
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

Capitolo I

PROFILO STORICO DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA IN ITALIA

di V. Fanti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il sistema italiano di giustizia amministrativa dopo l'Unità d'Italia (1861). – 3. La legge abolitiva del contenzioso amministrativo (1865). – 3.1. Sviluppi ed elaborazioni della legge n. 2248 del 1865. – 4. L'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato (1889). Alla ricerca di un criterio per il riparto di giurisdizione. – 4.1. Il concordato giurisprudenziale del 1930. La vittoria (mascherata) del criterio di riparto di giurisdizioni fondato sulla *causa petendi*. – 5. La giustizia amministrativa nella Carta costituzionale (1948). – 6. L'istituzione dei tribunali regionali amministrativi (1971). – 7. Le riforme del processo amministrativo tra legislazione, giurisprudenza e dottrina (1999). – 8. Il codice del processo amministrativo (2010).

1. Premessa

Col termine **giustizia amministrativa** si fa riferimento al complesso di mezzi che l'ordinamento giuridico predispone a tutela delle situazioni giuridiche dei soggetti privati nei confronti della pubblica amministrazione, laddove questa assuma una posizione di supremazia nello svolgimento della sua attività, al fine di permettere ai titolari delle situazioni giuridiche soggettive – che si relazionano con un potere pubblico e che si ritengano lesi da quest'ultimo – di ottenere una pronuncia oggettiva e imparziale in merito alla controversia.

La tutela delle situazioni giuridiche nei confronti della P.A. può essere demandata ad un organo della stessa pubblica amministrazione, adito dal soggetto leso mediante un ricorso amministrativo, oppure ad un giudice investito della controversia a seguito dell'esercizio di un'azione giudiziaria da parte del soggetto leso.

È evidente che la tutela giurisdizionale offra maggiori garanzie al predetto soggetto rispetto ai ricorsi amministrativi, per la posizione di terzietà e di indipendenza dal potere esecutivo in cui si trova il giudice.

2. Il sistema italiano di giustizia amministrativa dopo l'Unità d'Italia (1861)

Il nostro sistema attuale di giustizia amministrativa si definisce “**dualistico**” nel senso che il giudice ordinario e il giudice amministrativo possiedono

un'**attribuzione a carattere generale** a conoscere le controversie tra cittadino e pubblica amministrazione: generale perché per il giudice ordinario e per il giudice amministrativo vi è un criterio di riparto che va applicato a tutte le controversie e il giudice ordinario ne conosce se rileva una questione di lesione di un diritto soggettivo (attribuzione a carattere generale) e il giudice amministrativo ne conosce se vi è lesione di un interesse legittimo (attribuzione a carattere generale).

A tale situazione si arriva muovendo dalla legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, meglio nota come legge abolitiva del contenzioso amministrativo.

La vicenda storica ed istituzionale del contenzioso amministrativo in Italia è stata influenzata, al tempo della conquista napoleonica, dalla Francia il cui sistema del contenzioso, elaborato ancor prima della rivoluzione del 1789 e confermato anche dai governi successivi alla restaurazione, consisteva in un complesso di organi collegiali aventi natura amministrativa che risolvevano le controversie tra le articolazioni del potere pubblico ed i privati. All'epoca, infatti, non si ammetteva, per via di una interpretazione rigorosa del principio della separazione dei poteri, che l'amministrazione potesse essere convenuta dinanzi agli organi giurisdizionali e da questi giudicata.

Nel sistema piemontese (che avrebbe influenzato in misura determinante le scelte del Regno d'Italia) il problema è stato risolto attribuendo le controversie con la pubblica amministrazione ai c.d. "tribunali del contenzioso amministrativo", i quali erano una tipica espressione della concezione dell'autodichia (ovvero di una "giurisdizione" interna al potere esecutivo). Essi erano costituiti dai "Consigli d'intendenza", ovvero da commissioni composte di funzionari dell'amministrazione statale, prive di indipendenza, le quali giudicavano su ricorsi ad esse proposti, in materie determinate, con procedimento non formale. Nel Regno di Sardegna, nel 1859, questi collegi furono sostituiti da "Consigli di governo", presenti presso ogni Governatorato (Prefettura); fu creata una "sezione del contenzioso" presso il Consiglio di Stato e fu riordinata la giurisdizione contabile della Corte dei Conti.

