

Legge e giustizia amministrativa durante il ventennio fascista

Fabio Merusi

1. Il rapporto del legislatore fascista con la giustizia amministrativa fra innovazione ed esclusione. Le due opposte codificazioni della Costituzione repubblicana

Il rapporto del legislatore fascista con la giustizia amministrativa fu di due tipi. Entrambi destinati ad essere codificati con due versetti costituzionali nella Costituzione repubblicana del 1948. Ma in maniera opposta. Il primo versetto sancisce una 'invenzione' rivoluzionaria del primo governo fascista nel 1923-1924; il secondo prevede addirittura un divieto costituzionale per il legislatore repubblicano di comportarsi come il legislatore fascista del Ventennio, un divieto con effetto immediato anche per le leggi 'fasciste' ancora vigenti in quanto 'transitate' nel nuovo ordinamento repubblicano.

Ma vediamo che cosa dicono i due versetti contenuti, uno nell'art. 103 e l'altro nell'art. 113 della Costituzione.

L'art. 103 stabilisce che «il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della Pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi».

L'art. 113 che «contro gli atti della Pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa» e che «tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti».

Ma a quali leggi fasciste si riferiscono i due versetti? Vediamolo partitamente.

Fabio Merusi, Guglielmo Marconi University, Italy, f.merusi@merusitoscano.it, 0000-0001-7360-2211
FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Fabio Merusi, *Legge e giustizia amministrativa durante il ventennio fascista*, pp. 99-117, © 2021 Author(s), CC BY 4.0 International, DOI 10.36253/978-88-5518-455-7.04, in Piero Barucci, Piero Bini, Lucilla Conigliello (edited by), *Le sirene del corporativismo e l'isolamento dei dissidenti durante il fascismo*, © 2021 Author(s), content CC BY 4.0 International, metadata CC0 1.0 Universal, published by Firenze University Press (www.fupress.com), ISSN 2704-5919 (online), ISBN 978-88-5518-455-7 (PDF), DOI 10.36253/978-88-5518-455-7

2. L'invenzione della giurisdizione amministrativa esclusiva. Tanti casi diversi in una sola legge

L'art. 103 Cost. si riferisce ad un atto 'rivoluzionario' del primo fascismo: l'invenzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Perché era un atto considerato 'rivoluzionario'? Perché il R.D.L. 30 dicembre 1923, n. 2840 (pubblicato nei primi giorni del 1924), intese risolvere alcune delle più gravi questioni sorte a seguito del riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo fondato sulla situazione giuridica soggettiva dei ricorrenti, il diritto soggettivo, oppure un interesse poi definito legittimo. Difficile era in molti casi stabilire se si trattava di un legittimo interesse con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo oppure di un diritto soggettivo con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, così come risultante dalla combinazione della legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865 e della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato come giudice amministrativo del 1889.

Essendo giudici paralleli che, come tali, non dovevano 'incontrarsi' mai, accadeva talora (come accade tuttora) che il cittadino che voleva litigare con la Pubblica amministrazione avesse difficoltà a stabilire quale fosse il giudice ordinario o amministrativo competente oppure se dovesse andare prima da un giudice e poi dall'altro per soddisfare due domande strettamente connesse.

Il decreto legislativo del 1923-1924 risolse questo problema non in generale, ma prevedendo che in singole materie il giudice amministrativo fosse un giudice 'esclusivo', che aveva cioè sia i poteri del giudice amministrativo, sia quelli del giudice ordinario.

Se il legislatore può fare tutto, può anche derogare, caso per caso, alle leggi sul contenzioso del cittadino con la Pubblica amministrazione, sia alla legge del 1865, sia alla legge del 1889, cioè sia a quella che prevede la giurisdizione del giudice ordinario, sia a quella che prevede la giurisdizione del giudice amministrativo. La giurisdizione esclusiva prevista dal decreto legislativo del 1923-1924 è pertanto una giurisdizione in deroga, caso per caso, per volontà del legislatore, al normale riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Una deroga di 'successo', tant'è che il legislatore intervenne a 'derogare' più volte durante il ventennio fascista; che il costituente ne riconobbe la validità costituzionale recependolo nell'art. 103 della Costituzione e che i casi di giurisdizione amministrativa esclusiva si sono succeduti a ritmo crescente mediante singole leggi sia nel ventennio fascista, sia nell'ordinamento del secondo dopoguerra, tanto che l'art. 133 del Codice del processo amministrativo del 2010, che elenca tutti i casi di giurisdizione amministrativa esclusiva inventati dal legislatore ancora vigenti nel 2010, risulta essere l'articolo più lungo fra tutti gli articoli compresi nel Codice – un vero successo del legislatore fascista della prima ora – non si sa se per merito dell'inventore o del difettoso riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo derivante dalla giustapposizione di due leggi in tempi diversi... E con logiche diverse.

Ma messo in non cale il successo successivo della giurisdizione amministrativa esclusiva, vediamo che cosa prevedeva il decreto legislativo del 1923-1924.

Gli elementi caratterizzanti del decreto erano *in primis* la giurisdizione in materia di pubblico impiego dello Stato nelle sue più diverse articolazioni, puntigliosamente elencate, e, in secondo luogo, in materia di discipline sanitarie e assistenziali nelle quali risultava obiettivamente difficile distinguere situazioni soggettive di diritto da quelle di interesse legittimo, atteso il carattere non autoritativo dei poteri esercitati da pubbliche amministrazioni, non solo statali¹.

