**Le prime pronunce della Quarta sezione e il contributo alla formazione del diritto amministrativo nazionale**

(relazione svolta al convegno ‘Per i 130 anni dall’istituzione della Quarta Sezione dei Consiglio di Stato’, tenutosi in Roma il 20 novembre 2019, presso la sede del Consiglio di Stato)

Signor Presidente, Autorità, Cari Colleghi, Gentili Ospiti,

ringrazio gli organizzatori di questo convegno, che ci dà la possibilità di ricordare alcune significative tappe della storia della giustizia amministrativa e di riflettere sul come, ove possibile, si possano migliorare le tecniche di tutela delle posizioni giuridiche soggettive, coinvolte nell’esercizio del pubblico potere.

Il mio compito è quello di richiamare alcune tra le più risalenti decisioni della Quarta Sezione e di evidenziare quale sia stato il suo contributo alla formazione del diritto amministrativo nazionale, nel periodo durante il quale essa svolgeva da sola le funzioni di nomofilachia, prima della istituzione della Quinta Sezione e dell’Adunanza Plenaria, che vi fu con la legge n. 62 del 1907.

Credo che si possa affermare che nell’Italia ottocentesca lo Stato di diritto si è affermato non con la legge del 1865, allegato E, ma con la legge n. 5082 del 1889, istitutiva della Quarta Sezione.

E’ ben vero che l’allegato E della legge del 1865 aveva ammesso la giurisdizione del giudice civile nel caso di lesione dei diritti civili o politici, ma è anche vero che essa non aveva dato alcuna tutela per i casi di emanazione di atti amministrativi espressione di un pubblico potere, cioè degli atti all’epoca definiti come atti di imperio e che ora siamo soliti definire come atti autoritativi.

Si può ancora ricordare l’affermazione di Pasquale Stanislao Mancini, il quale si rivolgeva a qualunque destinatario di un atto d’imperio, dicendo ‘ebbene, ch’ei si rassegni!’.

In considerazione di tale vuoto di tutela, sorse quel dibattito nel quale si inserì Silvio Spaventa, che anche con il celebre discorso di Bergamo del 1880 si fece promotore di un ‘movimento per la giustizia nell’amministrazione’, che fu posto alla base di vari disegni di legge, che dopo un travagliato iter parlamentare hanno condotto all’approvazione della legge n. 5982 del 1889, istitutiva della Quarta Sezione.

La Quarta Sezione ha attuato la legge del 1889, dando una cauta, ma inesorabile, applicazione alle disposizioni attributive dei suoi poteri.

I compilatori della legge avevano voluto attribuirle il potere di sindacare soltanto i vizi formali degli atti amministrativi, cioè i vizi di violazione della legge.

Infatti, nel clima culturale di quell’epoca (e in considerazione di quanto era stato previsto dall’allora vigente legge sui conflitti n. 3761 del 1877), sia l’incompetenza che l’eccesso di potere erano considerati vizi di violazione di legge: va richiamata la famosa espressione del Mantellini (il primo Avvocato Generale dell’Avvocatura dello Stato), secondo cui l’eccesso di potere ‘rincarava’ sulla incompetenza, e cioè era un vizio ancor più grave, ravvisabile quando una amministrazione emanava un atto del tutto estraneo alla sfera dei propri poteri istituzionali.

Tale intenzione dei compilatori - di attribuire solo il potere di sindacare i vizi più o meno gravi di violazione di legge - risulta anche dalle vicende riguardanti l’art. 5 dell’originario disegno di legge del Ministro dell’Interno Crispi, il quale aveva previsto che la nuova Sezione avrebbe potuto annullare un atto anche ‘per abuso di potere o per ingiustizia manifesta’.

Il disegno di legge era tanto avanzato, da voler introdurre un sistema di tutela di giustizia amministrativa non solo formale, ma anche sostanziale, consentendo il sindacato sull’esercizio del potere discrezionale.

I tempi non erano però maturi per una tale svolta.

Dal testo finale furono espunti i richiami all’abuso di potere ed alla ingiustizia manifesta, in accoglimento di un emendamento soppressivo del senatore Costa, il quale aveva osservato che l’attribuzione alla Quarta Sezione del potere di sindacare gli atti per i loro profili discrezionali avrebbe reso l’azione amministrativa ‘tarda, paurosa ed incerta’.