Tale sistema, dopo l'unificazione, venne criticato poiché, secondo le ideologie liberali sostenitrici dell'abolizione del contenzioso amministrativo e dell'affermarsi della giurisdizione ordinaria e universale, non poteva più ammettersi la conservazione delle giurisdizioni prive di effettiva indipendenza. Inoltre, nell'esperienza dell'Europa continentale erano emersi dei modelli alternativi, ad esempio quello previsto dalla Costituzione belga del 1831 (a sua volta in qualche misura influenzato dall'esperienza inglese della *common law*), il quale prevedeva che tutte le controversie con l'amministrazione (oltre che quelle tra soggetti privati) fossero conosciute dal giudice (ordinario).

Fautore tenace della scelta abolitiva del contenzioso è stato Pasquale Stanislao Mancini, giurista e politico campano che, con un suo discorso alle Camere del giugno 1864, portò all'abolizione dell'allora vigente contenzioso da lui definito

addirittura “strumento” del dispotismo¹, in quanto espressione di un’ingiustificata supremazia dell’amministrazione sull’individuo. Quindi, con l’unificazione nazionale, proclamata, come è noto, il 17 marzo 1861, si pose nell’immediato il problema di riordinare e uniformare anche la materia della giustizia amministrativa conformemente ad una visione unitaria dello Stato di diritto secondo cui la giustizia non poteva essere elargita per grazia sovrana, ma doveva essere assicurata da un giudice in senso proprio, cioè terzo, imparziale, indipendente.

Venne, così, approvata la **legge 20 marzo 1865, n. 2248** che, all’**allegato E**², disciplinava, appunto, il contenzioso amministrativo, un provvedimento legislativo che per molti decenni, e sino ad oggi, ha influenzato profondamente la giustizia amministrativa dello Stato italiano, sopravvivendo a cambi di governi e di regimi, alla Monarchia, alla Repubblica, allo Statuto albertino ed alla Carta costituzionale.

3. La legge abolitiva del contenzioso amministrativo (1865)

Nello specifico, l’art. 1 della legge del 1865 eliminava i vecchi tribunali del contenzioso amministrativo e attribuiva tutte le controversie al giudice ordinario o all’autorità amministrativa, istituendo in tal modo la **giurisdizione unica dell’autorità giudiziaria ordinaria**.

L’art. 2 della legge stabiliva che fossero *devolute al giudice ordinario tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si (facesse) questione di un diritto civile o politico, comunque vi (potesse) essere interessata la Pubblica Amministrazione e ancorché (fossero) emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell’autorità amministrativa*. Quindi, all’epoca, spettavano al giudice ordinario tutte le controversie tra cittadino e pubblica amministrazione riguardanti diritti soggettivi, qualunque fosse la posizione della P.A.: sia come contraddittore diretto o indiretto, sia come terzo. L’espressione *ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell’autorità amministrativa* voleva significare che, anche nell’ipotesi in cui vi fosse un provvedimento amministrativo (ad esempio, un decreto di esproprio) che incidesse su un diritto soggettivo (ad esempio, su un diritto di proprietà), la controversia, venendo a riguardare un diritto soggettivo (compreso all’interno del diritto civile), doveva essere conosciuta dal giudice ordinario. Quindi, in base al sistema introdotto dalla legge n. 2248 del 1865, all. E, qualora la

¹ G. ABBAMONTE – R. LASCHENA, *Giustizia Amministrativa*, in *Tratt. Santaniello*, XV, Padova, 1997, 5.

