

ATTI DEL XLVIII CONVEGNO DI STUDI
DI SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE

PROMOSSO DA

AMMINISTRAZIONE PROVINCIALE DI COMO
AMMINISTRAZIONE PROVINCIALE DI LECCO
ISTITUZIONE VILLA MONASTERO

VARENNA-VILLA MONASTERO - 18-20 Settembre 2003

L'EVOLUZIONE
DELLA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA
DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2004



INVENTARIO N° 103741

IL QUADRO NORMATIVO DELLA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA SINO ALL'AVVENTO DELLA COSTITUZIONE

di ALBERTO ROMANO

SOMMARIO: 1. Le prime tracce della giurisdizione del Consiglio di Stato sui diritti soggettivi: l'art. 10 dell'Allegato D alla legge del 1865. — 2. Il Consiglio di Stato giudice dei diritti soggettivi dal 1865 al 1923: la giurisdizione di legittimità. — 3. Il Consiglio di Stato giudice dei diritti soggettivi dal 1865 al 1923: la giurisdizione di merito; il periodo anteriore alla istituzione della Quarta Sezione. — 4. Il Consiglio di Stato giudice dei diritti soggettivi dal 1865 al 1923: la giurisdizione di merito; il periodo successivo alla istituzione della Quarta Sezione. — 5. L'istituzione della Commissione per lo studio delle riforme da apportare alle leggi sulla giustizia amministrativa (1910-16). — 6. (*Segue*): le sue discussioni e le sue proposte. — 7. L'istituzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella legislazione del 1923-24. — 8. Cenni conclusivi; la fotografia dell'esistente che scattò l'Assemblea Costituente.

1. *Le prime tracce della giurisdizione del Consiglio di Stato sui diritti soggettivi: l'art. 10 dell'Allegato D alla legge del 1865.*

La storia della giurisdizione amministrativa esclusiva, così come oggi la conosciamo, sembra cominciare dalla legislazione del 1923-24. E, se la intendiamo come una giurisdizione avente una propria identità specifica, caratterizzata dalla contrapposizione con la giurisdizione di (sola) legittimità, perché estesa ai diritti soggettivi, questa ricostruzione è largamente fondata.

Ma le cose non sono così semplici. Vi è un dato che dovrebbe metterci sull'avviso, o, quanto meno, incuriosirci, che è relativo a « *le controversie tra lo Stato e i suoi creditori* », ecc.: a controversie, cioè, che, forse, sono le più tipiche tra quelle aventi ad oggetto diritti soggettivi. Ebbene, esse sono sì elencate oggi al n. 4 dell'art. 29 dell'ancor almeno residualmente vigente t.u.

delle leggi sul Consiglio di Stato, tra quelle devolute alla sua giurisdizione esclusiva; ma le troviamo indicate nel primo testo legislativo del Consiglio di Stato del Regno d'Italia: al n. 2 dell'art. 10, della *Legge sul Consiglio di Stato*, che, della legge 20 marzo 1865, n. 2248, costituì il meno noto *Allegato D*. E ve le troviamo indicate, come un caso nel quale esso esercitava funzioni giurisdizionali: «...*giurisdizione propria*» dice la disposizione. Dunque, perché il giudice amministrativo avesse giurisdizione, appunto, su diritti soggettivi, non si è dovuto attendere il r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840, *Modificazioni all'ordinamento del Consiglio di Stato e della giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale*.

Pare che quel dimenticato dato storico di quasi un secolo e mezzo fa, suggerisca in modo stimolante una ricerca: spinga a seguire il filo di Arianna di cui costituisce il primo capo, e che dovrebbe continuare almeno fino ai primi anni '20 del '900, ma in realtà anche oltre. E percorrere questo percorso, recuperare le origini della giurisdizione amministrativa esclusiva, dovrebbe aiutarci a capire meglio quali siano i suoi caratteri: almeno, così come li trovò già legislativamente conformati l'Assemblea Costituente; ma con i quali essa è anche rimasta abbastanza stabilizzata anche secondo la dottrina e la giurisprudenza, per lo meno per i tre decenni successivi.

↓

2. *Il Consiglio di Stato giudice dei diritti soggettivi dal 1865 al 1923: la giurisdizione di legittimità.*

Per la ricostruzione della storia della giurisdizione amministrativa esclusiva, dagli albori fino ai giorni nostri, e, almeno, fino alla Costituzione del 1948, il primo periodo da considerare è quello delle origini: un lungo periodo, che va dall'*Allegato D* della legge del 1865, fino alla legislazione del 1923-24.

Il fatto di gran lunga più saliente avvenuto nella evoluzione del nostro sistema di giustizia amministrativa in quel lasso di tempo, è, ovviamente, l'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, disposta dalla l. 31 marzo 1889, n. 5992, la

quale, *Costituendo una nuova Sezione del Consiglio di Stato per la giustizia amministrativa, modifica alcuni articoli della l. 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato D*, artt. 1 e 3, trasfusa con una sollecitudine più di allora che di ora, nel *Testo Unico della legge sul Consiglio di Stato*, approvato col r.d. 2 giugno 1889, n. 6166. Di questo, rilevano soprattutto l'art. 5 dove tale Sezione prese il numero 4, dopo quella dell'interno, quella di grazia e giustizia e quella delle finanze, e ne furono definite sinteticamente le funzioni: « *per la giustizia amministrativa* ». E l'art. 24, che ne definisce le attribuzioni con la medesima formula che troviamo nell'art. 26 del t.u. del 1924, ma con una vistosa e significativa omissione: senza l'espressa qualifica di esse come giurisdizionali; tuttavia, senza neppure definirle come amministrative: nel senso, peraltro, che la sua citata collocazione insieme con le Sezioni consultive suggerirebbe nel modo più diretto e immediato.

Così nacque la giurisdizione amministrativa generale di legittimità: con un inizio incerto, non apprezzato da tutti, e che certo non faceva presagire il grande avvenire che poi ebbe. E, dunque, la prima domanda che ci si deve porre in tale prospettiva storica, è se la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, come giudice dell'incompetenza, dell'eccesso di potere e della violazione di legge, potesse essere almeno in qualche misura, anche il giudice dei diritti soggettivi. Effettivamente, questa apertura poteva essere delineata; e, a tal fine, erano percorribili almeno due strade.

Secondo una prima direttrice, appunto, se le funzioni di tale Sezione venissero considerate come amministrative: tesi di Vittorio Emanuele Orlando e di Santi Romano, tra gli altri. E questi autori la sostenevano, anche in vista del risultato che sarebbe stato così ottenuto, e che consideravano auspicabile: le sue decisioni, se così qualificate, avrebbero potuto avere per oggetto anche tali diritti; in questa ricostruzione, qualsiasi tribunale ordinario avrebbe potute sindacarle, ai sensi degli artt. 2 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, e sia pure entro i limiti di cui all'art. 4. Ricostruzione che la mancata aggettivazione di tali funzioni nelle norme del 1889 avrebbe reso sostenibile; ed anzi, come già rilevato, immediatamente suggerita dalla

indistinta collocazione della medesima Sezione IV, accanto alle prime tre, sicuramente esplicanti funzioni amministrative.