In sintesi, si può affermare che la legge del 1889 volle attribuire alla Quarta Sezione il potere di annullare gli atti amministrativi soltanto per i vizi formali, e cioè per i casi di violazione delle regole sulla determinazione delle competenze delle autorità amministrative e, se esistenti, delle regole sulla articolazione del procedimento.

Da subito, invece, la Quarta Sezione affermò regole di grande impatto innovativo, da un lato elaborandone di nuove in tema di articolazione del procedimento, dall’altro indicando quali dovessero essere i principi da rispettare per la legittimità sostanziale del provvedimento, in considerazione del suo contenuto.

Per esigenze di tempo, posso citare solo una minima percentuale delle decisioni da considerare vere e proprie pietre miliari per l’affermazione dello Stato di diritto.

Segnalerei subito due decisioni ‘storiche’, meritevoli ancora oggi di essere citate nei manuali.

La prima è la n. 1 del 1891 (pres. Spaventa), la quale annullò una sanzione disciplinare inflitta ad un impiegato, perché egli non era stato sentito prima della irrogazione della sanzione.

Questa decisione affermò che, anche in assenza di una espressa disposizione di legge, l’Amministrazione doveva contestare gli addebiti e consentire all’impiegato di potersi difendere.

La decisione introdusse nel sistema una nuova norma giuridica, poi richiamata con ferme espressioni dalla successiva giurisprudenza della Sezione: la sentenza n. 423 del 29 novembre 1895 (presidente Bianchi, est. Imperatrice) richiamò un ‘principio di eterna giustizia, informato al sacro diritto alla difesa’, così annullando un licenziamento di un segretario comunale, considerato responsabile di disordini, perché il consiglio comunale aveva provveduto seduta stante e in assenza dell’inserimento della questione all’ordine del giorno.

Su questa linea, la decisione n. 404 del 1898 definì il diritto alla difesa come un ‘principio di universale giustizia’, la decisione n. 400 del 1899 come ‘legge di natura’.

Queste decisioni – per rimarcare come si riaffermavano principi di equità e di eterna giustizia – richiamarono la precedente giurisprudenza consultiva, posta a base di risalenti decisioni di ricorsi straordinari: la citata decisione n. 423 del 1895 – sul principio della necessaria contestazione degli addebiti – richiamò il ‘costante riscontro nei pareri consultivi del Consiglio di Stato in casi consimili’.

La seconda decisione storica è la n. 3 del 1892 (pres. Spaventa, est. Nardi Dei), la quale, dopo una dettagliata disamina dei fatti accaduti, ritenne che un decreto del Ministro degli interni, di scioglimento del consiglio di amministrazione di un’opera pia, non dovesse essere annullato, poiché non contenente ‘nulla di illogico e d’irrazionale o di contrario allo spirito della legge’.

Come fu avvertito dalla dottrina del tempo (ad es., dal Codacci Pisanelli), la Quarta Sezione aveva così consentito un sostanziale sindacato sull’esercizio della discrezionalità amministrativa.

Fu enunciata al riguardo dapprima la nozione di eccesso di potere per ‘sviamento’.

La decisione n. 260 del 1892 ritenne annullabile l’atto ‘determinato da tutt’altro fine che quello di favorire un pubblico interesse’, la decisione n. 142 del 1893 ravvisò l’eccesso di potere in un caso in era stato ‘travisato lo scopo finale della legge’, la decisione n. 185 del 1893 ritenne che il sindacato di legittimità ‘non si arresta alla linea del potere discrezionale, ma penetra nella sfera di questo per indagare se l’esercizio di potere siasi mantenuto in conformità allo scopo pel quale fu conferito’.

Con la decisione n. 216 del 1902, la Quarta Sezione annullò un atto che aveva deciso lo spostamento di una stazione ferroviaria, poiché dall’istruttoria era emerso che si volevano favorire interessi di specifici proprietari.

Con la decisione n. 43 del 1906, la Quarta Sezione poi ravvisò uno sviamento basato su ragioni politiche, in un caso in cui un decreto governativo aveva disposto lo scioglimento del consiglio comunale, dopo che era stato fissato un termine eccessivamente breve al Comune per rimediare ad una sua inerzia e la stessa autorità governativa aveva ostacolato il rispetto del termine.