² La legge 20 marzo 1865, n. 2248, rubricata “*Legge per l’unificazione amministrativa del Regno d’Italia*”, si strutturava di soli cinque articoli, seguiti da una consistente lista di allegati. Questi ultimi erano in numero di sei: Allegato A – Organizzazione amministrativa dello Stato; Allegato B – Pubblica sicurezza; Allegato C – Sanità pubblica; Allegato D – Istituzione del Consiglio di Stato; Allegato E – Contenzioso Amministrativo; Allegato F – Opere Pubbliche.

controversia riguardasse un diritto soggettivo, ancorché vi fosse un provvedimento amministrativo, espressione del potere esecutivo, emanato dall'autorità amministrativa e, quindi, imperativo, essa doveva comunque essere conosciuta dal giudice ordinario. In altri termini, secondo tale impostazione, a fronte del provvedimento amministrativo, anche se imperativo, poteva coesistere il diritto soggettivo, perché l'effettivo estintivo o degradatorio del diritto non conseguiva al provvedimento amministrativo. Tale provvedimento imperativo, di per sé, non estingueva il diritto soggettivo; infatti, era consentito al cittadino, titolare di un diritto soggettivo leso da un provvedimento amministrativo, espressione del potere, di adire il giudice ordinario e dimostrare che l'atto di imperio era un atto *contra legem*.

L'art. 4, ulteriormente, aveva lo scopo di rispettare e tutelare il **principio della separazione dei poteri**, precisando e completando il contenuto dell'art. 2. L'art. 4, infatti, stabiliva che il **giudice ordinario**, in presenza di un atto amministrativo lesivo di un diritto, dovesse limitarsi a conoscere degli **effetti dell'atto in relazione all'oggetto del giudizio** (oggetto principale), senza poter per questo annullare, revocare o modificare un atto amministrativo. Quest'ultimo, infatti, poteva essere revocato, annullato o modificato solo con ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali avevano l'obbligo di conformarsi alle decisioni pronunziate dal giudice ordinario.

L'art. 5 stabiliva che il giudice ordinario potesse solo **disapplicare** gli atti amministrativi lesivi di diritti soggettivi: in pratica, poteva accertare l'illegittimità del provvedimento in quanto ciò fosse necessario per decidere sulla lesione del diritto soggettivo, oggetto principale del giudizio. L'illegittimità dell'atto non era, infatti, lo scopo della sentenza del giudice ordinario, ma era la ragione della sentenza del giudice ordinario, cioè dalla illegittimità o meno del provvedimento derivava la lesione o meno del diritto il cui accertamento rappresentava lo scopo della sentenza del giudice ordinario. Se l'atto era illegittimo, il giudice ordinario lo disapplicava, cioè non considerava gli effetti dell'atto in relazione alla fattispecie concreta sottoposta alla sua cognizione. Ma il provvedimento continuava a vivere nel mondo giuridico e, in generale, ad esplicare i suoi effetti. Quindi, l'autorità amministrativa doveva conformarsi alla decisione del giudice ordinario, annullando l'atto amministrativo che il giudice ordinario aveva disapplicato. In tal modo, dinanzi al giudice ordinario, il titolare del diritto soggettivo leso poteva ottenere la condanna al risarcimento dei danni.

Le limitazioni poste al giudice ordinario in ordine ai propri poteri cognitori e decisorii, contenute negli artt. 4 e 5 della legge n. 2248 del 1865 all. E, costituivano una forma di salvaguardia del principio della divisione dei poteri: esse risultavano dirette ad impedire che il potere giurisdizionale (all'epoca rappresentato solo dalla giurisdizione del giudice ordinario) invadesse e interferisse nella sfera del potere esecutivo della P.A.

