

NUOVI PROBLEMI DI AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Studi diretti da
Franco Gaetano Scoca

MARIO PALMA

Processo amministrativo
e translatio iudicii



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

NUOVI PROBLEMI DI AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Studi diretti da
Franco Gaetano Scoca

La Collana di Studi raccoglie il frutto delle ricerche del Programma Interuniversitario di rilevante interesse nazionale sul tema "Principio di legalità e amministrazione di risultati" di cui il Prof. Franco Gaetano Scoca è coordinatore scientifico nazionale.

Tale Programma di ricerca è frutto del cofinanziamento del Ministero della Università e della Ricerca Scientifica e delle sedi universitarie consorziate (Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Università degli Studi di Ancona, Seconda Università degli Studi di Napoli, Università degli Studi di Palermo, Università degli Studi di Perugia e Università degli Studi di Teramo).

I volumi pubblicati nella presente collana a fare data dal marzo 2012 sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (double blind peer review), secondo un procedimento standard concordato dal Direttore della collana con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

MARIO PALMA

Processo amministrativo
e translatio iudicii



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2017 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO 21 - TEL.: 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-0872-1

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

pag.

Capitolo I

La translatio iudicii tra le giurisdizioni

1. <i>La translatio iudicii</i> nell'ordinamento italiano	1
2. <i>Translatio iudicii</i> e giudice amministrativo: profili problematici	4
3. Il principio dell'unità della giurisdizione	6
4. (segue). La progressiva affermazione della natura giurisdizionale della IV Sezione del Consiglio di Stato	11
5. L'unità della giurisdizione nella Costituzione	14
6. Il progetto di riforma del 1997	18
7. Il principio di incomunicabilità tra le giurisdizioni	23
8. La trasmigrabilità del processo	26
9. La tesi della riassunzione del processo	29
10. Le tesi alternative: la riproposizione della domanda giudiziale	33
11. La domanda giudiziale tra <i>mutatio libelli</i> ed <i>emendatio libelli</i> alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Cassazione	38
12. I limiti alla riformulazione della domanda alla luce dei rapporti tra giurisdizioni	41
13. La trasmigrazione dell'azione risarcitoria tra giudice ordinario e giudice amministrativo	48

Capitolo II

Translatio iudicii e giudice amministrativo

1. La giurisdizione amministrativa e i criteri di riparto nella Costituzione	53
2. (segue). Il d.lgs. n. 80 del 1998 e la giurisprudenza costituzionale successiva	62
3. La disciplina del codice del processo amministrativo	68
4. Il rilievo del difetto di giurisdizione in primo grado e in sede di appello dinanzi al giudice amministrativo	74
5. Il regolamento preventivo di giurisdizione	77

	<i>pag.</i>
6. La <i>translatio iudicii</i> prima del codice del processo amministrativo	81
7. La disciplina codicistica della <i>translatio iudicii</i>	87
8. L'errore scusabile e la rimessione in termini nel sistema di giustizia amministrativa: le fonti precodicistiche	92
9. (segue). L'art. 11, comma 5 e l'art. 37 c.p.a.	95
10. Le ipotesi di errore scusabile nella giurisprudenza amministrativa	97
11. La competenza del giudice amministrativo	101
12. Il regolamento di competenza	109
13. Gli effetti delle pronunce sulla competenza e la <i>translatio iudicii</i>	116
14. L'incompetenza del giudice di appello e la <i>translatio iudicii</i>	120

Capitolo III

Translatio iudicii e giudizio amministrativo

1. I presupposti della tutela cautelare nel processo amministrativo	129
2. Il procedimento cautelare collegiale e i procedimenti monocratici	134
3. L'appello cautelare e la verifica d'ufficio della competenza: un'ipotesi di <i>translatio iudicii</i> verticale	138
4. La <i>translatio iudicii</i> e gli effetti sulla pronuncia cautelare	141
5. I mezzi di prova e la <i>translatio iudicii</i>	145
6. Evoluzione e natura del giudizio di ottemperanza	149
7. (segue). La natura mista del giudizio di ottemperanza	162
8. L'appellabilità delle pronunce in materia di ottemperanza e <i>translatio iudicii</i>	169
9. Giudizio di ottemperanza e competenza	175
10. Il giudizio di ottemperanza e il problema della giurisdizione	180
11. Giudizio di ottemperanza e <i>translatio iudicii</i>	185

<i>Bibliografia</i>	191
---------------------	-----

Capitolo I

La *translatio iudicii* tra le giurisdizioni

SOMMARIO: 1. La *translatio iudicii* nell'ordinamento italiano. – 2. *Translatio iudicii* e giudice amministrativo: profili problematici. – 3. Il principio dell'unità della giurisdizione. – 4. (segue). La progressiva affermazione della natura giurisdizionale della IV Sezione del Consiglio di Stato. – 5. L'unità della giurisdizione nella Costituzione. – 6. Il progetto di riforma del 1997. – 7. Il principio di incomunicabilità tra le giurisdizioni. – 8. La trasmigrabilità del processo. – 9. La tesi della riassunzione del processo. – 10. Le tesi alternative: la riproposizione della domanda giudiziale. – 11. La domanda giudiziale tra *mutatio libelli* ed *emendatio libelli* alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Cassazione. – 12. I limiti alla riformulazione della domanda alla luce dei rapporti tra giurisdizioni. – 13. La trasmigrazione dell'azione risarcitoria tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

1. *La translatio iudicii nell'ordinamento italiano*

La *translatio iudicii* è uno dei tradizionali strumenti processuali esistenti nell'ordinamento processuale italiano.

Lo strumento della *translatio iudicii*, originariamente pensato per il processo civile, ha subito nel corso del tempo una notevole evoluzione di pari passo con l'elaborazione giurisprudenziale e le progressive innovazioni introdotte a livello normativo nel nostro sistema di giustizia.