Lo sviamento fu ravvisato in molteplici casi in tema di pubblico impiego, ad esempio nel caso di soppressione di un posto in organico per mascherare una sanzione disciplinare o un licenziamento per esigenze d’ufficio (decisione n. 526 del 1897) o nel caso di trasferimento o di dispensa dal servizio per mascherare una sanzione disciplinare (decisione n. 125 del 1903, pres. Bonasi, est. Bentivegna).

A partire dalle decisioni n. 364 del 1893 e n. 296 del 1898 (pres. Giorgi, est. Bargoni), la Quarta Sezione ha poi attribuito rilievo al travisamento dei fatti, inaugurando una giurisprudenza che ha consentito di volta in volta di verificare se il contenuto finale del provvedimento fosse coerente con i dati istruttori, acquisiti nel corso del procedimento.

Si sono inoltre affermati principi sul rilievo del decorso del tempo, qualora fossero ravvisabili posizioni di buona fede degli interessati, e si sono poste le basi per la successiva affermazione dei principi della tutela dell’affidamento e di proporzionalità.

La rilevanza delle posizioni acquisite è stata affermata sia in tema di atti organizzativi, che di atti di autotutela.

In tema di atti organizzativi, la decisione n. 70 del 1894 affermò che essi dovevano tenere conto delle posizioni legittimamente acquisite, poiché ciò ‘è imposto da principi di equità e giustizia’.

Circa gli atti di autotutela, alcune decisioni ravvisarono l’eccesso di potere nei casi in cui il suo esercizio aveva inciso su consolidate posizioni giuridiche, in assenza di un concreto interesse pubblico.

In tema di atti di annullamento d’ufficio, le decisioni 3 novembre 1900, n. 429, e 10 luglio 1903, n. 348, ravvisarono la loro illegittimità, nel caso di ‘intempestivo uso di una facoltà altrimenti legittima’, fissando il principio della necessaria sussistenza di un concreto ed attuale interesse pubblico.

In tema di revoca, la decisione 22 maggio 1908, n. 248, affermò l’illegittimità di una revoca di un permesso, emanata anch’essa in assenza di un interesse pubblico.

La Quarta Sezione ha anche posto limiti al principio della retroattività dell’annullamento di un atto amministrativo, tematica che poi di recente è stata oggetto di ulteriori approfondimenti da parte del Consiglio di Stato (mi riferisco, tra le altre, alle sentenze n. 2755 e n. 1488 del 2011 della Sesta Sezione).

Infatti, per i casi in cui risultava illegittima la nomina di un dipendente che nel frattempo aveva svolto l’attività lavorativa, le decisioni affermarono la necessità di tenere conto della buona fede del dipendente e di non ravvisare la retroattività degli effetti dell’annullamento della nomina, al fine di considerare spettante la retribuzione, oltre che valutabile il lavoro ai fini pensionistici.

Anche tali decisioni talvolta richiamarono la precedente giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato, sino a risalire al parere delle Sezioni riunite del Consiglio di Stato subalpino di data 20 aprile 1864, che già aveva ammesso il rilievo giuridico dell’attività lavorativa svolta sulla base della nomina annullata.

Tale giurisprudenza, si segnala per inciso, ha ispirato la redazione del vigente articolo 2126 del codice civile.

La Quarta Sezione poi affermò anche la sindacabilità per ingiustizia manifesta, ammessa in linea di principio con la decisione n. 403 del 1900, che ha condotto ad una giurisprudenza che ha esaminato con attenzione anche gli aspetti etici della vicenda (si pensi alla decisione n. 565 del 1925, che annullò un licenziamento di un ferroviere per scarso rendimento, essendo risultato che egli aveva una diminuita capacità lavorativa a causa di un infortunio riportato in servizio).

Vanno segnalate anche le decisioni della Quarta Sezione che si occuparono del contenuto essenziale del provvedimento, affermando progressivamente la necessità di motivare gli atti lesivi della sfera degli interessati e precisando i limiti delle eccezioni alla regola generale.