Per quanto concerne, invece, le controversie non riguardanti i diritti soggettivi e, cioè, quelle che si riferivano *agli affari non compresi* nell'art. 2 della legge n. 2248 del 1865 (ai sensi dell'art. 3 della stessa legge), la cognizione spettava alle **autorità amministrative** le quali, ammesse le deduzioni e le osservazioni scritte delle parti interessate, (provvedevano) con decreti motivati previo parere dei consigli amministrativi che per diversi casi siano dalla legge stabiliti. Ma, in realtà, tali consigli amministrativi non furono mai istituiti e contro tali decreti (ovvero quelli che decidevano i predetti ricorsi) venne ammesso il ricorso in via gerarchica in conformità alle leggi amministrative. In altri termini, per le situazioni diverse dai diritti soggettivi, la legge del 1865 stabiliva come la loro tutela fosse attribuita solo all'autorità amministrativa; ma, ovviamente, si trattava di una **tutela non giurisdizionale**, rimessa alla stessa autorità che era anche parte del contenzioso e, dunque, incapace di garantire una reale tutela. In riferimento a tali relazioni, nelle quali il cittadino poteva lamentare la lesione della sua posizione definita dalla norma come "affare" (ovvero semplice interesse, non già diritto), era evidente un'assenza di tutela giurisdizionale. Come risposta a tale vuoto si ricorda il commento lapidario in Parlamento di uno dei fautori della legge del 1865, già citato, Pasquale Stanislao Mancini, il quale sostenne: «Ebbene, ch'ei si rassegni»³. Il lungo cammino verso una tutela piena ed esaustiva della lesione dei diritti e degli interessi da parte della pubblica amministrazione era solo agli inizi⁴.

3.1. Sviluppi ed elaborazioni della legge n. 2248 del 1865

In base alla legge n. 2248 del 1865, il problema che si pose all'indomani della sua emanazione era se le controversie che insorgevano tra P.A. e privato dovessero essere conosciute dal giudice ordinario o dall'autorità amministrativa: tale problema non si configurava come questione di giurisdizione, ma come questione di attribuzione, poiché il problema che si poneva era se la questione dovesse essere conosciuta dal giudice ordinario o da nessun giudice (tale è il conflitto

³ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed., Il Mulino, Bologna, 2002, 60.

⁴ A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei Governi liberi*, Torino, 1904, 101, riteneva la legge del 1865 la "prima risposta unitaria al problema della tutela nei confronti dell'amministrazione", affermando "le garanzie giuridiche della libertà civile" dell'individuo.

Con l'attribuzione, da una parte, al giudice ordinario delle controversie relative ai diritti e, dall'altra, alla pubblica amministrazione dei rimedi amministrativi interni, si delineava una sorta di "zona franca" a favore della P.A., essendo esclusa da ogni sindacato giurisdizionale la sfera di discrezionalità pura. Secondo B. SORDI, *Giustizia amministrativa nell'Italia liberale*, Milano, 1985, 25 ss., in tale sistema si contemperavano due opposte esigenze: da un lato, la tutela delle aspettative private nei confronti dell'amministrazione, dall'altro, la necessità di assicurare anche alla P.A. un ambito di autonomia incensurabile dall'autorità giudiziaria.

di attribuzione, mentre il conflitto di giurisdizione si ha tra due diverse autorità giurisdizionali).

Ebbene, nel periodo che va dal 1865 al 1877, i **conflitti di attribuzione** sono stati risolti dal **Consiglio di Stato**, poiché venne estesa al Regno italiano una legge sarda (e cioè una legge dello Stato sabaudo – Regno di Piemonte e Sardegna) del 1859 che attribuiva al Consiglio di Stato, massimo organo amministrativo, il potere di risolvere i conflitti di attribuzione.

L'esame delle decisioni del Consiglio di Stato risolutive dei conflitti di attribuzione, effettuato dal Mantellini, un giurista assai attento all'evoluzione del diritto amministrativo⁵, ha permesso di accertare che il Consiglio di Stato prediligeva un'impostazione del tutto diversa, circa il criterio di distribuzione delle controversie tra autorità amministrativa e giudice ordinario, rispetto a quanto inteso dal legislatore del 1865. In particolare, l'analisi delle decisioni del Consiglio di Stato dal luglio 1865 all'aprile 1877 evidenziò come il Consiglio di Stato ebbe a risolvere circa 500 conflitti di cui solo 111 controversie furono ritenute di spettanza del giudice ordinario⁶.