Ma questa possibile evoluzione del nostro sistema di giustizia amministrativa, come si sa, fu subito bloccata dalla giurisprudenza della Cassazione romana come giudice delle giurisdizioni in base all'art. 3 della l. 31 marzo 1877, n. 3761, *Conflitti di attribuzione*: ovviamente, in vista del conseguente accentramento del sindacato sulle decisioni della nuova Sezione, che avrebbe così ottenuto; e che, per di più, avrebbe potuto esercitare mantenendo pienamente il proprio potere cassatorio potendo aggirare, così, i limiti del citato art. 4. E, successivamente, e si direbbe sulle orme della giurisprudenza della medesima Cassazione romana, fu scartata dal legislatore della prima riforma della legge del 1889: della l. 7 marzo 1907, n. 62, *Modificazioni alle disposizioni della legge sul Consiglio di Stato*, il cui art. 1, attribuì esplicitamente alle funzioni tanto della Quarta Sezione, che della Quinta che esso stesso istituì, quella qualificazione come giurisdizionali che era assente nella legislazione del 1889; e che poi fu recepita nel successivo testo unico, anch'esso subito redatto: art. 5 del r.d. 17 agosto 1907, n. 638.

L'altra soluzione futuribile era quella sostenuta da Vittorio Scialoja, secondo la quale il titolare dei diritti soggettivi che ne poteva chiedere tutela come tali al giudice civile, avrebbe potuto farli valere anche davanti al giudice amministrativo, configurandoli come interessi legittimi. Ma, come si sa, anche questa strada fu chiusa dalla Cassazione romana, che così perfezionò la « sua » costruzione del sistema di giustizia amministrativa, secondo la « sua » visione del dualismo che lo caratterizza dal 1889: una duplicità di organi, giudiziari gli uni, almeno titolari pure di funzioni giurisdizionali gli altri, davanti ai quali il cittadino si poteva presentare chiedendo tutela dei propri diritti ed interessi; ma che gli veniva concessa in modo assolutamente alternativo. E per un'alternativa che doveva essere sciolta dal giudice, e, in ultima istanza, dalla Cassazione come giudice della giurisdizione, in base a criteri rigidamente oggettivi, ossia indipendentemente dalle prospettazioni di parte (cfr. l'art. 4 della l. n. 3761/1877:

« *La decisione sulla competenza è determinata dall'oggetto della domanda...*); in base a quei parametri secondo i quali, sempre secondo l'insegnamento della Cassazione, l'interesse legittimo andrebbe distinto dal diritto soggettivo.

3. *Il Consiglio di Stato giudice dei diritti soggettivi dal 1865 al 1923: la giurisdizione di merito; il periodo anteriore alla istituzione della Quarta Sezione.*

Questa delimitazione della giurisdizione generale di legittimità che così il legislatore, e ancor prima e ancor più la Cassazione romana imposero al Consiglio di Stato, precludendogli di prenderla come base per arrivare a partire da essa alla tutela dei diritti soggettivi, ci farebbe ritenere che, a parte la richiamata disposizione dell'Allegato D del 1865, il Consiglio di Stato medesimo, prima del 1923, non avesse alcuna giurisdizione al riguardo.

È vero che gli apparteneva anche una giurisdizione estesa al merito. Ma, oggi, in questa estensione, peraltro assai recessiva, tendiamo a vedere, in primo luogo, solo l'ampliamento dei parametri alla stregua dei quali deve essere esercitato il sindacato giurisdizionale sul provvedimento: l'estensione a quelli attinenti alla sua opportunità, oltre quelli, strettamente giuridici, relativi alla sua legittimità; come, del resto, sostenevano già vari autori di fine '800 (tra gli altri, Meucci, Porrini); e, solo conseguentemente, un correlato ampliamento dei poteri decisori del giudice, oltre l'annullamento della scelta amministrativa, fino alla sua riforma.

E, del resto, sempre oggi, tendiamo a considerare sul piano sistematico, questo ampliamento del tutto incompatibile dogmaticamente con la nozione di diritto soggettivo: inteso come un interesse che l'ordinamento tutela in modo assoluto, nel senso che lo rende intangibile da parte dei poteri dell'amministrazione. Da un lato, questo modo della sua tutela richiede che questa sia garantita da norme ad un tempo giuridiche e rigide; e, certo, non potrebbe essere attuabile con parametri di mera opportu-

nità e convenienza, per di più eminentemente flessibili. Dall'altro, un sindacato condotto alla stregua di questi parametri, è pur sempre un sindacato su un provvedimento: sul provvedimento che vi si deve conformare. E chi ritenga che l'adozione di questo elida il diritto su cui incide, e ancor più chi ritenga che questo effetto consegua già dalla sola attribuzione all'amministrazione del potere di cui il provvedimento medesimo è esercizio, non può che arrivare alla medesima conclusione: nella giurisdizione amministrativa estesa al merito, i diritti soggettivi non hanno spazio. Non possono averlo: non solo come non lo hanno in quella di legittimità; ma, anzi, non possono averlo che ancor meno: per queste ulteriori ragioni.

Eppure, è proprio in quella che nel 1907 fu legislativamente qualificata come giurisdizione di merito (art. 3, in relazione all'art. 1, della l. n. 62/1907; art. 23, in relazione all'art. 5, del conseguente t.u. approvato dal r.d. n. 638/1907), che dopo la legislazione del 1889 venivano cercati, e trovati, casi nei quali il Consiglio di Stato si atteggiava come giudice di diritti soggettivi. Soprattutto, è molto rilevante in questo senso, la tesi sostenuta da Mortara (le citazioni che seguono della sua opera, sono tratte dalla seconda edizione del *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, vol. I, ed. Vallardi, Milano, s.a., ma, comunque, in riferimento alla legislazione del 1889, e non ancora a quella, successiva, del 1907); che la argomentò, con tutta la sua autorità, non in quella chiave sistematico-dogmatica che oggi, al riguardo, ci è più usuale, ma in una prospettiva prettamente storica.

In una prospettiva, cioè, della storia del Consiglio di Stato come giudice, la quale comincia ancor prima della istituzione della sua Quarta Sezione, e, quindi, della stessa origine della sua giurisdizione di mera legittimità. Infatti, già in base al già più volte richiamato art. 10 dell'Allegato D del 1865, esso esercitava in quattro casi quel che il legislatore di allora (ma non quello del 1889), definiva « *giurisdizione propria* »; ossia: 1) sui conflitti tra autorità amministrativa e giudiziaria (in convergenza con l'art. 13 dell'Allegato E); 2) sulle controversie tra lo Stato e i suoi cre-

ditori; 3) sui sequestri di temporalità e su altri istituti dei rapporti tra potestà civili ed ecclesiastiche; 4) sulle ulteriori materie indicate da altre leggi. Si noti, che questa funzione giurisdizionale non veniva attribuita specificamente ad una delle tre sezioni all'epoca esistenti e sopra elencate (che oggi la legge dice consultive, con una qualificazione allora superflua, e, comunque, mancante): si deve ritenere, quindi, che venisse esercitata da quella tra di esse che di volta in volta fosse risultata competente per materia a livello amministrativo. Nulla la legge diceva sulla situazione soggettiva tutelata; solo, precisava che, in tali casi, « *Il Consiglio di Stato esercita giurisdizione propria pronunciando definitivamente con decreti motivati* ». Definitivamente: con una aggettivazione di tale giurisdizione e con questo avverbio che, oggi, siamo portati a ritenere che significassero l'esclusione della conclusione del procedimento mediante ulteriori decreti reali o ministeriali.