Dapprima la Quarta Sezione affermò l’obbligo di motivare le decisioni sui ricorsi gerarchici (decisioni 13 dicembre 1901 e 3 ottobre 1902) e ravvisò la necessità della motivazione in casi di specie, senza enunciare principi di carattere generale (decisioni 10 luglio 1903 e 25 maggio 1906, in tema di licenziamento di dipendenti; 27 novembre 1903, in tema di scioglimento dei consigli comunali), salvo a rilevare la necessità della motivazione quando l’atto fosse insindacabile nel merito da qualsiasi autorità superiore (decisioni 29 luglio 1895 e 15 febbraio 1905) o avesse deciso su ‘interessi in conflitto’ (decisione n. 178 del 17 maggio 1907).

A parte la grandiosa opera di costruzione che ha riguardato la nozione di eccesso di potere e la sindacabilità degli atti amministrativi, la prima giurisprudenza della Quarta Sezione ha progressivamente affermato molteplici altri principi, che tuttora costituiscono punti fermi.

Non posso che effettuare una rapida carrellata.

Alcune decisioni hanno avuto un rilievo decisivo per la nascita della nozione di atto amministrativo impugnabile.

La decisione n. 223 del 1895 (pres. Bianchi, est. Giorgi), considerata ‘di eccezionale importanza’ dalle riviste giuridiche dell’epoca, ritenne non impugnabile un decreto legge, pur avente esso natura formalmente amministrativa, sulla base di una articolata motivazione che allo stesso tempo fece propria una nozione rigorosa e restrittiva dell’atto politico.

La decisione n. 415 del 1898 (pres. Giorgi, est. De Cupis) ritenne non impugnabile un atto che aveva aggiudicato una gara d’appalto, emesso dal Segretariato generale della Camera dei Deputati.

Da queste due decisioni si è tratta la regola – cui si è ispirato anche il codice del processo amministrativo - per la quale è proponibile il ricorso al giudice amministrativo quando il provvedimento impugnato sia sostanzialmente e formalmente amministrativo.

In coerenza con tali decisioni, vi sono state quelle che hanno ammesso l’impugnazione dei regolamenti:

* la decisione 18 giugno 1897 dichiarò inammissibile il ricorso, per difetto di interesse attuale;
* le decisioni 7 dicembre 1900 (pres. Giorgi, est. Pincherle), la decisione 22 febbraio 1901 (pres. Giorgi, est. Perla) e la decisione 27 dicembre 1901 (pres. Giorgi, est. Alpi), poi affermarono i principi sulla impugnabilità diretta dei regolamenti ovvero sulla impugnabilità unitamente ad un atto applicativo, principi poi giunti a una compiuta sistemazione con le decisioni 2 febbraio 1906 e 5 luglio 1907 (Pres. Perla, est. Pellecchi).

Altre decisioni ribadirono che occorreva dare alla nozione di atto politico un significato assolutamente restrittivo, poiché altrimenti si sarebbe limitata ingiustificatamente la tutela dell’interessato (decisioni 10 novembre 1893, 18 maggio 1895, nonché le decisioni 13 giugno 1902 e 2 dicembre 1904, entrambe pres. Bonasi, est. Perla): la Quarta Sezione così riaffermò l’impugnabilità anche dei decreti governativi di scioglimento dei consigli comunali, sindacabili sotto tutti i profili, anche di travisamento dei fatti, e dunque annullò, a seguito di una analitica disamina dei fatti, i decreti di scioglimento che avevano richiamato circostanze in realtà insussistenti.

In tema di interesse a ricorrere, la Quarta Sezione precisò anche la sussistenza dell’interesse di tutti coloro che fossero stati lesi dall’atto impugnato (v. la già citata decisione 13 giugno 1902, pres. Bonasi, est. Perla, secondo cui ciascun consigliere comunale poteva impugnare il decreto governativo di scioglimento del consiglio comunale).

Con le decisioni 6 marzo 1896 e 11 luglio 1907 (pres. Perla, est. Vanni), si affermò il principio ancora oggi seguito, per il quale chi può impugnare un provvedimento e non lo ha impugnato non può intervenire nel giudizio proposto da un altro interessato.