Sotto il profilo della tecnica processuale, il sistema funzionava nel modo seguente: il cittadino adiva il giudice ordinario per ottenere soddisfazione del suo diritto, che assumeva lesa da un provvedimento amministrativo; il prefetto (quale rappresentante dell'autorità centrale) aveva il potere di sollevare il conflitto di attribuzione, sostenendo che la controversia non poteva essere decisa dal giudice ordinario, ma doveva essere attribuita all'autorità amministrativa, ovvero il giudice stesso (d'ufficio) sollevava il conflitto di attribuzione. Sollevato il conflitto (quindi, o su istanza di parte o d'ufficio), il giudice ordinario doveva sospendere il giudizio e rimettere la questione al Consiglio di Stato.

Occorre premettere che all'epoca il Consiglio di Stato era un organo centrale del potere esecutivo e poteva essere considerato come il massimo organo amministrativo. Confluivano in tale impostazione quelle correnti di pensiero conservatrici secondo le quali, in applicazione del principio della separazione dei poteri, non era ammissibile che il potere giurisdizionale (allora rappresentato dall'unico giudice ordinario) interferisse nella sfera di potere riservato all'esecutivo. Il Consiglio di Stato, quindi, nella risoluzione dei conflitti di attribuzione, si preoccupava di mantenere all'attribuzione dell'autorità amministrativa la decisione sulle controversie tra P.A. e cittadino.

Tuttavia, nella risoluzione dei conflitti, il Consiglio di Stato prospettò una soluzione diversa rispetto a quella che il legislatore del 1865 intendeva stabilire.

⁵ G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione in Italia*, Firenze, 1878, 33. Di recente, F.G. SCOCA, *Il Consiglio di Stato e i conflitti di attribuzione*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Torino, 2011, 93 ss.

⁶ Sempre G. MANTELLINI, *op. cit.*, 33.

Esso, infatti, propose la distinzione tra *atti iure imperii* e *atti iure gestionis*, affermando che, a fronte degli atti espressione dell'esercizio del potere, non si configurassero situazioni di diritto soggettivo, perché quest'ultimo si estingueva per effetto dell'imperatività del provvedimento, mentre a fronte degli atti espressione dell'attività contrattuale della P.A. si configurassero situazioni di diritto soggettivo. Di conseguenza, solo in questo secondo caso la cognizione della controversia spettava al giudice ordinario.

Da tale orientamento del Consiglio di Stato derivava che le questioni relative alle autorizzazioni, alle concessioni, ai decreti di esproprio non venissero attribuite al giudice ordinario, perché erano provvedimenti che la P.A. adottava nell'esercizio del potere autoritativo, a fronte dei quali non vi erano situazioni di diritto per effetto dell'imperatività del potere esercitato. In particolare, il decreto di esproprio, pur incidendo sul diritto di proprietà, non veniva attribuito alla cognizione del giudice ordinario perché, secondo il Consiglio di Stato, il decreto di esproprio, essendo un provvedimento emesso *iure imperii*, determinava l'estinzione del diritto stesso; quindi un'eventuale controversia riguardante tale provvedimento doveva essere attribuita all'autorità amministrativa. Ulteriore conseguenza consisteva nel fatto che, qualora si discutesse di un provvedimento amministrativo autoritativo, i meri affari (quelli che sarebbero divenuti poi interessi legittimi) non erano conosciuti da nessun giudice, in quanto ritenuti estinti dalla forza del provvedimento stesso.

Viceversa, secondo il Consiglio di Stato, dovevano essere conosciute dal giudice ordinario tutte le questioni riguardanti gli atti *iure gestionis* e, cioè, l'attività che la P.A. poneva in essere come un soggetto privato (e non come autorità), e quindi, l'attività contrattuale della P.A., quella riguardante l'interpretazione dei contratti e il loro contenuto. In sintesi, venivano attribuite alla cognizione del giudice ordinario le questioni relative all'attività contrattuale della P.A. che, per la verità, non avevano mai suscitato problemi circa la loro spettanza (già prima della legge del 1865 ed anche nel periodo delle monarchie assolute), perché è stato sempre pacifico che le controversie tra P.A. e privati, riguardanti questioni di diritto privato, dovessero essere conosciute dal giudice ordinario. Quindi, residuavano alla cognizione del giudice ordinario le controversie sulle contravvenzioni e le questioni tra privati e la P.A. di diritto privato, ma in nessun caso le questioni tra P.A. e privati che attenessero all'esercizio del potere autoritativo.