In particolare, l'evoluzione del nostro ordinamento in un sistema articolato che, pur sancendo il principio dell'unità della giurisdizione oggi stabilito *ex artt.* 102 e 111 Cost., ammette la presenza di giudici speciali, ha progressivamente offerto alla *translatio iudicii* nuovi ambiti di applicazione.

La disciplina della *translatio iudicii* trova il suo fine nella necessità di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale.

Nel vigente quadro normativo, tale strumento opera sia quale rimedio rispetto alla erronea identificazione del giudice competente all'interno di un plesso giurisdizionale sia nelle ipotesi in cui, in ragione della complessità degli attuali criteri di riparto della giurisdizione, previsti dagli artt. 102 e 103 Cost., vi sia una pronuncia che dichiari il difetto relativo di giurisdizione del giudice adito.

Per il vero, se l'applicazione dell'istituto in parola per la risoluzione dei con-

flitti di competenza appare se non sempre agevole, sufficientemente lineare, in ragione della prolungata elaborazione giurisprudenziale e dottrina e dei numerosi interventi legislativi, nell'ipotesi del conflitto di giurisdizione l'applicazione delle disposizioni in materia di *translatio iudicii* ha, tradizionalmente, incontrato alcune difficoltà.

Le disposizioni che disciplinano nell'ordinamento italiano la *translatio iudicii* hanno il fine di evitare che un errore nell'identificazione del giudice competente o munito di giurisdizione possa compromettere la tutela dei diritti ed interessi dei terzi ritenuti degni di tutela.

L'applicazione della *translatio iudicii* per la riassunzione (o, come si vedrà, per la riproposizione) di un processo avviato dinanzi ad un giudice non munito di giurisdizione è, tuttavia, limitata in ragione delle diverse regole processuali che disciplinano l'accesso al giudice ordinario ed al giudice amministrativo.

L'ipotesi dell'applicazione della *translatio iudicii* nell'ambito dei conflitti di giurisdizione è non priva di rilevanti profili problematici, in alcuni casi derivanti da circostanze da lungo tempo dibattute in dottrina e giurisprudenza.

La *translatio iudicii*, cioè la trasmigrabilità di un procedimento giurisdizionale, è uno strumento processuale che è nato ed è stato inizialmente applicato all'interno della giurisdizione ordinaria nelle ipotesi di incompetenza del giudice adito.

La trasmigrabilità del giudizio dal giudice incompetente a quello competente può avvenire, di regola, sia a seguito della declaratoria di incompetenza del giudice adito e successiva riassunzione del processo dinanzi al giudice competente (*translatio iudicii* orizzontale)¹ sia per l'effetto di una pronuncia sulla competenza da parte di una giurisdizione superiore (*translatio iudicii* verticale)².

La *translatio iudicii* trova origine in un quadro normativo molto diverso rispetto a quello attuale; nel periodo statutario il codice di procedura civile del 1865 non prevedeva uno specifico strumento per consentire la trasmigrabilità dell'azione proposta dinanzi al giudice incompetente.

Non esistevano, in tale fase storica, strumenti che consentissero ad un giudice di indicare autonomamente, in sede di rilievo del difetto di competenza, quale fosse il giudice competente; in tale periodo la *translatio iudicii* in senso orizzontale non sembra potersi considerare operante.

¹ Sulla *Translatio iudicii* orizzontale, con riferimento all'ipotesi del conflitto di giurisdizione, v. R. GIORDANO, *Translatio iudicii c.d. orizzontale in tema di giurisdizione: considerazioni de iure condito e de iure condendo*, in *Giur. merito*, 2009, p. 913 e ss.; C. CONSOLO-M. DE CRISTOFARO, *Evoluzioni processuali tra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 745 e ss.

² In merito alla distinzione tra *translatio iudicii* verticale ed orizzontale, con riferimento all'ipotesi del difetto di giurisdizione, v. Corte di Cassazione 23 maggio 2007 n. 4109; la citata sentenza precisa che, in caso di declinatoria di giurisdizione da parte di un giudice di merito (*translatio iudicii* orizzontale), il giudice investito della controversia non è obbligato a adeguarsi al provvedimento che lo individua come il soggetto munito di giurisdizione.

Al contrario, esisteva nell'ordinamento processuale allora vigente una ipotesi di *translatio iudicii* verticale.

Infatti, l'unica ipotesi di *translatio iudicii* prevista dalle disposizioni contenute nel codice del 1865 era quella dell'art. 544 c.p.c. che consentiva l'applicazione di tale strumento processuale a seguito della pronuncia della Corte di Cassazione che avesse cassato la decisione di merito per motivi di competenza; per l'effetto di tale sentenza, l'azione doveva essere rinviata al giudice dichiarato competente dalla Cassazione. Nel codice di procedura civile vigente la *translatio iudicii* è ammessa dall'art. 50 c.p.c. che precisa come, a seguito di una pronuncia da parte del giudice ordinario che dichiara la propria incompetenza ai sensi dell'art. 44 c.p.c., le parti possono riassumere³ il giudizio dinanzi al giudice competente entro un termine massimo di tre mesi dalla comunicazione dell'ordinanza della Corte di Cassazione che decide sul regolamento di competenza o dell'ordinanza del giudice che dichiara la propria incompetenza⁴.

Va rilevato come, prima della novella introdotta con l'art. 45, comma 6, lett. a) della legge n. 69 del 2009, l'art. 50 c.p.c. precisasse che la pronuncia in merito alla competenza dovesse essere una sentenza.

Il testo dell'art. 50 c.p.c. precedente al 2009 infatti stabiliva che «se la riassunzione della causa davanti al giudice dichiarato competente avviene nel termine fissato nella sentenza dal giudice e, in mancanza, in quello di sei mesi dalla comunicazione della sentenza di regolamento o della sentenza che dichiara l'incompetenza del giudice adito, il processo continua davanti al nuovo giudice. Se la riassunzione non avviene nei termini indicati, il processo si estingue».