Altre decisioni di grande rilievo sono state:

* la n. 349 del 1896 (pres. Bianchi, est. Tiepolo), sulla impugnabilità degli atti riguardanti le gare d’appalto, pur dopo l’avvenuta stipula del contratto, destinato a caducarsi nel caso di accoglimento del ricorso;
* quella del 22 dicembre 1904 (pres. Bonasi, est. Pantaleone), sui rapporti tra il ricorso alla Quarta Sezione e il ricorso straordinario al Capo dello Stato;
* la celeberrima decisione 22 agosto 1902 (pres. Serena, est. Pantaleone), sul caso Longo, con la quale si sono enunciati i primi principi in tema di tutela avverso il silenzio della pubblica amministrazione;
* quella del 31 dicembre 1906 (pres. Bonasi, est. Serena), che precisò come, a seguito dell’annullamento di una sanzione disciplinare, si sarebbe potuto rinnovare il procedimento nel rispetto del giudicato (ciò che è stato poi espressamente previsto dall’art. 119 del testo unico n. 3 del 1957 sul pubblico impiego).

Concludo.

Dal sindacato formale sul contenuto del provvedimento (l’unico apparentemente voluto dal legislatore del 1889), la Quarta Sezione a partire dalle citate decisioni n. 1 del 1891 e n. 3 del 1892 ha enunciato fondamentali regole sul principio di legalità, con l’elaborazione di principi sulla necessaria articolazione del procedimento e sul contenuto essenziale del provvedimento.

Grazie alla giurisprudenza, vi è stata una grandiosa opera costruttiva dei principi del nostro diritto amministrativo.

Sin dalla fine dell’Ottocento, la Quarta Sezione ha effettuato un sindacato stringente sull’azione amministrativa, ravvisando profili di eccesso di potere non solo per sviamento, ma anche per travisamento dei fatti, disparità di trattamento, manifesta ingiustizia.

Negli anni successivi, essa ha affermato la sindacabilità degli atti espressione della discrezionalità (amministrativa o tecnica) anche per irragionevolezza, illogicità e anche, più di recente, per violazione del principio di affidamento e del principio di proporzionalità.

Non mi è possibile in questa sede ripercorrere le ulteriori fondamentali tappe della giurisprudenza, anche delle altre Sezioni, con cui si sono consolidate le regole generali dell’azione amministrativa, quelle applicabili in specifici settori, nonché le regole che hanno perfezionato le tecniche di tutela degli interessati e reso effettiva la giustizia amministrativa.

Tutta tale giurisprudenza ha costituito e costituisce un inestimabile patrimonio giuridico.

Di essa ha tenuto conto l’Assemblea Costituente, che - agli articoli 100 e 103 della Costituzione - ha attribuito al Consiglio di Stato e agli organi di giustizia di primo grado un rilievo centrale per la tutela delle posizioni giuridiche soggettive e - all’art. 97 - ha mirabilmente sintetizzato i principi fondanti l’organizzazione amministrativa, quelli del buon andamento e dell’imparzialità.

Del patrimonio giuridico consolidatosi con la giurisprudenza di questo Consiglio, integrato in modo significativo dalla preziosa giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali, ha tenuto costantemente conto il legislatore ordinario, in sede di elaborazione sia della legge n. 241 del 1990 e delle sue successive modificazioni, sia delle leggi di settore (si pensi al testo unico sugli impiegati civili dello Stato n. 3 del 1957, al testo unico sugli espropri n. 327 del 2001, al testo unico n. 380 del 2001) ed anche in sede di redazione del codice del processo amministrativo.

Moltissime disposizioni di questi testi normativi non sono altro che la trasposizione di regole consolidatesi in sede giurisprudenziale.

Rimando alle relazioni che seguiranno, circa l’esame delle possibili ulteriori evoluzioni che potranno esservi, in tema di sindacato del giudice amministrativo sulle scelte discrezionali dell’Amministrazione e della conseguente effettività della tutela degli interessati.

Mi sia consentito però di concludere con una esortazione rivolta ai giudici amministrativi del presente e del futuro.

I nostri predecessori hanno costruito le categorie giuridiche del diritto amministrativo nazionale nel rispetto della tradizione e con la creatività resa necessaria dall’esame del caso concreto.

Anche noi dobbiamo dare soluzione ai casi concreti con un sano empirismo, nel rispetto della tradizione e trovando con la necessaria creatività quelle soluzioni più giuste che saranno in grado di affrontare le sempre costanti novità che caratterizzano il diritto pubblico.

Vi ringrazio.

**Luigi Maruotti**

Presidente quarta sezione del Consiglio di Stato

Pubblicato il 20 novembre 2019