A fronte della situazione determinata dalla soluzione adottata dal Consiglio di Stato circa il criterio di distribuzione delle controversie tra giudice ordinario e autorità amministrativa, si evidenziò, tenendo conto del profilo sostanziale della materia, come il sistema posto dal Consiglio di Stato non fosse da condividere, dato che i diritti incisi dal pubblico potere, in tale prospettazione, non avessero alcuna tutela giurisdizionale. E tale situazione era senz'altro riconducibile al fatto

che il Consiglio di Stato, essendo un organo amministrativo, nella risoluzione dei conflitti di attribuzione, esprimeva una impostazione chiaramente espressione di un *favor* nei confronti della pubblica amministrazione.

Ulteriore conseguenza di questo indirizzo critico era l'inammissibilità concettuale di attribuire al Consiglio di Stato il potere di decidere sulla giurisdizione perché, in tale ipotesi, si permetteva ad un soggetto (la P.A.) di decidere un conflitto di cui essa stessa era parte in causa. Si affermò, di conseguenza, che la soluzione del conflitto dovesse essere attribuita al giudice ordinario per la semplice ragione che questi, essendo giudice ed avendo il potere di decidere della controversia, poteva sempre decidere sulla sussistenza del proprio potere.

L'affermazione di questo principio portò alla legge **31 marzo 1877, n. 3761** la quale stabilì che i conflitti di attribuzione dovevano essere risolti dalla **Corte di Cassazione** di Roma⁷ (perché sino al 1923 le Corti di Cassazione erano più di una, situandosi nelle principali vecchie capitali degli stati preunitari – c.d. Corti di Cassazione “territoriali” –, mentre dal 1923 in poi si decise di riunirle tutte in un'unica sede, posta nella capitale dello Stato e cioè Roma). Quindi, in questa fase, la Corte di Cassazione (nella sede di Roma, cui all'epoca era già riconosciuta una funzione preminente) era chiamata a risolvere i conflitti di attribuzione tra autorità amministrativa e giudice ordinario; quando poi, nel 1889, con la legge n. 5992, sarà istituita la Sez. IV e nel 1907 sarà chiarita la natura di organo giurisdizionale di tale sezione, la Corte di Cassazione verrà chiamata a risolvere i conflitti di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, mantenendo tale potere anche nei riguardi dei giudici speciali, quali la Corte dei conti e il Tribunale delle Acque Pubbliche.

Ma la Corte di Cassazione, nella risoluzione dei conflitti di attribuzione, mutò orientamento rispetto a quello espresso in precedenza dal Consiglio di Stato e, in un certo senso, dette piena applicazione a quanto stabilito dalla legge n. 2248 del 1865, all. E.

Infatti, la Cassazione affermò la giurisdizione del giudice ordinario in presenza di diritti soggettivi, anche in presenza di un provvedimento del potere esecutivo, dell'autorità amministrativa, emesso *iure imperii*. Quindi, le controversie riguardanti un decreto di espropriazione lesivo del diritto di proprietà erano conosciute, secondo tale impostazione, dal giudice ordinario: a fronte di un decreto di esproprio, il cittadino, titolare del diritto di proprietà, che lamentasse l'illegittimità dell'azione amministrativa, poteva tutelare il proprio diritto soggettivo dinanzi al giudice ordinario. Tutte le questioni relative ad atti autoritativi, imperativi, espressione dell'esercizio del potere, lesivi di diritti soggettivi, spettavano alla cognizione del giudice ordinario.

⁷ Nella veste di Tribunale dei conflitti, la Corte di Cassazione di Roma decideva a Sezioni Unite: a quel tempo, infatti, essa era articolata in due Sezioni.

Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer