legge, dovrà domandarsi:

- 1.° Sopra tutte le proposte di regolamenti generali di pubblica amministrazione;
- 2.° Sulle domande di estradizione fatte da Governi stranieri;
- 3.° Sulla esecuzione delle provvisori ecclesiastiche di ogni natura;
- 4.° Sui ricorsi fatti al Re contro la legittimità di provvedimenti amministrativi sui quali siano esaurite e non possano proporsi domande di riparazione in via gerarchica.

Nei casi previsti al n.° 4 di questo articolo, quando il provvedimento sia contrario al parere del Consiglio di Stato, si farà constare dal decreto reale essersi pure udito il Consiglio dei ministri.

Art. 10.

Il Consiglio di Stato esercita giurisdizione propria pronunciando definitivamente con decreti motivati:

1.° Sui conflitti che insorgono tra l'autorità amministrativa e la giudiziaria;

2.° Sulle controversie fra lo Stato ed i suoi creditori, riguardanti l'interpretazione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti e delle altre sul debito pubblico;

3.° Sui sequestri di temporalità, sui provvedimenti concernenti le attribuzioni rispettive delle podestà civili ed ecclesiastiche, e sopra gli atti provvisionali di sicurezza generale relativi a questa materia;

4.° Sulle altre materie che dalle leggi generali del regno sono deferite al Consiglio di Stato, e sopra tutte le questioni che da leggi speciali non per anco abrogate nelle diverse provincie del regno fossero di competenza dei Consigli e delle Consulte di Stato.

L'istanza per queste decisioni è trasmessa al Consiglio di Stato dal ministro di grazia, giustizia e culti.

Art. 11.

Sugli atti provvisionali di sicurezza generale, di cui al numero 3 del precedente articolo 10, può pronunciare nei casi di urgenza la sola sezione di grazia e giustizia.

La legge del 1865 si occupava quindi della pubblica amministrazione sotto il profilo dei suoi rapporti con gli altri soggetti dell'ordinamento, trascurando in parte il momento interno dell'esercizio del potere, che non veniva in evidenza se non quando portava alla lesione dei diritti. In questo contesto, si iniziò tuttavia a fare distinzione fra diritti ed interessi. Questi ultimi, nel linguaggio dell'epoca, erano quelle situazioni nelle quali veniva contestato il merito, l'opportunità o la giustizia del provvedimento⁷⁸.

⁷⁸ La mancata protezione di questi interessi (al di fuori dell'evidenziato sistema dei ricorsi amministrativi prefigurato dall'art. 3) fu giustificata dal relatore Pasquale Stanislao Mancini in questi termini: "... sia pure che questo cittadino è stato... ferito, e forse gravemente, nei propri interessi, che perciò?... Che cosa ha sofferto... in tutte le ipotesi testè decorse? Semplicemente una lesione degli interessi? Ebbene ch'ei si rassegni". Sulla nozione di merito amministrativo e sui confini, di non facile definizione, con il concetto di discrezionalità v. già A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939; N. PAPALDO, *L'invalidità degli atti amministrativi per motivi di merito*, in *Scritti per S. Romano*, cit., 143 ss.; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Ann. dir. comp.*, 1948, XXII, 308 ss.; ID., *Merito (dir. amm.)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1964, X, 575 ss.; G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1976, XXVI, 130 ss.; il quale ricorda che la complessa problematica delle relazioni tra attività amministrativa e sindacato giurisdizionale si è prevalentemente sviluppata in termini di discrezionalità; v. inoltre E. CAPACCIOLI, *Il merito amministrativo: prospettive recenti*, in

Infine, la legge del 1865 aveva attribuito al Consiglio di Stato, per tutto il territorio del Regno, il potere di risolvere “con giurisdizione piena” i conflitti d’attribuzione fra autorità amministrativa e giudice ordinario (art. 13)⁷⁹.

La soppressione dei tribunali del contenzioso amministrativo mostrò ben presto come fosse grave la lacuna di tutela che si era aperta in relazione alle situazioni di privati che non avessero la dignità di diritti soggettivi, anche tenendo conto della “timidezza” talora mostrata dall’ordine giudiziario nei confronti della pubblica amministrazione. Il giudice ordinario, in particolare, escludeva la propria giurisdizione nei casi in cui, pur in assenza di un formale atto amministrativo, il comportamento del soggetto pubblico coinvolgesse in qualche modo le funzioni amministrative, ritenendo che ciò fosse sufficiente a determinare l’estinzione del diritto soggettivo. Di conseguenza, le ipotesi nelle quali sopravviveva un sindacato giurisdizionale risultavano estremamente limitate, mentre per il resto la tutela era destinata ad essere soltanto amministrativa⁸⁰.

Le materie riservate alle autorità amministrative erano poi amplissime. La serie indefinita dei rapporti, che non si concretavano in diritti soggettivi, fra lo Stato, gli enti e i privati, era lasciata a discrezione dell’amministrazione senza garanzie. Le garanzie normative non potevano, per loro natura, assicurare l’integrità degli interessi privati di fronte all’amministrazione pubblica. Le garanzie amministrative, peraltro, concretandosi nell’istruttoria dei ricorsi, nei pareri dei corpi consultivi e nella motivazione delle decisioni, apparivano largamente inadeguate. I ricorsi amministrativi, infine, non assicuravano la realizzazione delle esigenze di giustizia.

Va ulteriormente evidenziato che il liberalismo autoritario di stampo germanico, dominante negli orientamenti scientifici dell’epoca, attribuiva all’amministrazione e all’interesse pubblico una speciale supremazia nei confronti degli interessi dei singoli. Si riteneva, quindi, che nei casi in cui la legge attribuiva all’amministrazione delle potestà, i privati non

Imp. amb. e p.a., 1980, I, 71 ss.; G. PONTICELLI, *Merito amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XX; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1994, IX, 411 ss.

⁷⁹ Disposizione criticata perché sottoponeva la giurisdizione ordinaria, giurisdizione unica, al giudizio e verifica giurisdizionale di un organo amministrativo titolare di giurisdizione propria: in tal senso E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, cit., 517; v. altresì M. GIGANTE, *I conflitti di attribuzione nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, cit., II, 206 ss.

⁸⁰ Scriveva, infatti, L. MORTARA (*Lo Stato moderno e la giustizia*, cit.) la combinazione degli articoli 2 e 3 “significa semplicemente: dove c’è un diritto subiettivo da difendere, la garanzia del diritto obiettivo è data dalla funzione giurisdizionale; dove non c’è diritto subiettivo, essa è data dal beneplacito delle supreme potestà amministrative, cioè dalla funzione governativa; siccome però questa deve svolgersi in conformità e nell’orbita della legge, così dovrà giustificare le proprie deliberazioni motivandole. La motivazione altro non è se non la dimostrazione della sua legittimità”! Questa è anche la giustificazione storica che ha, per lunghissimo tempo, ritenuto inammissibile la risarcibilità del danno patrimoniale causato ai soggetti privati dalla lesione di interessi legittimi a seguito dell’emanazione da parte della p.a. di atti o provvedimenti illegittimi. Le ragioni opposte dalla giurisprudenza a tale ammissibilità sono infatti da ricondursi: a) alla natura dell’interesse legittimo non ritenuto meritevole di tutela risarcitoria; b) al sistema dell’illecito civile tradizionalmente collegato al diritto soggettivo; c) al criterio di ripartizione delle giurisdizioni civile e amministrativa, delineato dalla legge del 1865, secondo il quale il giudice ordinario, competente al risarcimento, non poteva giudicare in materia di interessi legittimi. Tale posizione ostativa è ancora ben espressa da Cass. 15 aprile 1958 n. 1217, in *Foro it.*, 1958, I, 677. Prima apertura in Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 1960 n. 677, in *Foro amm.*, 1960, I, 870. In dottrina lo studio pionieristico, prima della famosa sentenza della Cassazione n. 500 del 1999 e del decreto legislativo n. 80 del 1998 è di E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento del danno*, Milano, 1963.

Giuseppe Saredo
(1832-1902) presidente
del Consiglio di Stato
a partire dal 1898.



potessero vantare situazioni soggettive azionabili per contrastarne l'esercizio. Al contrario, le leggi che disciplinavano l'attività amministrativa potevano solo accordare occasionale tutela agli interessi dei privati che non fossero in contrasto con l'interesse pubblico.

In coerenza con questa impostazione, soprattutto una certa giurisprudenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, quasi timorosa d'invadere il campo riservato al potere esecutivo (e sulla scorta di suggerimenti dell'Avvocatura dello Stato, quale organo istituzionalmente preposto alla difesa dei ministeri in giudizio), aveva iniziato ad utilizzare la distinzione tra atti di imperio e atti di gestione cioè atti che l'amministrazione compie *jure imperii* e atti che pone in essere *jure gestionis* e ad affermare che solo in presenza dei secondi si potevano configurare diritti civili e politici e quindi si sarebbe potuta ammettere la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria⁸¹. In tal modo, la giurisdizione ordinaria veniva spesso negata

⁸¹ La distinzione, oggi largamente superata, aveva trovato autorevoli sostenitori in G. MANTELLINI, *Lo Stato ed il Codice civile*, Firenze, 1882, vol. I, 54 ss.; vol. III, 186 ss.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, Firenze, 1888, vol. V, 474 ss.; ID., *Dottrina delle persone giuridiche*, cit., vol. III, 141 ss.; L. ARMANNI, *Il Consiglio di Stato*, in V.E. ORLANDO, *Trattato dir. amm.*, cit., vol. I, 1004 ss.; e si rifaceva all'insindacabilità degli atti c.d. politici o di governo, su cui v. già F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 770 ss.; quindi N. COCO, *L'atto di potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1927, I, 277 ss.; G. SCAVONETTI,

fuori dai casi in cui l'amministrazione avesse agito nella sua capacità di diritto privato (vendite, locazioni, appalti). Limitando la propria competenza agli atti amministrativi compiuti *iure gestionis*, il sistema veniva a privare il privato di qualsiasi tutela giuridica, all'infuori di quella di assai dubbia consistenza dei ricorsi amministrativi, di cui al citato articolo 3, tutti i c.d. interessi legittimi, che invece, almeno in parte avevano trovato protezione dinnanzi ai tribunali del contenzioso amministrativo.

La concorrenza di questi rilievi fecero sollevare voci sempre più critiche al sistema adottato con la legge del 1865.

5. La valenza innovativa della giurisprudenza del Consiglio di Stato nei due decenni successivi

Com'è stato esattamente rilevato, la legge del 1865 era stata il risultato del compromesso tra "l'esigenza di non togliere nulla al carattere autoritativo dell'azione amministrativa" e la necessità di "ammettere, sia pure con le dovute cautele e riserve, il principio dell'azionabilità delle pretese del cittadino verso l'Amministrazione"⁸². L'azione giudiziaria a tutela dei "diritti civili e politici", come dianzi evidenziato, non avrebbe dovuto trovare ostacoli di fronte a provvedimenti amministrativi. Tuttavia questo principio risultò nella pratica vanificato da una sorta di pregiudizio per cui si escludeva che dalle leggi amministrative potessero derivare diritti, ma soltanto interessi individuali non tutelati e tutelabili sul piano giurisdizionale. In tal modo, si veniva a negare che il privato potesse vantare un diritto soggettivo di fronte alla pubblica amministrazione che agisce in veste di autorità e questa tendenza fu seguita, in un primo momento, anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che, nella veste di giudice dei conflitti di attribuzione, aveva escluso il sindacato giurisdizionale su atti denominati di "pura amministrazione"⁸³. Difettò così quella "capacità espansiva" della giurisdizione ordinaria su cui avevano confidato i sostenitori della legge del 1865.

A queste "resistenze culturali", va evidenziato, pose rimedio la progressiva evoluzione della giurisprudenza del Consiglio di Stato. Rappresentò, infatti, un fatto molto positivo la

L'atto politico come limite alla funzione giurisdizionale, in *Giur. it.*, 1927, IV, 20 ss.; G. ROHERSSEN, *L'atto di potere politico e la sua sindacabilità in sede giudiziaria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, I, 557 ss.; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 265 ss. ed ancora successivamente A.M. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, in *Giur. Cass. civ.*, 1946, XXII; P. GASPARRI, *Considerazioni in tema di atto politico*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1952, II, 102 ss.; O. RANELLETTI e A. AMORTH, *Atti politici (o di governo)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, I, 151 ss. con riserva di indicazioni più recenti.

⁸² In tal senso i puntuali rilievi di M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit.; non dissimilmente E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, cit.

⁸³ È storicamente risalente la configurazione del diritto soggettivo quale limite alla giustiziabilità soprattutto amministrativa: su tali limitazioni v. già D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro. it.*, 1939, IV, 1 ss.; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 114 ss.; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, 278 ss.; R. ALESSI, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 307 ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche soggettive e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956; U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1963; W. CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XII, 659 ss.; con una puntuale rassegna delle diverse nozioni: M. COMPORI, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, in *Studi per S. Passarelli*, Napoli, 1972, I, 715 ss.; più recentemente C. MAIORCA, *Diritto soggettivo (teoria gen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XI, 17 ss.; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ed accertamento amministrativo*, Padova, 1996; A. PUBUSA, *Diritti soggettivi e pubblica amministrazione*, in *Storia d'Italia*, Annali 14, *Legge, diritto, giustizia*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 1998, 229 ss.

costruzione di una forma di tutela degli interessi legittimi degli amministrati proprio ad opera della giurisprudenza del Consiglio di Stato, quale organo consultivo del Governo sui ricorsi al Re, nei due decenni successivi alla legge del 1865. Com'è stato opportunamente messo in luce⁸⁴, fu proprio in tale veste che il Consiglio di Stato, pur limitando il suo sindacato alle questioni sottratte alla giurisdizione del giudice ordinario, ampliò notevolmente il contenuto della tutela, rispetto alla giurisprudenza degli aboliti organi del contenzioso amministrativo.

In estrema sintesi, il sindacato sull'attività dell'amministrazione pubblica: 1) si estese oltre i casi della tutela delle situazioni soggettive derivanti dalle leggi (c.d. diritti condizionati o fievoli o affievoliti, quali quello del proprietario di un terreno sottoposto ad espropriazione per pubblica utilità)⁸⁵, fino ad abbracciare le legittime aspettative dei singoli supportate da un "interesse diretto e personale" (quale quello derivante dalla partecipazione ad un concorso pubblico e che lamenti illegittimità lesive del suo interesse); 2) si estese a sindacare anche la legittimità intrinseca dei provvedimenti amministrativi, individuando vizi quali "l'ingiustizia manifesta, l'abuso di potere e la disparità di trattamento". Fu proprio da questa giurisprudenza che si andò formando la nozione di legittimità del provvedimento amministrativo (che trovò solo successivamente un riconoscimento in sede legislativa (v. *infra* nel successivo paragrafo)⁸⁶ e si venne progressivamente delineando la figura dell'eccesso

⁸⁴ V. ancora M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., dove vengono riportati riferimenti alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, nei pareri sui ricorsi al Re, nei due decenni successivi alla legge del 1865.

⁸⁵ Sull'origine e l'evoluzione del concetto di "diritto affievolito" e di "affievolimento" v. già A. AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto pubblico affievolito*, in *Scritti per S. Romano*, Milano, 1940, II, 193 ss.; S. LESSONA, *In tema di giurisdizione circa i provvedimenti amministrativi che toccano un diritto soggettivo perfetto trasformandolo in diritto affievolito*, in *Foro it.*, 1951, I, 108 ss.; E. CASSETTA, *Diritti soggettivi ed interessi legittimi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, cit.; U. POTOTSCHNIG, *Atti amministrativi e "affievolimento" di diritti soggettivi*, in *Jus*, 1953, 30 ss.; I. DE GENNARO, *Diritti affievoliti e interessi legittimi*, in *Scritti di diritto pubblico*, Milano, 1955, I, 87 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Affievolimento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, I, 670 ss.; Id., *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di O. Ranelletti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 267 ss.; U. POTOTSCHNIG, *Atti amministrativi e "affievolimento" di diritti soggettivi*, in *Jus*, 1953, 225 ss.; R. ALBISSINI, *Diritti affievoliti e interessi occasionalmente protetti*, in *Rass. Avv. Stato*, 1967, I, 732 ss.; A. ANGELETTI, *Degradazione del diritto e tutela giurisdizionale*, Torino, 1971; V. BOLOGNA, *In tema di provvedimenti e della responsabilità della P.A. nella vicenda dell'affievolimento dei diritti*, in *Scritti giurispr. Corte di Cassazione*, 1973, 5 ss.; A. ANGELETTI, *Aspetti problematici della discriminazione delle giurisdizioni e Stato amministrativo*, Milano, 1980, 42 ss.

⁸⁶ La genesi della nozione di illegittimità dell'atto amministrativo ha da sempre coinciso con la nozione di invalidità e della conseguente annullabilità a cui, in questa sede non può che essere fatto un semplice rinvio. Sulla sempre attuale problematica v. già S. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1916; O. RANELLETTI, *Corso di diritto amministrativo. Lezioni*, Pavia, 1911-12; S. ROMANO, *Teoria dell'annullamento nel diritto amministrativo*, in *Scritti minori*, cit., II, 327 ss.; R. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939; G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1940; quindi R. RESTA, *La legittimità degli atti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 28 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità ed annullamento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, II, 484 ss.; G. RIZZA, *I vizi di legittimità degli atti amministrativi*, in *Nuova Rass.*, 1967, 1291 ss.; M.S. GIANNINI, *Illegittimità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, XX, 131 ss.; F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, XXIV, 127 ss.; e più recentemente N. MODUGNO, *Annulabilità e annullamento (Dir. pubbl.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 5 ss.; Id., *Validità (Teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1993, XLVI, 60 ss.; G. CORSO, *Validità (Dir. amm.)*, *ivi*, XLVI, 84 ss.; P.M. VIPIANA, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1997, 10 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1999, XV, 657 ss.; da ultimi: A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002; F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 409 ss.; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità nel diritto amministrativo*, Milano, 2004; A. BARTOLINI, *Illegittimità del provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, IV, 2863 ss.; P. CARNEVALE, *Validità*, *ivi*, VI, 6147 ss.; N. PAOLOANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur. Annali I*, Milano, 2007, 855 ss.

di potere come forma di patologia dell'atto amministrativo quale espressione della funzione amministrativa⁸⁷.

6. La legge sui conflitti del 1877 e le leggi Crispine del 1889-90 istitutive della IV Sezione del Consiglio di Stato

Le gravi lacune sopra evidenziate, unitamente al difetto di aver affidato ad un organo sostanzialmente amministrativo, quale era nella composizione dell'epoca il Consiglio di Stato, la risoluzione dei conflitti tra l'autorità giudiziaria e quella amministrativa, suscitavano ben pre-

⁸⁷ Come ben noto, l'espressione deriva dal diritto francese, dove però l'atto *entaché d'excès de pouvoir*, era, genericamente, quello che presentava uno qualsiasi dei vizi di legittimità, compresi nelle quattro classi, *ouvertures*, dell'incompetenza, vizio di forma, sviamento di potere e violazione di legge. Su questa genesi nella dottrina italiana, anche con riferimento all'evoluzione storica del dibattito: A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Scritti di dir. pubbl.*, 1900, 285 ss.; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 78 ss.; N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Studi per centenario del Consiglio di Stato*, cit., I, 429 ss.; U. FORTI, *In tema di eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1934, III, 99 ss.; ID., *In tema di eccesso di potere*, *ivi*, 1937, III, 121 ss.; R. RESTA, *La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio dell'atto amministrativo*, in *Studi per Cammeo*, 1933, II, 383 ss.; R. ALESSI, *Intorno al concetto di causa giuridica, di illegittimità e di eccesso di potere*, Milano, 1934; E. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Studi per Vacchelli*, Milano, 1935, 447 ss.; M. D'AMELIO, *Eccesso di potere*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1939, V, 257 ss.; A. AMORTH, *Sviamento di potere*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1940, I, 1235 ss.; A.M. SANDULLI, *Interferenze fra incompetenza ed eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1947, III, 193 ss. In realtà, l'eccesso di potere, in origine, indicava la forma più grave di incompetenza, ma successivamente il Consiglio di Stato francese venne ad assimilare quest'ultima al *détournement de pouvoir*, cioè di un atto amministrativo compiuto per un fine estraneo all'interesse pubblico o in vista di un interesse pubblico diverso da quello che l'autorità amministrativa è autorizzata a perseguire dalla legge. All'eccesso di potere inteso come incompetenza assoluta fu riservato il nome di *débordement de pouvoir* o *empiètement de pouvoir* ed in italiano di straripamento di potere (per gli sviluppi della giurisprudenza M. LETOURNEUR, *La recente evoluzione del ricorso per eccesso di potere*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 246 ss.). In vero, solo dopo la legge 31 marzo 1889 n. 5992 (v. *infra*) consentì il ricorso giurisdizionale al Consiglio di Stato "per incompetenza, per eccesso di potere o per incompetenza", il ricorso era sostanzialmente modellato sul *recours pour excès de pouvoir* del diritto francese, ma il Consiglio di Stato interpretò fin dall'origine l'espressione "eccesso di potere" come equivalente di *détournement de pouvoir* e di "contrarietà allo spirito della legge" non di incompetenza assoluta (il riferimento è alla decisione 7 gennaio 1892 n. 3, Presidente Silvio Spaventa nella controversia *Vastarini c. Cresi ed altri*, in *Giust. amm.*, anno III, 1891, 1 ss. con commento di A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, *ivi*, 1892 cit.). Solo successivamente, proprio attraverso il contributo della giurisprudenza del Consiglio di Stato, la figura dell'eccesso di potere, nell'individuazione delle c.d. figure sintomatiche, si è venuta delineando come più generale vizio della funzione amministrativa come messo in luce anche da una fitta elaborazione dottrinale. Sul ricco ed affascinante processo evolutivo, sono impossibili citazioni esaustive: tra i molti, soprattutto, F. BENVENUTI, *L'eccesso di potere come vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 1 ss.; C. ROSSANO, *In tema di eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1952, III, 118 ss.; M. D'AMELIO e AZARA, *Eccesso di potere*, in *Noviss. Dig. it.*, Milano, 1960, VI, 344 ss.; G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge e di eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963, 60 ss.; F. DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Napoli, 1964; F. BASSI, *Straripamento di potere (profilo storico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 245 ss.; P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, XIV, 124 ss.; G. DE CESARE, *L'eccesso di potere nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Padova, 1968; ID., *Problematica dell'eccesso di potere amministrativo*, Padova, 1973, I; A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1968; T. ALIPRANDI, *Nuovi orientamenti in tema di eccesso di potere*, in *Studi per centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, cit., II, 605 ss.; quindi G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. Dig. it. Appendice*, Torino, 1984, III, 219 ss.; F. MODUGNO e M. MONETTI, *Eccesso di potere*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, X; E. CARDI e S. COGNETTI, *Eccesso di potere*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1990, V, 341 ss.; A. SANDULLI, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 329 ss.; da ultimo con riferimenti storici N. PAOLO-ANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul processo amministrativo*, Padova, 2000.

sto un largo movimento dottrinale e politico per la riforma dell'ordinamento del 1865, che portò ad una prima riforma attuata con la legge 31 marzo 1877 n. 3761. Tale legge venne ad attribuire la risoluzione dei conflitti (positivi o negativi) alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di Roma istituita con legge 12 dicembre 1875 n. 2832 (va solo ricordato che fino al 1923 sussistevano in Italia più Corti di Cassazione)⁸⁸. All'autorità amministrativa venne data la facoltà di investire direttamente per la risoluzione dei conflitti il Supremo Collegio, senza che per ciò fosse necessaria la partecipazione al giudizio di merito dell'amministrazione stessa. Alla stessa Corte di Cassazione venne altresì affidato il compito di annullare le sentenze delle giurisdizioni speciali viziate di incompetenza o da difetto di giurisdizione.

LEGGE SUI CONFLITTI DI ATTRIBUZIONI DEL 31 MARZO 1877

(Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del Regno il 7 aprile 1877, n. 82)

Art. 1.

La pubblica amministrazione, oltre la facoltà ordinaria di opporre, in qualunque stato di causa, la incompetenza dell'autorità giudiziaria, quando sia parte del giudizio od abbia diritto d'intervenirvi, può anche in tutti i casi usare del mezzo straordinario di promuovere direttamente sopra tale incompetenza la decisione della corte di cassazione, nel modo e cogli effetti determinati negli articoli seguenti.

Se l'amministrazione è parte in giudizio, è ammessa ad usare di quel mezzo straordinario finché la causa non sia definitivamente decisa in primo grado di giurisdizione. Se non è parte in causa, può usarne in ogni stato di essa, ma non mai dopo una dichiarazione di competenza dell'autorità giudiziaria passata in cosa giudicata.

[...]

Art. 3.

Appartiene esclusivamente alle sezioni di cassazione istituite in Roma:

1° giudicare sulla competenza dell'autorità giudiziaria ogni qual volta la pubblica amministrazione usi del mezzo straordinario indicato negli articoli precedenti;

2° regolare la competenza tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa quando l'una e l'altra siansi dichiarate incompetenti.

⁸⁸ Sull'origine e ruolo della Corte di Cassazione nel conflitto di interessi v. soprattutto lo studio di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, 2 voll., Milano, 1920 che contiene ampi riferimenti storici e bibliografici; v. inoltre E. CARBELLOTTO, *Cassazione. Corte di Cassazione (civile)*, in *Dig. It.*, Torino, I, 1898; F. GARGIULO, *Cassazione*, in *Enc. giur. It.*, Milano, 1907, *ad vocem.*; G. VENZI, *Cassazione*, in *Diz. dir. priv.*, 1908, I; P. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, in *Nuovo Dig. it.*, 1937, II, 981 ss.; nonché M. D'AMELIO, *Corte di Cassazione*, in *Enc. it. Treccani*, Milano, 1933, XI, 537 ss. In relazione alle funzioni regolative dei conflitti di competenza della Cassazione: già G. MANTELLINI, *I conflitti d'attribuzioni tra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, Firenze, 1871; quindi S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in V.E. ORLANDO, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1907, III, 1167 ss.; G. MANCA, *Conflitti di attribuzione e conflitti di giurisdizione nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1932, 60 ss.; A. DE VALLES, *Sulla soluzione dei conflitti interni di competenza*, in *Foro amm.*, 1940, I, 220 ss.; F. BENVENUTI, *Conflitto di attribuzione e regolamento di giurisdizione nel giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1950, IV, 1 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Note preliminari sulla verifica della giurisdizione nella giustizia amministrativa*, in *Jus*, 1963; ID., *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, XIX, 295 ss.; G. ROEHRSEN, *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 1093 ss.; da ultimi P.M. TONINI, *Conflitti di competenza (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 4; F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1988; L. VERRIENI, *Conflitti di attribuzione e di giurisdizione (giustizia amministrativa)*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1989, III, 388 ss.

3° giudicare dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, nonché della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza od eccesso di potere.

Sopra ricorso documentato, alle sezioni medesime diretto dalla parte più diligente, la corte procede in via d'urgenza, osservate le norme stabilite per i regolamenti di competenza degli articoli 110 e seguenti del codice di procedura civile. La decisione è presa a sezioni unite e costituisce sulla competenza giudicato irrevocabile.

Art. 4.

La decisione sulla competenza è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto, e sulla proponibilità dell'azione.

Art. 5.

Sono altresì deferite esclusivamente alla cognizione delle sezioni di cassazione istituite in Roma, le sentenze in grado di appello sulla questione se sia competente l'autorità giudiziaria o l'autorità amministrativa.

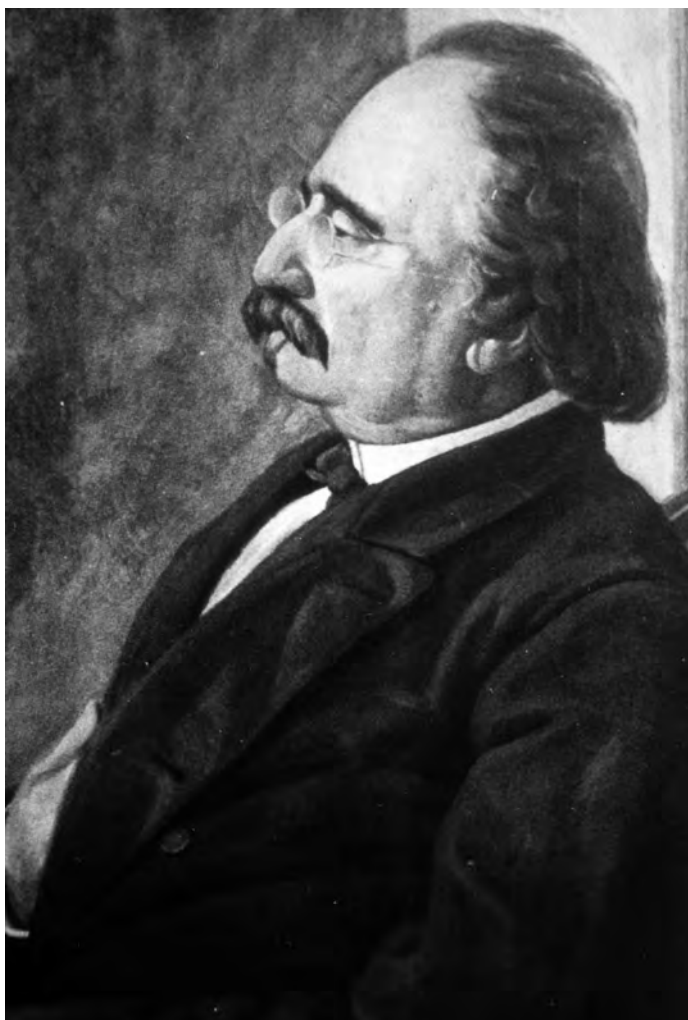
Anche in questo caso la decisione è presa a sezioni unite, e costituisce giudicato irrevocabile sulla competenza, osservate nel resto le disposizioni del codice di procedura civile.

L'impianto normativo appariva comunque sempre più inadeguato a garantire protezione al cittadino in presenza di una legislazione amministrativa che veniva estendendo progressivamente l'area degli interventi dei soggetti pubblici nella vita economica e civile del Paese.

Le sollecitazioni a favore di una compiuta protezione del cittadino di fronte al potere esecutivo, ebbero un eco memorabile nel discorso di Silvio Spaventa su *La giustizia nell'amministrazione*, pronunciato all'Associazione costituzionale di Bergamo il 6 maggio 1880 (il quale affermò l'importanza dell'istituzione di un giudice per la risoluzione delle controversie tra amministrazione e cittadini)⁸⁹. Come ben noto, non si trattava di stravolgere il

⁸⁹ Di grande interesse è tuttora la lettura dei due discorsi di Silvio Spaventa, pronunciati, il primo il 6 maggio 1890 a Bergamo (riportato in S. SPAVENTA, *La giustizia amministrativa. Saggi* con prefazione di ALATRI, Torino, 1949, v. altresì R. PORRINI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 1890, 7-54 e in S. SPAVENTA, *La politica della destra. Scritti e discorsi raccolti da B. Croce*, Bari, 1910) e il secondo, il 13 marzo 1890 per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato per la giustizia amministrativa in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 289 ss. Spaventa rilevava le carenze della legge del 1865, dimostrando la necessità di completarla con la istituzione di una difesa giurisdizionale anche per quel vasto numero di diritti ed interessi che ne erano rimasti privi. La tesi di Spaventa si fondava sull'idea che i diritti e le libertà dovevano trovare svolgimento non solo nei rapporti politici e civili, ma anche nell'ambito delle leggi amministrative, con un adeguato sistema di tutela dei legittimi interessi dei privati di fronte all'esercizio del potere amministrativo. Sulla figura di giurista di Silvio Spaventa, tra i molti: v. già F. FILOMUSI GUELFI, *Silvio Spaventa*, Lanciano, 1894; quindi G.M. CHIODI, *La giustizia amministrativa nel pensiero di Silvio Spaventa*, cit., nonché M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, cit., 715 ss.; S. RICCI (a cura di), *Silvio Spaventa. Filosofia, diritto, politica, Atti del Convegno svoltosi a Bergamo dal 26 al 28 aprile 1990*, Napoli, 1991 ed ivi in particolare G. MELIS, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Silvio Spaventa*, 151 ss.; e G. GUARINO, *È ancora attuale il pensiero di Silvio Spaventa?*, in *Silvio Spaventa. Filosofia Diritto Politica*, a cura di S. RICCI, Napoli, 1991, 423 ss.; N. DI MODUGNO, *Silvio Spaventa e la giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 375 ss. Il discorso di Spaventa era destinato a trovare un largo consenso nella dottrina dell'epoca come stanno a testimoniare i successivi contributi di M. MINGHETTI, *I partiti politici e la ingerenza loro nella pubblica amministrazione*, Bologna, 1881; G. MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile*, Firenze, 1882, vol. III; P. DE MURTAS ZICHICA, *La giustizia amministrativa in Italia*, Torino, 1883; G. LEPORINI, *Giustizia nell'amministrazione e giurisdizione amministrativa*, Macerata, 1887.

Silvio Spaventa (1822-1893), consigliere di Stato nel 1868 e nel 1889 presidente della IV Sezione del Consiglio di Stato appena costituita.



sistema creato dalla legge del 1865 ma soltanto di completarlo in modo da evitare il permanere di un ambito, quello della c.d. “pura amministrazione”, del tutto sottratto al controllo di un giudice⁹⁰.

Sul piano delle iniziative politiche l'orientamento favorevole alla giustizia nell'amministrazione si tradusse in varie iniziative legislative (Nicotera, De Pretis, Crispi). Di tutte pervennero ad esito, dopo più di un ventennio dalle leggi di unificazione, le proposte presentate al

⁹⁰ Spaventa aveva indicato, a mo' di esempio, nel solo settore della polizia preventiva, il rilascio del porto d'armi, l'autorizzazione all'apertura di esercizi commerciali, l'avvio di attività economiche (alberghi, agenzie, ecc.), la dichiarazione di insalubrità o pericolosità di fabbriche o depositi; tutti “rapporti di interesse, in cui il cittadino può essere offeso”, senza che gli sia offerto alcun rimedio al di fuori del ricorso gerarchico. Come ben noto tutti i c.d. poteri di polizia, intesi come le attività dei pubblici poteri volta alla tutela conservativa dell'organismo sociale in quanto destinate a prevenire ed evitare turbative dell'ordine pubblico erano tradizionalmente sottratte al controllo giurisdizionale. Sul punto v. già O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1932, IV, parte II, 207 ss.; E. RODDI, *La polizia di sicurezza*, Milano, 1953; P. VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954; A. CHIAPPETTI, *L'attività di polizia*, Padova, 1973.

Parlamento dal Governo Crispi nelle leggi 31 marzo 1889 n. 5992 (contenente “modificazioni della legge sul Consiglio di Stato”) e 1 maggio 1890 n. 6837⁹¹. Queste organizzarono, nel seno del potere esecutivo, un procedimento contenzioso che, per qualità dei giudici, per gradi di giurisdizione, e per le norme del giudizio e della decisione, si avvicinava alle regole del diritto giudiziario comune. Va tuttavia avvertito che gli autori della riforma del 1889 avevano evitato, per quanto possibile, di definire giurisdizionali tali funzioni, prospettando i nuovi ricorsi come semplici perfezionamenti di quelle difese amministrative che erano contemplate nell’articolo 3 della legge del 1865; ciò per assicurare quel carattere meramente integrativo rispetto al sistema vigente. Questa circostanza favorì l’opinione che gli organi istituiti fossero investiti non di una funzione giurisdizionale, ma di un semplice controllo amministrativo, svolgentesi con le garanzie del contraddittorio e davanti a collegi, almeno in parte indipendenti⁹².

Così con le leggi del 1889-90, dopo un lungo travaglio parlamentare, venne creata, per la prima volta, una vera e propria giurisdizione amministrativa con l’istituzione della IV Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato che si aggiungeva alle tre consultive già esistenti⁹³. A tale Sezione, la cui composizione veniva nuovamente disciplinata attribuendo ai componenti particolari garanzie di inamovibilità (condizione essenziale per l’imparziale svolgimento di qualsiasi attività giurisdizionale), veniva affidato, secondo il procedimento stabilito dalla stessa legge, il compito di decidere “sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti o provvedimenti di un’autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell’autorità giudiziaria, né si tratti di materie spettanti alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali” (art. 3)⁹⁴. Sotto questa formula, si era inteso

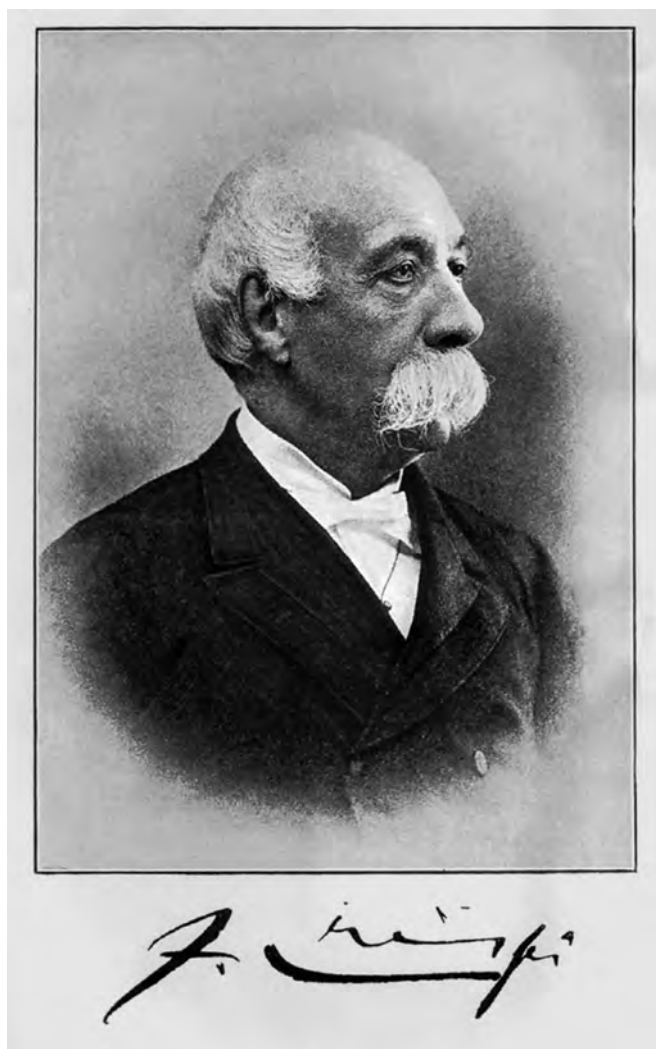
⁹¹ Nella relazione di accompagnamento la legge abolitiva del contenzioso amministrativo veniva accusata di aver provocato un “vero regresso, in quanto lasciò al solo apprezzamento dell’autorità amministrativa interessi che prima avevano un giudice”. I più importanti documenti dell’elaborazione parlamentare della legge (soprattutto la relazione Crispi, con la quale fu accompagnata la proposta della legge, la relazione Costa dell’Ufficio centrale del Senato, la relazione Tondi della Commissione nominata dalla Camera dei Deputati) si trovano riassunti e in parte riportati nel volume di G. FRANCESCHELLI, *La giustizia amministrativa e la IV Sezione del Consiglio di Stato*, Roma, 1889. Per alcuni commenti coevi: E. MAZZOCOLO, *La riforma del Consiglio di Stato*, Napoli, 1889; S. BONO, *Il Consiglio di Stato nella legislazione italiana*, Stradella, 1889.

⁹² In tal senso G. SCHANZER, *La giurisdizione amministrativa in Francia e in Italia*, in *Giust. amm.*, 1896, 15 ss.; A. CODACCI PISANELLI, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, in *Scritti di dir. pubbl.*, Città di Castello, 1900, 205 ss.

⁹³ Sui presupposti della legge Crispi del 1889, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato: A. BARUCCHI, *La creazione della IV sezione del Consiglio di Stato nel quadro giuridico-istituzionale del tempo*, in *Cons. Stato*, 1989, 1859 ss.; P. VIRGA, *Interpretazione evolutiva della legge istitutiva della IV sezione*, in *Nuova Rass.*, 1989, 2433 ss.; A. QUARTULLI, *L’istituzione della IV sezione tra ragioni pratiche e ideologie*, in *Studi per centenario della IV sezione del Consiglio di Stato*, Roma, 1989, I, 77 ss.; A. PEZZANA, *Le esperienze degli organi di giustizia amministrativa degli Stati preunitari in relazione alla riforma del 1889*, *ivi*, 60 ss.; B. SORDI, *Uno sguardo all’Europa: il legislatore del 1889 di fronte ai modelli continentali di giustizia amministrativa*, *ivi*, 173 ss.; *Id.*, *Giustizia e amministrazione nell’Italia liberale*, *cit.*, 132 ss.; AA.VV., *Le riforme crispine*, II. *Giustizia amministrativa*, (Archivio ISAP n. 6), Milano, 1990 ed *ivi* in particolare: A. DI GIOVANNI, *L’iter parlamentare della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato*, 265 ss.; A. CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, 77 ss. e U. ALLEGRETTI, *La giustizia amministrativa*; G. PALEOLOGO, *Silvio Spaventa e la quarta sezione del Consiglio di Stato*, in S. RICCI (a cura di), *Silvio Spaventa. Filosofia, cultura, diritto*, *cit.*, 205 ss.; nonché la puntuale ricostruzione di N. PAOLOANTONIO, *L’istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, 1991.

⁹⁴ Come spiegava la Relazione allegata al progetto di legge, gli interessi che legittimavano la proposizione del ricorso erano quelli rimasti privi di tutela dopo l’abolizione dei tribunali speciali del contenzioso amministrativo disposta con la legge del 1865. La nuova legge (coordinata con l’Allegato D della legge del 1865 nel testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato n. 6166 del 1889) era destinata a colmare questo vuoto di tutela.

Francesco Crispi (1818-1901).



indicare tutti i vizi di legittimità degli atti amministrativi, che venivano sottoposti così, ogni volta che l'interessato avesse a dolersene, ad un sindacato di legittimità; innovazione questa assai profonda e rilevante rispetto ai precedenti sistemi legislativi, che esaurivano le materie di competenza del giudice amministrativo in tassative elencazioni, suscettibili sempre di lacune e non estensibili ai nuovi poteri in continuo ampliamento affidati alla pubblica amministrazione.

Il ricorso era ammesso solo contro i provvedimenti definitivi, ossia contro i provvedimenti di autorità che non avevano un superiore gerarchico (per esempio il ministro o il consiglio comunale) o contro provvedimenti che costituivano l'epilogo di gravami in via gerarchica (per esempio le decisioni del ministro dell'interno su ricorso avverso provvedimento del prefetto che a sua volta avesse deciso un ricorso contro il provvedimento del questore). Non era ammesso contro i provvedimenti del Governo emanati nell'esercizio di un potere politico; ed era previsto in alternativa al ricorso straordinario al Re, deciso, quest'ultimo, su parere consultivo del Consiglio di Stato.

L'articolo 12 stabiliva che “la esecuzione dell'atto o del provvedimento può essere sospesa per gravi ragioni”, si escludeva quindi implicitamente che la proposizione del ricorso sospendesse l'esecuzione del provvedimento impugnato. Il successivo articolo 16 delineava un'archetipa fase istruttoria, abilitando la IV Sezione a “richiedere all'Amministrazione interessata nuovi chiarimenti o la produzione di documenti od ordinare all'Amministrazione di far nuove verificazioni, autorizzando le parti, quando ne sia il caso, ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti”.

Onde salvaguardare la terzietà della IV Sezione, veniva stabilito (art. 6) che negli affari suscettibili di formare oggetto di ricorso alla medesima il Governo non poteva chiedere parere all'Adunanza generale. Sia dalle espressioni usate dalla legge (la competenza affidata è “decidere” non a “giudicare”), sia dai lavori preparatori, risultava chiaro che la IV Sezione era considerata un organo amministrativo e non giurisdizionale, tant'è che le sue pronunzie erano chiamate “decisioni” (e lo sono tuttora, in ossequio a questa originaria denominazione, anche se è chiaro che hanno il carattere formale e sostanziale di sentenze)⁹⁵. La stessa IV Sezione all'inizio del suo funzionamento si considerava un organo amministrativo, mentre la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione romana la qualificava organo giurisdizionale e quindi sottoposta al suo sindacato regolatore delle competenze, ai sensi della citata legge sui conflitti di attribuzione n. 3761 del 1877⁹⁶.

La nuova legge conservava l'istituto del ricorso al Re, già previsto dall'Allegato D della legge n. 2248 del 1865, ma lo trasformava in alternativo rispetto al ricorso alla IV Sezione (art. 7).

Con altra importante disposizione (art. 4) veniva istituita la giurisdizione di merito (simile alla giurisdizione piena prevista in alcune materie nella legislazione sarda preunitaria) per alcuni tipi di controversie, le più importanti delle quali erano costituite dai “ricorsi diretti ad

⁹⁵ D'altro canto la IV Sezione è chiamata a conoscere non di “cause” (v. art. 2 legge n. 2248/1865 Allegato E.) bensì di “ricorsi ... contro atti o provvedimenti”. Sul punto E. FERRARI, *Decisione giurisdizionale amministrativa*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1989, IV, 533 ss. All'inizio venne contestata da una parte della dottrina la natura giurisdizionale delle funzioni esercitate dalla IV Sezione, in base al pregiudizio che solo dove vi fossero diritti soggettivi potesse esservi giurisdizione: al dibattito aperto da O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892, 76 ss.; e poi seguito da V.E. ORLANDO, *Sui limiti della competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Giust. Amm.*, 1891, IV, 59 ss.; V. SCIALOIA, *Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, *ivi*, 1901, IV, 61 ss.; su tutta la questione per un'attenta ricostruzione: L. MARTONE, *L'“elegante questione” sulla competenza della IV sezione del Consiglio di Stato (1890-92)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1649 ss.

⁹⁶ Con sentenza 21 marzo 1892 (in *Giust. amm.*, 1893, II, 1 con nota di B. LOMONACO), la Corte di Cassazione ritenne, infatti, ammissibile il ricorso proposto contro una decisione della IV Sezione in applicazione dell'articolo 3, n. 3 della legge 31 marzo 1877 n. 3761 sui conflitti. Ritenne ammissibile, cioè, il ricorso per cassazione sul presupposto della natura giurisdizionale della pronuncia del Consiglio di Stato. V. altresì Cass. Sez. Un., 19 aprile 1892, in *Giur. it.*, 1892, I, I, 669 con nota di L. COVIELLO. In realtà, a fronte delle decisioni della IV Sezione affermanti (esplicitamente o implicitamente) la “competenza” della Sezione medesima, le Sezioni Unite, “per impedire qualunque usurpazione delle attribuzioni” affidate all'autorità giudiziaria, non avevano altro mezzo (trattandosi di conflitto positivo di attribuzioni) che trasformare il conflitto di attribuzioni in conflitto di giurisdizione, con la conseguente possibilità di annullare, per incompetenza o eccesso di potere, le decisioni stesse, in applicazione dell'articolo 3, n. 3, della legge sui conflitti, sul necessario presupposto che tali decisioni fossero sentenze e che la IV Sezione fosse una *giurisdizione speciale*. Il percorso logico delle Sezioni Unite è chiaramente esposto nella sentenza 21 marzo 1893, caso *Società per le Opere pubbliche del Mezzogiorno d'Italia*. La posizione della Cassazione venne poi ripresa e chiarita dal Proc. Gen. Auriti nel discorso inaugurale del 3 gennaio 1894 (in *Giust. amm.*, 1894, IV, 7 ss.). Ogni dubbio sarà poi dissipato (v. *infra*) dalla successiva legge 17 agosto 1907 che qualificherà le due sezioni come giurisdizionali ed espressamente ammetterà contro le decisioni del Consiglio di Stato il ricorso in Cassazione a sezioni unite ai sensi della legge sui conflitti.

ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa a conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che avessero riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico"⁹⁷.

L'accoglimento del ricorso nelle controversie "di legittimità" comportava l'annullamento dell'atto "salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa", mentre nel caso di cui all'articolo 4 la Sezione decideva "nel merito". La giurisdizione amministrativa di merito veniva così a configurarsi come giurisdizione sul fatto, simile alla giurisdizione piena dell'ordinamento francese⁹⁸.

⁹⁷ Questo rimedio fu in seguito esteso dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato all'adempimento del giudicato del giudice amministrativo dando origine al giudizio d'ottemperanza; sulla genesi di tale giudizio e sulla sua oggettiva rilevanza e sulla sua evoluzione v. nella fitta letteratura; già F. CAMMEO, *Questioni sull'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato dei tribunali*, in *Giur. it.*, 1924, II, 149; ID., *Diritti patrimoniali ed esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della G.P.A.*, in *Giur. it.*, 1931, III, 42 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Osservazioni sull'obbligo della p.a. di conformarsi al giudicato dei tribunali ordinari*, in *Studi sassaresi*, 1946; O. RANELLETTI, *Sulla esecuzione in via amministrativa delle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 76 ss.; E. GUICCIARDI, *L'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali*, in *Scritti in onore di S. Romano*, cit., II, 393 ss.; I. COLZI, *L'art. 27 n. 4 legge sul Consiglio di Stato come norma generale del nostro sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. amm.*, 1952; R. MALINVERNO, *L'actio iudicati nella giurisdizione amministrativa*, in *Corr. amm.*, 1956; M.S. GIANNINI, *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 442 ss.; quindi R. VECCHIONE, *Anco-ra in tema di esecuzione del giudicato amministrativo*, in *Cons. Stato*, 1966, II, 139 ss.; F. BENVENUTI, *Giudicato amm.*, in *Enc. dir.*, Milano, 1969, XVIII, 893 ss.; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971; G. ROHERSSEN, *L'azione esecutiva contro la pubblica amministrazione nel diritto italiano*, in *Cons. Stato*, 1978, II, 889 ss.; ID., *Il giudizio di ottemperanza: attualità e prospettive*, in *Amm. e soc.*, 1979, 7 ss.; S. GIACCHETTI, *Un abito nuovo per il giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1979, I, 2357 ss.; M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1981, 1175 ss.; C. CALABRÒ, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, cit., 1981 ss.; A. DE ROBERTO, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1982, I, 118 ss.; F. BAROLOMEI, *Giudizio di ottemperanza e giudicato amministrativo: contributo per un nuovo processo amministrativo*, Milano, 1987; i diversi contributi contenuti negli *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Varenna, Milano, 1988; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989; C. CALABRÒ, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XV; S. PELILLO, *L'ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, Milano, 1990; L. MAZZAROLLI, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 23 ss.; P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990; L. VERRIENTI, *Giudizio di ottemperanza*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1991, VII, 257 ss.; P. SALVATORE, *Il giudizio di ottemperanza nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Studi per F. Piga*, 1992, I, 851 ss.; R. VILLATA, *Orientamenti recenti della giurisprudenza in tema di giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 170 ss.; F. FRANCIARI, *Osservazioni in tema di giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 277 ss.; B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997; G. SCIULLO, *Il comportamento dell'amministrazione nell'ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 64 ss.; S. GIACCHETTI, *L'esecuzione delle statuizioni giudiziali nei confronti della p.a.*, in *Cons. Stato*, 1997, II, 499 ss.; M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione del giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1998, 523 ss.; ID., *Il giudizio amministrativo di esecuzione*, in G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, cit., 1997; C. MIGNONE, *L'esecuzione della sentenza*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, 747 ss.; V. CAIANIELLO, *Esecuzione di sentenza nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir. Aggiorn. III*, Milano, 1999, 503 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Specialità del giudizio di ottemperanza*, in *Giur. it.*, 1999, 2414 ss.; F. SORIA, *Il giudicato amministrativo secondo la più recente giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 603 ss.; A. ROMANO, *L'attuazione del giudicato da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, 471 ss.; da ultimi, per i più recenti sviluppi evolutivi: K. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003; C. MIGNONE, *L'esecuzione della sentenza*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, II, 661 ss.; A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, 3507 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Giudicato amministrativo*, ivi, IV, 2674 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005.

⁹⁸ Sull'origine della giurisdizione di merito del Consiglio di Stato e la sua evoluzione storica: già E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., 35 ss.; O. RANELLETTI, *Dei confini tra legittimità e merito del provve-*

Con l'approvazione di tali leggi, la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione risultò, dunque, divisa tra due ordini giurisdizionali, caratterizzando il nostro sistema di giustizia come "dualistico".

Le leggi del 1889 e del 1890 conservarono dunque la competenza dell'autorità giudiziaria, quale era stabilita dalla legge del 1865. La nuova forma di giustizia amministrativa null'altro doveva costituire che un controllo sugli atti amministrativi, ordinato con le garanzie della giurisdizione. Il criterio discriminatore delle competenze doveva essere chiaro: alla giurisdizione ordinaria le questioni di diritto, alla IV Sezione del Consiglio di Stato le questioni inerenti i semplici interessi. Si considerò diritto l'interesse tutelato dalla legge in relazione ad una data persona; interesse quello tutelato dalla legge, non in relazione alla persona, bensì in vista del bene generale. Alla concezione di interesse tutelato dalla legge, detto altrimenti interesse legittimo⁹⁹, seguì l'applicazione della dottrina del diritto pubblico

dimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale, in *Foro amm.*, 1928, II, 5 ss.; nonché G. FAGIOLARI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, in *Studi per il centenario del Consiglio di Stato*, cit., vol. III, 1 ss.; O. TENTOLINI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, Milano, 1942; P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, 1958; ID., *Merito amministrativo (giurisdizione di merito)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XX, 12 ss.; V. OTTAVIANO, *Merito (dir. amm.)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1964, X, 575 ss.; ID., *La giurisdizione di merito nella giustizia amministrativa*, in G. MIELE (a cura di), *La giustizia amministrativa*, cit., 187 ss.; M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Foro it.*, 1969, V, 59 ss.; U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in AA. VV., *La giurisdizione amministrativa di merito*, Firenze, 1969, 15 ss.; G. ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Rass. lav. pubbl.*, 1973, 43 ss.; G. CORAGGIO, *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1976, XXVI, 130 ss.; E. CAPACCIOLI, *Il merito amministrativo: prospettive recenti*, in *Imp. Ambiente e p.a.*, 1980, 71 ss.; G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, cit., III, 1584 ss.; quindi G. GARRONE, *Giurisdizione amministrativa di merito*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1991, VII, 369 ss. La dottrina più moderna, in superamento di quella tradizionale, si è orientata nel ritenere che la differenza sostanziale della giurisdizione di merito rispetto a quella di legittimità consista, non già nella natura del sindacato, bensì nella maggior estensione dell'oggetto del giudizio e nel maggiore ambito dei poteri di cognizione, di decisione ed istruttori del giudice: M.S. GIANNINI, *Giustizia amministrativa*, cit., 125 ss.; R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., II, 894 ss.; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale*, cit., 174 ss.