A seguito della riforma del 2009 l'art. 50 c.p.c. è stato modificato ed oggi, in luogo della sentenza, la pronuncia in materia di competenza assume la forma dell'ordinanza, a voler rimarcare come il processo oggetto di trasmigrazione continui dinanzi al giudice competente e che l'atto di riassunzione non introduca un nuovo procedimento.

Un analogo meccanismo è oggi previsto dall'art. 16 del codice del processo amministrativo in materia di conflitti di competenza; dalla lettura di tale disposizione, come si vedrà, emergono sia una ipotesi di *translatio iudicii* orizzontale, in caso di riassunzione a seguito dell'ordinanza del giudice del T.a.r. che declina la competenza indicando a sua volta il giudice competente, sia una ipotesi di *translatio iudicii* in senso verticale, nell'ipotesi della riassunzione del processo dinanzi al giudice competente in ragione della pronuncia del Consiglio di Stato sul regolamento di competenza.

³ In merito alla riassunzione la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha chiarito che «l'atto di riassunzione del processo non introduce un nuovo procedimento, ma esplica esclusivamente la funzione di consentire la prosecuzione di quello già pendente» (Cass., 27 ottobre 2011, n. 22436).

⁴ La competenza del giudice adito va considerata non come presupposto di validità della domanda, bensì quale condizione di legittimità del provvedimento giudiziale in tal senso, si esprime V. ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, p. 1644.

Per quanto riguarda l'ipotesi di applicazione dell'istituto della *translatio iudicii* nei casi di conflitto di giurisdizione, va rilevato che tale strumento assume un più ampio rilievo a seguito di una serie di provvedimenti normativi che, a partire dal 1865, ridisegnano il sistema della giurisdizione in Italia per far fronte ai problemi sorti a seguito dell'unità territoriale raggiunta.

A seguito di tali interventi normativi, infatti, lo strumento della *translatio iudicii* non trova applicazione solo all'interno della sfera di attribuzioni del giudice ordinario, in ragione dell'evoluzione del nostro sistema di giustizia e della nascita di giudici speciali che operano in ambiti specifici.

L'ambito di applicazione della *translatio iudicii* si è ampliato con un inevitabile aggravarsi delle problematiche legate al suo utilizzo da parte della Suprema Corte, in sede di definizione dei conflitti sorti tra giudice ordinario e amministrazione prima e, successivamente, tra giudice ordinario, amministrazione e giudici speciali.

La normativa vigente in materia di *translatio iudicii* ammette l'applicazione dell'istituto anche e soprattutto in materia di conflitto di giurisdizione, non senza diverse difficoltà in relazione ai limiti ed alle modalità applicative nell'ambito del processo.

2. Translatio iudicii e giudice amministrativo: profili problematici

La *translatio iudicii* è uno strumento processuale che nella sua applicazione nell'ambito della giurisdizione amministrativa ha presentato, tradizionalmente, diverse difficoltà applicative.

Per lungo tempo si è dibattuto in merito all'applicazione dell'istituto alla problematica del difetto di giurisdizione non trovando la dottrina un'unanime posizione circa l'applicazione analogica delle disposizioni, dettate nel codice di procedura civile, in materia di *translatio iudicii* ed in relazione al difetto di competenza del giudice adito.

Sebbene il problema della fonte normativa applicabile in caso di conflitto di giurisdizione possa dirsi risolto a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 104 del 2010 che, all'art. 11, disciplina l'ipotesi della *translatio iudicii* con riferimento alla giurisdizione⁵, l'armonizzazione dell'istituto della *translatio iudicii* con le norme processuali che regolano il processo amministrativo continua ad essere non sempre agevole.

Le difficoltà non sorgono solo nell'ipotesi delle questioni attinenti alla giurisdizione ma anche nelle fattispecie connesse alla risoluzione delle questioni di competenza.

⁵ Sul punto v. C. CONSOLO, *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1267 e ss.; P. VITTORIA, *Lo statuto della questione di giurisdizione davanti al giudice ordinario e la disciplina della translatio iudicii nella l. n. 69 del 2009*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 105 e ss.

Un primo problema, nell'ambito della trasmigrabilità per difetto di competenza, si verifica in relazione all'applicazione dell'istituto della *translatio iudicii* in alcune ipotesi di competenza funzionale.

Il principio della non applicabilità della *translatio iudicii* nell'ipotesi della c.d. competenza funzionale inderogabile del giudice dell'impugnazione è stato ribadito anche dalla recente giurisprudenza amministrativa⁶.

Tuttavia, va rilevato come tale orientamento, che prende in esame la competenza del giudice dell'impugnazione, trovando la propria giustificazione in una ricostruzione della competenza intesa come funzionale e non come territoriale, presenti alcuni elementi di perplessità.

Infatti, l'orientamento citato sembra ignorare le ipotesi di competenza funzionale dei giudici amministrativi di primo grado, con la conseguenza che, in ragione del principio di diritto che emerge da tale linea giurisprudenziale, in caso di erronea individuazione del giudice di primo grado funzionalmente competente non si dovrebbero applicare le disposizioni che consentono la riassunzione del processo.

Una interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni che regolano il diritto dei cittadini all'accesso alla giurisdizione sembrerebbe favorevole all'applicazione della *translatio iudicii* anche nell'ipotesi dell'erronea individuazione del giudice dell'impugnazione (funzionalmente) competente anche e soprattutto in ragione del silenzio delle norme che regolano il difetto di competenza ed il regolamento di competenza.

In relazione all'ipotesi dell'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione su una data controversia, è noto il problema derivante dall'armonizzazione dell'istituto della *translatio iudicii* con le disposizioni che dettano il termine breve di impugnazione previsto per il giudice amministrativo.

Le disposizioni dettate dalla legge n. 69 del 2009 e dal codice del processo amministrativo hanno risolto il problema solo in parte.