Ma profondamente diversa fu l'interpretazione che ne diede Mortara (*op. cit.*, 395 ss.); il quale parte dalla esplicita definizione come giurisdizione di questo sindacato attribuito al Consiglio di Stato, per arrivare alla conclusione che esso consistesse in una sopravvissuta giurisdizione speciale amministrativa. È vero che il coevo, e, anzi, il contestuale Allegato E, artt. 1 e 2 avevano abolito il contenzioso amministrativo, devolvendo al giudice ordinario le controversie nelle quali si facesse questione di un diritto soggettivo; ma, appunto, i testi erano sincroni. E, in ogni caso, il successivo art. 12 aveva escluso ogni innovazione non solo « *...alla giurisdizione della Corte dei conti e del Consiglio di Stato in materia di contabilità e di pensioni...* », ma anche « *...alle attribuzioni contenziose di altri corpi o collegi derivanti da leggi speciali e diverse da quelle fin qui esercitate dai giudici ordinari del contenzioso amministrativo* »; quindi, la « *...giurisdizione propria...* » del Consiglio di Stato, doveva ritenersi comunque salvaguardata da questa formula. Con la conseguenza che a questa locuzione, e all'altra « *...pronunciando definitivamente...* », non poteva essere dato che un significato: l'esclusione della giurisdizione al riguardo del giudice ordinario. E, ulteriormente,

poiché la giurisdizione di questo ha come oggetto precipuo i diritti soggettivi, la giurisdizione del Consiglio di Stato di cui costituiva quella che doveva considerarsi come un'alternativa, non poteva che avere il medesimo oggetto: come è particolarmente evidente almeno nel secondo dei casi elencati dalla norma, concernente le controversie tra lo Stato e i suoi creditori. Insomma, e conclusivamente: secondo questa ricostruzione del Mortara, si dovrebbe individuare nell'art. 10 dell'Allegato D, il più chiaro precedente storico della giurisdizione amministrativa esclusiva istituita nel 1923.

4. *Il Consiglio di Stato giudice dei diritti soggettivi dal 1865 al 1923: la giurisdizione di merito; il periodo successivo alla istituzione della Quarta Sezione.*

Quindi, vi fu l'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, con la l. n. 5992/1889, il cui art. 4 recita: « *La Sezione IV decide pronunciando anche in merito: ...* », elencando, poi, sei casi nei quali ha questo potere; nulla è detto, nelle nuove norme, circa i poteri decisori che essa può esercitare in questi, se non, laconicamente, e lapalissianamente, che « *...decide nel merito* » (art. 17, comma 2, trasfuso nel r.d. n. 6166/1889, art. 38, comma 3).

C'è stato un collegamento tra i vecchi termini « *...giurisdizione propria...* », e « *...pronunciando definitivamente...* », e gli un po' meno vecchi « *...pronunciando anche in merito...* »? Possono queste espressioni essere considerate equivalenti? C'è un nesso, per il quale i nuovi sei casi di sindacato esteso al merito della Quarta Sezione, possono essere assimilati ai quattro casi dell'Allegato D, divenuti nel frattempo tre (la norma che attribuiva al Consiglio di Stato la giurisdizione sui conflitti tra l'autorità amministrativa e la giudiziaria era stata abrogata, come si sa, dalla l. n. 3761/1877, per incompatibilità con l'art. 3 che la trasferì alla Cassazione romana, e espressamente da parte dell'art. 6)?

Sulla base della formulazione letterale della nuova disposizione, parrebbe di no. L'espressione che ora questa usa, almeno

secondo il significato che oggi le attribuiamo, appare abbastanza eterogeneo rispetto alle precedenti. E, per di più, in essa, come in tutta la nuova legge, non vi sono più riferimenti al carattere giurisdizionale della funzione, esercitata dalla Quarta Sezione.

Ma il nesso fu disposto, o, quanto meno, rinvenuto dal r.d. n. 6166/1889, che fuse la nuova legge col vecchio Allegato *D*; comunque, vi emerse. Il nuovo art. 25 del conseguente testo unico, infatti, elencò 9 casi nei quali « *La Quarta Sezione del Consiglio di Stato decide, pronunciando anche in merito* » (sempre senza specificare se avesse al riguardo peculiari poteri decisorii, e quali), mescolando i nuovi ai tre superstiti (nn. 1, 2 e 9). Sempre per seguire il filo di Arianna che ci guida, dovremmo ricordare, per completezza, che il n. 3 dell'art. 10 dell'Allegato *D* della legge del 1865 (relativo ai sequestri di temporalità, ecc.), non solo fu recepito nel n. 2 del t.u. approvato col r.d. n. 6166/1889, ma passò anche, come un caso di giurisdizione estesa al merito, nel n. 2 dell'art. 23 del t.u. approvato col r.d. n. 638/1907, e, poi, nel n. 1 dell'art. 27 del vigente t.u. approvato col r.d. n. 1054/1924, rimanendo superato solo dalla stipulazione dei Patti Lateranensi del 1929.

E, quindi, Mortara, che aveva interpretato nel modo che si è visto, l'espressione « *giurisdizione propria* » delle funzioni attribuite al Consiglio di Stato dall'art. 4 dell'Allegato *D*, e che affermò essere sostanzialmente irrilevanti la diversità delle espressioni usate dal legislatore del 1865 e del 1889, intese allo stesso modo anche quelle, più numerose, di cui a tale art. 25 del testo unico che coordinò i due gruppi di norme (*op. loc. ult. cit.*). Con due ulteriori notazioni.

Mortara, dunque, vede diritti soggettivi anche nei sei nuovi casi di giurisdizione estesa al merito, sia pure sulla base di un loro concetto più ampio di quello che, secondo la Cassazione, delimitò tra la fine dell'800 e i primi del '900, la giurisdizione civile nei confronti dell'amministrazione. E contesta che tali nuovi casi implicino una sottrazione a questa giurisdizione del giudice ordinario: precedentemente, le posizioni individuali che vi sono rilevabili, erano meri interessi, la cui cura era devoluta all'ammi-

nistrazione medesima, in base all'art. 3 della legge abolitrice del contenzioso. E la loro elevazione a diritti (*perfettissimi*, li aggettiva), e la loro devoluzione a quella giurisdizione estesa al merito, non concreterebbe, perciò, alcuna diminuzione di quel che il precedente articolo 2 aveva attribuito all'Autorità Giudiziaria Ordinaria. Che poi questo articolo non le avesse riservato la tutela di tutti i diritti soggettivi (quelli rilevabili nell'ordinamento del 1865, ma anche quelli che emergessero successivamente, si dovrebbe dire), sempre secondo Mortara, andrebbe inquadrato nel principio secondo il quale il nostro sistema di giustizia amministrativa conosceva una pluralità di giurisdizioni civili (intese come su diritti soggettivi).

Più articolata fu la posizione di Vittorio Emanuele Orlando, che sottolineò l'eterogeneità dei nove casi del nuovo art. 25 (*La Giustizia amministrativa*, nel vol. III del *Trattato di diritto amministrativo* da lui diretto, 815 ss.); egli dissentì dal Mortara proprio su uno snodo cruciale: negò, cioè, che in tutti tali nove casi, fossero rintracciabili veri e propri diritti soggettivi della parte privata. In altre parole, affermò la loro eterogeneità; e la sottolineò, proprio dal punto di vista che egli considerava scriminante per stabilire se una data competenza decisoria abbia o no carattere giurisdizionale: se l'interesse di cui il ricorrente chiedo tutela, sia o no protetto sostanzialmente dall'ordinamento come un vero e proprio diritto soggettivo. Si ricorderà, infatti, che tale autore, quando ricostruì la natura del sindacato della Quarta Sezione sotto il profilo dei vizi di legittimità del provvedimento impugnato, optò per la soluzione del carattere solo amministrativo, proprio per l'impossibilità di configurare come tale, l'interesse che il ricorrente fa valere, secondo la formula dell'art. 3 della legge istitutiva della IV Sezione (e dell'art. 26 del vigente t.u. del 1924). Ora, Orlando vide una tutela su diritti soggettivi in alcuni dei casi dell'art. 25 del t.u. del 1889: sicuramente nel n. 1 (controversie tra lo Stato e i suoi creditori); anche nel n. 2 (sequestri di temporalità e in altri istituti dei rapporti tra potestà civili e ecclesiastiche); e nel n. 5 (contestazione sui confini di comuni e province « ...posto che si riconosca in quegli enti una per-

sonalità di diritto pubblico di cui è primo e precipuo elemento il territorio, determinato da confini »). In altri casi, la sussistenza di diritti è esclusa. In altri ancora, è dubbia; e va notato che nel giudizio di ottemperanza ai giudicati ordinari (n. 4 dell'art. 4 della l. n. 5992/1889; n. 6 dell'art. 25 del r.d. n. 6166/1889), egli vedesse coesistenti sia profili di diritto soggettivo che profili di interesse legittimo. Comunque, quel che è saliente in questa impostazione, è che nei nove casi di tale art. 25, l'autore ammettesse il carattere giurisdizionale del sindacato esteso al merito della Quarta Sezione, almeno, anche se solo, là dove si potesse individuare la natura di diritto soggettivo dell'interesse individuale tutelato: confermando, così, il collegamento storico tra la vecchia giurisdizione di merito del Consiglio di Stato, e quella esclusiva, che gli attribuì la legislazione del 1923-24.

E il suo allievo di allora, Santi Romano, che, ovviamente, ne seguiva (ancora?), l'impostazione generale, nella sua monografia su *Le giurisdizioni speciali amministrative*, comparsa nel medesimo vol. III del *Trattato* diretto dal suo maestro (503 ss.), e ripubblicata (ed. Giuffrè, 2003), nel volume che raccoglie *Gli scritti di Santi Romano nel Trattato Orlando* (137 ss.), puntualmente configurò come tali alcuni casi sui quali il Consiglio di Stato esercitava il sindacato esteso al merito. In particolare, e in significativa convergenza con gli esiti dell'analisi dell'Orlando: le contestazioni dei confini comunali e provinciali, di cui all'art. 25, n. 5 (*Trattato Orlando*, vol. III, 564; *Gli scritti*, ecc., cit., 206); le controversie tra lo Stato e i suoi creditori in materia di debito pubblico, di cui all'art. 25, n. 1 (rispettivamente, 579 e 225); e quelle sui sequestri di temporalità, e su altri istituti dei rapporti tra potestà civili ed ecclesiastiche, di cui all'art. 25, n. 2 (rispettivamente, 581 e 227).

In realtà, i tratti della giurisdizione del Consiglio di Stato estesa al merito erano ancora più complicati. Infatti, oltre ai nove casi previsti nei testi legislativi dedicatigli specificamente, si dovevano già annoverare gli altri dieci previsti dell'art. 21 della l. 1° maggio 1890, n. 6837 relativa alle giunte provinciali amministrative, sui quali esso giudicava in appello; e, soprattutto, an-

cora altri, numerosissimi, previsti da una miriade di leggi speciali (per un elenco di essi, si rinvia a MORTARA, *op. cit.*, 329 ss.; cfr. anche SANTI ROMANO, *op. cit.*, *passim*).

E, poi, sopraggiunse la prima legge di riforma della legislazione del 1889: la l. n. 62/1907, che, avendo qualificato come giurisdizionale il sindacato di legittimità che riservò alla Sezione Quarta, non poteva non qualificare allo stesso modo il sindacato esteso al merito (che, viceversa, attribuì alla neo-istituita Sezione Quinta, e destinata a questa specifica competenza: artt. 1 e 3, poi trasfusi negli artt. 5 e 23 del conseguente t.u. approvato col r.d. n. 639/1907). Va da sé che, per il sindacato di legittimità, la sua nuova definizione dovrebbe essere considerata innovativa, se non altro perché chiudeva d'autorità la disputa tra Cassazione e Consiglio di Stato allora in atto, vivacissima anche in dottrina; mentre per il sindacato esteso al merito, la medesima definizione, in una prospettiva storica, acquistava il sapore di un recupero di quanto disposto esplicitamente dall'art. 10 dell'originario Allegato D alla legge del 1865.

L'art. 3 della l. n. 62/1907, soprattutto, ampliò il numero dei casi di questa giurisdizione del Consiglio di Stato: richiamò esplicitamente i dieci di competenza delle Giunte provinciali amministrative, e ne aggiunse altri tre. Di qui, l'elenco di cui all'art. 23 del t.u., peraltro circoscritto a ventuno numeri per qualche accorpamento.

Non sembra opportuno qui sviluppare una analisi tesa a individuare in quali di questi ventuno casi la controversia avesse per oggetto veri e propri diritti soggettivi, e in quali di essi, almeno in una connessione sostenuta da cospicua parte della dottrina, il sindacato del Consiglio di Stato avesse, perciò, carattere giurisdizionale. Perché, comunque, appaiono sicuri alcuni rilievi conclusivi che da questa evoluzione storica si devono trarre: il Consiglio di Stato, anche prima del 1923, giudicava talvolta di diritti soggettivi; e giudicava nell'esercizio di una vera e propria funzione giurisdizionale. Inoltre, è sicuro anche che questi antecedenti storici di questa sua funzione avente questo oggetto, vanno rintracciati nella sua giurisdizione estesa al merito, e non in quella di pura legittimità.

D'altra parte, non si può sottacere che il quadro che emerge da questo punto di vista al termine di questo *excursus* è piuttosto caotico: le materie coacervate confusamente nell'art. 23 del r.d. n. 638/1907, oggetto di tale suo sindacato, appaiono eterogenee, e non solo secondo la scriminante della configurabilità o no in esse di veri e propri diritti soggettivi; come corrispondentemente disomogenea appare la natura del sindacato stesso: talvolta sicuramente giurisdizionale, tal'altra, almeno secondo alcune opinioni dottrinali, solo amministrativo.

Di più: queste incertezze non si potevano non riflettere immediatamente sulla ricostruzione dei suoi poteri decisorii. Non pare che si possa qui approfondire anche questo aspetto. Ma è ovvio un rilievo generale. Sotto questo profilo, è molto diverso se la giurisdizione di merito viene delineata come un sindacato sul provvedimento al pari di quella di legittimità, con l'unica differenza che i parametri di giudizio da utilizzare possono superare quelli strettamente giuridici, per comprendere anche quelli di opportunità, convenienza e simili; oppure, la si prospetti come a tutela di diritti soggettivi. Perché, nella prima ipotesi, le decisioni di accoglimento non possono che avere quasi esclusivamente un uguale effetto annullatorio del provvedimento impugnato; salva la possibilità che dispongano la sua riforma, la quale di per sé non è legata ai caratteri della situazione giuridica sostanziale come di diritto o di interesse. Mentre, nella seconda, è inevitabile concludere che le medesime decisioni debbano avere dispositivi più adeguati a tal fine, e meno lontani da quelli delle sentenze del giudice civile.

5. *L'istituzione della Commissione per lo studio delle riforme da apportare alle leggi sulla giustizia amministrativa (1910-16).*

Prima della legislazione del 1923-24, si è avuto un importante momento di riflessione sul sistema della giustizia amministrativa che avevano costruito le leggi del 1865 e del 1889. L'unico, forse, dopo i dibattiti che portarono, prima, all'abolizione del contenzioso amministrativo col conseguente amplia-

mento della giurisdizione del giudice ordinario, e, poi, alla istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato; e, comunque, quello che precedette con maggiore immediatezza l'istituzione della giurisdizione amministrativa esclusiva, così come fu delineata dal legislatore degli anni venti.

Su proposta e relazione del ministro segretario di Stato agli affari dell'interno Luzzatti, il r.d. 13 luglio 1910, n. 500, istituì una commissione di studio.

Il suo oggetto era amplissimo: le « *...riforme da apportare alle leggi sulla giustizia amministrativa* ». E la relazione ministeriale specificava meglio di che cosa si trattasse: ci si chiedeva, tra l'altro, « *...se non fosse giunto il momento di staccare dal Consiglio di Stato le due sezioni giurisdizionali per farne un supremo tribunale amministrativo* ». E di proporre che « *...la suprema disciplina delle competenze tra le varie autorità giurisdizionali si affidasse ad un tribunale misto, nel quale fossero rappresentati i due elementi e i due punti di vista che, per questo argomento, possono venire in contrasto* ».

Non solo. La medesima relazione spiegava anche la ragione della istituzione della commissione di studio: « *Alla corrente d'opinioni che invoca un nuovo, sollecito e radicale intervento della legislazione in questo campo, si contrappone quella di coloro che reputano opportuno attendere dal progresso della dottrina e della giurisprudenza la direttiva per l'ulteriore svolgimento di istituti da breve tempo costituiti e recentemente riformati* ». Bella contrapposizione, si direbbe, tra i fautori dell'interventismo del legislatore, e quelli che preferirebbero vedere la sua opera soprattutto come di recepimento dei risultati della evoluzione naturale degli istituti.

« *Di fronte a questo contrasto di tendenze tecnico-giuridiche, entrambe miranti alle guarentigie della libertà civile, giova, pria che il dissenso possa divenire politico, sentire l'avviso e provocare la discussione dei competenti, sulla questione fondamentale dell'opportunità di una riforma, e su quelle subordinate intorno all'indirizzo, l'estensione e le modalità delle modificazioni da apportare ai fondamenti del nostro giure amministrativo* ». La conclu-

sione è ancor più sorprendente: « *In nessuna sfera più che in questa, conviene far precedere da una serena preparazione scientifica le risoluzioni parlamentari* ».

Ogni paragone con la estemporaneità delle riforme del 1998-2000, ovviamente è improponibile, perché sarebbe troppo ingeneroso. Ma, d'altra parte, anche chi le critica deve ammettere per debito di obiettività, che esse, sia pure sbrigativamente, sono state fatte. Per contro, e sempre per questo debito, è da osservare che le parole del ministro Luzzatti possono essere anche significative di altro: possono essere anche rilevatrici che egli, istituendo la sua commissione, avrebbe potuto anche mirare ad uno scopo dilatorio; quello che poi è quello per il quale si istituiscono moltissime commissioni di studio: lo scopo di rallentare almeno una iniziativa di riforma, se non di arrivare addirittura al suo insabbiamento.

In ogni caso, e senza pretendere di fare il processo alle intenzioni del Luzzatti, questo è l'effetto che raggiunse: la relazione che depositò la commissione che istituì, stilata da Codacci Pisanelli, fu presentata nel 1916. In piena guerra, cioè, ossia nel periodo meno propizio alla realizzazione di riforme civili. Che, del resto, la commissione stessa suggerì assai limitatamente. La più importante innovazione che propose, comunque, pur prospettandola cautamente, fu, appunto, l'istituzione della giurisdizione amministrativa esclusiva; la quale fu attuata successivamente, ma dopo non pochissimi anni, e per tutt'altre ragioni, in un quadro politico ormai fortemente mutato.

Un dato assai rilevante era costituito dalla composizione della commissione stessa, presieduta dal senatore « *Bonasi conte Adeodato* »: erano presenti i più bei nomi della cultura pubblicistica dell'epoca: oltre Codacci Pisanelli, Mortara, Scialoja, Orlando, Salandra; poi, alti magistrati, e Pironti, direttore generale dell'amministrazione civile, nonché figura assai nota.

Come si sa, la relazione conclusiva fu pubblicata sulla *Riv. dir. pubbl.*, 1916, I, 290 (per sorridere: subito prima di un articolo dedicato a « *Il problema penitenziario e la colonizzazione della Libia* »). In calce, un commento anonimo (ma l'autore do-

veva essere ben facilmente identificabile all'epoca), assai agrodolce: « *Ci permettiamo, però, di rilevare che da una Commissione di così autorevoli studiosi, e dopo sei anni di meditazioni, era lecito attendere una proposta di riforma più organica e più rispondente alla coscienza giuridica del paese, che da tempo reclama un'azione di controllo più energica e fattiva su gli atti della pubblica amministrazione. Unico proposito adottato, e che soddisfa a tale generale sentito bisogno, è quello relativo alla giurisdizione esclusiva di giustizia amministrativa per i ricorsi degli impiegati; ma anch'esso è manifestato timidamente, ...* ». L'anonimo chiosatore, dunque vedeva positivamente il rafforzamento della giurisdizione e dei poteri del giudice amministrativo; ma non illimitatamente. Subito dopo, infatti, dava notizia di voci secondo le quali, ad iniziativa del Ministero dei lavori pubblici, « *...sarebbe in elaborazione un progetto di legge per sottrarre alla competenza giudiziaria tutto il contenzioso delle opere pubbliche, abolendo il sistema degli arbitrati, per sostituirvi una giurisdizione amministrativa specialissima, soggetta alla sola potestà di annullamento per eccesso di potere da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di Roma* » (*nihil novi sub soli*, si potrebbe oggi notare?). E, quindi, criticava: « *Non è concepibile, e non è — quindi — credibile, che, nel sistema odierno della nostra giurisdizione civile, si possa sul serio pensare ad una simile svalutazione del sindacato dei tribunali ordinari nel riguardo al diritto privato degli enti pubblici attinente alle opere pubbliche* ».

6. (Segue): *le sue discussioni e le sue proposte.*

Comunque, la Commissione Luzzatti, col mandato così ampio che ebbe, e con la sua composizione, poteva rimettere in discussione tutto. E, in realtà, di tutto effettivamente discusse, indipendentemente dalla limitatezza e frammentarietà delle sue proposte finali; e sia pure sulla base di una esposizione e di una valutazione complessivamente positiva della riforma del 1907 (anche se lascia perplessi la considerazione come di un efficace rimedio per la deflazione dei ricorsi, la prescrizione « *...come*

condizione per la validità del gravame, il preventivo deposito della carta bollata necessaria per la decisione... »; loc. cit., 291).

Certo, può apparire non esaltante che il primo argomento che la Commissione affrontò (*loc. cit.*, 298 ss.), del resto per pressante sollecitazione ministeriale, fu la proposta di aumentare da 35 a 40 il numero dei consiglieri di Stato; sulla quale si astenne, rinviandola all'iniziativa e alla responsabilità del Governo con l'osservazione (della cui attualità ciascuno può giudicare), secondo la quale « *...il numero attuale riuscirebbe sufficiente, se le nuove nomine cadessero tutte su persone ancora valide e idonee a sostenere il grave ufficio; il quale non dovrebbe esser mai considerato come un posto di quiescenza da assegnarsi a funzionari che l'amministrazione attiva senta il bisogno di sostituire* »; però, e questo è più importante, con la richiesta che ai referendari « *...provenienti da un'ardua, faticosa e fida prova di concorso...* », fosse riservato almeno un terzo dei posti disponibili, con promozione dopo cinque anni di servizio, restando « *...al Governo la libertà di scegliere due terzi dei consiglieri fuori dal Consiglio di Stato* » (più oltre, 303, la Commissione respinse la proposta di circoscrivere le categorie entro le quali il Governo avrebbe potuto scegliere, con una motivazione di un certo buon senso: la determinazione di queste categorie « *...avrebbe impedito forse qualche buona nomina, ma non avrebbe reso impossibile la scelta di persone anche men che mediocri di ciascuna categoria* »).

Ma poi si entrò nel vivo. E venne affrontata subito la questione fondamentale (*loc. cit.*, 300 ss.): se convenisse qualificare il sindacato di legittimità sul provvedimento, allora ancora riservato alla sola Quarta Sezione, come avente natura amministrativa; con le implicazioni a tutti note, e già prima ricordate: le decisioni, in quanto aventi questa natura, potevano anche avere per oggetto diritti soggettivi, ma sarebbero state a loro volta sindacabili da qualsiasi tribunale civile, anche se non annullabili da questo. Insomma, fu dibattuta l'opportunità di tradurre legislativamente l'impostazione di Orlando (la cui presenza in commissione, evidentemente, non è stata senza rilievo), e di Santi Ro-

mano. Ma la proposta fu respinta dalla maggioranza « ...non solo per gli inconvenienti derivabili da una doppia revisione dell'atto amministrativo, ma soprattutto per l'accentuazione già data al carattere giurisdizionale delle decisioni anche in materia di legittimità... »: insomma, indietro non si torna. Di conseguenza, fu esclusa ogni modifica all'art. 22 del t.u. allora vigente (r.d. n. 628/1907).

Viceversa (*loc. cit.*, 301, 302), fu maggioritaria la proposta di profonde modifiche alla giurisdizione di merito di cui al successivo art. 23: « Si ritenne opportuno di determinare le controversie per le quali la giurisdizione del Consiglio di Stato deve intendersi piena ed esclusiva, ... » (la frase continua, in riferimento alle questioni pregiudiziali); « Mediante un'accurata disamina fatta tenendo presente anche i numeri nei quali l'art. 23 del vigente testo unico specifica la competenza della V Sezione del Consiglio di Stato, furono scelte le materie sulle quali si doveva affermare piena ed esclusiva la giurisdizione delle sezioni contenziose del Consiglio di Stato ». Segue un elenco di nove numeri, in parte coincidenti con quelli di tale art. 23, in parte nuovi; e, tra questi, il contenzioso sul pubblico impiego, che compare subito, al n. 1. E vi è una convergenza quasi perfetta, con le nove materie che l'art. 8 del r.d. n. 2840/1923, attribuì poi alla giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato.

Che dire di questa proposta? È l'ennesima conferma che i precedenti storici di questa giurisdizione vanno ricercati in quella di merito. Ma rimasero confusi i rapporti tra l'una e l'altra. In particolare, rimase irrisolta l'alternativa tra una giurisdizione sul provvedimento estesa fino all'applicazione di parametri non solo giuridici, ma anche di opportunità, di convenienza, come oggi siamo portati a ritenere per quella di merito; e quella anche su diritti soggettivi, che ci pare la tipica giurisdizione esclusiva. La Commissione prese come caso esemplare di questa, le controversie in materia di debito pubblico: cioè, la tipica ipotesi nella quale si disputa su « *diritti soggettivi* »; ma è notevole che questo termine non comparì mai nell'articolato che propose, dove si parlò solo di « *giurisdizione esclusiva* » (art. 7 del testo proposto, riportato in *Riv. dir. pubbl.*, 1916, I, 290, in calce alla

relazione di Codacci Pisanelli, dopo la chiosa ricordata); come mancò ogni accenno all'intreccio tra interessi individuali e interessi pubblici, come ragione della concentrazione della giurisdizione in proposito nel giudice amministrativo.

Però, la Commissione stessa si preoccupò di « ...evitare le lungaggini e gli attriti connessi alla duplicità della competenza nelle stesse materie... ». Perciò, propose, già in tale articolato, all'art. 8. questi due commi: « Nelle materie deferite alla esclusiva giurisdizione delle sezioni contenziose del Consiglio di Stato, queste giudicano anche delle questioni relative a diritti, e del risarcimento dei danni che sia chiesto accessoriamente » (la sottolineatura, ovviamente, è mia); « Restano, comunque, sempre riservate all'autorità giudiziaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità dei privati individui, salvoché si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso ». Si è sentito il bisogno di riportare integralmente queste formule, non tanto per i profili relativi alle questioni pregiudiziali su diritti, benché coincidenti con le norme in proposito del testo unico del 1924; ma, soprattutto, per la soluzione prospettata per evitare una duplicazione di giudizi sulle domande risarcitorie. Soluzione, evidentemente, in anticipo sui tempi: come si sa, l'istituzione della giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato attuata nel 1923, dispose la riserva al giudice civile di tutti i diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese tali domande; riserva che, poi, rimase fino al 1998. Ma soluzione la quale, vorrei permettermi di dire, era anche più raffinata di quella legislativamente adottata nel 1998 e confermata nel 2000: da un lato, sufficiente ad evitare tale duplicazione di giudizi; ma, dall'altro, prevedendo una sorta di inserzione di un'azione civile nel giudizio amministrativo, ben più rispettosa della giurisdizione ordinaria su diritti soggettivi: purché, ben s'intende, si consideri questa giurisdizione come un valore da conservare.

7. *L'istituzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella legislazione del 1923-24.*

Dalla relazione di Codacci Pisanelli risulta quanto siano stati

ampi i dibattiti che si svilupparono nella Commissione Luzzatti. E si spera che non appaia inopportuno indugiare su qualche altro richiamo di essi, non solo perché il loro ricordo serve, non inutilmente, a rievocare l'atmosfera dell'epoca, ma anche perché, forse, sono stati troppo dimenticati.

Così, si ricorderà che tale Commissione suggeriva di limitare alla sola legittimità, la giurisdizione esclusiva sul rapporto di impiego dei dipendenti dello Stato (312 ss.): il che conferma come fossero ancora relativamente indistinti i caratteri della istituenda giurisdizione esclusiva; non solo nei suoi rapporti con quella di merito, ma anche con quella di legittimità: che oggi consideriamo antitetica rispetto ad essa, in quanto, per definizione, ne è esclusa la cognizione dei diritti soggettivi. La Commissione, tuttavia, propose l'estensione al merito della giurisdizione esclusiva sui dipendenti degli enti locali (*ibid.*): tratto anche questo significativo, perché sottolinea la nettissima primazia che, rispetto a questi, allora era data allo Stato.

E ancora. La proposta di imporre al Governo l'obbligatorietà delle designazioni fatte dalla Presidenza del Consiglio di Stato, dei consiglieri da assegnare alle sezioni giurisdizionali, per rafforzarne l'indipendenza. L'analisi dei rapporti tra ciascuna delle due sezioni e « *l'assemblea generale* ». La proposta, poi accolta dal legislatore, di abolire il riparto di competenze tra la Sezione Quarta e la Sezione Quinta. La conferma della validità del ricorso straordinario. L'esame dei problemi relativi alle giunte provinciali amministrative (306 ss.), con un profilo che pare interessante ancor oggi: il rifiuto di allora, di proporre il raggruppamento in tribunali amministrativi regionali.

Soprattutto, le ipotesi già presenti nella relazione del ministro Luzzatti. Quella di staccare dal Consiglio di Stato le due sezioni giurisdizionali, per farne un tribunale supremo amministrativo: respinta (302 ss.). E quella di istituire un supremo tribunale dei conflitti, soprattutto per la risoluzione delle questioni di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: per la quale prevalse la tesi dell'opportunità di un suo rinvio, in attesa della maturazione dell'esperienza conseguente alla proposta istituzione della giurisdizione amministrativa esclusiva (305).

Le impressioni che si ricavano dalla lettura di quelle vecchie carte sono varie, e di vario segno: che le principali questioni di giustizia amministrativa sono più o meno da sempre, più o meno le stesse; che talvolta ad esse non viene data risposta, tanto che a chi le esamini e le riesamini, potrebbe anche venire in mente l'immagine dell'acqua rimestata in un mortaio; che talaltra viene loro data una soluzione in armonia con una ordinata evoluzione del sistema; che talaltra ancora, viceversa, vengono tagliate con uno strappo secco, più o meno meditato, e spesso meno che più: come sembra che sia avvenuto nel 1998-2000; e, in fondo, anche con l'ingresso esplicito nel nostro ordinamento, nel 1923-24, della giurisdizione amministrativa esclusiva del giudice amministrativo.

Certo, questa aveva già quei precedenti storici, peraltro frammentari e contraddittori, che si è cercato di far emergere. Certo, la sua istituzione era già preconizzata dalla Commissione Luzzatti: soprattutto in chiave di una più efficiente tutela delle posizioni individuali. Ma essa, poi, avvenne, del resto non immediatamente, per ragioni ampiamente diverse da quelle che questa aveva considerato: perché apprezzate come predominanti, in un quadro più generale dei rapporti tra amministrazione e singolo, tanto sul piano sostanziale che in quello delle tutele giurisdizionali; e in un quadro che era profondamente cambiato, perché vi era cambiata anzitutto la visione politica che prevalse.

Nella ben più sbrigativa relazione ministeriale al Re, infatti, che accompagnò la presentazione del progetto di quello che poi divenne il r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840, emerse con forza proprio quel fattore che la Commissione Luzzatti non considerò; perché vi si può leggere, a proposito delle materie da devolvere alla giurisdizione amministrativa esclusiva: « ...è in esse così conaturato col diritto l'interesse pubblico, che è impossibile, o assai difficile, separare l'uno dall'altro, mentre l'interesse suddetto è così prevalente ed assorbente da far scomparire o affievolire la portata effettiva della questione patrimoniale o di diritto privato »; e ancora: « Esempio tipico di tali materie è dato dal rapporto di pubblico impiego, in cui l'intreccio tra diritto e interesse protetto è

così intimo da rendere le controversie relative assai complesse, ed incapaci spesso di un giudizio nettamente definito col sistema vigente ».

Di qui, l'istituzione per così dire formale, della giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato, operata dall'art. 8 del r.d. n. 2840/1923, e recepita nel conseguente art. 29 del r.d. n. 1054/1924.

Va sottolineato che neppure in questi testi, come nell'articolato proposto dalla Commissione Luzzatti, emerge il termine « *diritto soggettivo* », e, quindi, neppure compare un esplicito suo nesso con la giurisdizione amministrativa esclusiva: che si ricava solo indirettamente, ossia a partire dell'assorbimento nelle materie elencate, della misura di giurisdizione precedentemente affidata al giudice civile, al giudice per eccellenza dei diritti soggettivi. Come, del resto, nello stesso art. 26 del medesimo r.d. n. 1054/1924, non emerge quello di « *interesse legittimo* », e, quindi, neppure compare un esplicito suo nesso con la giurisdizione di (sola) legittimità. Come si sa, è solo nella Costituzione del 1948 che viene esplicitamente formulato con questi termini l'oggetto delle tutele giurisdizionali ordinaria e amministrativa (specialmente negli artt. 103, comma 1, e 113, comma 1). Ma, va ancor più sottolineato, in modo abbastanza effimero: nel senso che tali termini, e l'impostazione che ne deriva, non sono stati ripresi nella legge del 1971, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, pur di diretta attuazione dell'art. 125 Cost., e più precisamente dell'allora secondo comma; e ciò, malgrado che ormai il dibattito dottrinale (molto più che il quadro concettuale utilizzato dalla giurisprudenza della Cassazione come giudice delle giurisdizioni), ruotasse tutto sulla distinzione tra quelle due figure. Forse, si passa sotto troppo silenzio questo iato, tra il linguaggio del legislatore, e quello della dottrina; ed è probabile che la rinuncia a coglierne il significato, non ci faccia capire qualcosa di importante.

Comunque, effettivamente la legislazione del 1923-24, è una tappa davvero fondamentale del cammino della giurisdizione amministrativa esclusiva: di quel lungo cammino che ha dovuto

percorrere, per acquisire i connotati con i quali oggi la conosciamo. E la riconosciamo come specificamente caratterizzata rispetto a quella di (sola) legittimità: del resto, da ritenersi ormai recessiva, a causa del grande sviluppo che quella più piena giurisdizione ha avuto.

8. *Cenni conclusivi; la fotografia dell'esistente che scattò l'Assemblea Costituente.*

Non sembra opportuno prolungare ancora questa già troppo lunga relazione, per considerare come dottrina e giurisprudenza abbiano interpretato i testi del 1923-24, ricostruendone il significato: modellando la giurisdizione amministrativa esclusiva, così come si atteggiava al tempo dei lavori dell'Assemblea Costituente. Del resto, si tratta di una evoluzione già nota a tutti, fin dal suo episodio più saliente (anche se non primo cronologicamente): la svolta giurisprudenziale del 1939-40, che spezzò la nozione fino ad allora unitaria dei « *diritti patrimoniali* » riservati alla giurisdizione civile, per enuclearne la categoria più ristretta di quelli concettualmente veramente « *conseguenziali* », solo rispetto ai quali tale riserva veniva mantenuta.

Sembra opportuno concludere la rievocazione di questa evoluzione, richiamando vari passi che scrisse Franco Ledda, in uno dei maggiori contributi dottrinari alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (*La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato, Nuova Rassegna*, 1971, 2717). Egli, dopo aver notato come una delle maggiori incongruenze della riforma del 1923 fosse quella di aver lasciato, nelle materie di giurisdizione esclusiva non di merito, il modello di giudizio impugnatorio, senza gli adattamenti e varianti che avrebbe richiesto un processo su diritti, e dopo aver duramente criticati altri aspetti di quella riforma dei primi anni '20, concluse che comunque i suoi vantaggi superano i suoi svantaggi; e ciò, perché « *...l'istituto che lentamente prese corpo per opera della giurisprudenza merita indubbiamente un più benevolo giudizio* ». « *L'idea d'una necessaria subordinazione dei diritti soggettivi agli interessi pubblici, chiaramente*

enunciata nella Relazione al Re, non venne recepita dal Consiglio di Stato: per questo riguardo le aspettative del legislatore andarono deluse, e nell'assolvere i suoi nuovi compiti l'alto Consesso diede ulteriore prova della sua indipendenza ». E quanto all'auspicio che il giudizio amministrativo su diritti soggettivi assuma caratteri più adeguati a questo suo particolare oggetto, distaccandosi dal classico giudizio conseguente alla impugnazione di un provvedimento, egli, nel 1971 appunto, osservava che « *Al livello del Consiglio di Stato, la possibilità di una così profonda revisione mi sembra assai remota: il pieno adeguamento della struttura del giudizio a quella dei rapporti importerebbe una "tribunalizzazione" vera e propria di quest'organo; e penso che una prospettiva simile non possa essere considerata con favore negli ambienti di Palazzo Spada* ». Si rinuncia qui a valutare in quali limiti si sia rivelato buon profeta; ma egli, del resto, se non prevede gli attuali sforzi di adattamento che la giurisprudenza amministrativa sviluppa, ancora più difficilmente avrebbe potuto prevedere le audacie del legislatore del 1998 e del 2000.

Tuttavia, non si può concludere questa relazione, senza qualche cenno sulla sorte che la giurisdizione amministrativa esclusiva ebbe nella Costituzione: se non altro, perché anche questo aspetto fa parte della intitolazione di essa.

Cenno che per certi aspetti può essere assai fugace, perché in Assemblea Costituente, di tale giurisdizione si parlò pochissimo: quel che si discusse accanitamente, quel che era veramente in giuoco era la sopravvivenza stessa del Consiglio di Stato come giudice speciale, distinto, e separato anche strutturalmente dalla giurisdizione ordinaria.

Come si sa, fu soprattutto Calamandrei a sostenere l'ideale — o, forse, il mito — della giurisdizione unica: l'attribuzione di funzioni giurisdizionali al Consiglio di Stato avrebbe ormai perso la sua ragione storica; d'altra parte, non solo al Consiglio di Stato si è affidata, talvolta, anche la tutela dei diritti soggettivi, ma anche la differenza di questi dagli interessi legittimi si sarebbe venuta gradatamente assottigliando; sarebbe stata ormai matura la trasformazione delle Sezioni giurisdizionali del Consi-

glio di Stato (che rimarrebbe solo come organo consultivo), in Sezioni specializzate della giurisdizione ordinaria, della quale godrebbero anche le maggiori garanzie di indipendenza: « *I consiglieri di Stato* (si dovrebbe intendere: solo quelli appartenenti alle Sezioni giurisdizionali), *diverrebbero consiglieri di Cassazione, e anche nelle Corti di appello potrebbero, per le cause tra cittadini e pubblica amministrazione, crearsi delle sezioni specializzate, i cui membri sarebbero scelti tra i consiglieri di Stato delle sezioni consultive, da trasferire nell'ordine giudiziario* » (le citazioni di questo dibattito sono tratte dai verbali della Seconda Sottocommissione per la Costituzione (Sezione II), soprattutto 1889 ss. e 1983 ss.).

Chi, conoscendo questo dibattito medesimo, abbia seguito quello che si svolse sugli stessi problemi in seno alla peraltro abortita Commissione bicamerale per la riforma della Costituzione, non ha potuto non avere una sensazione di *déjà-vu*. Anche in questa occasione non si raggiunse alcun risultato concreto: anzi, non si arrivò neppure all'approvazione di un progetto. Ma, ciò nonostante, questi più recenti dibattiti sono stati tutt'altro che privi di effetti. La legislazione del 1998 e del 2000, ampliando la giurisdizione amministrativa esclusiva, e facendo rientrare le domande risarcitorie in quella non solo esclusiva, ha costituito un notevolissimo passo avanti verso quella « *tribunalizzazione* » del giudice amministrativo che Franco Ledda aveva ritenuto necessaria, sia pure entro certi limiti. Le chiavi di lettura di quella legislazione possono essere molte; e, di sicuro, la prevalente, non infondatamente, è quella per la quale con essa si è voluto dare più completa e immediata tutela giurisdizionale al ricorrente, non importa se titolare di soli interessi legittimi o addirittura di diritti soggettivi. Però, se si tenesse conto di quale contributo vi abbiano dato, diretto e indiretto, oltre ai politici e a qualche dottrinario, numerosi consiglieri di Stato, potrebbe emergere come non improbabile pure una diversa lettura delle sue ragioni. Si può supporre che questa « *tribunalizzazione* » del giudice amministrativo sia stata sostenuta non solo da chi la riteneva auspicabile, ma anche da chi la considerava in ogni caso

inevitabile. E, allora, per questi, passare addirittura a promuoverla nei limiti nei quali è stata realizzata, potrebbe essere sembrato il mezzo per seguire questa evoluzione sentita come inarrestabile, salvando l'essenziale: la sopravvivenza dell'Istituto.

Comunque, nell'Assemblea Costituente, fu soprattutto Aldo Bozzi che, per contro, affermò la persistenza delle ragioni storiche del Consiglio di Stato come Istituto autonomo ed estraneo rispetto alla Magistratura ordinaria; e trovò vari alleati, tra i quali il comunista Laconi. Bozzi rivendicò l'indipendenza che il Consiglio di Stato dimostrò durante il Fascismo, del resto riconosciuta anche da Calamandrei, e un po' da tutti gli intervenuti nel dibattito, anche nello stesso suo senso: « *Nel periodo fascista, su 16.000 ricorsi decisi nel merito — quindi, esclusi quelli respinti per incompetenza (rectius: per difetto di giurisdizione?), abbandonati, perenti, ecc. ne sono stati accolti circa 10.000 e respinti 6.000. Questo significa che per diecimila volte il Consiglio di Stato ha annullato atti dell'amministrazione...* ». Bozzi arrivò a sostenere addirittura l'inscindibile unicità delle sue funzioni consultive con quelle giurisdizionali. In questa sua difesa, tuttavia, dovette accentuare molto i profili di tutela dell'interesse pubblico del suo ruolo, soprattutto di controllo « *...come rappresentante del popolo, e quindi dell'interesse collettivo alla legalità dell'azione amministrativa...* », fino ad avanzare la proposta (fortunatamente non accolta), che « *I consiglieri, i Presidenti di Sezione e il Presidente, anche se formalmente nominati dal Presidente della Repubblica, dovrebbero essere designati dalle Camere* » (1987).

Sembra inutile insistere nel rievocare una vicenda di cui tutti conosciamo l'esito: il Consiglio di Stato si salvò (almeno allora).

Resta da dire qualche parola sulla sua giurisdizione amministrativa esclusiva. Se ne parlò pochissimo, perché, come si vede, il dibattito era concentrato sulla maggiore questione della sua sopravvivenza come Istituto. Fu Ruini, peraltro, che, a risultato acquisito, e comunque ulteriormente difeso (« *...la tutela degli interessi legittimi verso la pubblica amministrazione... è stata la vera conquista, che soltanto un organo come il Consiglio di Stato*

poteva conseguire »), in piena Assemblea Costituente, e in una delle sue ultime sedute (quella del 27 novembre 1947), sostenne la necessità di mantenere anche la giurisdizione amministrativa esclusiva: « Ma limitarsi ai soli interessi legittimi non è possibile; vi sono materie di competenza esclusiva, residue da vecchie leggi, come in tema di debito pubblico, che debbono, a mio avviso, sottrarsi al Consiglio di Stato; ma vi è un gruppo di controversie, quelle di pubblico impiego, che per la inscindibilità delle questioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, e per la prevalenza delle prime, debbono restare al Consiglio di Stato... » (Atti dell'Assemblea Costituente, vol. IX, 3987-88).

E di qui, e anche da questo guizzo finale di Ruini, la formula del tutt'ora vigente art. 103 Cost., comma 1: il Consiglio di Stato (e quelli che poi sono divenuti i Tribunali amministrativi regionali), trovano nella tutela degli interessi legittimi la loro funzione istituzionale, insostituibile da parte dei giudici ordinari; tuttavia, talvolta hanno giurisdizione anche su diritti soggettivi, ma solo su « ...in particolari materie indicate dalla legge... »: la locuzione ne segnala la (relativa) eccezionalità, perché derogatoria alla generale giurisdizione su di essi, che ancor più istituzionalmente, appartiene al giudice ordinario (art. 102, comma 1).

Ci pare non inappropriato definire l'art. 103, comma 1, come la fotografia dell'esistente. Dell'allora esistente, ben s'intende. Quanto poi la sua formulazione (non) abbia condizionato l'evoluzione del sistema, è a tutti noto. Ma questa è un'altra storia: che comincia là dove termina quella che era mio compito sintetizzare.