⁹⁹ Il problema della distinzione, all'interno delle posizioni giuridiche soggettive, tra diritti soggettivi ed interessi legittimi è sempre stato oltremodo controverso. Il concetto fondamentale, dal quale dottrina e giurisprudenza hanno preso le mosse è quello dell'interesse giuridicamente protetto e l'elemento differenziatore tra le due figure è stato ricercato nella direzione della norma di diritto positivo, dalla quale l'interesse è riconosciuto. Sulla problematica, a cui in questa sede, non può che essere fatto semplice rinvio, la bibliografia è vastissima fin dal sorgere della scienza del diritto amministrativo. Senza alcuna pretesa esaustiva: v. già O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella p.a.*, cit., 157 ss.; E. GUICCIARDI, *La giustizia amm.*, cit., 53 ss.; G. SALEMI, *La giustizia amm.*, cit., 2 ss.; L. PICCARDI, *Sulla distinzione tra diritti ed interessi nella giustizia amministrativa*, in *Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1932, II, 115 ss.; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 114 ss.; S. ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, 278 ss.; E. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa*, Milano, 1950, 43 ss.; E. CASSETTA, *Diritto soggettivo ed interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, cit., 611 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, *ivi*, 1953, 334 ss.; ID., *Sulla qualifica dell'interesse legittimo nel diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1958, II, 1, 43 ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche soggettive e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, cit.; C. SELVAGGI, *Tre anni di giurisprudenza sui criteri di distinzione fra diritto ed interesse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 667 ss.; F. BOLOGNA, *Ancora sulla questione dei diritti fatti valere come interessi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 142 ss.; G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse*, in *Acque bonifiche e costr.*, 1959, 1 ss.; P. VIRGA, *La distinzione fra diritto ed interesse come fondamento della ripartizione di competenza*, in *Atti Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, Milano, 1959, 139 ss.; A. ANGELETTI, *L'interesse*

soggettivo alla giustizia amministrativa¹⁰⁰. Gli interessi legittimi furono equiparati ai diritti; la funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato fu dalla Cassazione considerata giurisdizionale e sottoposta al suo sindacato regolatore delle competenze, ai sensi della citata legge sui conflitti di attribuzione n. 3761 del 1877.

Organi periferici della giustizia amministrativa, composti in parte da elementi burocratici e in parte da elementi elettivi, vennero creati con l'istituzione delle Giunte provinciali amministrative¹⁰¹, con legge 1 maggio 1890 n. 6837, con una competenza sempre speciale su materie tassativamente indicate, sia per ricorsi di merito sia di legittimità. Era così conservato per questi organi l'antico sistema della competenza limitata a determinate materie, rimanendo quindi il Consiglio di Stato, cui era anche attribuito il giudizio di appello contro le decisioni delle Giunte, l'unico organo chiamato ad esercitare una funzione generale di sindacato di legittimità sugli atti della pubblica amministrazione.

Per quanto attiene ai rimedi non giurisdizionali, le innovative riforme di quegli anni non venivano ad intaccare in modo decisivo il ruolo e la funzione dei ricorsi amministrativi¹⁰² ed

legittimo tra provvedimento amministrativo e criteri distintivi, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, III, 53 ss.; M. COMPORI, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, in *Studi per S. Passarelli*, cit., 1972, I, 715 ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo. I. Struttura del giudizio e legittimazione al processo. II. L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, Milano, 1962; dubbi sull'opportunità di tale discriminazione basata sulla natura sostanziale delle posizioni fatte valere in giudizio sono stati sollevati da A. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo ed assetto costituzionale*, in *Foro. it.*, 1980, V, 258, secondo il quale tale distinzione rispecchia una concezione superata, secondo cui, mentre alla normativa circa l'esercizio del potere corrispondeva il regolamento, alla normativa circa l'esistenza del potere corrispondeva la legge, mentre oggi invece la disciplina dell'esercizio dei poteri dell'amministrazione è sempre più soggetta alla legge; per ulteriori valutazioni critiche sulla distinzione G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 151 ss.; nonché L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi e interessi legittimi*, Napoli, 1984 con riserva di ulteriori indicazioni.

¹⁰⁰ Tale teoria trovò il più tenace sostenitore in L. MORTARA, *Commentario*, cit., vol. I, 463 ss., peraltro oggetto di critiche della dottrina. Per più ampi ed ulteriori riferimenti sulle posizioni della dottrina del tempo in G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., II, 44 ss.

¹⁰¹ Organo periferico dell'amministrazione dell'interno, presieduto dal prefetto e deputato ad esercitare il controllo di merito sugli atti degli enti locali con una competenza ricalcata su quella della IV Sezione, ma limitata all'impugnazione di una serie di atti delle amministrazioni locali. Sull'origine e funzioni delle Giunte Provinciali amministrative quali organi periferici di primo grado della giustizia amministrativa: C. VITTA, *Giunta provinciale amministrativa*, in *Enc. giur. It.*, 1907, *ad vocem*; A. DE VALLES, *Giunta provinciale amministrativa*, in *Nuovo Dig. It.*, Torino, 1938, VI, *ad vocem*; nonché G. COLZI, *Giunta provinciale amministrativa*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965, VII, 916 ss.; quindi E. REGGIO D'ACI, *Giunta provinciale amministrativa (organizzazione e funzioni)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XV; C. MAVIGLIA, *L'istituzione della giunta provinciale amministrativa (legge 1 maggio 1890 n. 6837)*, in AA. VV., *Le riforme crispine*, cit., 345 ss.; L. VERRIENTI e A. TRAVI, *Giunta provinciale amministrativa*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1991, VII, 300 ss.; F. RUGGE, *Il "Self-governement" e i controlli: Bezirksausschuss prussiano 1883 e Giunta provinciale amministrativa*, in *Amministrare*, 1992, 5 ss.

¹⁰² Sull'origine, rilevanza ed evoluzione dei ricorsi amministrativi nella storia della giustizia amministrativa: già I. SANTANGELO SPOTO, *Ricorso amministrativo*, in *Dig. it.*, Torino, 1918, XX, 620 ss.; M. GIACOBELLI, *I ricorsi amministrativi e contenziosi contro gli atti della pubblica amministrazione*, Roma, 1936; L. RAGNISCO e C. ROSSANO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1954; quindi V. BACHELET, *I ricorsi amministrativi nel sistema della giustizia amministrativa*, in *Atti del Congresso centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967, 39 ss.; A.M. SANDULLI, *Ricorso amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1959, XV, 975 ss., autori che spesso hanno qualificato la funzione esercitata dall'amministrazione nell'esame e nella decisione del ricorso come attività amministrativa di secondo grado. Dopo la riforma del 1971: C. GESSA, *La nuova disciplina dei ricorsi amministrativi*, in *Foro amm.*, 1971, III, 854 ss.; G. PALEOLOGO, *La riforma dei ricorsi amministrativi*, Milano, 1975; L. MANFELOTTO, *I ricorsi amministrativi*, Latina, 1975; E. CAPACCIOLI, *Prime*

in particolare del ricorso gerarchico¹⁰³. In ogni caso, la proposizione del ricorso giurisdizionale non era ammissibile nelle ipotesi in cui fosse stato esperito il ricorso amministrativo e, per quanto attiene al Consiglio di Stato, era subordinata alla definitività dell'atto, carattere questo che poteva essere acquisito solo mediante l'impiego del rimedio amministrativo¹⁰⁴.

Parimenti rimanevano esclusi dalla giustizia amministrativa i c.d. diritti civili, che non assurgendo alla dignità di interessi legittimi, potevano trovare protezione solo nelle istanze fatte valere in sede amministrativa e gerarchica. Sono queste, infatti, le posizioni di interesse semplice di soggetti privati che sono correlate con doveri pubblici delle amministrazioni consistenti nel porre a disposizione della generalità beni o prestazioni¹⁰⁵.

considerazioni sulla disciplina dei ricorsi amministrativi, in *Diritto e processo (Scritti vari di diritto pubblico)*, Padova, 1978, 368 ss.; A. QUARANTA e G. GRASSO, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1981; A. DE ROBERTO e M.P. TONINI, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1984; L. MIGLIORINI, *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, XL, 684 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; L. ARCIDIACONO, *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, XXVII; A. TRAVI, *Ricorsi amministrativi*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1997, XIII, 381 ss.; L. MAZZAROLLI, *Ricorsi amministrativi*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, 2045 ss.; da ultimi E. FERRARI, *I ricorsi amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2000, IV, 3133 ss.; A. TRAVI, *Ricorsi amministrativi*, in A. ROMANO (a cura di), *Commentario alle leggi di giustizia amministrativa*, Padova, 2001, 145 ss.; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006, II ediz., 485 ss.; A. PAJNO, *Ricorsi amministrativi*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, V, 5244 ss.; A. CALEGARI, *Ricorsi amministrativi*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di M. CLARICH e G. FONDERICO, cit., 637 ss.

¹⁰³ Sull'origine e la funzione storica del ricorso gerarchico concepito nel modello di amministrazione gerarchica: già L.M. GRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, in *Trattato dir. amm. V. E. Orlando*, Milano, 1900, I, 223 ss.; quindi A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936; A.M. SANDULLI, *Ricorso gerarchico*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1959, XV, 993 ss.; L. ARCIDIACONO, *Ricorso gerarchico*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XXVII; A. TRAVI, *Ricorso gerarchico*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1997, XIII, 395 ss.; B. DI TUCCI, *Il ricorso gerarchico nell'attuale ordinamento giuridico*, in *Cons. Stato*, 1998, II, 697 ss.; dalla successiva evoluzione della giustizia amministrativa il principio di gerarchia è risultato declassato e con esso il relativo ricorso, sul punto: L. ARCIDIACONO, *Tendenze organizzative nelle recenti disposizioni sulla giustizia amministrativa: la recessione del principio gerarchico*, in *Riv. amm.*, 1974, 225 ss.; Id. *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989; G. CONTI, *Organizzazione gerarchica e Stato democratico*, Padova, 1989; da ultimo A. POGGIA, *Gerarchia (dir. amm.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, III, 2661 ss.

¹⁰⁴ Come ben noto, solo dopo iniziali incertezze (sul punto già F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 489 ss.; U. BORSI, *Il silenzio della pubblica amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1903, IV, 253 ss.; E. TOMMASONE, *Sulla definitività degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1912, II, 417 ss.; R. MONTAGNA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, in *Scritti in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1932, II, 363 ss.) e oscillazioni giurisprudenziali, dottrina e giurisprudenza si sono espresse unanimemente nel riconoscere che la definitività dell'atto amministrativo impugnato non costituisce più presupposto processuale per il ricorso giurisdizionale, sul punto: G. BERTI, *La definitività negli atti amministrativi*, in *Archivio giur. F. Serafini*, 1965, 137 ss.; L. MAZZAROLLI, *L'atto definitivo, la teoria dell'assorbimento e la riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1976, 701 ss.; S. GRILLO, *Ricorsi avverso atti non definitivi*, in *Nuova Rass.*, 1977, 1991 ss.; G. GUERRIERO, *Sulla pretesa abolizione del requisito della definitività dell'atto amministrativo impugnato come presupposto processuale del ricorso al T.A.R.*, in *Amm. it.*, 1978, 778 ss.; G. LANDI, *Una decisione che non costituisce precedente* (nota a Cons. Stato Sez. IV, 29 marzo 1977, n. 273), in *Foro amm.*, 1977, I, 1991; in giurisprudenza Cons. Stato, Sez. III, 9 giugno 1998 n. 23/98, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1515.

¹⁰⁵ Sulla figura dei c.d. diritti civili v. soprattutto A.M. SANDULLI, *Note sulla natura dei diritti civili*, in *Foro it.*, 1952; Id., *Brevi osservazioni in tema di pretese private all'esercizio di funzioni pubbliche*, in *Giur. cost.*, 1960; nonché R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956 quindi A. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni ed obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano, 1966.

7. Il problema del riparto della giurisdizione e la tutela degli interessi

L'articolo 3 della legge del 1889, veniva a definire in un modo apparentemente chiaro l'ambito della giurisdizione della IV Sezione, stabilendo che spettava al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale di decidere “quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria...”. L'intento del legislatore era quello di assicurare una tutela a quelle situazioni soggettive che ne erano rimaste prive in seguito alla legge del 1865 perché non consistenti in veri e propri diritti. Per raggiungere questo obiettivo, la tutela non era più legata a un “diritto civile o politico” ma si estendeva a “un interesse d'individui o enti morali giuridici”. Gli interessi rimasti privi di tutela altro non erano che quelli in seguito denominati dalla dottrina “interessi legittimi”¹⁰⁶. Al fondo vi era l'avvertita esigenza di garantire ai privati una forma di tutela verso il potere amministrativo, in presenza dell'arretramento del sindacato del giudice ordinario di fronte ai c.d. “atti di pura amministrazione”. La nuova formula era così ambigua¹⁰⁷ che portò comunque nella giurisprudenza a contrasti interpretativi durati fino agli anni '30 del secolo scorso.

Nelle sue prime pronunce la IV Sezione ammetteva, infatti, la propria giurisdizione ogni qual volta il privato avesse richiesto l'annullamento dell'atto amministrativo, prescindendo dalla natura della situazione giuridica, se cioè si trattasse di diritto soggettivo ovvero di

¹⁰⁶ Per le più recenti interpretazioni della nozione di interesse legittimo ci limitiamo a rinviare a contributi di autorevole dottrina come F. LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 764 ss.; I.F. CARAMAZZA, F. QUADRI, *Il diritto civile e politico del cittadino nella cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria. Premessa: l'interesse legittimo. Ipotesi di genesi storica*, in *Rass. avv. Stato*, 1988, 87 ss.; E. FERRARI, *L'interesse legittimo secondo F. Cammeo tra amministrazione giurisdizione*, in *Quaderni fiorentini*, 1993, 421 ss.; e soprattutto F.G. SCOCA, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; Id., *Interessi protetti*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XI; S. GIACCHETTI, *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Scritti per M. Nigro*, Milano, 1991, III, 275 ss.; M. S. GIANNINI, *Ha un futuro la nozione di interesse legittimo?*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, Milano, 1993, I, 47 ss.; F. BASSI, *Divagazioni sull'interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 1994, 105 ss.; F.G. SCOCA e L. GIANI, *Spunti sulla nozione di interesse legittimo e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 327 ss.; M. FRACANZANI, *Alle origini teoriche dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 279 ss.; F. LEDDA, *Polemichetta breve sull'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 1999, 2211 ss.; Secondo la nota sentenza della Cassazione Sez. Un. del 22 luglio 1999 n. 500 l'interesse legittimo va inquadrato, insieme al diritto soggettivo, fra gli “interessi giuridicamente rilevanti”, senza una sostanziale differenza tra le due posizioni: per queste nuove prospettazioni: F. LEDDA, *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, in *Foro amm.*, 1999, 2713 ss.; G. CUGURRA, *Risarcimento di interessi legittimi e riparto di giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1 ss.; da ultimi L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 947 ss.; E. CASSETTA, *L'interesse legittimo: una situazione giuridica a progressivo rafforzamento*, in *Dir. econ.*, 2008, 7 ss.; F.G. SCOCA, *Interesse legittimo e giudice amministrativo*, in *Dir. e processo amm.*, 2010, 15 ss.

¹⁰⁷ L'interesse indicato nell'articolo 3 della legge del 1865 poteva, in effetti, essere identificato con l'interesse a ricorrere di cui oggi all'articolo 100 c.p.c. (su cui R. VILLATA, *Interesse ad agire (dir. proc. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XVII; nonché R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1993, VIII, 468 ss.; da ultimo L. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004). La differenza tra interesse legittimo, di natura sostanziale, e interesse a ricorrere, di natura processuale, è stata solo successivamente riconosciuta dalla dottrina: E. TOSATO, *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova, 1937; R. ALESSI, *Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa*, in *Arch. giur.*, 1943, 10 ss.; E. GUICCIARDI, *Interesse personale, diretto, attuale*, in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 84 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, in *Enc. dir.*, Milano, 1972, XXII, 1 ss.; G. GENTILE, *Note su interessi, diritti e azioni*, in *Cons. Stato*, 1974, II, 1208 ss.; quindi L. MIGLIORINI, *Ancora su interesse legittimo e interesse a ricorrere*, in *Foro amm.*, 1981, I, 1619 ss.; F. BASSI, *Interesse legittimo e fattori legittimanti*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 195 ss.; da ultimo B. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004.

LEGGE CHE COSTITUENDO UNA NUOVA SEZIONE NEL CONSIGLIO DI STATO PER LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA, MODIFICA ALCUNI ARTICOLI DELLA LEGGE 20 MARZO 1865, ALLEGATO D 31 MARZO 1889 N. 5992

[...]

CAPO II.

Attribuzioni della quarta sezione del consiglio di Stato.

Art. 3.

Spetta alla sezione quarta del consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa e 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 speciali.

Il ricorso non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.

Il ricorso che non implichi incompetenza od eccesso di potere non è ammesso contro le decisioni le quali concernano controversie doganali, oppure questioni sulla leva militare.

Art. 4.

La sezione quarta del consiglio di Stato decide pronunciando anche in merito:

1. dei ricorsi nelle materie che, a termini delle leggi vigenti, sono attribuite alla decisione del consiglio di Stato;

2. dei ricorsi per contenziosi fra comuni di diverse provincie per l'applicazione della tassa istituita dalla legge 11 agosto 1880, n. 5784, all. O;

3. dei ricorsi per contenziosi sui confini di comuni e di provincie;

4. dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico;

5. dei ricorsi in materia di consorzi per strade le quali tocchino il territorio di più provincie, e sopra contestazioni circa i provvedimenti pel regime delle acque pubbliche ai termini della prima parte dell'articolo 124 della legge 20 marzo 1865, sulle opere pubbliche;

6. dei ricorsi contro il diniego dell'autorizzazione a stare in giudizio ad enti morali giuridici sottoposti alla tutela della pubblica amministrazione.

Nulla è innovato, anche per le materie prevedute in questo articolo, alle disposizioni delle leggi vigenti, per quanto riguarda la competenza giudiziaria.

Art. 5.

La sezione quarta pronuncia sui ricorsi attribuiti alla sua competenza, a norma degli articoli precedenti, con decisioni motivate in conformità delle leggi che regolano la materia, cui si riferisce l'oggetto del ricorso, in quanto non siano contrarie alle disposizioni della presente legge.

Art. 6.

Negli affari che, a norma della presente legge, possono formare oggetto di ricorso alla sezione quarta, il Governo, avuto il parere della sezione competente, non può richiedere, in via amministrativa, l'esame del consiglio di Stato in adunanza generale.

Col preventivo assenso scritto di coloro ai quali il provvedimento direttamente si riferisce, può invece provocare la decisione della sezione quarta. Ma, se essi si rifiutano, s'intenderà che vi abbiano rinunciato.

Art. 7.

Quando la legge non prescrive altrimenti, il ricorso alla sezione quarta non è ammesso se non contro il provvedimento definitivo, emanato in sede amministrativa sul ricorso presentato in via gerarchica.

Tale ricorso non è più ammesso quando, contro il provvedimento definitivo, si sia presentato ricorso al Re in sede amministrativa, secondo la legge vigente.

interesse legittimo, applicando il criterio del c.d. *petitum*¹⁰⁸. Questo criterio dava luogo teoricamente alla possibilità della c.d. doppia tutela, per cui a fronte di una stessa situazione si sarebbero potuto esperire sia l'azione di annullamento di fronte alla IV Sezione che l'azione di risarcimento dinnanzi al giudice ordinario. In dottrina veniva autorevolmente sostenuta questa possibilità in base alla teoria che il diritto soggettivo poteva essere fatto valere come interesse legittimo, essendo quest'ultimo contenuto nel primo¹⁰⁹.

Il sistema della doppia tutela aveva poi trovato sostegno anche in dottrina dove era stata elaborata la distinzione tra le norme di azione e le norme di relazione¹¹⁰. Le prime avrebbero disciplinato direttamente il potere della pubblica amministrazione, le seconde avrebbero regolato il rapporto giuridico tra pubblica amministrazione e soggetti privati con la possibilità di insorgenza di diritti soggettivi in capo al privato. Secondo questa prospettazione, dalla violazione delle norme di azione deriverebbero l'illegittimità del provvedimento amministrativo e la conseguente possibilità di impugnarlo dinanzi al giudice amministrativo, mentre la violazione delle norme di relazione darebbe luogo all'illiceità dell'atto amministrativo (con violazione di un diritto soggettivo), e alla possibilità di reagire dinanzi a giudice ordinario. In caso di coesistenza di norme di azione e norme di relazione disciplinanti una medesima fattispecie si configurerebbe la possibilità della doppia tutela.

La Corte di Cassazione romana, quale giudice dei conflitti di giurisdizione, venne a bloccare questa possibilità e in due sentenze rimaste famose pronunziate a distanza di pochi anni, nel 1891 e nel 1897 (rispettivamente caso *Laurens* e caso *Trezza*)¹¹¹ venne ad affermare

¹⁰⁸ Secondo tale criterio se si voleva l'annullamento di un atto amministrativo ci si doveva rivolgere al giudice amministrativo; se si voleva ottenere un risarcimento del danno bisognava chiedere una sentenza di condanna al giudice ordinario. Questa soluzione interpretativa, secondo autorevole dottrina (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 174), era il riflesso del travisamento della competenza della IV Sezione, dovuta, probabilmente, oltre all'indeterminatezza della formula individuata dalla legge del 1889 (genericamente ricondotte a "interessi di individui o di enti morali giuridici"), anche al fatto che la stessa IV Sezione, in mancanza di un'espressa qualificazione della sua natura (di organo amministrativo o giurisdizionale), si riteneva un organo amministrativo e quindi potenzialmente investito del più ampio potere di controllo sugli atti della pubblica amministrazione.

¹⁰⁹ La possibilità della "doppia tutela" fu sostenuta soprattutto da V. SCIALOIA, *Sui limiti della competenza del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Foro it.*, 1891, I, 117; ID., *Ancora sui limiti della competenza*, in *Giust. amm.*, 1892, IV, 50 ss.; ID., *Sulla funzione della IV Sez. del Consiglio di Stato*, in *Giust. amm.*, 1901, IV, 61 ss.; per una ricostruzione anche storica complessiva M. STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione verso la pubblica amministrazione e la doppia tutela*, Roma, 1979.

¹¹⁰ La distinzione tra norme di azione e norme di relazione aveva trovato il più autorevole sostenitore in E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e spunti ricostruttivi della giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 51 ss.; ID., *Diritto ed interesse e doppia tutela*; ID., *Una svolta decisiva, entrambi*, in *Studi di giustizia amministrativa*, cit., rispettivamente 1 ss., 34 ss. e 67 ss.; nonché *Giustizia amministrativa*, cit., 43 ss.; *contra* v. già A. AMORTH, *Una nuova sistematica della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1943, I, 76 ss.; nonché G. ZANOBINI, *Corso dir. amm.*, cit., I, 195 ss.; per una puntuale ricostruzione della genesi e degli sviluppi di tale teoria: G. FALCON, *Norme di relazione e norme d'azione*, in *Dir. e soc.*, 1974, 379 ss.; quindi A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti alla giurisdizione ordinaria*, cit., 262 ss.; M. STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione verso la p.a. e la doppia tutela*, cit.; S. PIRAINO, *L'azione nel processo amministrativo*, Milano, 1981; da ultimo, con ampia ricostruzione, F. VOLPE, *Norme di relazione e norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Milano, 2004.

¹¹¹ Per il caso *Laurens* Cass. Sez. Un. 24 giugno 1981, in *Giur. it.*, 1891, I, III, 181; per il caso *Trezza* Cass. Sez. Un., 24 giugno 1897, in *Giur. it.*, 189, I, 1, 744 con nota di L. MORTARA; nonché le note di O. QUARTA, *Osservazioni sui limiti delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria e dell'amministrativa*, in *Corte suprema*, 1897, 129 e di G. SAREDO, *Sui limiti dell'autorità giudiziaria e dell'autorità amministrativa*, in *La Legge*, 1897, II, 73 ss. Con tali decisioni fu posto termine alla prassi della doppia tutela, seguita dalla IV Sezione come testimoniato da L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi vigenti*, in *Giust. amm.*, 1891, IV, 29 ss.

in modo netto che le due giurisdizioni erano reciprocamente esclusive e che il riparto andava operato in base al tipo di situazione giuridica violata. Veniva così introdotto il criterio della *causa petendi*, secondo il quale per la tutela dei diritti soggettivi era competente il giudice ordinario, mentre per la tutela degli interessi legittimi quello amministrativo, né era possibile sfuggire a tale principio prospettando la domanda giudiziaria sostanzialmente avente ad oggetto un diritto soggettivo come volta alla tutela di un interesse legittimo¹¹².

Va tuttavia rilevato che in seno al Consiglio di Stato, il criterio del *petitum*, venne a riaffacciarsi in epoca successiva (tra il 1927 e il 1929) e venne affermato in alcune decisioni della V Sezione, nelle quali si sosteneva che un diritto leso da un atto amministrativo potesse essere tutelato con ricorso di legittimità per l'annullamento davanti al giudice amministrativo, possibilità invece negata dalla IV Sezione. Questo contrasto giurisprudenziale fu risolto dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, con decisione n. 1 del 14 giugno 1930, si pronunciò in senso favorevole al criterio della *causa petendi*, che fu poi ribadito definitivamente dalla Cassazione, con una sentenza quasi coeva del 15 luglio 1930 n. 2680, portando a conclusione la complessa vicenda a quello che fu denominato "concordato giurisprudenziale" accogliendo il criterio definito del *petitum sostanziale*¹¹³.

Va solo ulteriormente ricordato che il problema del riparto della giurisdizione, superate le risalenti teorie, quale quella basata sulla distinzione tra norme di azione e norme di relazione, o quella della doppia tutela e quella della prospettazione¹¹⁴, ha successivamente tro-

¹¹² Su tale criterio e sulla vicenda che lo ha preceduto: M. D'AMELIO, *Il caso Laurens dopo quarant'anni di giurisprudenza*, in *Scritti in onore di F. Cammeo*, Padova, 1933, I, 319 ss.; D. CARUSO-INGHILLERI, "Petitum, causa petendi" ed oggetto del ricorso nella giurisdizione amministrativa di annullamento, in *Riv. dir. pubbl.*, 1934, I, 18 ss.; quindi V. ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. E*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1643 ss.; U. BORSI, *Giustizia amm.*, cit., 196 ss.; per una ricostruzione complessiva V. CERULLI IRELLI, *Le questioni di giurisdizione nella giurisprudenza della Cassazione di Roma*, in *Le riforme crispine*, cit., II, 521 ss.; nonché M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 182; più recentemente: F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 582 ss.; V. CAIANIELLO, *I criteri per il riparto delle giurisdizioni*, in *Foro amm.*, 1998, 1943 ss.; S. CADEDDU, *La ripartizione delle giurisdizioni nella giurisprudenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 757 ss.; A. PAJNO, *Riparto della giurisdizione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, V, 5323 ss.; per recenti applicazioni in giurisprudenza: Cass. Sez. Un., 21 dicembre 1999 n. 915, in *Sett. giur.*, 2000, II, 525.

¹¹³ La decisione dell'Adunanza plenaria fu pubblicata in *Foro it.*, 1930, III, 169 ss. e quella della Cassazione fu pubblicata in *Foro it.*, 1930, I, 1146 ss. Il criterio fu definito del "petitum sostanziale", volendo significare che occorre guardare sì al provvedimento giurisdizionale richiesto al giudice (*petitum*), ma in relazione alla posizione giuridica soggettiva, diritto soggettivo o interesse legittimo, della quale si richieda la tutela (*causa petendi*). Sul "concordato giurisprudenziale" fra i due massimi organi giurisdizionali: M. D'AMELIO e S. ROMANO, *I contatti giurisprudenziali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, 181 ss.; L. MORTARA, *La giustizia ordinaria e la giurisdizione amministrativa per il sindacato di legittimità degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, I, 403 ss.; per indicazioni successive: A. TALLARITA, *Su di una ipotesi di discriminazione di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1967, I, 1838; G. RUOPPOLO, *Ancora sul criterio del petitum sostanziale per la discriminazione delle giurisdizioni*, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1823 ss.

¹¹⁴ La tesi secondo cui la competenza del giudice dovrebbe determinarsi secondo la prospettazione che ne faccia l'attore è ormai unanimemente respinta: v. sul punto: E. GUICCIARDI, *Giustizia amm.*, cit., 443 ss.; A. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., 60 ss.; T. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *L'oggetto della domanda ai fini della competenza giudiziaria o del Consiglio di Stato* (nota a Cass. Sez. Un., 18 giugno 1962 n. 1530), in *Giur. it.*, 1963, I, 1, 1407 ss.; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale*, cit., 113; in giurisprudenza già Cass. 14 aprile 1969 n. 1180, in *Giust. civ.*, 1969, I, 1494; nonché Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 1977 n. 988, in *Cons. Stato*, 1977, I, 1670; Id., Sez. IV, 20 maggio 1980 n. 560, in *Giur. it.*, 1981, III, 17; Cass. Sez. Un., 10 giugno 1998 n. 5762, in *Foro amm.*, 1998, 2077.

vato soluzione nella giurisprudenza della Cassazione, a partire dalla nota decisione delle Sezioni Unite 4 luglio 1949 n. 1657, nella distinzione, tuttora accolta, tra carenza di potere e cattivo esercizio del potere, distinzione essenzialmente basata sull'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione¹¹⁵.

8. Le ulteriori leggi di riforma del 1907 e del 1923-24 sulle attribuzioni del Consiglio di Stato e l'istituzione della V e VI Sezione

Il nuovo organo giurisdizionale del Consiglio di Stato, anche per effetto dell'alto apporto della propria giurisprudenza, instaurativa dei principi generali dell'attività amministrativa affermati dalla costante conformità alle decisioni, aveva incontrato largo consenso tanto da sollevare un fitto dibattito sulla reale natura delle funzioni della IV Sezione, la quale, come detto, non era stata compiutamente definita dal legislatore¹¹⁶. Alcune autorevoli voci, infatti, sul presupposto che la tutela giurisdizionale sarebbe configurabile solo in relazione a diritti soggettivi, affermarono che la nuova istituzione fosse pur sempre da collocare nell'ambito del potere esecutivo. Più precisamente, si sarebbe trattato di una forma di controllo

¹¹⁵ La giurisprudenza utilizza la formula "cattivo uso del potere-carenza di potere" per riconoscere, nel primo caso la giurisdizione del giudice amministrativo e, nel secondo, quella del giudice ordinario, fatte salve, ovviamente, le ipotesi di giurisdizione esclusiva. Per l'affermarsi di tale criterio: da Cass. Sez. Un., 24 ottobre 1958 n. 3457 in *Giust. civ.*, 1958, I, 2029 con nota adesiva di A.M. SANDULLI, *Lesione di diritti soggettivi per l'esercizio di "potestas publica nondum data"*. Per una ricognizione complessiva sul punto: M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 177 ss.; e in precedenza: R. SOPRANO, *Verso il superamento della formula "esistenza del potere-esercizio del potere" ai fini della determinazione delle competenze*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, II, 483 ss.; nonché G. CORSO, *Astratto e concreto del potere: in margine al criterio discriminatore fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm.*, 1966, II, 56 ss.; A. ANGELETTI, *Aspetti problematici della discriminazione delle giurisdizioni*, cit., 34 ss.; R. VILLATA, *Note in tema di discriminazione di competenze giurisdizionali e carenza in concreto del potere*, in *Temi*, 1971, 241 ss.; esaustivamente R. CARANTA, *Inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990. Se tale criterio rimane, in linea di principio ancora valido, va pure rilevato che secondo alcune recenti decisioni della Cassazione, sussisterebbe la giurisdizione del giudice ordinario in ordine ai c.d. diritti non degradabili o incompatibili (salute, ambiente): Cass. Sez. Un., 15 febbraio 1979 n. 985, in *Cons. Stato*, 1979, I, 325; *Id.*, 20 novembre 1992 n. 12386; *Id.*, 29 luglio 1995 n. 8300; *Id.*, 7 febbraio 1997 n. 1187, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1179; *Id.*, Ord. 13 luglio 2006 n. 13660, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 10, 1100 con nota di C. CAVALLARO; ed ancora Cass. Sez. Un. 19 aprile 2007 n. 9323; *Id.*, 16 marzo 2007 n. 6074. La Corte Costituzionale (sent. 27 aprile 2007 n. 140, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 11, 1167 con nota di A. BATTAGLIA), però, ha chiarito che non esiste alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi al solo giudice ordinario, escludendone il giudice amministrativo, la tutela dei diritti costituzionalmente protetti.

¹¹⁶ Il dibattito aveva riguardato in modo particolare la complementarietà della funzione consultiva e della funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato in quanto entrambe miravano ad assicurare, l'una in via preventiva, l'altra in via successiva, la giustizia nell'amministrazione. Sulla rilevanza e l'apporto della funzione consultiva del Consiglio di Stato la dottrina ha da sempre dedicato molta attenzione fin da L. ARMANNI, *Il Consiglio di Stato e le sue attribuzioni consultative*, in V. E. ORLANDO, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1897, I, 1, 763 ss.; riaffermata negli studi per il centenario: G. LANDI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato: passato, presente e futuro*, in *Studi per centenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1932, III, 1267 ss.; G. SPADOLINI, *Funzioni di consulenza e di giustizia nel ruolo storico del Consiglio di Stato*, *ivi*, III, 2081 ss.; per il successivo dibattito v. G. LANDI, *Rapporti tra funzione consultiva e funzione giurisdizionale nel Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 826 ss.; A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici in onore di G. Salemi*, Milano, 1961, 50 ss.; V. CAIANIELLO, *L'attività consultiva nei confronti della funzione amministrativa*, in *Cons. Stato*, 1969, 9 ss.; G. PESCATORE, *La tutela della giustizia nell'amministrazione*, in *Foro it.*, 1981, V, 13 ss.; e approfondita negli studi per centocinquantesimo del Consiglio di Stato: P. DI PACE, *Il Consiglio di Stato e l'attività consultiva*, Milano, 1983, cit., 345 ss.; nonché R. LEVI SANDRI, *Sul nuovo ordinamento della giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 421 ss. con riserva di ulteriori indicazioni.

amministrativo, pur assistita dalla garanzia del contraddittorio. D'altro canto non va sottovalutato che la IV Sezione aveva gli stessi poteri di annullamento degli atti spettanti in via di autotutela all'amministrazione¹¹⁷.

Il problema della natura giurisdizionale della IV Sezione rivestiva una notevole importanza, giacché alla negazione del carattere giurisdizionale delle sue decisioni conseguiva la non ricorribilità avverso le stesse dinanzi alla Corte di Cassazione per difetto di giurisdizione (v. *supra*): fino al momento in cui si consolidò la tesi della natura giurisdizionale della IV Sezione, la sua istituzione non aveva infatti inciso sul precedente sistema dei conflitti, in quanto al giudice ordinario continuava a contrapporsi la sola amministrazione, nel cui ambito si collocava anche la IV Sezione del Consiglio di Stato, organo amministrativo, per cui non si poteva configurare neppure l'ipotesi di conflitto tra Consiglio stesso ed altre autorità amministrative.

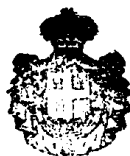
A risolvere e sopire ogni discussione, come pure ad ovviare ad alcuni inconvenienti che il crescente numero di ricorsi aveva provocato, dopo vari tentativi¹¹⁸, intervenne la legge 7 marzo 1907 n. 62, che fu poi trasfusa nei due testi unici 17 agosto 1907 n. 638 e n. 639 rispettivamente concernenti il Consiglio di Stato e la Giunta provinciale amministrativa¹¹⁹.

¹¹⁷ Da sempre è stato riconosciuto alla pubblica amministrazione la facoltà di provvedere ad eliminare i propri atti illegittimi o inopportuni in sede di riesame d'ufficio dell'atto e su istanza di parte nelle diverse forme dell'annullamento, della revoca o dell'abrogazione variamente ascritti alla categoria degli atti di ritiro e di autotutela. Va solo posto in rilievo che esiste una profonda differenza fra l'autotutela esercitata con l'annullamento d'ufficio e quella esercitata su ricorso o reclamo del privato, in quanto quest'ultima è vincolata dai motivi che vengono dedotti dal ricorrente e non si estende alla cognizione dei vizi che l'amministrazione potrebbe rilevare in sede di riesame. Sull'origine dei poteri di autotutela e relativi sviluppi nella dottrina italiana vanno citati già L. RAGNISCO, *Revoca ed annullamento degli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1907, III, 281 ss.; R. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit.; R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1939; A. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939; E. GUICCIARDI, *L'abrogazione degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di Vacchelli*, cit., 445 ss.; R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956, II ediz.; quindi S. ROMANO (G. MIELE), *Annullamento degli atti amministrativi*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino 1964, I, 642 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, II, 487 ss.; quindi G. GHETTI, *Annullamento dell'atto amministrativo*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1987, I, 263 ss.; F. PAPARELLA, *Revoca*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, XL, 404 ss.; A. CORPACI, *Revoca ed abrogazione dell'atto amministrativo*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1997, XIII, 324 ss.; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi*, Torino, 1999; più in generale sui fondamenti dell'autotutela: F. BENVENUTI, *Autotutela*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, IV, 537 ss.; G. CORAGGIO, *Autotutela*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, IV; G. GHETTI, *Autotutela della pubblica amministrazione*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1987, II, 80 ss.; M. ANNUNZIATA, *L'autotutela della pubblica amministrazione*, in *Dir. e giur.*, 1987, 253 ss.; da ultimi G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004; G. CORSO, *Autotutela (dir. amm.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, I, 609 ss.; M. RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa. Profili operativi e ambiti applicativi*, Milano, 2007.

¹¹⁸ Un primo ed un secondo progetto, presentati dal ministro di Rudini rispettivamente nel 1894 e nel 1897, non ottennero l'approvazione. Sorte analoga ebbe un disegno presentato dal ministro Giolitti nel 1904, in seguito alle conclusioni di un'apposita commissione di studio, da lui stesso nominata due anni prima.

¹¹⁹ Su questa importante svolta v. già V. SCIALOIA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, 407 ss. Furono anche emanati due regolamenti di procedura 17 agosto 1907 n. 642 e n. 643 che sono stati ritenuti, per lungo tempo, aventi efficacia formale di legge, in quanto emanati in base a delega di poteri legislativi. Tale opinione ha avuto interpretazione oscillante: la sentenza della Corte Costituzionale 28 novembre 1968 n. 118 (in *Cons. Stato*, 1968, II, 921), aveva considerato dette norme di mero contenuto regolamentare, successivamente la stessa Corte con sentenza 9 dicembre 2005 n. 441 ne ha ritenuto la natura legislativa.

N. 62.



N. 62.

*LEGGE sul riordinamento degli istituti
per la giustizia amministrativa.*

7 marzo 1907.

*(Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del Regno il 15 marzo 1907, n. 63)***VITTORIO EMANUELE III**

PER GRAZIA DI DIO E PER VOLONTÀ DELLA NAZIONE
RE D'ITALIA

Il Senato e la Camera dei deputati hanno approvato;
Noi abbiamo sanzionato e promulghiamo quanto segue:

Art. 1.

Agli articoli 1, 5, 6, 7 e 8 della legge sul consiglio di Stato (testo unico approvato con regio decreto 2 giugno 1889, n. 6166) sono sostituite le disposizioni seguenti:

Art. 1. — Il consiglio di Stato si compone del presidente, di 5 presidenti di sezione, di 35 consiglieri, di 10 referendari, di un segretario generale e di 5 segretari di sezione.

Art. 5. — Il consiglio di Stato si divide in 5 sezioni.

Le prime tre sono consultive e trattano gli affari relativi ai diversi Ministeri, secondo il reparto che sarà fissato annualmente per decreto reale.

La quarta e la quinta sono giurisdizionali, e decidono quella sui ricorsi di cui all'art. 24 e questa sui ricorsi di cui all'art. 25.

Ogni sezione sarà presieduta da un presidente proprio. Il presidente del consiglio di Stato presiederà le adunanze generali, e potrà presiedere le sezioni consultive nelle quali reputasse d'intervenire.

Art. 6. — Ciascuna sezione si compone di un presidente e di 7 consiglieri. Assiste alle adunanze o alle udienze un segretario di sezione.

Art. 7. — I referendari e i segretari saranno assegnati a ciascuna sezione con ordinanza del presidente del consiglio di Stato.

A ciascuna delle sezioni giurisdizionali potranno essere destinati, quando occorre, anche tre referendari.

Tanto nelle sezioni consultive quanto nelle giurisdizionali i referendari istruiscono gli affari che sono loro commessi, e ne riferiscono alla sezione e quando ne sia il caso al consiglio in adunanza generale. Ed hanno voto deliberativo, se siano relatori o vengano chiamati a supplire consiglieri assenti o impediti.

Art. 8. — Al principio di ogni anno saranno designati, con decreto reale, il presidente e i consiglieri di ogni sezione, in modo però che in ciascuna sezione giurisdizionale non siano mutati più di due consiglieri dalla composizione dell'anno precedente.

Ove manchi in qualche sezione il numero dei consiglieri necessario per deliberare, il presidente del consiglio supplisce con consiglieri appartenenti ad altre sezioni.

L'innovazione più rilevante fu l'istituzione della V Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, cui venne devoluta la giurisdizione di merito nonché sugli appelli contro le decisioni delle giunte provinciali amministrative pure nelle materie sottoposte a giurisdizione di merito¹²⁰; furono previsti termini di decadenza e di perenzione; fu istituita altresì l'Adunanza plenaria, composta di membri tratti dalle due sezioni giurisdizionali, con il compito di decidere i ricorsi il cui punto di diritto sottoposto all'esame di una delle due sezioni avesse

¹²⁰ La V Sezione fu istituita come una nuova giurisdizione amministrativa distinta dalla giurisdizione di pura legittimità della IV Sezione. Questa circostanza incrinò l'unità della funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato, con inconvenienti pratici di notevole rilevanza. In ordine poi ai rapporti con l'autorità giudiziaria, la riforma nulla diceva sulla questione assai grave della potestà degli organi di giustizia amministrativa le questioni pregiudiziali e incidentali di diritto civile strettamente connesse con il giudizio di legittimità degli atti amministrativi. Tale silenzio e le esplicite ripetute dichiarazioni sull'esclusione di ogni deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, indussero a ritenere la persistente incompetenza degli organi di giustizia amministrativa a risolvere questioni di diritto. L'eccezione relativa al diritto se non arrestava lo svolgimento del giudizio, non rendeva definitivo il giudicato sull'atto amministrativo, per la possibilità che la pronuncia sulla questione di diritto fosse annullata dalla Cassazione per assoluto difetto di giurisdizione; oppure (essendo sempre integralmente salva la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria) che le stesse questioni di diritto, risolte dagli organi di giustizia amministrativa, fossero riprodotte davanti al magistrato ordinario.

dato luogo a precedenti decisioni tra loro difformi e di dirimere i conflitti di competenza fra le Sezioni stesse¹²¹; venne infine affermata normativamente la natura giurisdizionale delle due Sezioni (già riconosciuta dalla giurisprudenza della Cassazione di Roma) e delle Giunte qualificandole in tal senso espressamente.

La riforma istitutiva della V Sezione, se, da un lato, aveva contribuito, almeno in parte, ad una maggior sollecitudine dei giudizi, dall'altro lato, aveva creato una nuova difficoltà ai ricorrenti: quella derivante da una divisione di competenza fra le due sezioni giurisdizionali. La giurisprudenza considerò, infatti, le due sezioni come due tribunali distinti e separati, con la conseguenza che i ricorsi presentati ad una sezione diversa da quella competente dovevano dichiararsi nulli¹²², con conseguenti possibili conflitti di competenza da deferire all'Adunanza plenaria.

In considerazione di tali problemi, fu ben presto avvertita dalla dottrina la necessità di porre rimedi ai registrati inconvenienti per la loro eliminazione con varie proposte che andarono da un programma minimo di semplice perfezionamento tecnico degli istituti già esistenti, a programmi più radicali che auspicavano l'istituzione in Italia di un supremo Tribunale amministrativo, distinto dal Consiglio di Stato e analogo a quello degli ordinamenti tedeschi, nonché di un Tribunale dei conflitti, distinto dalla Cassazione, secondo l'esempio del diritto francese¹²³.

Il Governo (pres. Luzzati), a questi fini, fin dal 1910, aveva nominato una Commissione reale di studi, presieduta da A. Codacci Pisanelli, incaricata di preparare un progetto di riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa. La Commissione compì i suoi lavori nel 1916, presentando uno schema di disegno di legge, accompagnato da una dotta relazione illustrativa¹²⁴. Le proposte della Commissione, ancorché di rilevante importanza innovativa, non ebbero attuazione e si preferì istituire nuove giurisdizioni speciali tra cui vanno ricordati i Tribunali delle acque pubbliche, istituiti con decreto legge 20 novembre 1916 n. 1664¹²⁵.

¹²¹ L'origine e il ruolo storico dell'Adunanza plenaria sono stati analizzati da R. LEVI SANDRI, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, III, 1299 ss.; v. anche E. CANNADA BARTOLI, *Giurisdizione (conflitti)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, XIX, 589 ss. da ultimo, anche per profili storici, S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011, 16 ss.

¹²² Concorde in tal senso fu la giurisprudenza del Consiglio di Stato; incerta invece, e polemica la dottrina: cfr. F. D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti fra le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Milano, 1915, 130 ss.; E. ROVELLI, *Sul carattere delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1914, I, 218 ss.

¹²³ Su queste diverse soluzioni, a vario titolo: V. SCIALOIA, *Per una riforma delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 1 ss.; A. CODACCI PISANELLI, *Sulle riforme desiderabili nell'ordinamento della giustizia amministrativa*, *ivi*, 1912, I, 37 ss.; S. D'AMELIO, *Sulla istituzione in Italia di un supremo Tribunale amministrativo*, *ivi*, 1912, I, 74 ss., 170 ss.; G. SCHANZER, *Sulle riforme nell'ordinamento della giustizia amministrativa centrale*, Relazione al VII Congresso giuridico italiano, *ivi*, 1912, I, 161 ss.

¹²⁴ Della Commissione facevano parte eminenti studiosi quali L. Mortara, A. Salandra, V. Scialoia, V.E. Orlando, A. Codacci Pisanelli. La Relazione, opera di A. CODACCI PISANELLI, fu pubblicata nella *Riv. dir. pubbl.*, 1916, I, 290 ss.; sul progetto complessivo cfr. E. ROVELLI, *A proposito del progetto di riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa*, *ivi*, 1916, I, 563 ss.

¹²⁵ Sull'origine e funzioni dei Tribunali delle acque pubbliche quali giurisdizioni speciali: A. GIANNATASIO, *Il Tribunale delle acque pubbliche ed il moltiplicarsi delle giurisdizioni speciali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, I, 241 ss.; criticamente G. VASSALLI, *In tema di decreti legge: il Tribunale delle acque pubbliche*, Roma, 1918; quindi M. CANTUCCI, *Il contenzioso in materia di acque pubbliche*, in G. MIELE, (a cura di), *La giustizia amministrativa*, cit., 227 ss.; sull'incertezza della natura giurisdizionale: già U. BORSI, *Il carattere di organi di giurisdizione speciale amministrativa nei tribunali delle acque*, in *Foro it.*, 1931, I, 44 ss.; ID., *Giustizia amministrativa*, cit., 161 ss.;

N. 2840.

REGIO DECRETO 30 dicembre 1923.

Modificazioni all'ordinamento del Consiglio di Stato e della Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale.

(Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'8 gennaio 1924, n. 6)

VITTORIO EMANUELE III

PER GRAZIA DI DIO E PER VOLONTÀ DELLA NAZIONE
RE D'ITALIA

In virtù della delegazione di poteri conferita al Nostro Governo con la legge 3 dicembre 1922, n. 1601;

Udito il Consiglio dei Ministri;

Sulla proposta del Nostro Ministro Segretario di Stato per gli affari dell'interno e *ad interim* degli affari esteri. Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto col Ministro delle finanze;

Abbiamo decretato e decretiamo;

CAPITOLO I.

*Delle attribuzioni consultive e giurisdizionali
del Consiglio di Stato.*

Art. 1.

L'art. 5 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, 17 agosto 1907, n. 638, è abrogato e sostituito dal seguente:

« Il Consiglio di Stato si divide in cinque sezioni. Le prime tre sono consultive e trattano gli affari relativi ai diversi ministeri, secondo il reparto che sarà fissato annualmente con decreto Reale.

Le altre due sezioni costituiscono il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. Il reparto dei ricorsi fra esse è devoluto al presidente del Consiglio di Stato con l'assistenza dei presidenti delle sezioni medesime.

Ogni sezione è presieduta dal presidente proprio. Il presidente del Consiglio di Stato presiede le adunanze generali, e le adunanze plenarie indicate nel secondo comma dell'art. 13 del presente decreto, e può presiedere le sezioni consultive nelle quali reputi intervenire ».

La riforma fu attuata solo molto più tardi, con decreto legislativo 30 dicembre 1923 n. 2840, con cui furono apportate ulteriori modifiche legislative all'ordinamento del Consiglio di Stato, rendendo promiscua la competenza delle due Sezioni giurisdizionali; furono disciplinati alcuni punti relativi all'organizzazione del Consiglio di Stato e alle sue funzioni consultive. Restò aperta la questione del criterio di riparto della giurisdizione che, come già anticipato, negli anni immediatamente successivi venne a generare un contrasto giurisprudenziale all'interno dello stesso Consiglio di Stato tra la quarta Sezione, che applicava il criterio del *petitum*, e la quinta, che ammetteva la giurisdizione amministrativa solo quando la domanda giudiziale avesse ad oggetto un interesse legittimo (v. *supra*).

Il disagio della funzione nella giustizia amministrativa fu, in gran parte affrontato ed eliminato con la riforma del 1923, che intese soprattutto ricondurre ad unità giurisdizionale le Sezioni IV e V del Consiglio di Stato ed attribuì agli organi di giustizia amministrativa la competenza sulle questioni di diritto pregiudiziali o incidentali; regolò l'effetto del relativo giudicato. Inoltre, allo scopo di eliminare le difficoltà di discriminazione della competenza della giurisdizione amministrativa rispetto a quella dell'autorità giudiziaria ordinaria, venne attribuita, con il citato decreto legge n. 2840 del 1923, alla competenza esclusiva del giudice amministrativo la cognizione di alcune determinate materie, fra cui principale quella del pubblico impiego¹²⁶. Tale nuovo tipo di competenza assunse la denominazione di "esclusiva",

M. PACELLI, *Le acque pubbliche*, Padova, 1934, 601 ss.; *contra* E. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, cit., 398 ss.; F. ZAPPULLI, *I tribunali delle acque pubbliche organi di giurisdizione ordinaria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1935, 2, 664 ss.; più recentemente: C.M. PRATIS, *Tribunale delle acque pubbliche*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1973, XIX, 706 ss.; M. CONTE, *Tribunali delle acque pubbliche*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, XLV, 5 ss.; G. VACIRCA, *Tribunali delle acque*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XV; S. PALAZZOLO, *Tribunali delle acque*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1999, XV, 376 ss.; da ultimo G.B. CONTE, *Tribunali delle acque pubbliche*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, VI, 5997 ss.

¹²⁶ Le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza e dalla dottrina per distinguere, in determinate materie, e in particolare modo in quella relativa al rapporto di pubblico impiego, gli interessi legittimi dai diritti soggettivi e le difficoltà che ne conseguivano per gli interessati costretti ad adire spesso successivamente la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria, indussero il legislatore a deviare dalla regola fondamentale della distinzione fra le due giurisdizioni, attribuendo ai giudici amministrativi molte controversie relative a diritti soggettivi, con esclusione della giurisdizione ordinaria. La deroga alla giurisdizione ordinaria è ora sancita dall'articolo 103, 1° comma Cost. Sull'origine ed evoluzione della giurisdizione esclusiva i contributi nel corso degli anni sono stati numerosissimi: già L. CALIENDO, *Della giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928; DE PISA, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *Circolo giur.*, 1932; C. BOZZI, *La competenza esclusiva del Consiglio di Stato e il rapporto di pubblico impiego*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, cit. III, 125 ss.; R. MEREGAZZI, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *La giustizia amministrativa* a cura di G. MIELE, 1968, cit., 199 ss.; quindi N.A. CALVANI, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Bari, 1972; F. LEDDA, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, Relazione al V Seminario della Sezione umbra del C.I.S.A. (Perugia, 1970), Firenze, 1972, 65 ss.; V. CAIANIELLO, *I caratteri della giurisdizione esclusiva*, in *Studi in onore di A. Papaldo*, Milano, 1975, 179 ss.; G. ROHERSEN, *La giurisdizione esclusiva*, in *Imp. amb. e p.a.*, 1978, I, 119 ss.; ID., *Profili costituzionali in materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Nuova Rass.*, 1978, 697 ss.; V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988; P.M. VIPIANA, *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1991, VII, 377 ss.; R. FERRARA, *Giurisdizione esclusiva e tutela dei diritti soggettivi non patrimoniali*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 73 ss.; da ultimi dopo le riforme introdotte dal decreto legislativo n. 80 del 1998 e dalla legge n. 205 del 2000: A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici e ricostruzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000 e vol. II, *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001; F. SATTA, *Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. dir. Aggiorn.*, Milano, 2001, V, 571 ss.; dopo la legge 205/2000: F. CARINGELLA (e altri), *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, 2000; A. TRAVI, *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti*

perché tutta la cognizione della materia veniva riservata al giudice amministrativo, mentre veniva esclusa la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria e di qualsiasi altro giudice. Si trattava (e si tratta) di una competenza di carattere eccezionale, che poteva trovare applicazione solo nei casi tassativamente stabiliti dalla legge ed indipendentemente dalla posizione giuridica fatta valere (c.d. sistema dei blocchi di materie) e cioè sia che la posizione avesse natura di interesse legittimo che di diritto soggettivo¹²⁷.

Fu anche attribuita agli organi di giustizia amministrativa, sancendo così legislativamente una interpretazione giurisprudenziale, "la facoltà di decidere su diritti soggettivi, anche al di fuori delle materie di competenza esclusiva, quando si tratti di questioni pregiudiziali o incidentali, la cui soluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale di loro competenza"¹²⁸. Con la legge del 1923 (coordinata con la successiva del 1924) si venne a creare un secondo criterio di riparto della giurisdizione, un criterio speciale, fondato sulle materie, rispetto al criterio generale, fondato sulle situazioni giuridiche soggettive, superando così il criterio della legge del 1865, per il quale alla tutela dei (di tutti) i diritti soggettivi provvedeva il giudice ordinario.

Successive modificazioni, di non grande rilievo, furono poi portate dal decreto legge 23 ottobre 1924 n. 1672, convertito con modificazioni nella legge 8 febbraio 1925 n. 88, che ha disciplinato in parte il procedimento, da regio decreto 21 aprile 1942 n. 444, che ha riordinato il regolamento per l'esecuzione del Testo unico sul Consiglio di Stato, comprendendo, in larga parte, disposizioni sui servizi di segreteria. Il decreto legge 5 maggio 1948 n. 642, in seguito al crescente afflusso di ricorsi giurisdizionali, ha poi istituito la VI Sezione giurisdizionale ed ha modificato, semplificandola, la procedura per le istanze di sospensione.

Vennero, così a concentrarsi e a stabilizzarsi¹²⁹ nello stesso istituto funzioni consultive e funzioni giurisdizionali, le prime svolte dalla I, II e III Sezione, nonché dall'Adunanza generale¹³⁰

riforme, in *Foro. it.*, 2001, V, 68 ss.; A. FABBRI, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino, 2002; B. SASSANI, *La giurisdizione esclusiva*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, V, 4661 ss.; nonché A. ROMANO, *La giurisdizione esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 417 ss.; i diversi contributi ospitati negli *Atti del Convegno di studi di Varenna, 18-20 settembre 2003* dedicato a *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Milano, 2004 e ancora A. POLICE, *Giurisdizione esclusiva*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, III, 2754 ss.

¹²⁷ La giurisdizione esclusiva, infatti, tende a garantire meglio il diritto di difesa del ricorrente rispetto alla normale giurisdizione di legittimità, non solo perché lo esonera dalla difficoltosa ricerca della natura della posizione fatta valere in giudizio (diritto soggettivo o interesse legittimo), ma perché si presenta con caratteristiche del tutto analoghe al giudizio civile di cognizione. P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 12 ss.

¹²⁸ Queste nuove disposizioni sono poi state coordinate nel testo unico del 26 giugno 1924 n. 1054 e del 26 giugno 1924 n. 1058. Sull'assetto del Consiglio di Stato durante il regime fascista: A. SALEMI, *Il Consiglio di Stato e i corpi consultivi analoghi nella legislazione fascista*, in *Archivio Studi corporativi*, 1930, I; L. RAGNISCO, *La legge 31 gennaio 1926 n. 100 e il Consiglio di Stato*, Padova, 1931.

¹²⁹ A conferma di tale stabilizzazione una Commissione per la riforma della pubblica amministrazione, nominata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri il 10 ottobre 1944, nel progetto elaborato rispetto alla giustizia amministrativa, aveva proposto di tenere fermi i principi delle leggi del 1865, del 1889 e del 1923, limitandosi ad introdurre alcuni perfezionamenti e completamenti al sistema stesso.

¹³⁰ Rilevanza crescente è venuta assumendo la funzione consultiva del Consiglio di Stato, soprattutto con i pareri obbligatori per l'emanazione degli atti normativi del Governo o dei singoli Ministri nonché per la decisione dei ricorsi straordinari al Capo dello Stato e quelli sugli schemi generali di contratto tipo, accordi e convenzioni predisposti da uno o più ministri. I pareri sono deliberati collegialmente, o dalle Sezioni o dall'Adunanza generale. Il Presidente del Consiglio di Stato ha facoltà di affidare un parere su materia che interessi più Sezioni ad una Commissione speciale costituita da magistrati di diverse Sezioni (art. 22 testo unico

e, quelle giurisdizionali, esercitate dalla IV, V e VI Sezione nonché dall'Adunanza plenaria (v. *infra*).

Con questi provvedimenti il Consiglio di Stato è venuto ad acquisire la pienezza delle sue funzioni che è stata sempre autorevolmente assicurata dall'alta professionalità dei suoi magistrati che si sono succeduti nel tempo¹³¹.

9. La nuova Costituzione repubblicana e l'attuale ruolo del Consiglio di Stato

La nuova Costituzione repubblicana del 1948 viene ad inserirsi in un contesto caratterizzato dalla presenza di due giurisdizioni: quella del giudice ordinario, delineata dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865 in ragione del criterio della situazione giuridica lesa e quella del giudice amministrativo, nata nel 1899 ed assestata quasi immediatamente quale giurisdizione competente a sindacare in generale la lesione di interessi legittimi, anche se la lettera della legge non faceva espresso riferimento a situazioni giuridiche soggettive. A ciò aggiungasi la presenza di giurisdizioni amministrative speciali, quali la Corte dei Conti e il Tribunale superiore delle acque pubbliche, e di rimedi amministrativi, quali il ricorso straordinario al Capo dello Stato, sorto come ricorso straordinario al Re, ed il ricorso gerarchico, in parte disciplinato dalla legge comunale e provinciale del 1934.

Nell'Assemblea costituente si erano manifestati due indirizzi in tema di giustizia amministrativa: uno espresso soprattutto da Piero Calamandrei, favorevole all'unicità della giurisdizione e alla conseguente soppressione della giurisdizione amministrativa ("l'esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale e amministrativa appartiene esclusivamente ai giudici ordinari", così la proposta dell'articolo 12 discussa dalla seconda Sottocommissione il 17 dicembre 1946); l'altro, condiviso da una serie di giuristi che facevano parte del-

26 giugno 1924 n. 1054). Sull'importanza della funzione consultiva del Consiglio di Stato nella produzione normativa: A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Le funzioni consultive del Consiglio di Stato nel campo legislativo*, in *Studi in onore di G. Salemi*, Milano, 1962; G. STERLICCHIO, *La collaborazione del Consiglio di Stato alla funzione legislativa: prospettive di sviluppo*, in *Studi per il centocinquantesimo*, cit., I, 73 ss.; A. PEZZANA, *Attività consultiva del Consiglio di Stato e funzione legislativa*, in *La funzione consultiva del Consiglio di Stato*, cit., 107 ss.; come pure G. ROHERSSEN, *Consiglio di Stato e pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 1 ss.; nonché il volume collettaneo su *La funzione consultiva del Consiglio di Stato. Studi in onore di G. Landi*, Milano, 1985; più recentemente F. PATRONI GRIFFI, *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale nell'esperienza comparata*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997, 105 ss.; S. CASSESE, *L'attività consultiva del Consiglio di Stato in materia di norme*, in A. PALEOLOGO (a cura di), *Il Consiglio di Stato di Francia e d'Italia*, cit., 87 ss.; P.G. LIGNANI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato nell'emanazione delle norme giuridiche*, ivi, 101 ss.; A. PAJNO, *Dalla garanzia sugli atti alla garanzia delle regole: il Consiglio di Stato e la funzione consultiva*, ivi, 21 ss.; per ulteriori riferimenti di carattere più generale: G. CORREALE, *Parere (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1981, XXXI, 676 ss.; quindi A. TRAVI, *Parere nel diritto amministrativo*, Dig. (Disc. pubbl.), Torino, 1995, X, 601 ss.

¹³¹ Una completa ed oltremodo interessante indagine bio bibliografica sui consiglieri di Stato dell'Italia unita si trova in G. MELIS (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, Milano, 2006, 2 voll.; assai rilevante è sempre stato il valore dell'interpretazione giurisprudenziale del Consiglio di Stato: v. già I. SCOTTO, *L'importanza della giurisprudenza come fonte del diritto amministrativo*, in *Cons. Stato*, 1961, II, 436 ss.; E. DI GIAMBATTISTA, *Interpretazione e applicazione della giurisprudenza amministrativa*, ivi, 1961, II, 492 ss.; sul valore dell'elaborazione giurisprudenziale nel diritto amministrativo in giurisprudenza v. già Cons. Stato Adunanza plenaria, 28 gennaio 1961 n. 3 in *Foro amm.*, 1961, I, 561 con nota di E. CANNADA BARTOLI; sull'importanza delle decisioni del Consiglio di Stato v. recentemente l'interessante ricerca di G. PASQUINI e A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001.

l'Assemblea costituente (Bettiol, Perassi, Mortati, Leone), favorevole al mantenimento dell'assetto precedente, con due ordini di giurisdizioni¹³².

Prevalse questo secondo indirizzo, non tanto per ragioni teoriche (che avrebbero semmai militato a sostegno della proposta Calamandrei), ma in considerazione del fatto che il Consiglio di Stato era riuscito a rafforzare la propria autorevolezza ed a mantenere un'apprrezzabile indipendenza anche durante gli anni del fascismo¹³³. Questa circostanza aveva posto il Consiglio di Stato su una posizione di grande rilievo e prestigio soprattutto in relazione al cumulo, spesso criticato, di competenze consultive e di attribuzioni giurisdizionali che sono venute progressivamente a caratterizzarlo.

Tra le scelte possibili, la Costituzione ha accolto espressamente e meglio esplicitato il principio di ripartizione della giurisdizione tra due ordini di giudici (ordinario e amministrativo), confermando così il sistema dualistico, fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva, demandando al giudice ordinario la tutela dei diritti soggettivi e a quello amministrativo la tutela degli interessi legittimi (artt. 24, 103 e 113). La Costituzione repubblicana ha, dunque, mantenuto la distinzione tra le due giurisdizioni e il criterio di riparto suddetto; ma ha, nel contempo, prefigurato (artt. 24 e 113) una pienezza della tutela dinanzi alla giurisdizione amministrativa, in parte poi realizzata solo nella normativa più recente con l'ampliamento dei tipi di azione esperibili dinanzi alla giurisdizione amministrativa, fino a ricomprendervi l'azione di risarcimento del danno nelle controversie sia su diritti soggettivi sia su interessi legittimi e riti speciali per la tutela del diritto di accesso e contro l'inerzia della pubblica amministrazione¹³⁴.

Va rilevato, infatti, che, statuendo che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (c.d. principio di azionabilità), la Costituzione (art. 24) ha chiarito che l'interesse legittimo, al pari del diritto soggettivo, è una situazione soggettiva di carattere sostanziale, che precede la tutela giurisdizionale ed è "propria" della persona, fisica o giuridica (anziché essere una risultante o un riflesso dell'interesse pubblico)¹³⁵. Il parallelismo e l'equivalenza del diritto e dell'interesse legittimo risultano poi confermate

¹³² Per il dibattito all'interno dell'Assemblea costituente v. gli scritti contenuti nel secondo volume della *Relazione all'Assemblea Costituente*, presentata dalla Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, presso il Ministero della Costituente (Roma, 1946) e quelli dell'altro volume su *La giustizia amministrativa*, a cura della Commissione per la riforma dell'Amministrazione (Presidenza del Consiglio dei Ministri), Roma, 1943.

¹³³ Significativi in tal senso S. ROMANO, *Discorso per l'insediamento a Presidente del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, 1929, 5, 3 ss.; per puntuali valutazioni ricostruttive il volume collettaneo *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, in particolare A. PAJNO, *La funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano Presidente: l'effettività della tutela*, in *Dir. amm.*, 2004, 1 ss.

¹³⁴ Su questo processo espansivo della giurisdizione amministrativa v. puntualmente L. MAZZAROLLI, *Giustizia amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, cit.; nonché F. SATTA, *La giustizia amministrativa*, cit.; e più in generale A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, *passim*.

¹³⁵ Occorre sottolineare che l'articolo 24 Cost. si rivela fondamentale anche per il disegno del processo amministrativo ed il suo avvicinamento al processo ordinario là dove viene affermato (2 comma) che "La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento". Il diritto alla difesa, come noto, è legato al principio del contraddittorio, fortemente valorizzato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale ed amministrativa (v. Corte Cost. sentenza n. 146/1986 e n. 251/1989). Sull'importanza di tale principio: L.P. COMOGGIO, *Il primo comma dell'art. 24*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna, 1981, 1 ss.; nonché P. GROSSI, *Il diritto di difesa nella Costituzione italiana e la sua individuazione come principio supremo dell'ordinamento costituzionale*, in *Scritti in memoria di L. Paladin*, Napoli, 2004, III, 1182 ss.

dall'articolo 113, 1° comma: “contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa” (principio della generalità della tutela giurisdizionale). Che si tratti di una tutela piena, assicurata dalle due giurisdizioni in termini di sostanziale equivalenza, è stato inoltre ribadito dal successivo 2° comma dell'articolo 113 “tale tutela non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti” (principio della pienezza della tutela giurisdizionale). In questi termini, la Costituzione ha definitivamente escluso vi siano residui spazi da tenere immuni dal sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sia con riferimento agli atti a contenuto regolamentare¹³⁶ che a quelli c.d. politici.

Con riferimento a questi ultimi, la Costituzione avrebbe rimosso l'esclusione dell'impugnativa dei c.d. atti politici¹³⁷, in precedenza sottratti al sindacato giurisdizionale a norma dell'articolo 31 del Testo unico delle norme sul Consiglio di Stato. La questione rimane aperta in quanto, da un lato, è stato rilevato che gli atti c.d. politici in realtà, sono atti il cui contenuto esula dall'esercizio di un potere amministrativo, trattasi di atti che si sottraggono al controllo giurisdizionale per la loro natura stessa di atti non amministrativi, anche dopo l'entrata in vigore dell'articolo 113 Cost.¹³⁸. Dall'altro lato, si è osservato, in contrario, che se l'atto politico promana da una pubblica amministrazione, l'esclusione della possibilità

¹³⁶ La dottrina risalente aveva, infatti, ravvisato il fondamento della potestà regolamentare nella potestà discrezionale (F. DIAS, *Corso completo di diritto amministrativo*, Napoli, 1854, I, 367 ss.), quasi a delinearne una potestà di tipo legislativo, con ciò sottraendola al sindaco giurisdizionale. Come noto, la dottrina ha, da tempo, evidenziato che dalla natura formale di atto amministrativo discende che il contrasto della norma regolamentare con una norma primaria possa essere fatto valere con i normali mezzi di impugnazione degli atti amministrativi dinanzi al giudice amministrativo: in tal senso v. già A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 870 ss.; R. MEREGAZZI, *L'annullamento giurisdizionale dei regolamenti*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, Milano, 1967, III, 585 ss.; F. BENVENUTI, *L'impugnazione dei regolamenti*, in *Foro amm.*, 1982, I, 532 ss.

¹³⁷ L'esclusione, come già ricordato, risale alla legge istitutiva del Consiglio di Stato in Francia, e altro non significava che l'esclusione della categoria del “politico” dall'amministrazione e dal suo diritto, con la conseguente mancata estensione a tali atti della disciplina tipica dell'amministrazione e delle relative garanzie, ma la nozione degli atti politici è stata sempre molto incerta (in tema la bibliografia è vastissima, oltre agli autori già citati, per rimanere nella dottrina italiana: v. già E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, Padova, 1937; quindi P. BARILE, *Atto di governo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, IV, 220 ss.; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1963). Ebbe in passato prevalenza la dottrina che attribuiva tale carattere a qualsiasi atto amministrativo il quale fosse adottato per motivi politici, tale nozione si prestava tuttavia all'arbitrio dell'amministrazione, la quale avrebbe potuto sottrarre numerosi atti al controllo giurisdizionale invocando un movente politico. Un criterio più oggettivo ha evidenziato il contenuto obiettivo del provvedimento in relazione alla causa o scopo dell'atto. La dottrina più recente ha ritenuto di poter affermare che per la definizione di “atto politico” debbano concorrere due requisiti: uno soggettivo e cioè che si tratti di un atto emanato da un organo di governo e l'altro oggettivo e cioè che si tratti di atto emanato nell'esercizio della funzione di indirizzo politico. Per il ricco dibattito sulle diverse qualificazioni: G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973; G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico*, Milano, 1984; G.B. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1987, I, 544 ss.; ID., *Atto di alta amministrazione*, *ivi*, 1987, I, 538 ss.; G. GROTTANELLI DE SANTI, *Atto politico e atto di governo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, IV; F. CUOCOLO, *Alta amministrazione*, *ivi*, 1991, I, 1 ss.; A. TAVERNA, *Atti amministrativi e atti politici*, in *Riv. amm.*, 1994, 264 ss.; da ultimo C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, I, 516 ss.

¹³⁸ Sul punto v. già Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 1951 n. 362, in *Foro amm.*, 1951, I, 2, 208 con nota di C. VITTA, *Impugnabilità degli atti politici*. Vedi altresì per i limiti della non impugnabilità: già Cass. Sez. Un., 27 gennaio 1954 n. 580, in *Giust. civ.*, 1954, 447; quindi Cons. Stato, Sez. IV, 14 novembre 1962 n. 598, in *Cons. Stato*, 1962, I, 1762; ID., 11 maggio 1966 n. 34, *ivi*, 1966, I, 897; ID., Sez. IV, 2 luglio 1969 n. 304, *ivi*, 1969, I, 1090.

d'impugnarlo si pone in contrasto con l'articolo 113 Cost. Alla non impugnabilità degli atti politici si è perciò giustamente data una diversa spiegazione secondo la quale di fronte agli atti politici non possono sussistere interessi legittimi data l'ampiezza discrezionale che li caratterizza, in quanto atti liberi soltanto nei fini¹³⁹.

Il 3° comma dell'articolo 113 Cost. ha infine stabilito che “la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”. Da tale disposizione si desume la non assolutezza del principio fissato dal richiamato articolo 4, 2° comma, della legge del 1865 abolitiva del contenzioso amministrativo, ai sensi del quale l'atto amministrativo “non potrà essere revocato (dall'autorità giudiziaria ordinaria) se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso”. Il divieto del giudice ordinario di annullare o revocare atti amministrativi resta valido in generale, ma poiché la norma che lo pone non ha valore costituzionale, esso potrà essere derogato da norme che attribuiscono al giudice ordinario, in determinati casi, il potere di annullare atti della pubblica amministrazione.

Il dettato costituzionale dopo aver proclamato l'abolizione delle limitazioni alla tutela degli interessi legittimi (art. 113 Cost.), ha stabilito all'articolo 100 che “Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione”, assolvendo quindi a funzioni che lo qualificano fra gli organi ausiliari del Governo¹⁴⁰ e tenendolo comunque distinto dall'altro pur rilevante organo di consulenza generale dell'amministrazione pubblica che è l'Avvocatura dello Stato¹⁴¹. Tale iscrizione del Consiglio di

¹³⁹ Così esattamente E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., spec. 677; v. altresì P. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, 1983.

¹⁴⁰ Il Consiglio di Stato è il principale organo consultivo dell'amministrazione e può essere interpellato su ogni questione giuridico-amministrativa, su richiesta dei ministeri (è stato ammesso che possa essere interpellato anche dalle regioni: Adunanza generale 24 aprile 1980 n. 30). Il parere del Consiglio di Stato è richiesto in via obbligatoria per alcune categorie di atti (art. 17, 25° comma legge n. 127/1997), tra i quali, particolarmente quelli normativi, a tal fine è stata costituita un'apposita Sezione consultiva (art. 17 cit.). Per questa configurazione del Consiglio di Stato tra gli organi ausiliari: già G. FERRARI, *Gli organi ausiliari*, cit., 160 ss.; U. CIRIONI, *Gli organi ausiliari nella Costituzione italiana*, in *Studi per il decennale della Costituzione*, Milano, 1958, III; M.S. GIANNINI, *Gli organi ausiliari*, Firenze, 1959, *passim*; R. CARBONE, *Gli organi ausiliari. Artt. 99-100*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1994.

¹⁴¹ L'Avvocatura dello Stato ha trovato origine nel testo unico 30 ottobre 1933 n. 1611 (modificato più volte, specialmente con legge 15 ottobre 1986 n. 664) e dal regolamento approvato con regio decreto 30 ottobre 1933 n. 1613 e s.m.i., ed è incardinata presso la Presidenza del Consiglio dei ministri (sulle origini e le funzioni: G. SCAVONETTI, *Avvocatura dello Stato*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1937, II, 69 ss.; G. BELLÌ, *Avvocatura dello Stato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, IV, 670 ss.; S. SCOCA, *Avvocatura dello Stato*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1964, I, 1685 ss.; C. CARBONE, *Avvocatura dello Stato*, *ivi*, *Appendice*, Torino, 1980, I, 622 ss.; G. MANZARI, *Avvocatura dello Stato*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1987, II, 93 ss.; I.F. CARAMAZZA e R. MARTINO, *Avvocatura dello Stato e giustizia amministrativa*, Roma, 1989; M.A. SCINO, *Avvocatura dello Stato*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, I, 622 ss.; per i precedenti storici: *L'Avvocatura dello Stato*, in *Studio storico-giuridico per le celebrazioni del centenario*, Roma, 1976). Invero, l'Avvocatura dello Stato era stata prevista dall'articolo 105 del “Progetto di Costituzione” della Commissione dei 75, ma fu soppressa nel testo definitivo (cfr. P. CALAMANDREI e A. LEVI, *Commentario della Cost. it.*, cit., I, XXIII). Del resto, il Consiglio di Stato (Comm. spec., 23 novembre 1967 n. 1237, in *Cons. Stato*, 1967, I, 2349) ha escluso che l'Avvocatura sia organo di rilevanza costituzionale ed argomentando dall'articolo 17 del testo unico 1611 del 1933, ha ritenuto che esista, tra il Presidente del Consiglio dei ministri e l'avvocato generale dello Stato, un rapporto di gerarchia, che si estrinseca nel potere di indirizzare l'azione dell'Avvocatura quando siano in gioco questioni di fondamentale interesse politico-amministrativo ed in quello di riesaminare in sede gerarchica i più importanti provvedimenti amministrativi dell'avvocato generale. Su tale configurazione anche per apporti più recenti: R. VILLATA, *Sulla natura del rapporto tra Presi-*

Stato tra gli organi di rilevanza costituzionale è stato frutto di un ampio dibattito che ha condotto a respingere la tesi di coloro che riaffermavano i presupposti di soppressione delle funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato per trasferirne le competenze a Sezioni specializzate presso le Corti d'Appello o la Corte di Cassazione¹⁴².

La surriferita definizione ha trovato poi integrazione negli articoli 103 e 113 Cost. Con il primo, in modo particolare, è stato sottolineato il contenuto della funzione giurisdizionale degli organi di giustizia amministrativa che si esplica nella tutela, nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi, confermando l'importante ruolo del Consiglio di Stato nella giustizia amministrativa italiana¹⁴³ come risulta ampiamente

dente del consiglio dei ministri e Avvocatura dello Stato, in *Foro amm.*, 1969, II, 26 ss.; P. SANTORO, *L'avvocatura dello Stato dopo la l. 3 aprile 1979 n. 103*, in *Cons. Stato*, 1981, II, 291 ss.

¹⁴² Per questo dibattito: *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Roma, 1976, vol. VIII, 1891 ss.; v. altresì R. PETRILLI, *Il Consiglio di Stato nella Costituzione repubblicana*, in *Scritti per il decennale della Costituzione*, cit., 1958, II.

¹⁴³ In effetti, l'entrata in vigore delle citate disposizioni costituzionali ha offerto motivo di nuove feconde riflessioni sul ruolo e la rilevanza della giustizia amministrativa nell'ordinamento italiano. Sono testimonianza eloquente di tale attenzione i numerosi contributi della dottrina dopo l'entrata in vigore dell'ordinamento costituzionale, tra i molti: E. GARBAGNATI, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1950; G. SALEMI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1952; S. LESSONA, *La giustizia amministrativa*, Bologna, 1953; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, vol. II del *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1954, 7 ediz.; A. C. JEMOLO, *Il giudice dei diritti e il giudice degli interessi*, in *Arch. giur.*, 1961; G. ROHERSSEN, *Giurisdizione amministrativa*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1961, VII, 993 ss.; ID., *Giustizia amministrativa*, ivi, 1115 ss.; ID., *Il Consiglio di Stato nella Costituzione italiana*, in *Cons. Stato*, 1964, II, 97 ss.; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1962; P. BODDA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 1963; A. M. SANDULLI, *Il giudizio avanti il Consiglio di Stato e giudici subordinati*, Napoli, 1963; M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1963, 522 ss.; II, 1964, 12 ss.; III, 1964, 217 ss.; ID., *La giustizia amministrativa*, Roma, 1969; E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964; ID., *Processo amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, Milano, 1966, XIII, 1088 ss.; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 9 ss.; P. GASPARRI, *La crisi del sistema della giurisdizione amministrativa*, in *Temi romana*, 1968; M. S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, XIX, 229 ss.; F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, ivi, 589 ss.; R. RESTA, *La giustizia amministrativa, Parte prima*, Roma, 1972; F. G. COCA, *Linee evolutive della giustizia amministrativa*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza Università di Perugia*, 1976, 373 ss.; quindi per contributi più recenti: L. IANNOTTA, *La giurisdizione del giudice amministrativo*, Milano, 1985; E. DALFINO, *Appunti sulla giustizia amministrativa*, Bari, 1989; S. CASSARINO, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XV; E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, Torino, 1991, VII, 508 ss.; G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 1861 ss.; G. VERDE, *Ma cos'è questa giustizia amministrativa?*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, I, 587 ss.; V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, cit.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 101 ss.; G. AZZARITI, *Percorsi e tendenze della giustizia amministrativa: indagine su origini, formazione e caratteri del sistema della giustizia amministrativa in Italia*, Torino, 1994; S. CASSARINO, *Il sistema di giustizia amministrativa in Italia e i suoi attuali problemi*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 45 ss.; L. MAZZAROLLI, *Profili evolutivi della tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Dir. e soc.*, 1990, 3 ss.; ID., *Quadro generale della giustizia amministrativa*, in *AA.VV., Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, II, 351 ss.; ID., *Prospettive sulla giustizia amministrativa: una introduzione al dibattito*, in *Dir. e soc.*, 1997, 283 ss.; da ultimi M. CLARICH, *La giustizia*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2000, II, 1709 ss.; P. GIOCOLI NACCI, *Rapporti tra amministrazione e giurisdizione*, Bari, 2001; C. VARRONE, *Stato sociale e giurisdizione sui "diritti" del giudice amministrativo*, Napoli, 2001; G. CORSO, *La giustizia amministrativa. Cittadino e pubblica amministrazione. Incontri e scontri*, Bologna, 2002; F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir. Aggiorn.*, Milano, 2002, V, 408 ss.; V. DOMENICHELLI, *Il giudizio amministrativo*, in *AA. VV., Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, II, 513 ss.; N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2005; F. G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006; M. CLARICH, *Giustizia amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, III, 2767 ss.; A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2007; S. SAMPATARO, *Preliminari di giustizia amministrativa*, Padova, 2007; tra i manuali G. BERTI, *Corso breve di giustizia amministrativa*, Padova, 2004; C. E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2010; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2009.

ed autorevolmente testimoniato dalla fecondità degli apporti giurisprudenziali¹⁴⁴. La precisazione, dalla quale si è poi tratto argomento per escludere la legittimità costituzionale delle norme legislative che attribuiscono tale tutela al giudice ordinario, fu sorretta dalla considerazione che “la competenza del Consiglio di Stato non sottraeva competenze alla magistratura ordinaria, conquistando nuovi campi di diritto e di libertà ai cittadini”¹⁴⁵ dando così

¹⁴⁴ La rilevanza degli apporti giurisprudenziali emerge dalle importanti raccolte contenenti anche le *Relazioni* periodiche dei Presidenti del Consiglio di Stato al Presidente del Consiglio dei ministri: *Il Consiglio di Stato nel biennio 1929-30*, Roma, 1931; *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1931-35*, Roma, 1937; *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40*, Roma, 1942; *Il Consiglio di Stato nel sessennio 1941-46*, Roma, 1949; *Il Consiglio di Stato nel quadriennio 1947-1950*, Roma, 1952; *Il Consiglio di Stato nel settennio 1951-1957*, Roma, 1959; C. ROSSANO, *Rassegna di giurisprudenza sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1958 (con appendice del 1962); per alcuni bilanci sull'evoluzione giurisprudenziale amministrativa: C. FRANCHINI, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 938 ss.; U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987; M. D'ALBERTI, *La giurisprudenza amministrativa degli anni Trenta*, in *Il diritto amministrativo negli anni Trenta*, Bologna, 1992, 165 ss.; P. FALCONE e A. POZZI, *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, 2 voll., Padova, 1998.

¹⁴⁵ Così G. LANDI e G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 614 ss.; come noto, i limiti conoscitivi ai poteri dell'autorità giudiziaria ordinaria erano stati fissati dagli articoli 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, su tali limiti, oltre agli autori già citati, v. già L. MORTARA, *La giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa per il sindacato di legittimità degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, 389 ss.; ROVELLI, *Osservazioni sulla natura del giudizio dinanzi al Consiglio di Stato*, in *Scritti in onore di S. Romano*, cit., I, 323 ss.; G. FALCONI, *I poteri di decisione del giudice ordinario nelle controversie amministrative*, in *Atti del congresso del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, cit., vol. dedicato a *La giustizia amministrativa*, 91 ss.; e più recentemente: M. ANNUNZIATA, *Atipicità del comportamento della pubblica amministrazione e poteri del giudice ordinario*, in *Giur. it.*, 1978, I, 291 ss.; G. ARPEA, *I poteri del giudice ordinario*, in *Nuova Rass.*, 1979, 14 ss. Va solo avvertito che una parte della dottrina ha contestato che i precetti contenuti negli articoli 4 e 5 della legge sul contenzioso amministrativo si possano tradurre in limitazioni dei poteri dell'autorità giudiziaria ordinaria ed ha sostenuto che in tali precetti siano da ravvisarsi i necessari riflessi processuali della soggezione del cittadino alla potestà sovrana dell'amministrazione ed alla imperatività degli atti amministrativi, ancorché illegittimi (traducendosi in mere conseguenze del principio, secondo cui di fronte all'atto autoritativo non esistono che interessi legittimi la cui cognizione sarebbe sottratta al giudice ordinario ai sensi del precedente articolo 2 della stessa legge) cfr. L. MONTESANO, *Principi costituzionali e sindacato del giudice civile sull'atto amministrativo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1981, 15 ss. A questi rilievi è stato obiettato che i precetti contenuti negli articoli 4 e 5, pur trovando il loro necessario presupposto in quello dell'articolo 2, si risolvono sempre in restrizioni di quei generali poteri di cognizione e decisione che vengono conferiti, in via generale, al giudice ordinario dalla stessa legge abolitiva del contenzioso (cfr. M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., 8 ss.). Il dibattito su tale problematica è stato nel tempo sempre oltremodo ricco e fecondo; per ulteriori contributi sui limiti dei poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, oltre agli autori già citati: v. A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro. it.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, 206 ss.; L. MONTESANO, *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli, 1960; T. KLITCHE DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, 1962; E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, cit.; M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria*, cit. e, con puntuale ricostruzione critica, A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975; L. MAROTTA, *Il sindacato del giudice ordinario sull'atto amministrativo*, Napoli, 1976; A. LEO, *Sulla proponibilità delle azioni possessorie nei confronti della pubblica amministrazione*, Siena, 1976; L. PALADIN, *Problemi, esperienze e prospettive dei rapporti fra giudici ordinari e pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 457 ss.; quindi L. VERRIENTI, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1991, VII, 453 ss.; M. ANNUNZIATA, *Giudice ordinario e pubblica amministrazione*, Padova, 1999; P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Padova, 1999; da ultimi F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002; S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, V, 4867 ss.; Id., *Giudice ordinario e pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto amministrativo* a cura di M. CLARICH e G. FONDERICO, Milano, 2007, 317 ss.; R. URSI, *Tutela del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura

fondamento alla giurisdizione esclusiva. L'articolo 103 Cost. ha ulteriormente ribadito che il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa esercitano la tutela, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.

Infine, con l'articolo 113 è stato affermato – e la giurisprudenza, dopo qualche incertezza, ha ritenuto tale norma precettiva e cioè di immediata applicazione – che contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinnanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa¹⁴⁶. In coerenza con tale ampiezza di tutela giurisdizionale, non vanno sottaciute tutte le disposizioni volte a garantire ed assicurare il diritto di difesa anche ai non abbienti mediante l'istituzione del gratuito patrocinio¹⁴⁷.

di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, VI, 6067 ss. Sulle conseguenze sul riparto di giurisdizione: V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, Pescara, 1979; M. STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione verso la pubblica amministrazione e la doppia tutela*, Roma, 1979; A. ANGELETTI, *Aspetti problematici della discriminazione delle giurisdizioni e Stato amministrativo*, Milano, 1980; L. ELIA, *Sul riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Studi per V. Bachelet*, Milano, 1987, II; da ultimo: A. PAJNO, *Il riparto di giurisdizione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, I, 4193 ss.

¹⁴⁶ Sul ruolo del Consiglio di Stato nel disegno costituzionale di giustizia amministrativa: oltre ai noti commentari di P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950 e di G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975-2006 e di V. CRISAFULLI e L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1989; v. tra i molti contributi già G. ROCCO, *Il Consiglio di Stato nel nuovo ordinamento costituzionale*, Roma, 1946; F. FRANCHINI, *Il Consiglio di Stato nel nuovo ordinamento costituzionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1947, 58 ss.; G. ROCCO, *Le funzioni del Consiglio di Stato nella nuova Costituzione*, in *Foro it.*, 1948, IV, 49 ss.; M. NIGRO, *L'art. 113 della Costituzione e alcuni problemi della giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1949, I, 1, 72 ss.; C. BOZZI, *Consiglio di Stato e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 809 ss.; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; M. P. CHITI e P. PIZZI, *La giustizia amministrativa nelle leggi e nella giurisprudenza costituzionale*, Roma, 1972; F. LEDDA, *Principi costituzionali di giustizia amministrativa*, in *Jus*, 1977, 177 ss.; C. BOZZI, *Posizione degli organi di giustizia amministrativa nella Costituzione*, in *Foro amm.*, 1979, I, 804 ss.; U. ALLEGRETTI, *Corte costituzionale e pubblica amministrazione*, in *Le Regioni*, 1981, 9, 1181 ss.; A. QUARANTA, C. TALICE, *Questioni di costituzionalità e giustizia amministrativa*, Rimini, 1981; A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia e giustizia amministrativa*, Rimini, 1981; M. P. CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 177 ss.; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 68 ss.; A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, *ivi*, 1994, 419 ss.; A. ROMANO, *Costituzione e sviluppi della giustizia amministrativa*, in *Giur. cost.*, 1994, 2254 ss.; per contributi al dibattito su aspetti problematici: V. ONIDA, *Profili costituzionali della giustizia amministrativa e della sua riforma*, in *Amministrare*, 1986, 421 ss.; G. BERTI, *Art. 113 e 103 (1 e 2 comma) Norme sulla giurisdizione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1987, 85 ss.; G. ROHERSSEN, *La giustizia amministrativa nella Costituzione*, Milano, 1988; R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 517 ss.; A. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra "attuazione" e "adeguamento" della Costituzione*, Napoli, 1995; G. ABBAMONTE, *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli artt. 3, 24, 103 e 113 della Costituzione*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, 37 ss.; U. ALLEGRETTI, *Giustizia amministrativa e principi costituzionali*, in *Ammin.*, 2001, 191 ss.; G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287 ss.; v. inoltre S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997 ed *ivi* in particolare G. MELIS, *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, cit., 1 ss.; G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, 21 ss.; V. DOMENICHELLI, *Giustizia amministrativa. Principi costituzionali*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di M. CLARICH e G. FONDERICO, Milano, 2007, 331ss.

¹⁴⁷ L'istituzione di una commissione per il gratuito patrocinio presso il Consiglio di Stato per gli affari da trattarsi innanzi alle sezioni giurisdizionali risale, invero, all'articolo 3 del regio decreto 30 dicembre 1923 n. 3282. Decreto questo poi abrogato dalla legge n. 134/2001, recante istituzione del patrocinio a spese dello Stato per non abbienti, a sua volta abrogato dal testo unico delle disposizioni in materia di spese di giustizia, adottato con d.p.r. 30 maggio 2002 n. 115. Sul tema, è poi ultimamente intervenuto il legislatore, con il comma 1308 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2006 n. 296 (legge finanziaria per il 2007), disponendo che presso

Nel suo complesso il ruolo del Consiglio di Stato si profila come giurisdizione amministrativa generale, così qualificabile in quanto direttamente e in generale prevista dalla Costituzione a tutela degli interessi legittimi lesi da un atto amministrativo, senza limitazioni a particolari materie (come avveniva nel passato e come avviene invece per gli altri giudici “speciali”) e senza la necessità di un’ulteriore espressa norma di attuazione. La dottrina meno recente aveva ritenuto di qualificare la giurisdizione generale amministrativa (intesa in senso soggettivo come il complesso di organi che esercitano la giurisdizione) come “giurisdizione speciale amministrativa dotata di competenza generale”¹⁴⁸, oggi, nell’attuale assetto normativo, si preferisce più correttamente definirla come “giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione”¹⁴⁹ al fine di chiarire che al giudice amministrativo è appunto devoluta la giurisdizione in via “ordinaria” sugli interessi legittimi, espressione che meglio rispecchia la sua più recente evoluzione, caratterizzata dal progressivo aumento delle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e dell’ampliamento dei tipi di azione. Il termine non deve peraltro suscitare confusioni rispetto alla giurisdizione spettante al giudice ordinario. La pluralità dei giudici va infatti rapportata con l’unicità della funzione giurisdizionale come ancora recentemente riaffermato dalla Corte Costituzionale¹⁵⁰.

Come già sottolineato, l’articolo 103 della Costituzione contempla le funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (e della Corte dei Conti), individuandone l’estensione, e costituzionalizza la preesistente attribuzione al giudice amministrativo “in particolari materie indicate dalla legge”, della cognizione anche di diritti soggettivi (c.d. “giurisdizione esclusiva”): dunque ribadisce la possibilità di spostamento del limite interno di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo a favore di quest’ultimo, tramite la sottrazione

il Consiglio di Stato, il consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana e ogni organo giurisdizionale amministrativo di primo grado e sue sezioni staccate, è istituita una commissione per il patrocinio a spese dello Stato, composta da due magistrati amministrativi, designati dal Presidente dell’organo giurisdizionale, il più anziano dei quali assume le funzioni di presidente della commissione, da un avvocato, designato dal presidente dell’ordine degli avvocati del capoluogo in cui ha sede l’organo. Per ciascun componente sono designati uno o più membri supplenti. Non sono previsti né compensi né rimborsi spese. Sull’evoluzione del gratuito patrocinio anche davanti nella giustizia amministrativa: A. PIZZORUSSO, *L’art. 24, 3° comma Cost. e le vigenti disposizioni sul gratuito patrocinio*, in *Scritti per Giuffrè*, Milano, 1967, III, 821 ss.; V. DENTI, *Patrocinio dei non abbienti e accesso alla giustizia: problemi e prospettive di riforma*, in *Foro. it.*, 1980, 126 ss.; nonché Corte Cost. n. 35 del 1973.

¹⁴⁸ Cfr. soprattutto A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 924, l’aggettivo speciale sta qui ad indicare la distinzione dalla giurisdizione generale, intesa, quest’ultima come quella del giudice ordinario.

¹⁴⁹ In tal senso E. CASSETTA, *Manuale dir. amministrativo*, cit., 674; nonché E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008, 60 ss. come pure M. DI STEFANO, *Corso di diritto amministrativo*, (a cura di M. MIRABELLA), Milano, 2009, 750; sul punto v. comunque già M.S. GIANNINI, *Giustizia amministrativa*, cit., 103 ss.; E. CAPACCIOLI, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1972, 383 ss.; da ultimi C. MARZUOLI, A. ORSI BATTAGLINI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l’amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 895 ss.

¹⁵⁰ L’idea di fondo dell’unitarietà della giurisdizione è, infatti, realizzata non sul piano strutturale, ma su quello funzionale, attraverso l’inserimento nella Costituzione di una serie di disposizioni e principi comuni a tutte le magistrature. Da ultimo, va ricordato l’intervento del legislatore costituzionale che, inserendo nuove disposizioni nel corpo dell’articolo 111 Cost., ha stabilito che “la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge” e che “ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti al giudice terzo ed imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata” (art. 1 legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2). Sul principio di unicità della giurisdizione: già Corte Cost., 16 gennaio 1978 n. 1 e più recentemente Id., 12 marzo 2007 n. 77, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 9, 956 con nota di A. PAJNO e in *Giur. it.*, 2007, 10, 2253 con nota di D. TURRONI; in dottrina R. GAROFOLI, *Unicità della giurisdizione e indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 121 ss.

della cognizione dei diritti al primo. Si tratta tuttavia di una deroga, sicché al legislatore non è dato di generalizzare la giurisdizione esclusiva¹⁵¹.

La Costituzione ha poi richiesto che fosse garantita al Consiglio di Stato e ai suoi componenti una posizione di indipendenza di fronte al Governo (art. 100)¹⁵², la quale non è apparsa finora realizzata pienamente, poiché i componenti del Consiglio, pur godendo di uno stato di quasi inamovibilità, sono tuttavia soggetti a tutta una serie di poteri governativi (in ordine alle assegnazioni, alle nomine ai gradi superiori, all'utilizzabilità presso i ministeri, ecc)¹⁵³. Sicché è stato rilevato che all'istituto (il cui agganciamento alla Presidenza del Consiglio dei Ministri rappresenta un residuo storico ed ha carattere puramente organico¹⁵⁴), non risultano assicurate pienamente le condizioni di quella imparzialità e obiettività, che ineriscono necessariamente alla elevata funzione di garanzia giuridica che la Costituzione gli commette¹⁵⁵. La Corte Costituzionale, investita della questione, ha escluso però che l'indipendenza del Consiglio di Stato (e della Corte dei Conti) possa risultare lesa dalla nomina governativa di una parte dei magistrati; per quanto riguarda il Consiglio di Stato, la Corte ha affermato che deve comunque essere accertata l'idoneità dei soggetti prescelti allo svolgimento delle funzioni di consigliere, nonché la necessità che sia assicurato un tendenziale equilibrio tra consiglieri di nomina governativa e quelli assunti mediante concorso¹⁵⁶.

¹⁵¹ In tal senso E. CASSETTA, *Manuale dir. amministrativo*, cit., 674 il quale ricorda che l'allargamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva esclude l'assoggettabilità al sindacato della Cassazione per violazione di legge (art. 111 Cost.). La questione è stata oggetto di diversi punti di vista, sul punto sarà sufficiente rinviare a Cons. Stato Ad. plen. ord. 24 gennaio 2000 n. 1 che aveva rilevato il carattere residuale del tradizionale criterio di riparto; nel senso invece di limitare i casi di giurisdizione esclusiva Cass. n. 72 del 2000. In dottrina: A. TRAVI, *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme*, in *Foro. it.*, 2001, V, 68 ss.; G. GRECO, *Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia a quella per connessione*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 884 ss.

¹⁵² Per il dibattito all'interno dell'Assemblea Costituente su tale disposizione v. i rilievi di L. SEVERI e E. PIGA nella seduta del 15 marzo 1946 della seconda sottocommissione (organizzazione dello Stato) in *Alle origini della Costituzione italiana*, a cura di G. D'ALESSIO, Bologna, 1979, 798 ss. Sulla portata di tale disposizione v. Corte Cost. 21 gennaio 1967 n. 1 e 19 dicembre 1973 n. 177 *infra* citate.

¹⁵³ In merito a tali perplessità, a commento critico della sentenza Corte Cost. 21 gennaio 1967 n. 1, v. già R. CHIEPPA, *A proposito di indipendenza della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato*, in *Giur. cost.*, 1967, I, 5 ss.; nonché P. BELLINI, *Sulla garanzia costituzionale della indipendenza della Corte dei conti e dei suoi componenti nei confronti del governo*, in *Foro amm.*, 1967, II, 3 ss.; G.P. STORCHI, *Materiali per una analisi del ruolo politico del Consiglio di Stato. Gli incarichi "esterni" dei magistrati amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 2 ss. La novità, rispetto all'articolo 4 del testo unico 26 giugno 1924 n. 1054 ed all'articolo 1 del d.p.r. 29 settembre 1973 n. 579 (da considerarsi l'uno e l'altro abrogati) è che la nomina governativa dei consiglieri di Stato può aver luogo soltanto entro categorie stabilite dalla legge (professori ordinari di materie giuridiche, dirigenti generali ed equiparati dei ministeri, magistrati con qualifica non inferiore a quella di Corte d'Appello); da ultimo sul punto L. PACCIONE, *Sulla nomina governativa dei consiglieri di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 1095 ss.

¹⁵⁴ Si tratta, infatti, di un collegamento storico di natura esclusivamente organica e non funzionale: v. O. SEPE, *La Presidenza del Consiglio dei ministri*, in *Archivio ISAP*, 1962, 82 ss.; G. POTENZA, *L'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri*, in *Studi per centocinquantesimo*, cit., I, 317 ss.; E. ROTELLI, *La Presidenza del Consiglio dei Ministri (1848-1948)*, Milano, 1972; R. DI PASSIO, *La Presidenza del Consiglio dei Ministri nel sistema politico-istituzionale*, in *Stato e regioni*, 1978, 34 ss.; A.M. SANDULLI, *Il problema della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Dir. e soc.*, 1980, 617 ss.

¹⁵⁵ Per questi rilievi critici A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 278; e per ulteriori profili Corte Cost. 19 dicembre 1973 n. 177 citata.

¹⁵⁶ La legittimità costituzionale di tali nomine, sollevata dal Cons. Stato Sez. V, 8 maggio 1973 n. 481, in *Giur. it.*, 1973, III, 1, 41 con nota di S. BELLOMIA, *Il Consiglio di Stato e i nuovi giudici di nomina governativa: crepuscolo degli dei?* e da Cons. Stato, Sez. IV, ord. 3 aprile 1973, in *Giur. cost.*, 1973, 1051 con nota di E. CHELI, *La difficile indipendenza del Consiglio di Stato*, fu poi decisa dalla Corte Cost. con sent. 19 dicembre 1973

Sotto il profilo organizzativo, come anticipato, attualmente, a seguito della recente modifica dell'articolo 1 della legge n. 186 del 1982 sull'ordinamento della giurisdizione amministrativa (art. 54 del decreto legislativo n. 112 del 2008 convertito in legge n. 133/2008), il Consiglio di Stato si compone di sei sezioni: le prime tre con funzioni consultive e le altre con funzioni giurisdizionali. A queste occorre aggiungere la sezione consultiva sugli atti normativi, istituita con l'articolo 17, 28° comma, della legge n. 127 del 2007. Ciascuna sezione consultiva è composta da due presidenti, di cui uno titolare, e da almeno nove consiglieri; ciascuna sezione giurisdizionale è composta da due presidenti, di cui titolare, e da almeno dodici consiglieri, essa decide con l'intervento di cinque magistrati (art. 11, ultimo comma, legge n. 186/1982). Le decisioni vengono adottate a maggioranza assoluta di voti. La ripartizione dei ricorsi fra le varie sezioni giurisdizionali viene effettuata dal presidente del Consiglio di Stato con l'assistenza dei presidenti delle sezioni stesse e avviene per prassi secondo materie a cui i ricorsi stessi si riferiscono¹⁵⁷.

Per le sezioni consultive del Consiglio di Stato le deliberazioni sono valide se adottate con la presenza di almeno quattro consiglieri; le sezioni giurisdizionali pronunciano con l'intervento di uno dei presidenti e di quattro consiglieri.

La composizione delle sezioni, a seguito del decreto legislativo n. 112/2008, è stabilita annualmente con decreto del presidente del Consiglio di Stato, sentito il Consiglio di presidenza; è previsto l'avvicendamento dei magistrati fra le sezioni consultive e quelle giurisdizionali, nonché nell'ambito delle stesse sezioni giurisdizionali. È stato, in tal modo, superato il tradizionale riparto di funzioni tra le sezioni¹⁵⁸. Possono poi essere costituite di volta in volta da commissioni speciali, che non hanno dunque carattere permanente, per l'esame di affari di natura mista o indeterminata che interessano più sezioni. Questo nuovo sistema pare, con ogni evidenza, finalizzato a realizzare una flessibilità dell'organizzazione interna dei lavori del Consiglio di Stato al fine di poterla adeguare, anno per anno, al prevedibile carico di attività giurisdizionale e consultiva, e rendere più spedito il processo amministra-

n. 177 in *Cons. Stato*, 1973, II, 1265; per rilievi critici: A.M. SANDULLI, *Giudici amministrativi, concorsi, indipendenza*, in *Giur. It.*, 1973; C. MORTATI, *La nomina dei consiglieri di Stato secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1973, I, 2627; G. ZACCARDI, *Cenni sull'incostituzionalità della nomina governativa dei consiglieri di Stato*, in *Foro amm.*, 1974, II, 218 ss.; M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore. Aspetti di effettività dell'organo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1974, 1371 ss.; F. SORRENTINO, *I consiglieri di Stato e la Corte*, in *Dir. e soc.*, 1974, 162 ss.; F. CUOCOLO, *Corte costituzionale e magistratura*, in *Giur. cost.*, 1976, 1709 ss.; da ultimi sulla delicata e sempre attuale problematica A. QUARANTA, *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato: un nodo da sciogliere*, in *Cons. Stato*, 1998, II, 279 ss.; C. CALABRÒ, *A proposito di indipendenza del Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 2001, III, 555 ss.; A. PROTO PISANI, R. ROMBOLI, G. SCARSELLI, *Ancora sull'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, *ivi*, III, 556 ss.; A. SANDULLI, *Indipendenza ed imparzialità del giudice consulente*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 1270 ss.; G. VERDE, *Considerazioni sull'indipendenza del giudice amministrativo*, in *Scritti in onore di A. Pensavecchio Li Bassi*, Torino, 2004, 1457 ss.

¹⁵⁷ La ripartizione per materia tradizionalmente era così effettuata: alla IV Sezione: presidenza del consiglio, esteri, difesa, lavori pubblici, tesoro, giustizia, sanità, turismo e spettacolo; alla V Sezione: enti locali (comuni, province, consorzi, aziende sanitarie locali); alla VI Sezione: enti pubblici diversi da quelli locali, pubblica istruzione, finanze industria, agricoltura e commercio, commercio estero, poste e telecomunicazioni, lavoro e previdenza sociale (ivi compresa edilizia economica e popolare), trasporti ed aviazione.

¹⁵⁸ Va rilevato, in proposito, che la Corte europea dei diritti dell'uomo (sent. 6 maggio 2003 *Klein e altri c. Governo olandese*), ancorché con riferimento al sistema olandese, ha statuito che non contrasta con l'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il fatto che alcuni componenti del Consiglio svolgano contemporaneamente funzioni consultive e funzioni giurisdizionali. V. altresì la sentenza *Provola c. Lussemburgo* del 28 settembre 1995 A n. 326.

tivo, come la legge espressamente si propone, secondo la rubrica dello stesso articolo 54 del decreto legislativo n. 112/2008 (convertito nella legge 133/2008), che ha introdotto la modifica: "accelerazione del processo amministrativo". Alla base di tale innovazione vi è la convinzione che, per accelerare i giudizi e ridurre l'arretrato, sia necessario superare la rigida ripartizione di funzioni, legislativamente stabilita per più di centocinquanta anni, anche incrementando, con scelta effettuata anno per anno, il numero (e determinando la composizione) di quelle destinate ad esercitare funzioni giurisdizionali, fermo restando, stante il vincolo costituzionale, la necessità che anche quelle consultive siano comunque assicurate.

Il Consiglio di Stato può riunirsi in Adunanza generale, la quale ha funzioni consultive per questioni di particolare importanza. Costituisce un collegio (imperfetto) ed è composta da tutti i magistrati in servizio preso il Consiglio di Stato stesso.

L'Adunanza plenaria ha invece funzioni giurisdizionali. Essa è presieduta dal Presidente del Consiglio di Stato ed è composta da dodici magistrati del Consiglio di Stato, che in seguito alle modifiche introdotte con legge n. 186 del 1982 (v. *infra*) sono scelti non più dal Consiglio di presidenza (organo di autogoverno della magistratura amministrativa di cui *infra*) in ragione di quattro per ciascuna delle tre sezioni giurisdizionali, bensì dal Presidente del Consiglio di Stato, sentito il Consiglio di Presidenza. L'Adunanza plenaria ha competenza a pronunciarsi sui ricorsi che ciascuna sezione può, con ordinanza, rimettere, allorché il punto di diritto sottoposto al suo esame abbia dato luogo a contrasti giurisprudenziali. Essa è composta da quattro consiglieri per ciascuna delle tre sezioni giurisdizionali ed è presieduta dal presidente del Consiglio di Stato. La decisione dell'Adunanza plenaria deve essere quindi adottata con la presenza di tredici componenti (presidente e dodici consiglieri). Ogni sezione giurisdizionale, qualora rilevi che il punto di diritto sottoposto al suo esame abbia dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, può, con ordinanza collegiale, rimettere il ricorso all'Adunanza plenaria. Il deferimento di un ricorso all'Adunanza plenaria può essere disposto anche dal Presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, quando si renda necessaria la risoluzione di questioni di particolare importanza. L'Adunanza plenaria, una volta investita del ricorso, decide non solo sul punto di diritto che ha dato luogo al rinvio, ma su tutta la controversia (art. 73 del Regolamento di proc.).

La nomina dei consiglieri di Stato avviene con un sistema tripartito: metà vengono scelti tra i consiglieri dei T.A.R., con almeno quattro anni di effettivo servizio nella qualifica, in seguito a uno speciale procedimento di valutazione e selezione; un quarto vengono scelti dal governo fra persone appartenenti a determinate categorie; un quarto vengono assunti per concorso pubblico per esami e per titoli riservato agli appartenenti a determinati uffici (art. 19 legge n. 186/1982)¹⁵⁹.

Il Presidente del Consiglio di Stato è nominato, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il parere del Consiglio di presidenza (v. *infra* § 11), tra i magistrati che

¹⁵⁹ Va poi ricordato che i consiglieri di Stato ed i consiglieri di T.A.R., al compimento di otto anni di anzianità nelle rispettive qualifiche, possono ottenere, nei limiti dei posti disponibili, la nomina a presidenti di sezione del Consiglio di Stato, o presidente di T.A.R., previo giudizio di idoneità espresso dal Consiglio di presidenza; e in ogni caso al compimento degli otto anni conseguono il trattamento economico inerente alla qualifica di magistrati di cassazione (art. 21 legge cit.).

abbiano effettivamente esercitato per almeno cinque anni funzioni direttive (art. 22 legge n. 186/1982)¹⁶⁰.

Tutte le nomine nella magistratura amministrativa sono conferite con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri.

In tema di organizzazione e funzionamento della struttura amministrativa del Consiglio di Stato, occorre, infine, menzionare il d.p.r. n. 580/1995 nonché l'articolo 53 *bis* della citata legge n. 186/1982, introdotto dall'articolo 20 legge n. 205/2000, che ha regolato l'autonomia finanziaria del Consiglio di Stato e dei T.A.R., stabilendo, in particolare, che "il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa disciplina l'organizzazione, il funzionamento e la gestione delle spese del Consiglio di Stato e dei T.A.R.", nei limiti di un fondo iscritto in apposita unità previsionale di base nell'ambito dello stato di previsione della spesa del Ministero dell'economia.

10. L'avvento dell'ordinamento regionale e l'istituzione dei T.A.R.

Al momento dell'entrata in vigore della Costituzione, come dianzi ricordato, esistevano alcune giurisdizioni amministrative periferiche (giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale, consigli di prefettura in sede giurisdizionale, consiglio comunale e provinciale quali organi di contenzioso elettorale), la cui sopravvivenza era consentita dalla VI Disposizione Transitoria della Costituzione stessa¹⁶¹. L'istituzione delle Regioni, già nel 1948, era venuta imponendo nuove modifiche ed adeguamenti alla struttura del Consiglio di Stato. L'Adunanza plenaria era venuta acquisendo anche la funzione di giudice d'appello contro le decisioni pronunciate dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (v. *infra*)¹⁶²

¹⁶⁰ Con gli articoli 21 e 22 della citata legge n. 186 del 1982, sembra non più possibile la nomina di presidente, o di presidenti di sezione, del Consiglio di Stato tra estranei alla magistratura amministrativa, come in passato era avvenuto sia pure sporadicamente. L'articolo 6 *bis* del decreto legislativo n. 354/2003, convertito nella legge n. 45/2004, ha introdotto la figura del Presidente aggiunto; vi è poi la figura del Presidente vicario.

¹⁶¹ Va solo rilevato che la Costituzione del 1948 ha guardato con sospetto alle rimanenti giurisdizioni speciali ed aveva disposto che fossero sottoposte a revisione (al fine di valutare se sopprimerle, trasformarle ovvero conservarle) in quanto non in contrasto con i canoni costituzionali, in particolare con quello dell'articolo 108 che vuole assicurata anche nelle giurisdizioni speciali l'indipendenza dei giudici e con quello dell'articolo 24 che vuole assicurato il diritto alla difesa. Sul punto A. SANDULLI, *Sulla sopravvivenza delle giurisdizioni speciali fissato per la loro revisione*, in *Giur. cost.*, 1956.

¹⁶² Come noto l'articolo 23 dello Statuto della Regione siciliana dispone che gli organi giurisdizionali centrali dello Stato, fra cui il Consiglio di Stato, debbano avere in Sicilia apposite sezioni "per gli affari concernenti la Regione". A tale norma è stata data una prima attuazione con il decreto legislativo 6 maggio 1948 n. 654 con cui è stato istituito il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, con funzioni giurisdizionali e consultive. Su l'origine e le funzioni di tale Consiglio si rinvia a G. DE FINA, *Consiglio di giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, IX, 227 ss.; G. GIACOBELLI, *Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana nel sistema delle guarentigie giurisdizionali dell'ordinamento italiano*, in *Studi per Esposito*, Milano, II, 1369 ss.; G. GIALLOMBARDO, *Consiglio di giustizia amministrativa*, in *Noviss. Dig. it. App.*, Torino, 1981, II, 427 ss.; R. CHIEPPA, *Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana*, in *En. giur. Treccani*, Roma, 1988, VIII; G. ROHERSSEN, *Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana*, in *Dig. (disc. publ.)*, Torino, 1989, III, 420 ss.; per il problema dei rapporti storici tra i due organismi: P. DEL PRETE, *Note sull'appello contro le decisioni del Consiglio di giustizia amministrativa*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, XXX, 1 ss.; G. LANDI, *Rapporti fra la competenza giurisdizionale del Consiglio di Stato e del Consiglio di giustizia amministrativa*, in *Riv. amm.*, 1952, 297 ss.; ID., *Profili e problemi della giustizia amministrativa per la Regione siciliana*, in *Giust. civ.*, 1955; F. TERESI, *In tema di appello delle decisioni del Consiglio di giustizia amministrativa e di costituzionalità del d. lg. 1 maggio 1948 n. 654*, in *Giust. sic.*, 1961, 654 ss.; A.M. SANDULLI, *Sull'impugnabilità delle decisioni del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana*, in *Giust. civ.*, 1964, 1298 ss.

in primo grado sulle impugnative di atti e provvedimenti delle autorità statali aventi sede nella Regione¹⁶³.

L'istituzione delle Regioni nella nuova Costituzione aveva, infatti, portato alla creazione di organi di giustizia amministrativa regionali. Tali creazioni in alcune regione erano intervenute contestualmente alla stessa Costituzione. Tale è il citato Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, istituito con decreto legislativo 6 maggio 1948 n. 654, con funzioni giurisdizionali e consultive, i cui membri sono in parte magistrati del Consiglio di Stato, ed in parte esperti giuristi non "togati", designati dalla Giunta regionale (d.p.r. n. 5 aprile 1978 n. 204)¹⁶⁴. Nella Valle d'Aosta era già stata creata con decreto legislativo 15 novembre 1946 n. 367 una Giunta giurisdizionale amministrativa con competenza limitata alla regione¹⁶⁵. Lo Statuto del Trentino Alto Adige (artt. 90-93, Testo unico 31 agosto 1972 n. 670) aveva previsto, infine, l'istituzione di organi di giustizia amministrativa di primo grado (d.p.r. 6 aprile 1984 n. 426; d.p.r. n. 554/1987 e d.p.r. 21 febbraio 1989 v. *infra*).

Non tutti questi organi però rispettavano l'imperativo dell'articolo 102 della Costituzione, che esige in qualsiasi organo giurisdizionale una composizione tale da garantire che esso operi in una situazione di imparzialità e di effettiva terzietà.

Per mancanza delle condizioni che assicuravano l'indipendenza interna del giudice, sono state così dichiarate costituzionalmente illegittime le norme relative alla composizione di tutti i precedenti organi di giurisdizione amministrativa periferica¹⁶⁶, eccezion fatta per il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, che è stato recentemente ristrutturato con creazione di sezioni staccate del Consiglio di Stato¹⁶⁷ e per il Tribunale regionale di giustizia amministrativa per il Trentino Alto Adige di successiva creazione.

¹⁶³ Su queste originarie funzioni di giudice di appello del Consiglio di Stato, prima della istituzione dei T.A.R.: v. già G. MIELE, *Il Consiglio di Stato come giudice d'appello*, in *Scritti in onore di S. Romano*, cit., II, 357 ss.; U. POTOTSCHNIG, *Appello (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, II, 781 ss.; M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, Napoli, 1963; G. STANCANELLI, *L'impugnativa delle decisioni del giudice amministrativo nel sistema giurisdizionale italiano*, Milano, 1971; P. STELLA RICHTER, *Il giudizio di appello*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1941 ss.; F. SATTA, *L'appello nel processo amministrativo*, in *Studi per il centenario della IV Sezione del Consiglio di Stato*, 1989, 807 ss.

¹⁶⁴ Su queste prime modifiche introdotte all'ordinamento del Consiglio: A. BARETTONI ARLERI, *La giurisdizione amministrativa in Sicilia nel momento attuale*, (nota a Corte Cost. 12 marzo 1975 n. 61), in *Riv. dir. proc.*, 1976, 186 ss.; G.A. MONTELEONE, *Ulteriore "ritocco" al sistema della giustizia amministrativa siciliana*, in *Foro amm.*, 1976, I, 322 ss.; G. ROEHRSEN, *Considerazioni sui Tribunali amministrativi per la Sicilia e il Trentino Alto Adige*, in *Nuova Rass.*, 1977; G. SERIO, *Problemi di giustizia amministrativa nella Regione siciliana*, in *Foro amm.*, 1978, I, 2384 ss.

¹⁶⁵ Cfr. R. BARBAGALLO, *La giustizia amministrativa nella Valle d'Aosta*, in *Foro amm.*, 1985, 2620 ss.

¹⁶⁶ Per mancanza delle condizioni di indipendenza dall'amministrazione dei componenti dell'organo giurisdizionale, sono state dichiarate costituzionalmente illegittime le composizioni dei seguenti organi: a) Consiglio comunale quale organo di contenzioso elettorale (Corte Cost. 21 dicembre 1965 n. 93); b) Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale (Corte Cost., 22 marzo 1967 n. 30); c) Consiglio di prefettura in sede giurisdizionale (Corte Cost. 17 maggio 1966 n. 55); d) Giunta giurisdizionale amministrativa della Valle d'Aosta (Corte Cost. 20 aprile 1968 n. 33); e) Sezioni del contenzioso elettorale (Corte Cost., 27 maggio 1968 n. 49). Tali sentenze provocarono vuoti normativi che dovettero essere colmati dalla giurisprudenza attraverso un cammino irto di difficoltà, con contrasti e contraddizioni, fino all'istituzione dei T.A.R. Su tutte queste difficoltà: F. LA VALLE, *Il principio della giurisdizione unica*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 787 ss.; in giurisprudenza Cass. 20 settembre 1968 n. 2992; *Id.*, 7 gennaio 1969 n. 24; *Id.*, 10 marzo 1969 n. 767.

¹⁶⁷ La questione di costituzionalità della composizione del Consiglio di giustizia amministrativa della regione siciliana era già stata sollevata dal Consiglio di Stato su istanza di parte (Cons. Stato, Sez. IV, 4 dicembre 1974 n. 987, in *Cons. Stato*, 1974, I, 1589; e di ufficio, Ad. plen. 20 maggio 1975 n. 4, *ivi*, 1975, I, 577). La Corte Cost., con la decisione n. 25 del 22 gennaio 1976 (in *Cons. Stato*, 1976, II, 47), pur riconoscendo la legittimità

ne¹⁶⁸. Veniva, dunque, sempre più avvertita la necessità di dare adeguata soluzione legislativa della giustizia amministrativa periferica. La soluzione legislativa veniva anche sollecitata dall'articolo 125 Cost., il quale prevedeva l'istituzione di organi regionali di giurisdizione amministrativa di primo grado.

Va peraltro evidenziato che la Costituzione, nel collocare tale previsione (art. 125) nel contesto del Titolo V, dedicato alle regioni ed agli enti locali, e nell'ambito dei controlli sugli atti regionali, non dava indicazioni specifiche su tale istituzione. Il doppio grado, secondo i costituenti, doveva operare nei riguardi degli atti della regione e degli enti locali come una sorta di estensione dello schema risalente al 1890, già applicato alle giunte provinciali amministrative.

Dopo un lungo travaglio legislativo, nel corso del quale emersero anche orientamenti rivolti a far convergere nell'ambito della giurisdizione amministrativa tutte le controversie che avessero per convenuta la pubblica amministrazione, abbandonando quindi il criterio discriminatore della situazione soggettiva tutelata (diritto soggettivo o interesse legittimo), è stata emanata la legge 6 dicembre 1971 n. 1034, istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali (T.A.R.)¹⁶⁹. Tali tribunali sono organi statali, ma con circoscrizioni regionali, ed

timità costituzionale della sua composizione (eccezion fatta per la norma che consentiva la confermabilità dei suoi componenti), aveva ravvisato l'esigenza di una sua revisione con l'integrale attuazione del disposto dell'articolo 25 dello Statuto (sul punto F. MAZZARELLA, *Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana dopo l'istituzione dei T.A.R.*, in *Foro. it.*, 1973). Il decreto legislativo 24 dicembre 2003 n. 373, ha mutato la struttura organizzativa del Consiglio, stabilendone la composizione in due sezioni, con funzioni rispettivamente consultive e giurisdizionali, le quali "costituiscono sezioni staccate del Consiglio di Stato". In correlazione con questo nuovo assetto organizzativo è stato disposto l'aumento del numero dei componenti "togati" e "laici" ed una diversa ripartizione tra le due sezioni, nonché la formale equiparazione di questi ultimi ai primi per quanto attiene allo stato giuridico, al regime disciplinare ed anche, sia pure entro certi limiti, al trattamento economico. La Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 316 del 4 novembre 2004, ha affermato che la peculiare struttura e composizione del Consiglio di giustizia amministrativa, per come delineato dal decreto n. 373, risultano pienamente giustificate, stante la chiarezza del principio espresso nell'articolo 23 ma anche l'assenza di soluzioni organizzative prestabilite. Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana oltre che giudice di primo grado per le controversie diverse da quelle attribuite al T.A.R. Sicilia, è giudice d'appello contro le decisioni del T.A.R. Sicilia e, come le sezioni del Consiglio di Stato, può deferire i ricorsi all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (all'uopo integrata da due magistrati dell'organo siciliano) allorché il punto sottoposto al suo esame abbia dato o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali.

¹⁶⁸ Il tribunale di giustizia amministrativa per il Trentino Alto Adige è stato istituito con d.p.r. 6 aprile 1984 n. 426 (su cui AA.VV., *Atti per il decennale del T.R.G.A. (10-11 maggio 1996). La giustizia amministrativa nelle regioni e province a statuto speciale*, Trento, 1996 (con contributi di R. CHIEPPA, F. MASTRAGOSTINO, P. VIRGA, A. PACE, C. ANELLI). Tale organo di giustizia amministrativa, la cui circoscrizione coincide con la provincia di Trento, non presenta differenze sostanziali rispetto agli altri T.A.R., salvo per la presenza di due componenti designati dal consiglio provinciale di Trento. Vi è una sezione autonoma di Bolzano (su cui E. REGGIO D'ACI, *La composizione della sezione autonoma di Bolzano del tribunale di giustizia amministrativa di Trento*, in *Foro amm.*, 1991, 2010 ss.), che non costituisce un'articolazione del T.R.G.A. di Trento ma si configura come un autonomo organo, come dimostra la "qualificazione come conflitto delle questioni di competenza tra tale Sezione e il tribunale trentino". Essa è composta di sei magistrati: tre, di cui uno in lingua tedesca, sono nominati dal governo con l'assenso del consiglio provinciale di Bolzano limitatamente al componente di lingua tedesca; gli altri tre, di cui uno di lingua italiana, sono eletti dal consiglio provinciale di Bolzano e nominati con decreto del Presidente della Repubblica. Per la sezione autonoma vige il principio dell'alternanza nella presidenza, nel senso che il presidente è un magistrato del gruppo italiano per un anno ed un magistrato del gruppo tedesco per l'altro anno. Le decisioni sono appellabili al Consiglio di Stato, ma è escluso l'appello al Consiglio di Stato contro le decisioni adottate su impugnativa di provvedimenti ritenuti lesivi del principio di parità fra i gruppi linguistici (art. 9). Per ulteriori dati C. TALICE, *L'adeguamento della giustizia amministrativa nella provincia di Trento*, in *Riv. amm.*, 1988, 717 ss.

¹⁶⁹ I presupposti risalgono ad uno schema di legge sulla giurisdizione amministrativa predisposto dalla Commissione Forti, Commissione per la riforma dell'amministrazione, *Legge generale sulla pubblica amministrazione*, Roma, 1948, 433, su cui v. P. PISCIONE, *Verso la riforma degli istituti di giustizia amministrativa*, in *Riv.*

esercitano la giurisdizione amministrativa di primo grado¹⁷⁰. La legge quindi non si è limitata a sostituire le abrogate Giunte provinciali amministrative, ma ha modificato la funzione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale da giudice di primo ed unico grado in giudice di appello e di secondo grado¹⁷¹.

trim. dir. pubbl., 1951, 221 ss. Più direttamente la legge trae origine dal disegno di legge avente ad oggetto "Istituzione dei tribunali amministrativi regionali" presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri Leone (Cam. Deputati doc. 434 del 1 ottobre 1968). Quasi contemporaneamente erano state presentate varie proposte di iniziativa parlamentare, fra le quali va ricordata, in quanto ha contribuito a formare il testo definitivo della legge, la proposta Luzzato ed altri (doc. n. 639 del 19 giugno 1968). Il testo, approvato in Commissione dalla Camera, è stato elaborato da un "comitato ristretto" presieduto dal R. Lucifredi; esso è stato emendato in più punti dal Senato (doc. n. 1249 del 11 giugno 1970). Sul testo del disegno di legge era stato sentito il parere del Consiglio di Stato ai sensi del r. d.l. 9 febbraio 1939 n. 273. Per queste ed altre notizie v.: E. CANNADA BARTOLI, *L'istituzione del T.A.R. e la tutela del cittadino in un recente disegno di legge*, in *Foro amm.*, 1968, III, 857; F. FRANCHINI, *Principi di riforma della giustizia amministrativa nei recenti provvedimenti legislativi*, Milano, 1972; P. VIRGA, *I tribunali amministrativi regionali*, Milano, 1972, 5 ss.; C. GALLO, *La difficile nascita dei T.A.R.*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 450 ss.; R. VUCUSA, *I Tribunali amministrativi regionali nei riflessi dell'ordinamento regionale*, in *Comuni*, 1973, 1437 ss.; G. VIGNOCCHI, *Linee ispiratrici e prospettive di sviluppo della nuova legislazione sui T.A.R.*, in *Giur. it.*, 1974, IV, 142 ss. ss.; nonché B. LEUZZI SINISCALCHI, *Giustizia amministrativa e T.A.R. continuità o innovazione?*, in *Queste istituzioni*, 1978, n. 20, 16 ss.

¹⁷⁰ Sulla genesi dei T.A.R. e sulla portata innovativa e le diverse valenze di tale impianto normativo nel sistema della giustizia amministrativa: M.S. GIANNINI, *Tribunali amministrativi regionali*, in *Temi romana*, 1972, I, 11 ss.; M. NIGRO, *La legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali (prime considerazioni con particolare riguardo alle norme sulla procedura)*, in *Cons. Stato*, 1972, II, 138 ss.; B. CAVALLO, *Tribunali amministrativi regionali*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1973, XIX, 741 ss.; P. VIRGA, *I tribunali amministrativi regionali*, cit.; A.M. SANDULLI, *I tribunali amministrativi regionali*, Napoli, 1972; F. LUBRANO, *I tribunali amministrativi regionali*, Milano, 1974; G. SANTANIELLO, *I tribunali amministrativi regionali*, Roma, 1974; F. SELVAGGI, *I tribunali amministrativi regionali*, Roma, 1974; A. DE ROBERTO, *I Tribunali amministrativi: le vicende che hanno portato alla loro istituzione*, in *Foro amm.*, 1974, II, 251 ss.; nonché i Commentari di R. LUCIFREDI e V. CAIANIELLO, *I tribunali amministrativi regionali*, Torino, 1972 e di O. SEPE e G. PES, *Le nuove leggi di giustizia amministrativa*, Milano, 1972; più recentemente F.G. SCOCA, *Tribunali amministrativi regionali*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983, II ediz., 1555 ss.; G. LANDI, *Il Consiglio di Stato ed i Tribunali amministrativi regionali*, Milano, 1986; A. DE ROBERTO, *Tribunali amministrativi regionali (T.A.R.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XXXI; G. ROHERSEN, *Consiglio di Stato e Tribunali amministrativi regionali*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1989, III, 422 ss.; C. TALLICE, *Tribunali amministrativi regionali*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, XLV, 28 ss.; S. MEZZACAPO, *Consiglio di Stato e tribunali amministrativi regionali*, in M. CLARICH e G. FONDERICO, *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 176 ss. Sulle questioni di costituzionalità sollevate in relazione alla legge istitutiva dei T.A.R.: F. LUBRANO, *Aspetti interpretativi e costituzionali dell'attuazione della legge sui T.A.R.*, in *Riv. amm.*, 1972; S. COGLIANI, *Il ricorso al T.A.R.: profili di legittimità costituzionale* (nota a Corte Cost. 19 marzo 1996 n. 82), in *Foro amm.*, 1996, 5, 1451 ss. L'organizzazione amministrativa dei T.A.R. è stata disciplinata dalla legge 27 aprile 1982 n. 186 e dal regolamento approvato con d.p.r. 21 aprile 1973 n. 214 e s.m.i. (su cui F. BALESTRA, *Regolamento di esecuzione della legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali*, in *Nuova rass.*, 1974, 22 ss.).

¹⁷¹ Sull'evoluzione della funzione del Consiglio di Stato quale giudice di appello alle sentenze dei T.A.R.: già E. FAZZALARI, *Il "doppio grado" nella legge su T.A.R.*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1900 ss.; A. QUARANTA, *L'appello nel processo amministrativo*, in *I nuovi problemi del processo amministrativo*, Milano, 1974, 74 ss.; S. BRIGNOLA, *L'esperienza del doppio grado di giurisdizione a sette anni dall'istituzione dei T.A.R.*, in *Nuova Rass.*, 1981, 826 ss.; S. SANTORO, *Il giudizio amministrativo di secondo grado*, in *Foro amm.*, 1981, 2597 ss.; M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice d'appello*, in *Foro it.*, 1982, V, 1 ss.; F. LUBRANO, *Il processo amministrativo di appello*, Roma, 1983; quindi ampliamente G. PALEOLOGO, *L'appello al Consiglio di Stato*, Milano, 1989; nonché C.E. GALLO, *Appello nel processo amministrativo*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1987, I, 315 ss.; A. QUARANTA, *Appello (dir. proc. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, II; G. PICCIOLI, *L'appello nell'evoluzione della giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 419 ss.; U. POTOSCHNIG e A. TRAVI, *Appello (dir. amm.)*, in *Enc. dir. Aggiorn.*, Milano, 1999, III, 151 ss.; da ultimo D. IARIA, *I mezzi di impugnazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, V, 3469 ss.; G. LEONE, *Il sistema delle impugnazioni amministrative*, Padova, 2006; A. ZITO e M. D'ORSOGNA, *Le impugnazioni*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006, 351 ss.; A. TRAVI, *Impugnazioni (Proc. amm.)*, in M. CLARICH e G. FONDERICO, *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 374 ss.; da ultimo F. CARINGELLA e R. GAROFOLI (a cura di), *L'appello al Consiglio di Stato, Trattato di giustizia amministrativa*, Milano, 2008.

LEGGE 6 DICEMBRE 1971, N. 1034, ISTITUZIONE DEI TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI

Titolo I

Istituzione e competenze dei tribunali amministrativi regionali

Art. 1. Sono istituiti tribunali amministrativi regionali, quali organi di giustizia amministrativa di primo grado.

Le loro circoscrizioni sono regionali e comprendono le provincie facenti parte delle singole regioni. Essi hanno sede nei capoluoghi di regione.

Nelle regioni Lombardia, Emilia-Romagna, Lazio, Abruzzi, Campania, Puglia, Calabria, Sicilia sono istituite sezioni staccate, le cui sedi e le cui circoscrizioni saranno stabilite nelle norme di attuazione della presente legge previste dall'art. 52.

Una sezione staccata con ordinamento speciale è pure istituita nella regione Trentino-Alto Adige. Essa ha sede a Bolzano e alla sua disciplina si provvede con altra legge.

Il tribunale amministrativo regionale del Lazio, oltre una sezione staccata, ha tre sezioni con sede a Roma.

[...]

Art. 28. Contro le sentenze dei tribunali amministrativi è ammesso ricorso per revocazione, nei casi, nei modi e nei termini previsti dagli articoli 395 e 396 del codice di procedura civile.

Contro le sentenze medesime è ammesso, altresì, ricorso al Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, da proporre nel termine di giorni sessanta dalla ricevuta notificazione, osservato il disposto dell'art. 330 del codice di procedura civile.

Nei casi nei quali i tribunali hanno competenza di merito o esclusiva, anche il Consiglio di Stato, nel decidere in secondo grado, ha competenza di merito o esclusiva.

In ogni caso, il Consiglio di Stato in sede di appello esercita gli stessi poteri giurisdizionali di cognizione e di decisione del giudice di primo grado.

Lungi dall'essere strumenti giurisdizionali di controllo sull'attività degli enti minori (regioni ed enti locali), come pure la lettera e soprattutto la topografia dell'articolo 125 Cost. lasciavano intendere, i T.A.R. sono stati individuati come giudici di primo grado, preposti alla tutela degli interessi legittimi ed in particolari materie anche di diritti soggettivi.

Nel sistema costituzionale il Consiglio di Stato è (divenuto) giudice d'appello, ma è anche giudice ultimo. Infatti, contro le sue sentenze (lo stesso vale per la Corte dei Conti) non è ammesso il ricorso in Cassazione se non per motivi inerenti la giurisdizione (art. 111, ultimo comma Cost.). non è ammesso, cioè, il ricorso per violazione di legge, che invece è previsto contro tutte le sentenze degli organi giudiziari ordinari o speciali (art. 111, penultimo comma)¹⁷².

I primi commenti della dottrina sui nuovi organi di giustizia amministrativa regionale non sono stati inizialmente del tutto favorevoli; sono state messe in evidenza lacune

¹⁷² Come noto contro le decisioni del Consiglio di Stato sono ammessi solo rimedi straordinari (art. 36 legge T.A.R.): il ricorso per revocazione o per difetto di giurisdizione. Su tali mezzi: A. TORRENTE, *Il ricorso alle Sezioni unite della Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 252 ss.; A. CERETI, *Impugnabilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato per "motivi inerenti alla giurisdizione" (art. 111 ult. comma Cost.)*, in *Studi in memoria di G. Zanobini*, Milano, 1965, I; C. FERRI, *Limiti del controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato* (nota a Cass. Sez. Un., 23 giugno 1967 n. 1525), in *Riv. dir. proc.*, 1968, 356 ss.; G. STANCANELLI, *L'impugnativa delle decisioni del giudice amministrativo nel sistema giurisdizionale italiano*, Milano, 1971, più recentemente: M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005.

e difetti tecnici di redazione della nuova disciplina legislativa¹⁷³. Le norme hanno richiesto, almeno per il primo periodo, un particolare sforzo interpretativo della giurisprudenza¹⁷⁴. Ma in breve volgere di tempo la nuova organizzazione della giustizia amministrativa ha dimostrato che l'esigenza dei giudici amministrativi periferici era profondamente sentita¹⁷⁵.

Per la nomina del personale giudicante dei T.A.R., che si articola nelle qualifiche di presidente di sezione, consigliere, primo referendario, è stato scelto il criterio della "professionalità" e cioè è stato adottato il metodo del reclutamento mediante concorso e non già quello della "elettività" da parte dei consigli regionali, che era stato originariamente previsto¹⁷⁶, in quanto si è ritenuto che i magistrati togati o professionali, potessero dare maggiori garanzie di obiettività, di imparzialità e di competenza¹⁷⁷.

I T.A.R. hanno sede nei capoluoghi di regione, ma ogni tribunale può essere articolato in più sezioni e, per le regioni più popolose, sono previste sezioni staccate¹⁷⁸.

¹⁷³ Per rilievi critici A.M. SANDULLI, *Una legge tardiva e difettosa*, in *Europeo*, 1972; C. B., *Un attentato alla libertà: i tribunali amministrativi*, in *Il Tempo*, 5 marzo 1972; per i profili problematici: G. ROHERSSEN, *I tribunali amministrativi regionali nel quadro della giustizia amministrativa*, in *Riv. amm.*, 1972, 317 ss.; V. CAIANIELLO, *Problemi di giurisdizione e di competenza nella legge istitutiva dei T.A.R.*, in *Rass. lav. pubbl.*, 1973, 389 ss.; L. MIGLIORINI, *I tribunali amministrativi regionali: giurisdizione, competenza e processo nel passaggio dal vecchio al nuovo ordinamento*, in *Foro amm.*, 1974, II, 256 ss.; G. LATERZA, *Primi passi dei tribunali amministrativi regionali*, in *Amm. it.*, 1974, 314 ss.

¹⁷⁴ Si è trattato di problemi interpretativi su alcune disposizioni transitorie (in particolare gli artt. 38 e 42 della legge n. 1034/1971) affrontati e risolti da Cons. Stato Ad. plen., 14 aprile 1972 n. 4, in *Cons. Stato*, 1972, I, 337; in dottrina A. SORRENTINO, *Brevi note sulle norme transitorie della legge istitutiva dei T.A.R.*, in *Cons. Stato*, 1972; F. LUBBRANO, *Aspetti interpretativi e costituzionali dell'attuazione della legge sui T.A.R.*, in *Riv. amm.*, 1972, 1 ss.

¹⁷⁵ Per alcune valutazioni di bilancio sull'attività dei T.A.R.: AA. VV., *I tribunali amministrativi regionali dieci anni dopo*, in *Foro amm.*, 1985, 342 ss.; C. TALICE, *Analisi della giustizia amministrativa nell'ultimo decennio*, *ivi*, 1985, 993 ss.; C. CALABRÒ, *La giustizia amministrativa nei T.A.R.*, *Relazione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del Presidente del T.A.R. Lazio 2005*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 3, 239 ss.

¹⁷⁶ Su tale criterio di professionalità: C. TALICE, *Caratteri professionali, culturali e sociali dei magistrati dei T.A.R.*, in *Dir. e soc.*, 1978, 777 ss.

¹⁷⁷ A favore dell'elettività dei magistrati regionali: A. ORSI BATTAGLINI, *I tribunali amministrativi regionali e la continuità dello Stato liberale*, in *Quale giustizia*, 1972, 366 ss.

¹⁷⁸ L'articolo 1 della citata legge n. 1034/1971, ha istituito sezioni "staccate" nelle regioni Lombardia, Emilia Romagna, Lazio, Abruzzi, Campania, Puglia, Calabria, Sicilia, sul presupposto della maggior popolarità o estensione territoriale delle regioni stesse. Le sedi (Brescia, Parma, Pescara, Salerno, Lecce, Reggio Calabria, Catania, Latina) e le circoscrizioni di tali sezioni staccate sono state determinate con i d.p.r. n. 277/1975, 552/1975 e 426/1984. Con deliberazione del Consiglio di presidenza (art. 13 legge n. 186/1982), i T.A.R. possono inoltre essere divisi nella sede centrale in più sezioni, ciascuna composta da non meno di cinque magistrati (art. 6 legge n. 186/1982). Nei tribunali divisi in sezioni, il Presidente del tribunale (che è nominato tra i Consiglieri di Stato e i consiglieri di T.A.R.) presiede la prima sezione, mentre le altre sezioni, comprese quelle staccate, sono presiedute da un consigliere al quale il Consiglio di presidenza conferisce, con il suo consenso, le funzioni di Presidente di sezione. Ai sensi della legge n. 1034/1971, il T.A.R. del Lazio è articolato in tre sezioni. Le sezioni istituite nel T.A.R. Lazio sono presiedute da presidenti di tribunale amministrativo. Va notato che, nonostante l'articolazione del T.A.R. in più sezioni (in sede centrale: c.d. sezioni interne) o sezioni staccate, la struttura del T.A.R. rimane unitaria. In particolare, la decisione di un ricorso da parte del T.A.R. con sede nel capoluogo anziché nella sezione staccata, o viceversa, non comporta vizio di incompetenza (art. 32 legge n. 1034/1971): tra il T.A.R. avente sede nel capoluogo e le sue sezioni staccate si ha cioè una mera ripartizione interna della medesima competenza. Sulla competenza del T.A.R. Lazio: E. ROSINI, *Sul carattere della competenza attribuita al T.A.R. con sede in Roma*, in *Foro amm.*, 1975, II, 139 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Sulla competenza del T.A.R. per il Lazio*, in *Giur. it.*, 1994, III, 1 ss.; AA. VV., *La competenza del T.A.R. del Lazio estesa all'intero territorio nazionale: esperienze, bilancio, prospettive*, Atti del convegno di studi, Roma, 2001.