Un primo fondamentale problema che si rinviene nell'applicazione della *translatio iudicii* consiste nella necessità di adeguare la domanda proposta dinanzi al giudice individuato erroneamente come quello munito di giurisdizione alle peculiarità della giurisdizione di rinvio.

I limiti a cui deve sottostare l'apprezzamento del giudice a cui la domanda viene riproposta rappresentano un'evidente difficoltà nella ridefinizione della domanda; la domanda giudiziale, infatti, pur rimanendo nella sostanza la medesima, volta alla tutela del medesimo interesse sostanziale di cui il proponente dell'azione è titolare, nondimeno deve adattarsi alle regole processuali ed ai limiti interni ed esterni del sindacato previsti dall'ordinamento giuridico per la giurisdizione di rinvio.

⁶ V. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 22 aprile 2014 n. 12; v. anche M.G. PULVIRENTI, *La translatio iudicii per questioni di competenza inderogabile tra esigenze di giustizia e garanzie del contraddittorio*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2010, p. 1684 e ss.

Un ulteriore problema nell'applicazione della *translatio iudicii* va rinvenuto nell'obbligo del giudice amministrativo di verificare che applicare la *translatio iudicii* non sia un mezzo per superare la mancata impugnazione degli atti amministrativi nel termine perentorio.

La soluzione del problema va individuata nella corretta determinazione delle ipotesi di errore scusabile, ai fini del riconoscimento ai privati della rimessione in termini prevista dalle disposizioni in materia di *translatio iudicii*.

Appare evidente come l'applicazione in senso restrittivo dell'istituto *translatio iudicii* finisce per ledere i diritti dei cittadini che vedono limitate l'applicazione delle disposizioni che consentono la riassunzione (o, più precisamente, la riproposizione) del processo quando sia accertata la giurisdizione del giudice amministrativo.

Inoltre, le peculiarità del processo cautelare nella giurisdizione amministrativa finiscono per determinare altre difficoltà nell'applicazione della *translatio iudicii* al processo amministrativo.

Viene, infatti, da chiedersi cosa possa avvenire nel caso di provvedimenti cautelari che vengano eseguiti dall'amministrazione quando questi siano concessi da giudici che successivamente sono dichiarati privi di giurisdizione o incompetenti.

Una visione formale del processo amministrativo e del carattere strumentale della tutela cautelare dovrebbe condurre a considerare caducato tutto quanto fatto dall'amministrazione in sede di esecuzione della misura cautelare a seguito della declinatoria di giurisdizione. Al contrario, una visione sostanziale del processo amministrativo e della funzione del provvedimento cautelare dovrebbe condurre a ritenere valida l'esecuzione da parte dell'amministrazione avendo il giudice, pur se dichiarato successivamente incompetente o non munito di giurisdizione, apprezzato la sussistenza degli elementi sostanziali richiesti dalla normativa. Vi è, poi, il problema dei mezzi di prova da riproporre dinanzi al giudice munito di giurisdizione; in tale ipotesi non solo bisogna confrontarsi con la previsione dell'art. 11 c.p.a. che fa salve le eventuali prescrizioni e decadenze intervenute nell'originario giudizio erroneamente avviato dinanzi al giudice non munito di giurisdizione, ma bisogna anche affrontare il problema del diverso regime delle prove ammesse dinanzi a giudici di ordini differenti. Infine, vi è il problema del rapporto tra giudizio di ottemperanza e *translatio iudicii*, alla luce della natura mista, anche di cognizione, di tale procedimento giurisdizionale.

Infatti, seppure non si può escludere che la *translatio iudicii* possa trovare applicazione in sede di giudizio di ottemperanza, la trasmigrabilità del processo, in tali ipotesi deve armonizzarsi con le peculiarità del giudizio di ottemperanza.

3. *Il principio dell'unità della giurisdizione*

Il principio dell'unità della giurisdizione nell'ordinamento italiano ha radici profonde, che affondano in un periodo precedente alla nascita dello Stato unita-

rio e si sviluppano in concomitanza con l'approvazione delle leggi di riorganizzazione della macchina statale successive all'unità territoriale.

Un sistema del contenzioso amministrativo era già previsto nel diciannovesimo secolo nel regno di Sardegna; tale sistema trovava il suo fondamento, in primo luogo, nella concezione che sia la funzione giurisdizionale sia la funzione amministrativa erano emanazione del Re e, in secondo luogo, nel principio della separazione e divisione dei poteri⁷.

I tribunali del contenzioso amministrativo esistenti nel Regno di Sardegna erano parte dell'amministrazione ed erano gli unici organi competenti a dirimere controversie attinenti ai c.d. affari amministrativi.

Gli eventuali conflitti tra i magistrati ordinari e i tribunali del contenzioso sarebbero stati di competenza del Re.

A seguito dell'unità d'Italia vennero approvate una serie di leggi aventi lo scopo di riordinare l'organizzazione dello Stato.

È con la nota legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, che nell'ordinamento giuridico italiano il principio dell'unità della giurisdizione trova, per la prima volta, sebbene per poco tempo, la sua realizzazione sotto il profilo organico.

La legge soppresse i vecchi tribunali del contenzioso amministrativo esistenti negli stati preunitari e, all'art. 2, introdusse un sistema a giurisdizione unica incentrato sui giudici ordinari cui vennero affidate tutte le controversie attinenti a diritti civili e politici anche ove fosse coinvolta la pubblica amministrazione⁸.

Gli "affari" non compresi tra quelli attribuiti alla giurisdizione ordinaria erano affidati alla pubblica amministrazione che avrebbe provveduto a seguito della presentazione da parte dei cittadini di un ricorso in opposizione o di un ricorso gerarchico.

Nella dottrina amministrativa si osserva che il legislatore con la legge di abolizione del contenzioso del 1865 abbia chiaramente stabilito la propria preferenza per un sistema a giudice unico⁹.

Il modello qui esposto era improntato al rispetto del principio della separazione dei poteri; ciò appare confermato anche dai poteri che la legge attribuisce al giudice ordinario nell'esercizio del sindacato su controversie che coinvolgessero atti della Pubblica Amministrazione.

La legge n. 2248 del 1865, allegato E, agli artt. 4 e 5, ha previsto che, dinanzi ad un controversia che avesse ad oggetto la pretesa lesione di un diritto da parte

⁷ In merito v. A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in E. FABIANI-A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di) *Sull'unità della giurisdizione*, Napoli, 2011, p. 89.

⁸ Così recita l'art. 2 della legge n. 2248 del 1865, all. E: Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'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.

⁹ In merito v. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2014, p. 62 e ss.

di un atto della pubblica amministrazione, il giudice potesse solo apprezzare incidentalmente il provvedimento amministrativo, senza poteri di annullamento o revoca, ma fatto salvo l'obbligo della P.A. di conformarsi al giudicato¹⁰.

In ragione dei limiti imposti al giudice ordinario in quella prima fase successiva al 1865 assunse rilievo centrale, per la tutela giurisdizionale l'istituto della disapplicazione.

Il giudice ordinario dinanzi ad una controversia attinente ad un diritto civile o politico, pure se questo fosse stato inciso dall'esercizio di un potere amministrativo, avrebbe comunque avuto giurisdizione, con il conseguente potere di disapplicare gli eventuali atti contrari alla legge.

Ove, invece il giudice ordinario non rilevasse la sussistenza di un diritto civile o politico avrebbe dovuto, ai sensi della legge del 1865, dichiarare la domanda infondata.

La risoluzione degli eventuali conflitti che potessero sorgere tra giudici ordinari e amministrazione fu, inizialmente, di competenza del Consiglio di Stato¹¹ e poi, a partire dal 1877¹², della Corte di Cassazione.

Tuttavia, come è noto, negli anni successivi all'approvazione della legge del 1865 l'interpretazione data dalla giurisprudenza alla nozione di «diritti civili e politici» ivi contenuta si rivelò molto restrittiva arrivando ad escludere la giurisdizione ordinaria ogni qual volta che l'amministrazione agisse *iure imperii* nei confronti di un privato.

Gli «affari» non rientranti, ai sensi nell'art. 3 della legge n. 2248 del 1865, all. E, nel novero della giurisdizione ordinaria arrivarono a comprendere una ampia ed eterogenea gamma di interessi talora molto rilevanti per i cittadini.

Ciò portò inevitabilmente ad un notevole *vulnus* di tutela per i privati; infat-

¹⁰ L'art. 4 della legge n. 2248 del 1865, all. E, afferma: «1. 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. 2. 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. Il successivo art. 5, infine, disponeva: 1. In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi».

¹¹ In merito al ruolo del Consiglio di Stato nel periodo tra il 1865 ed il 1877 v. S. BATTINI, *La Giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 54 e ss.

¹² La legge n. 3761 del 1877 ha attribuito alla Corte di cassazione di Roma, a Sezioni Unite, la giurisdizione in materia di conflitti, sia positivi che negativi, tra potere giudiziario e amministrazione e tra giudici appartenenti ad ordini diversi. Alla Cassazione fu attribuito anche il potere di decidere i ricorsi proposti contro le sentenze dei giudici speciali, impugnate per «incompetenza ed eccesso di potere», v., in merito, F.G. SCOCA, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, in ID. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, p. 6 e ss.; S. BATTINI, *La Giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., p. 62 e ss.

ti, in ragione dell'approccio restrittivo adottato dai giudici ordinari, risultavano privi di tutela interessi molto rilevanti sebbene non riconducibili ad una posizione di diritto preesistente compressa dall'azione amministrativa o da espandere mediante l'adozione di un atto amministrativo.

La dottrina ha rilevato che tale sistema di giustizia si rivelò ben presto inadeguato¹³, e che ciò portò rapidamente all'istituzione di un sistema di giustizia amministrativa¹⁴.

Infatti, in risposta al vuoto di tutela che caratterizzava il sistema di giustizia allora vigente basato sul giudice unico, venne adottata la legge n. 5992 del 31 marzo 1889, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

L'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato segna, perlomeno sotto il profilo organico, la fine del tentativo di mantenere l'unicità della giurisdizione, in favore di un modello dualistico.

Alla Quarta Sezione venne attribuita la giurisdizione di legittimità sulle controversie attinenti gli interessi diversi dai diritti civili e politici¹⁵ che trovava attuazione mediante l'impugnazione con ricorso degli "atti e provvedimenti di un autorità amministrativa".

La legge del 1889, inoltre, attribuiva alla Quarta Sezione del Consiglio di Stato il potere di annullamento degli atti amministrativi ove viziati per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere¹⁶.

Il ruolo riconosciuto all'atto amministrativo nel sistema di giustizia così delineato, secondo la dottrina, è dovuto alla concezione dell'incompatibilità tra il diritto soggettivo e l'esercizio del potere autoritativo da parte della P.A.¹⁷

Il provvedimento assume, di conseguenza, un ruolo fondamentale ai fini della determinazione della competenza della Quarta Sezione; ove vi sia attività autoritativa espressione di esercizio di potere pubblico, non possono sussistere posizioni di diritto in capo ai cittadini.

¹³ V. in merito E. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1954, p. 51 e ss.

¹⁴ Sul punto v. L. MAZZAROLLI, *Giustizia amministrativa*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna, 2005, p. 1817 e ss.; G. BALENA, *In ricordo di Franco Cipriani. Il dilemma dell'unicità o pluralità delle giurisdizioni*, in E. FABIANI-A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Sull'unità della giurisdizione*, cit., p. 20.

¹⁵ La legge del 1889 all'art. 3, parla di "interessi d'individui o di enti morali giuridici", sul punto v. F.G. SCOCA, *La gestazione dell'interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, Milano, 2007, p. 294, secondo l'Autore, la legge del 1889 «assicurando una forma di tutela giuridica per interessi diversi dai diritti soggettivi, lasciava ipotizzare l'esistenza (o la creazione) di una inedita (o ritenuta tale) categoria di interessi giuridicamente riconosciuti e protetti. Poneva in tal modo le premesse necessarie per individuare una nuova situazione giuridica soggettiva», pur se in base alle convinzioni dell'epoca ipotizzare l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva diversa dal diritto soggettivo appariva molto difficile.

¹⁶ In merito vedi S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., p. 60 e ss.

¹⁷ A. TRAVI, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, p. 31

Il carattere giurisdizionale della Quarta Sezione fu oggetto di dibattito e non fu immediatamente riconosciuto da parte della dottrina¹⁸.

In particolare, in dottrina si è osservato che in sede di formulazione del testo della legge del 1889 furono introdotte delle espressioni volte a attenuare gli elementi che potevano far propendere per il riconoscimento della natura giurisdizionale della Quarta Sezione¹⁹.

In merito va richiamato, in primo luogo, quanto affermato in ordine alla natura del contenzioso amministrativo dall'Orlando che osserva come per ottenere tutela dinanzi alla IV Sezione del Consiglio di Stato i privati dovessero essere titolari di un «interesse ingiustamente leso che debba dar luogo ad un riesame, in via di contenzioso amministrativo, comprendente la questione di merito»²⁰.

La IV Sezione viene considerata, per lungo tempo, come avente natura amministrativa; in tal senso si esprime l'Orlando che qualifica le funzioni esercitate dalla IV Sezione, in conseguenza della sua natura amministrativa, come una forma di controllo della legalità oggettiva²¹ dove la posizione vantata dal singolo non è di diritto soggettivo ma un interesse "semplice", privo di rilievo giuridico, e le decisioni assunte non possono qualificarsi come sentenze²².

In dottrina si è osservato che tale soluzione aveva consentito di superare il problema di una tutela giudiziaria accordata in assenza di diritti soggettivi e cioè ad interessi che all'epoca non avevano riconoscimento giuridico²³.

Un contributo determinante fu dato dalla Corte di cassazione che riconobbe la natura giurisdizionale della IV Sezione in sede di giudizio su conflitto di attribuzioni.

In merito si osserva come nella pronuncia del 21 marzo 1892 la Suprema corte ha ammesso un ricorso in Cassazione contro una decisione della IV Sezione «per eccesso di potere commesso mediante estensione della sua giurisdizione a danno della giurisdizione dei tribunali ordinari».

Tale decisione riconobbe la natura giurisdizionale della IV sezione tutte le

¹⁸ V., in merito quanto affermato da S. SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in ID., *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949, p. 86 e ss.

¹⁹ L. MAZZAROLLI, *Giustizia amministrativa*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, cit., p. 1823.

²⁰ V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., p. 666.

²¹ V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., p. 778. Nello stesso senso si esprime S. SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in ID., *La giustizia nell'amministrazione*, cit., p. 97.

²² In senso non dissimile si esprime prima del 1907 anche Santi Romano che non riteneva le decisioni del Consiglio di Stato qualificabili come vere e proprie sentenze aventi natura di giudicato. V., in merito, S. ROMANO, *I Giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., p. 1259 e ss.

²³ F.G. COCA, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della p.a.*, in ID., *Giustizia amministrativa*, cit., p. 14.

volte che questa fosse chiamata «a pronunziare giudizi, a risolvere formali contestazioni e a dire ciò che è legittimo e giusto in ordine alle materie riservate alla sua cognizione».

Autorevole dottrina ha, tuttavia, continuato a sostenere la natura amministrativa della IV sezione fino alla legge di riforma del Consiglio di Stato 7 marzo 1907 n. 62²⁴.

Tale legge risolse definitivamente i contrasti in ordine alla natura della IV Sezione del Consiglio di Stato qualificando i ricorsi rivolti a tale organo come giurisdizionali.

Con l'affermarsi della natura giurisdizionale della IV Sezione avvenuto prima su impulso delle pronunce della Corte di cassazione e poi con la legge n. 62 del 1907, il carattere oggettivo del controllo posto in essere dal giudice amministrativo viene meno, e il processo dinanzi al giudice amministrativo si configura progressivamente come finalizzato alla tutela, seppure in via mediata, di una posizione giuridica soggettiva.

4. (segue). *La progressiva affermazione della natura giurisdizionale della IV Sezione del Consiglio di Stato*

Con la riforma del 30 dicembre 1923 n. 2840, rapidamente seguita dal r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, recante il testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, venne riconosciuta al giudice amministrativo, nelle controversie di sua competenza, anche la cognizione incidentale dei diritti.

Tale scelta del legislatore fu dettata dalla necessità di evitare che l'esame di una questione pregiudiziale attinente a diritti soggettivi avesse sempre quale conseguenza obbligata la sospensione del giudizio e la rimessione delle parti dinanzi al giudice ordinario.

Va rilevato che la medesima legge prevede alcune ipotesi di giurisdizione esclusiva, in cui il giudice amministrativo poteva decidere su controversie anche attinenti a fattispecie di diritto soggettivo.

Nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo nelle controversie attinenti ai diritti soggettivi, era dotato degli stessi poteri di cognizione e decisione che spettavano in caso di giurisdizione sugli interessi legittimi²⁵.

²⁴ V. in merito V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., p. 758 e ss., in particolare p. 771. L'Orlando, anche dopo la decisione della Corte di Cassazione del 21 marzo 1892 che ha riconosciuto la natura giurisdizionale della IV Sezione del Consiglio di Stato, sostiene che «se la materia di questa competenza riservata alla IV Sezione (sempre per l'art. 24) ha per sua caratteristica di non avere per contenuto un diritto subiettivo, non può la competenza stessa qualificarsi per giurisdizionale da poi che, dove non e in controversia un diritto, non vi può essere vera giurisdizione»

²⁵ A. TRAVI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 38.

Sulla base delle disposizioni di legge citate il sistema di giustizia vigente in Italia nei primi decenni del ventesimo secolo si caratterizzava per alcuni aspetti peculiari: a) la concentrazione in capo al Consiglio di Stato della giurisdizione di legittimità sui provvedimenti amministrativi; b) l'attribuzione al Consiglio di Stato della giurisdizione esclusiva in alcune materie con la specifica esclusione delle questioni attinenti ai diritti patrimoniali consequenziali²⁶; c) la possibilità di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato dinanzi alla Corte di Cassazione solo per motivi di giurisdizione; d) la possibilità per i giudizi amministrativi di decidere con efficacia limitata al giudizio, le questioni pregiudiziali attinenti a diritti soggettivi e senza autorità di cosa giudicata²⁷.

Il riconoscimento della natura giurisdizionale della IV e della V sezione del Consiglio di Stato si era ormai definitivamente affermato.

Di pari passo con il riconoscimento della natura giurisdizionale della IV e V Sezione si sviluppò il dibattito sulla natura degli interessi tutelati dinanzi a tali organi giurisdizionali.

Va posto in rilievo come il riconoscimento della natura giurisdizionale della IV Sezione ha avuto quale fondamentale presupposto concettuale il superamento del paradigma diritto soggettivo-azione.

Il rapporto stretto tra diritto soggettivo e azione e stato per lungo tempo sostenuto nella dottrina²⁸; a ciò si aggiunga che nella dottrina di inizio 900 non si concepiva un'azione proponibile al di fuori dell'ambito della giurisdizione (all'epoca intesa solamente come giurisdizione ordinaria).

Con l'istituzione della Quarta Sezione il suddetto paradigma entra in crisi in quanto il legislatore ha previsto una tutela contenziosa per interessi non riconducibili nel novero dei diritti soggettivi.

La dottrina dell'epoca cercò di elaborare alcune tesi volte a armonizzare la tutela offerta dalla IV Sezione con lo schema diritto-azione-giurisdizione. Tali posizioni, secondo autorevole dottrina, si distinguevano per il carattere indiretto

²⁶ L'art. 30 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 disponeva che: «1. Nelle materie deferite alla esclusiva giurisdizione del Consiglio di Stato, questo conosce anche di tutte le questioni relative a diritti. 2. Restano, tuttavia, sempre riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni attinenti a diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di legittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre nonché le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità dei privati individui, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso».

²⁷ In merito v. C. CACCIAVILLANI, *Cognizione incidentale e questioni pregiudiziali*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, p. 995 e ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, cit., p. 94.

²⁸ In merito v. quanto affermato da F.G. SCOCA, *La "gestazione dell'interesse legittimo"*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, cit., p. 311 e ss.: l'Autore sottolinea come nella dottrina, di inizio secolo, in particolare secondo Jhering, la definizione di diritto soggettivo fosse quella di un interesse protetto con l'azione. Una simile definizione non faceva che confermare lo stretto rapporto intercorrente tra l'azione e la tutela del diritto soggettivo.

o occasionale della tutela offerta agli interessi (privati) diversi dai diritti soggettivi e per la coincidenza di tali interessi con l'interesse pubblico che godeva di una tutela diretta²⁹.

Al di fuori di tali ipotesi si pone Lodovico Mortara che tenta di ricostruire la tutela offerta dalla IV Sezione del Consiglio di Stato agli interessi privati in termini di tutela di diritti soggettivi.

Mortara cercò di inquadrare la tutela garantita dalla IV Sezione in termini di tutela di un diritto pubblico soggettivo alla legittimità degli atti e provvedimenti amministrativi. Tale posizione aveva il merito di ricondurre la tutela offerta dal giudice amministrativo nell'ambito dello schema tradizionale diritto-azione-giurisdizione.

La tesi del Mortara qualificava la tutela offerta dalla IV Sezione in termini oggettivi essendo finalizzata a garantire la legittimità dell'azione amministrativa rispetto alla legge.

La posizione giuridica riconosciuta in capo ai privati ha, secondo Mortara, natura di diritto strumentale alla legittimità del provvedimento amministrativo, e ciò a prescindere dall'interesse sostanziale di cui il privato è titolare³⁰.

Il Mortara ha affermato «sono convinto che la giustizia amministrativa, negli Stati liberi, sia sempre una parte della funzione giurisdizionale civile, rappresenti cioè un adattamento ulteriore di questa funzione a bisogni nuovi nella evolventesi attività politico sociale. Né credo che al riconoscimento dell'esattezza di questo principio possa fare impedimento la parziale o totale differenza degli organi investiti della giurisdizione civile ordinaria e della amministrativa»³¹.

In ragione di tale ricostruzione della natura giurisdizionale del giudice amministrativo il Mortara afferma inoltre «dal fine di assicurare la integrità del diritto obiettivo privato deriva conseguenziale la protezione dei privati diritti subiettivi, alla stessa guisa che da quello di assicurare la integrità del diritto obiettivo pubblico nasce il risultato della difesa dei pubblici diritti subiettivi»³².

Il superamento del paradigma diritto soggettivo-azione si deve al pensiero di Giuseppe Chiovenda che ricostruì il diritto di azione come autonomo rispetto alla posizione soggettiva oggetto di tutela.

Il Chiovenda osserva che «l'azione è un bene ed un diritto di per se stante. Per lo più essa nasce pel fatto che colui che doveva conformarsi ad una norma che ci garantiva un bene della vita, ha trasgredito la norma; così noi ne cerchiamo l'attuazione indipendentemente dalla sua volontà. Pure anche in questi casi

²⁹ Sul punto, v. F.G. SCOCA, *La "gestazione dell'interesse legittimo"*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, cit., pp. 312-313.

³⁰ Sulla tesi del Mortara v. F.G. SCOCA, *La "gestazione dell'interesse legittimo"*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, cit., p. 314 e ss.

³¹ V. L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, Milano, 1923, p. 34.

³² L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, cit., p. 36.

l'azione e staccata dal diritto soggettivo (reale o personale) derivante da quella norma: i due diritti sono distinti, sebbene possano coordinarsi a uno stesso interesse economico; essi hanno vita e condizioni diverse e contenuto profondamente diverso»³³.

Secondo Chiovenda l'azione non è «un elemento né una funzione del diritto soggettivo ma un diritto distinto e autonomo»³⁴.

La posizione espressa dal Chiovenda ha rappresentato il presupposto per il superamento della dicotomia diritto-azione fermo restando l'elemento della giurisdizione, ormai, dal 1889, articolata su organi diversi (giudice ordinario e amministrativo).

Svincolare il diritto di azione dal diritto soggettivo ha rappresentato uno degli elementi fondamentali per il progressivo affermarsi della figura dell'interesse legittimo.

Allo stesso tempo, che il progressivo affermarsi del giudice amministrativo come organo giurisdizionale preposto a tutela degli interessi legittimi sembra confermare che il principio di unità della giurisdizione è stato accolto nell'ordinamento italiano solo sotto il profilo funzionale ma non sotto il profilo organico.

5. *L'unità della giurisdizione nella Costituzione*

Con la Costituzione repubblicana del 1948 il principio dell'unità della giurisdizione viene ad essere oggetto di forte dibattito in Assemblea costituente.

È nota, infatti, la proposta avanzata da Piero Calamandrei volta a sopprimere le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e affidare le controversie con le pubbliche Amministrazioni alla giurisdizione ordinaria.

Il Calamandrei in particolare, a sostegno della sua proposta adduceva alcune argomentazioni che, per alcuni aspetti, sono sorprendentemente attuali: «Indipendentemente dalle ragioni storiche a cui ha accennato, si domanda se fra queste funzioni giurisdizionali [amministrative] e quelle dei giudici ordinari vi sia una demarcazione così netta da consigliare di continuare a mantener separati gli organi che le esercitano. A suo giudizio tra le due funzioni vi sono tali legami e tante sovrapposizioni di questioni che è difficilissimo capire esattamente dove finisca il compito della Magistratura ordinaria e dove cominci quello delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. La differenza tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, infatti, va diventando sempre più capillare e sottile. Una differenza sostanziale vi poteva essere, quando vi era una netta distinzione tra il diritto pubblico e il diritto privato; ma, quando, come avviene attualmente in una quantità sempre maggiore di rapporti, gli istituti di diritto pubblico si vanno ri-

³³ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 46.

³⁴ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 47.

vestendo di carattere privato e in istituti che erano prima di puro interesse privato si va sempre più infiltrando l'interesse collettivo, riesce difficilissimo vedere fin dove arrivi il diritto soggettivo e dove invece cominci l'interesse occasionalmente protetto. La difficoltà di arrivare a distinguere tra queste due competenze, è stata talmente riconosciuta nella pratica, che ad un certo momento, con una legge del 1923, si è incominciato ad assegnare al Consiglio di Stato anche la tutela di alcuni diritti soggettivi che avrebbe dovuto rientrare nella competenza della autorità giudiziaria ordinaria. Ciò è avvenuto sopra tutto nel campo del pubblico impiego, dove è difficilissimo sapere quando l'impiegato abbia un diritto la cui tutela spetti ai giudici ordinari e quando trattisi di un interesse che invece debba essere portato dinanzi al Consiglio di Stato»³⁵.

In base alla citata proposta del Calamandrei l'autorità giudiziaria avrebbe dovuto fornire una tutela piena in ogni controversia con le pubbliche Amministrazioni³⁶.

Il giudice ordinario, secondo il progetto illustrato, avrebbe dovuto non solo conoscere di ogni controversia che avesse come parte la P.A. ma avrebbe anche potuto annullare gli atti amministrativi lesivi degli interessi dei cittadini.

Tuttavia, come è noto, la proposta di abolire il giudice amministrativo non fu accolta ed il testo costituzionale confermò la duplicità delle giurisdizioni.

Anche l'unico elemento che aveva superato il vaglio della Commissione chiamata ad elaborare il testo per l'Assemblea costituente, e cioè il ricorso in Cassazione per violazione di legge avverso le sentenze del Consiglio di Stato, fu eliminato in aula, di fatto riconfermando il sistema di giustizia previgente nel testo costituzionale.

Secondo la dottrina, dalla lettura delle norme costituzionali si evince che il sistema di giustizia da esse delineato deriverebbe da quello formatosi a seguito della legge del 1865³⁷.

In particolare, secondo la dottrina, la carta fondamentale, oltre a confermare la duplicità delle giurisdizioni ed il criterio di riparto fondato sulla dicotomia diritto soggettivo – interesse legittimo, pone il limite del controllo in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi attinenti alla giurisdizione, richiamando le disposizioni contenute nella legge 31 marzo 1877, n. 3761³⁸.

La Costituzione del 1948, tuttavia, non riprende il sistema di giustizia previgente in ogni suo elemento ma al contrario, introduce rilevanti innovazioni³⁹.

³⁵ Verbale della seconda Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione del 9 gennaio 1947.

³⁶ In merito v. V. CERULLI IRELLI *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione* in *www.astrid-online.it*, 2009.

³⁷ V. in merito A. PAJNO, *Per una lettura "unificante" delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 456 e ss.

³⁸ V. CERULLI IRELLI *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, cit., p. 3.

³⁹ In merito al sistema di giustizia amministrativa delineato nella Costituzione v. M. NIGRO,