I T.A.R. giudicano con l'intervento di tre componenti, fra cui il Presidente (art. 10 legge T.A.R.). Il presidente nomina un componente relatore, al quale può delegare i suoi poteri in materia di acquisizione delle prove, di ordinanza ingiunzione e di decretazione di estinzione.

Istituitasi la giurisdizione amministrativa sulla base di organi di giustizia periferici, e quindi con circoscrizioni territoriali in luogo del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale che aveva competenza estesa all'intero territorio dello Stato (fatta eccezione per la Regione siciliana e per la Valle d'Aosta), si è reso necessario determinare la competenza territoriale degli organi decentrati e cioè dei singoli T.A.R. Il criterio adottato dalla legge n. 1034 del 1971 è stato quello della sede dell'ente o dell'organo che ha emesso l'atto impugnato, salvo l'eventuale correttivo dell'efficacia territoriale limitata dell'atto o della sede dell'ufficio dell'impiegato ricorrente per gli atti emessi da organi centrali dello Stato o degli enti pubblici ultraregionali¹⁷⁹. Poiché la sede degli organi centrali dello Stato è Roma, competente per i ricorsi avverso tali organi è il T.A.R. del Lazio¹⁸⁰.

11. Lo status dei magistrati amministrativi e il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa

Gli organi della giurisdizione amministrativa vengono inquadrati nell'ambito delle giurisdizioni speciali e cioè fra quelle giurisdizioni che, pur non facendo parte dell'ordine giudiziario, sono svincolati dalla subordinazione gerarchica che caratterizza l'organizzazione amministrativa e godono di tali garanzie di indipendenza da escludere qualsiasi soggezione rispetto al potere esecutivo¹⁸¹.

¹⁷⁹ In alcuni rari casi, leggi di settore hanno previsto la specifica competenza per territorio di un T.A.R. Il T.A.R. del Lazio è competente per i ricorsi contro gli atti del Consiglio Superiore della Magistratura o dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; il T.A.R. Lombardia è competente per i ricorsi contro gli atti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas. In questi casi si dice che la competenza del T.A.R. è funzionale: sicché l'eventuale incompetenza deve essere rilevata d'ufficio dal T.A.R. erroneamente adito.

¹⁸⁰ Per ulteriori precisazioni sui criteri per l'individuazione della competenza territoriale dei T.A.R.: A. ANDREANI, *La competenza territoriale dei Tribunali amministrativi regionali*, Milano, 1974; F. CIPRIANI, *Il regolamento di competenza nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 236 ss.; P. STELLA RICHTER, *La competenza territoriale del giudice amministrativo*, Milano, 1975; P.M. VIPIANA, *Considerazioni sull'efficacia dell'atto amministrativo impugnato quale criterio determinativo della competenza territoriale dinanzi ai T.A.R.*, in *T.A.R.*, 1988, II, 153 ss.; C.E. GALLO, *Ricostruzione giurisprudenziale del regolamento di competenza nel processo amministrativo*, in *Foto it.*, 1983, III, 47 ss.; quindi C. MIGNONE, *Competenza e regolamento di competenza*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1989, III, 212 ss.; A. DE ROBERTO, *Competenza. Diritto proc. amm.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, III; dopo la legge n. 205/2000: A. POLICE, *La competenza*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, 127 ss.; ID., *Il regolamento di competenza*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2005, 580 ss.; M. D'ORSOGNA, *Le regole generali sulla competenza del giudice amministrativo*, *ivi*, 76 ss.; L. IEVA, *La competenza del giudice amministrativo*, in R. GIOVAGNOLI, L. IEVA, G. PESCE, *Il processo amministrativo di primo grado*, in *Trattato di giustizia amministrativa*, III, di F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, Milano, 2005, 141 ss.; A. LIBERATI, *I problemi attuali della competenza nel diritto processuale amministrativo*, Milano, 2006.

¹⁸¹ Sulla configurazione degli organi di giustizia amministrativa tra le giurisdizioni speciali v. già M.S. GIANINI, *Giustizia amministrativa*, cit., 103 ss.; nonché E. CAPACCIOLI, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 383 ss. Va precisato che con il termine giurisdizioni amministrative speciali si intendono le giurisdizioni non appartenenti al complesso giurisdizionale T.A.R. e Consiglio di Stato, in quanto (v. *supra*) considerato come giurisdizione ordinaria o generale espressamente e direttamente prevista dall'articolo 103, 1° comma della Cost. Sulle giurisdizioni amministrative speciali: L. VERRIENTI, *Giurisdizioni amministrative speciali*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1991, VII, 490 ss.; quindi E. FERRARI, *Le giurisdizioni*

Il personale di magistratura del Consiglio di Stato e dei T.A.R. ha un rapporto d'impiego regolato dalla legge 27 aprile 1982 n. 186 (modificata con l'articolo 18 della legge 21 luglio 2000 n. 205) sull'ordinamento della giurisdizione amministrativa (che ha unificato i due ruoli in passato separati) integrata da alcune norme di leggi e regolamenti anteriori. Il trattamento economico è quello dei magistrati ordinari (art. 30 legge cit.).

Tale personale si distingue in più qualifiche, equiparate a quelle della magistratura ordinaria per il trattamento economico (legge 19 febbraio 1981 n. 27 e legge n. 425 del 1984). Le qualifiche, secondo l'articolo 14 della legge n. 186/1982 sono quelle di Presidente del Consiglio di Stato (equiparato al procuratore generale della Corte di Cassazione); di presidente di sezione del Consiglio di Stato e presidente di T.A.R. (equiparati ai magistrati di cassazione con funzioni direttive di presidente di sezione); di consigliere di Stato (equiparato a magistrato di cassazione); di consigliere di T.A.R., primo referendario e referendario (equiparati rispettivamente ai magistrati di Corte di Cassazione, di Corte d'Appello e di Tribunale)¹⁸².

L'articolo 1 della citata legge stabilisce che il Consiglio di Stato è composto dal Presidente, al quale, in seguito all'articolo 6 *bis*, 2° comma del decreto legge n. 354/2003 convertito in legge n. 45/2004, è affiancato un Presidente aggiunto, da presidenti delle Sezioni e da Consiglieri di Stato.

I magistrati dei T.A.R. si distinguono in consiglieri, primi referendari e referendari. Alla qualifica di referendario si accede con concorso pubblico per esame e per titoli riservato alle categorie indicate dall'articolo 14 della legge n. 1034/1971: magistrati, funzionari dello Stato, avvocati del libero foro rispettivamente con determinate qualifiche e anzianità di carriera nonché consiglieri regionali, provinciali e comunali muniti di laurea in giurisprudenza che abbiano esercitato le funzioni per almeno cinque anni. Alle qualifiche di referendario e di consigliere si accede per anzianità di servizio (c.d. promozione a ruolo aperto).

I magistrati amministrativi non possono essere dispensati o sospesi dal servizio, né destinati ad altra sede o funzione, se non a seguito di deliberazione del Consiglio di presidenza (v. *infra*), adottata o con il loro consenso o per motivi stabiliti dalla legge (art. 24 legge cit.), essi hanno l'obbligo di risiedere stabilmente in un comune della regione ove ha sede l'ufficio presso cui esercitano le loro funzioni (art. 26 legge cit.). Essi sono sottoposti alla vigilanza del Presidente del Consiglio dei ministri ed a quella del Presidente del Consiglio di Stato (art. 31 legge cit.). Le sanzioni disciplinari sono quelle previste per i magistrati ordinari (art. 32 legge cit.). Il procedimento disciplinare è promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri o dal Presidente del Consiglio di Stato, ed istruito da una Commissione formata da tre membri del Consiglio di presidenza (art. 33 legge cit. v. *infra*). La decisione è adottata dal Consiglio di presidenza, dinnanzi al quale il magistrato inquisito ha facoltà di farsi assistere da un altro magistrato. Si applicano ai magistrati amministrativi le disposizioni vigenti per i

amministrative speciali, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Dir. amm. speciale*, Milano, 2000, IV, 3601 ss. e nello stesso volume M. P. CHITI, *Le procedure giurisdizionali speciali*, 3635 ss. Sull'ordinamento della giurisdizione amministrativa così detta ordinaria v. comunque: R. CHIEPPA, *Ordinamento della giurisdizione amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XXII; G. ROHERSSEN, *Consiglio di Stato e tribunali amministrativi regionali*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, cit., III, 422 ss.

¹⁸² La legge n. 186 del 1982 ha abolito le qualifiche di "referendario" e "primo referendario" del Consiglio di Stato già previste dal testo unico 26 gennaio 1924 n. 1054. I primi referendari e referendari di cui all'articolo 14 della citata legge, sono esclusivamente destinati ad esercitare funzioni giurisdizionali presso i T.A.R. (art. 15, 4° comma legge cit.).

magistrati ordinari in materia di collocamento a riposo per raggiunti limiti di età (art. 27 legge cit.), nonché quelle riguardanti il trattamento di quiescenza¹⁸³.

Con la citata legge n. 186 del 1982 è stata operata la saldatura fra la magistratura dei T.A.R. e quella del Consiglio di Stato. Punto saliente di tale saldatura è stata la creazione di un unico organo di autogoverno dei magistrati dei tribunali e di quelli del Consiglio di Stato. Tale organo è stato individuato in un Consiglio di presidenza (che ha preso il posto dei precedenti Consiglio di presidenza del Consiglio di Stato e dei T.A.R.). Tale organismo, nella sua attuale composizione (art. 18 legge n. 205/2000) e con i compiti ed i poteri che la legge gli attribuisce, rappresenta il punto di approdo di un percorso invero lungo e spesso difficoltoso nella progressiva affermazione di un modello di organo di autogoverno per la magistratura amministrativa in linea con i similari organismi previsti per le altre magistrature. Tale organo di autogoverno è costituito con decreto del presidente della Repubblica, su proposta del presidente del consiglio dei ministri. Esso è composto dal presidente del Consiglio di Stato che lo presiede, da quattro magistrati del Consiglio di Stato, da sei magistrati dei T.A.R. e quattro “laici”, cioè cittadini eletti, due dalla Camera dei deputati e due dal Senato della Repubblica a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, tra i professori ordinari di università in materie giuridiche o gli avvocati con vent’anni di esercizio professionale; da quattro magistrati (due del Consiglio di Stato e due dei T.A.R.) in funzione di supplenti. I componenti laici non possono esercitare alcuna attività suscettibile di interferire con le funzioni delle magistrature amministrative¹⁸⁴. I magistrati sono eletti, rispettivamente, dai magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato e presso i T.A.R., senza distinzione di categoria, con voto personale, segreto e diretto; i membri durano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili per i successivi otto anni dalla scadenza dell’incarico. Tra di essi viene eletto un vice presidente dell’organo che sostituisce il presidente ove questi sia assente o impedito.

Il punto di maggior interesse è sicuramente quello concernente le attribuzioni del nuovo organismo. Spetta, infatti, al Consiglio di presidenza, oltre che verificare i titoli di ammissione dei componenti eletti dai magistrati e decidere sui reclami attinenti alle elezioni, disciplinare con regolamento interno il proprio funzionamento, formulare proposte per l’adeguamento e l’ammodernamento delle strutture e dei servizi, sentiti i presidenti dei T.A.R.¹⁸⁵, stabilire i criteri di massima per la ripartizione degli affari consultivi e dei ricorsi rispettivamente tra le sezioni consultive e tra quelle giurisdizionali del Consiglio di Stato e nell’ambito dei tribunali divisi in sezioni; determinare i criteri e le modalità per la fissazione dei

¹⁸³ Ulteriori più dettagliate indicazioni in G. LANDI, *Il Consiglio di Stato e i T.A.R.*, cit., 133 ss.

¹⁸⁴ La questione di legittimità costituzionale delle norme che disciplinano la composizione del Consiglio di presidenza era stata sollevata dal T.A.R. Reggio Calabria ma è stata dichiarata inammissibile da Corte Cost. 20 novembre 1998 n. 377, in *Cons. Stato*, 1998, I, 317.

¹⁸⁵ Va ricordata, tra i recenti provvedimenti, la delibera del 21 aprile 2006 con la quale il Consiglio di presidenza ha istituito il Comitato pari opportunità della magistratura amministrativa, con il compito di formulare al Consiglio medesimo pareri e proposte per la piena realizzazione di pari opportunità tra uomini e donne nell’attività di magistrato, anche attraverso azioni positive. Il Comitato, presieduto del Presidente della III Commissione permanente del Consiglio di presidenza, vede la presenza di due magistrati amministrativi designati dal Consiglio di presidenza, di cui almeno uno di sesso femminile, di tre magistrati di sesso femminile designati dal Consiglio di presidenza in base a terne di nominativi indicati dalle associazioni di categoria e dal Segretario generale della giustizia amministrativa o da un funzionario da questi designato.

carichi di lavoro dei magistrati. Nelle attribuzioni del Consiglio di presidenza rientrano poi le assunzioni, le assegnazioni di sedi e di funzioni, i trasferimenti, le promozioni, il conferimento di uffici direttivi ed ogni altro provvedimento riguardante lo stato giuridico dei magistrati, i relativi procedimenti disciplinari¹⁸⁶, il conferimento ai magistrati stessi di incarichi estranei alle loro funzioni, in modo da assicurare un'equa ripartizione, sia degli incarichi, sia dei relativi compensi e gli interventi sulle piante organiche del personale di magistratura dei T.A.R. e sull'eventuale divisione in sezioni dei tribunali stessi.

Dalla stessa legge n. 186 del 1982 (art. 4 modificato dall'art. 17 della legge n. 205/2000) è stato poi istituito l'Ufficio del segretariato generale della giustizia amministrativa, composto dal segretario generale, dal segretario delegato per il Consiglio di Stato e dal segretario delegato per i T.A.R. Il segretario generale e i segretari delegati assistono il Presidente del Consiglio di Stato nell'esercizio delle sue funzioni e svolgono gli altri compiti previsti dalle norme vigenti per il segretario generale del Consiglio di Stato (art. 4 legge n. 186/1982 come sostituito dall'art. 17 legge n. 205/2000)¹⁸⁷.

Il nuovo ordinamento del personale della magistratura amministrativa si è ispirato, da un lato, all'unitarietà del sistema giurisdizionale della tutela degli interessi procedendo all'unificazione dei ruoli; dall'altro lato, ha corrisposto all'esigenza costituzionale di assicurare una maggiore indipendenza ed autonomia ai magistrati amministrativi, il cui autogoverno trova nelle competenze del Consiglio di presidenza, di nomina in prevalenza elettiva, un'adeguata attuazione. Significativa è stata inoltre la riduzione dell'aliquota delle nomine di iniziativa governativa in seno al Consiglio di Stato.

La Presidenza del Consiglio dei ministri (come si è detto per la sua origine storica) esercita l'alta sorveglianza su tutti gli uffici e su tutti i magistrati. La legge, tuttavia, non prevede gli strumenti ispettivi di cui dovrebbe avvalersi il Presidente del Consiglio di Stato per attuare i poteri di vigilanza che gli sono attribuiti. Questa è esercitata sui singoli uffici e sui singoli magistrati che ne fanno parte dal magistrato con funzioni direttive che è loro preposto. La disposizione (art. 32, 2° comma) mette, infatti, in evidenza che il Presidente del Tribunale o del Consiglio di Stato non è soltanto un *primus inter pares*, ma ha anche poteri di controllo sull'attività dei magistrati, nei confronti dei quali non può sindacare nel loro contenuto le funzioni giurisdizionali.

Ove, dall'esercizio delle funzioni di vigilanza siano riscontrate infrazioni disciplinari, viene fatto luogo a sanzioni. Esse sono inflitte, con provvedimento di carattere amministrativo, dal Consiglio di presidenza, secondo un procedimento regolato dagli articoli 33 e 43 della citata legge n. 186/1982, la cui disciplina è integrata, per quanto non diversamente disposto, delle norme vigenti in materia per i magistrati ordinari (v. *supra*).

¹⁸⁶ Avendo il Consiglio di presidenza funzioni deliberanti in ordine ai provvedimenti sullo stato giuridico dei magistrati, le condizioni di indipendenza si sono sostanzialmente rafforzate con un'equiparazione completa con i magistrati dell'ordine giudiziario. La citata legge n. 186/1982 (art. 24) stabilisce, infatti, che i magistrati amministrativi non possono essere dispensati o sospesi dal loro servizio né destinati ad altra sede o funzione (principio dell'inaffidabilità) se non a seguito di deliberazione del Consiglio di presidenza (principio dell'autonomia) o con il loro consenso o per motivi stabiliti dalla legge.

¹⁸⁷ L'incarico di Segretario generale, di durata quinquennale e non rinnovabile, è conferito ad un consigliere di Stato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio di Stato, sentito il Consiglio di presidenza.

Sotto il profilo organizzativo, è stato osservato che le innovazioni introdotte dalla legge n. 186 del 1982 si inseriscono nella linea di maggiore garanzia di indipendenza. In particolare, è stato rilevato che i compiti del Consiglio di presidenza, caratterizzato da una nuova composizione che consente una più ampia presenza alla magistratura dei T.A.R., non si limitano solo al governo della categoria, estendendosi, come rilevato nei primi anni di applicazione, ad un'attività di ordine generale, di contenuto di disciplina interna (contenuto "paranormativo")¹⁸⁸.

12. Notazioni conclusive

Le pagine che precedono hanno inteso delineare l'evoluzione non solo storico-istituzionale ma anche il ruolo crescente che nel corso del tempo è venuto assumendo il Consiglio di Stato quale organo ausiliario dello Stato ordinamento¹⁸⁹. Emblematica, in tal senso, è certamente la vitalità dell'organo, creato da Carlo Alberto nel 1831 nel Regno di Sardegna e poi esteso all'Italia unita, ed ancor oggi più che mai attivo (ed anzi propulsivo) grazie ad una duttilità intrinseca che gli ha permesso di adattarsi di volta in volta alle diverse realtà politiche del tempo. Com'è già stato esattamente avvertito da autorevole dottrina¹⁹⁰, a dimostrazione di tale duttilità, occorre rilevare che il Consiglio di Stato era stato istituito in Italia sotto "una monarchia accentratrice non ancora parlamentare", mentre al giorno d'oggi "è chiamato ad operare in uno Stato pluralistico e decentrato, ossia nell'ambito di un ordinamento e di una società civile radicalmente mutati rispetto a quelli di allora".

¹⁸⁸ In tal senso G. LANDI, G. POTENZA, V. ITALIA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., spec. 618.

¹⁸⁹ Per ulteriori apporti conoscitivi su tale ruolo, sul suo processo evolutivo e sulle esigenze riformistiche, prima della legge n. 205 del 2000, nel fitto dibattito: M. NIGRO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1985, V, 121 ss.; A.M. SANDULLI, *La riforma della magistratura amministrativa*, in *Foro amm.*, 1982, I, 1428 ss.; M. NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 1983, V, 249 ss.; F. MERUSI e G. SANVITI, *L'ingiustizia amministrativa in Italia. Per la riforma del processo amministrativo*, Bologna, 1986; F.G. SCOCA, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei tribunali amministrativi regionali*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987; S. CASSARINO, *Tendenze riformatrici della giustizia amministrativa in Italia*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, Milano, 1987, 125 ss.; S. CASSESE, *Giudice amministrativo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1987, 113 ss.; G. D' AURIA, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: osservazioni da un'indagine e spunti per una ricerca*, ivi, 1987, 124 ss.; R. LASCHENA, *Profili innovatori della disciplina del processo amministrativo*, in AA.VV., *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Milano, 1988; A. DE ROBERTO, *Il processo amministrativo oltre l'annullamento*, in AA.VV., *Studi per centenario del Consiglio di Stato*, cit., 1989, 885 ss.; A. TRAVI e C. MARZUOLI, *La riforma della giustizia amministrativa*, in *Foro it.*, 1990, V, 279 ss.; U. REALFONSO, *Verso una giustizia amministrativa sostanziale?*, in *Foro amm.*, 1990, 2515 ss.; i contributi raccolti nel volume collettaneo *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*, Milano, 1993; e quelli contenuti in V. PARISIO (a cura di), *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato democratico*, Milano, 1999; dopo la legge n. 205/2000: S. LARICCIA, *Evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Atti del Convegno sulla giustizia amministrativa*, Roma, Consiglio di Stato, Milano, 2000, 281 ss.; S. PANUNZIO, *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, in *Pol. dir.*, 2000, 3 ss.; B. SASSANI e R. VILLATA, *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, Torino, 2001; A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205/2000. Epitaffio di un sistema*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 ss.; A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, 21 ss.; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, 2004; D. CORLETTI, G. SALA, G. SCIULLO (a cura di), *La giustizia amministrativa in trasformazione*, Padova, 2007.

¹⁹⁰ E. CASETTA, *Relazione introduttiva*, in *Atti del Convegno del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, cit., 1 ss.

Santi Romano legge il discorso di insediamento a presidente del Consiglio di Stato, alla presenza di Benito Mussolini e Michele Bianchi (1928).



Tale vitalità, a sua volta, è stata ben espressa dalla capacità del Consiglio di Stato di affrontare le sfide e le problematiche della complessità della società e degli ordinamenti giuridici moderni, contrassegnati dalla distribuzione delle competenze amministrative tra più livelli territoriali (Stato, regioni, enti locali), dalla rete sempre più ampia degli interessi pubblici, in conseguenza del continuo riconoscimento come interessi pubblici da parte del legislatore, di interessi che in precedenza erano considerati interessi collettivi o addirittura interessi privati, dalla istituzione di sempre nuovi centri di riferimento amministrativo per la cura dei nuovi interessi pubblici¹⁹¹: adattamento che non è stato indotto soltanto dalle nuove istanze legislative, ma dalla disponibilità ad interpretare con sempre maggiore aderenza i nuovi e crescenti compiti che sono chiamati ad adempiere le amministrazioni pubbliche ai diversi livelli di governo.

Tale duttilità ha trovato e continua a trovare giustificazione nella stessa struttura compositiva del Consiglio di Stato (talora criticata) che vede la diversa provenienza dei suoi magistrati sia da concorso che da nomina governativa in un'armoniosa simbiosi. Non a caso

¹⁹¹ Sul problema della complessità della società e degli ordinamenti giuridici un'interessante valutazione della dottrina contemporanea è contenuta nei contributi comparsi nel volume a cura di G. BOCCHI, *La sfida della complessità*, Milano, 1986; E. MORIN, *Le vie della complessità*, in AA. VV., *La sfida della complessità*, a cura di G. BOCCHI e M. CERUTI, Milano, 1988, 49 ss.

sulla irrinunciabilità di tale simbiosi hanno, da tempo, insistito coloro che si sono occupati di studiare il funzionamento ed il ruolo stesso del Consiglio di Stato. Per questo motivo, le funzioni consultiva e giurisdizionale del Consiglio di Stato, sono state sempre ritenute inscindibili (come già ricordava Santi Romano nel discorso celebrativo del centenario) contribuendo a darne una configurazione sostanzialmente unitaria. L'immissione nel Consiglio di soggetti esterni di alto livello e di comprovata esperienza giuridico-amministrativa si è rivelata, da sempre, assai utile e feconda per assicurare l'aggiornata conoscenza delle problematiche interne agli apparati amministrativi e l'esperienza operativa indispensabile ad un organo che, all'un tempo, organo ausiliario ed organo di giustizia nell'Amministrazione.

E pertanto dato di affermare senza esitazione che, nonostante siano ancora state recentemente espresse riserve nei confronti della doppia funzione del Consiglio di Stato, consultiva e giurisdizionale¹⁹², l'alta funzione giustiziale ha sempre consentito di assicurare un controllo imparziale ed obiettivo sull'attività della pubblica amministrazione nel conseguimento dei fini di interesse pubblico che la stessa è chiamata costituzionalmente a perseguire¹⁹³ anche e, a maggior ragione, nel progressivo affermarsi dell'ordinamento comunitario¹⁹⁴.

¹⁹² Non può essere sottaciuto che, durante i lavori della Commissione bicamerale (l. cost. 24 gennaio 1997 n. 1) che non è riuscita a concludere i suoi lavori, erano state sollevate delle censure nei confronti di tale doppia funzione, fino a prospettare il ritorno ad un sistema di giurisdizione di tipo monistico. Su tali lavori: V. CERULLI IRELLI, *Prospettive della giustizia amministrativa nel dibattito della Commissione Bicamerale per le riforme*, in *Atti delle giornate di studi in onore di M. S. Giannini*, Bologna, 1997, 73 ss.; F.G. SCOCA, *Le proposte della Commissione bicamerale sulla giustizia amministrativa*, in E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Evoluzione della giustizia amministrativa. Integrazione europea e prospettive di riforma*, Atti del Convegno (Lecce, novembre 1997), Milano, 1998, 231 ss.; adesivamente A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005.

¹⁹³ Su questo principio ed obiettivo fondamentale, tra i molti, v.: M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, Torino, 1994; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996; G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993, 455 ss.; ID., *La responsabilità pubblica (Costituzione e amministrazione)*, Padova, 1994; E. CASETTA, S. FOÀ, *Pubblica amministrazione*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Aggiorn. I, Torino, 2000, 436 ss.; A. CERRI, *La "costituzionalizzazione" dell'amministrazione pubblica in Italia*, in N. GRECO-P. BIONDINI, *Diritto e amministrazione pubblica nell'età contemporanea*, Scuola Superiore della P.A., Roma, 2001; V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione: documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, Torino, 2002; S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 173 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 4741 ss.

¹⁹⁴ Come ben noto, nell'ultima parte del secolo XX, parallelamente alla sempre più effettiva rilevanza del diritto comunitario, è venuto acquisendo un rilievo crescente nel sistema della tutela giurisdizionale delle persone e soprattutto delle imprese nei confronti delle amministrazioni pubbliche anche il ruolo dei giudici comunitari di Lussemburgo, cioè della Corte di giustizia delle Comunità europee e del Tribunale di primo grado (quest'ultimo operante dal 1 settembre 1989, quale giudice di prima istanza per buona parte delle controversie), cui si sono aggiunte le camere giurisdizionali previste dal Trattato di Nizza (art. 2 par. 32). Su cui L. DANIELE, *Corte di giustizia delle comunità europee*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1989, IV, 225 ss.; ID., *Aggiornamento*, Torino, 2000, I, 148 ss.; nonché G. GERIN, *La Corte di giustizia delle comunità europee*, Padova, 2000. Ai giudici comunitari, in questo caso la Corte di giustizia, spetta risolvere controversie tra le istituzioni comunitarie e gli stati membri nei loro rapporti reciproci (Trattato CEE artt. 226-228; 230 1°, 2°, 3° comma; 231 1°, 2°, 4° comma). Per ulteriori precisazioni su questa influenza del diritto comunitario nei sistemi di giustizia amministrativa tra gli specifici contributi citati: G. FALCON, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, parte generale, 333 ss.; F. ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999; G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, cit., 2001; E. PICOZZA (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, cit., 2003; R. CARANTA, *La giustizia amministrativa comunitaria*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., V, 4939 ss.; L. TORCHIA, *Il governo delle differenze*, Bologna, 2006; L. MARUOTTI, *Diritto comunitario e diritto amministrativo*, in *Giust. amm. it.*, 3/2008.