Nel primo caso la previsione di una giurisdizione esclusiva serviva essenzialmente a concentrare di fronte ad un unico giudice sia domande relative alla richiesta di annullamento di atti amministrativi, sia domande di soddisfacimento di pretese economiche anche conseguenti all'annullamento di atti amministrativi. I pubblici dipendenti potevano avere un giudice tutto per loro senza dover dividersi tra un giudice e l'altro a seconda della domanda di giustizia. Nei casi previsti del secondo tipo serviva a superare il rebus della distinzione fra diverse situazioni giuridiche soggettive che, considerate separatamente, permettevano di accedere a giudici diversi.

I commentatori della legge del 1923 hanno concentrato la loro attenzione prevalentemente sull'istituzione della giurisdizione esclusiva in materia di pubblico impiego sottolineando la valenza politica del provvedimento: fidelizzare i pubblici dipendenti al nascente regime politico.

I casi rientranti nella seconda tipologia – in materia sanitaria ed assistenziale – non si prestavano ad interpretazioni politiche simili a quelle prospettate per il pubblico impiego. Risolvevano difficoltà operative molto probabilmente segnalate dalle amministrazioni competenti per le singole materie.

Va da sé che nel sistema introdotto della giurisdizione amministrativa esclusiva per materia la giurisdizione esclusiva, una volta introdotta, può mutare a seguito di una mutazione della disciplina sostanziale della materia. Così la giurisdizione esclusiva nelle materie sanitarie e assistenziali elencate nel decreto non esiste più a seguito della diversa disciplina intervenuta nella amministrazione dello Stato sociale e del benessere, mentre la giurisdizione esclusiva in materia di pubblico

¹ Si tratta de: 1) i ricorsi contro i provvedimenti che autorizzano o negano la fondazione di istituzioni pubbliche di beneficenza o di istituzioni pubbliche di istruzione e di educazione o che ne approvano o modificano gli statuti; 2) i ricorsi relativi al concentramento, al raggruppamento, alla fusione, alla trasformazione, alla costituzione in consorzio o alla federazione delle istituzioni pubbliche indicate nel numero precedente o ad esse equiparate, a norma dell'art. 91 della legge 17 luglio 1890, n. 6972; 3) i ricorsi circa la competenza passiva delle spese ritenute rispettivamente obbligatorie per lo Stato, per la Provincia e per il Comune, ai termini delle leggi vigenti in materia di sanità pubblica; 4) i ricorsi in materia di spedalità e di ricovero degli inabili al lavoro; 5) le controversie relative alle spese per gli alienati previste dall'art. 7, primo comma, della legge 14 febbraio 1904, n. 36; 6) i ricorsi contro il decreto del Prefetto che, in seguito al reclamo di parte o d'ufficio, abbia provveduto per regolare o vietare l'esercizio di industrie insalubri o pericolose, ai termini degli artt. 32, 33 e 34 della legge sulla P.S. 30 giugno 1889, n. 6144, e dell'art. 68 della legge sanitaria T.U. 1 agosto 1907, n. 636; 7) i ricorsi contro le decisioni delle giunte provinciali amministrative emesse in materia di loro esclusiva giurisdizione, che si riducevano a pochi casi riferiti ad amministrazioni locali.

impiego si è ridotta ai soli dipendenti che esercitano funzioni sovrane dello Stato (magistrati, diplomatici, militari, professori universitari, dipendenti della Banca centrale e, ultimi arrivati, i dipendenti di autorità amministrative indipendenti che, evidentemente, si è ritenuto esercitino poteri sovrani dello Stato). Gli altri dipendenti dello Stato e di enti pubblici sono stati 'privatizzati' e conseguentemente il loro giudice è ora il giudice ordinario, nella veste di giudice del lavoro.

C'è però un terzo caso di giurisdizione esclusiva previsto nella legge del 1923-1924 per il quale l'oggetto della giurisdizione esclusiva è rimasto immutato, tanto da essere descritto con le stesse parole nell'art. 133 del Codice del processo amministrativo del 2010: la giurisdizione in materia di debito pubblico. Occupa il quarto posto nell'elenco contenuto nell'art. 8 della legge del 1923 («le controversie fra lo Stato e i suoi creditori riguardanti la interpretazione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti e delle altre sul debito pubblico»), ma ha caratteristiche del tutto diverse dagli altri casi di giurisdizione esclusiva previsti nella legge che ha 'inventato' la giurisdizione esclusiva: non si tratta di un nuovo tipo di giurisdizione attribuito al giudice amministrativo, ma del cambiamento delle caratteristiche di una giurisdizione già attribuita al giudice amministrativo. Non più di una giurisdizione estesa al merito, come era nella legge allora vigente, bensì di una giurisdizione esclusiva come quella prevista per gli altri casi contemplati nella legge che inventava la giurisdizione esclusiva. C'è da chiedersi perché mai il legislatore del 1923 sentisse il bisogno di cambiar nome ad una giurisdizione già attribuita al giudice amministrativo, con lo stesso criterio con il quale veniva individuata la giurisdizione esclusiva: la competenza per materia. Nel caso, la materia era il debito pubblico nelle sue possibili articolazioni dettagliatamente indicate nell'art. 8 della legge del 1923. Ma per capire le presumibili ragioni di questo cambiamento si rende opportuno fare un breve viaggio a ritroso sugli intricati sentieri tracciati dal legislatore in tempi diversi in materia di giurisdizione amministrativa².

3. Il debito pubblico dalla giurisdizione estesa al merito alla giurisdizione esclusiva. Un viaggio a ritroso sulle vicende del contenzioso sul debito pubblico. Un contenzioso sempre eguale, ma descritto in modi diversi

Nel 1923 esisteva una giurisdizione del Consiglio di Stato sulle liti in materia dei debito pubblico, ma 'estesa al merito'. Era allora prevedibile che a breve il contenzioso sul debito pubblico sarebbe aumentato di intensità. Nel periodo della Prima guerra mondiale il debito pubblico era aumentato in maniera esponenziale fino a raggiungere, nel 1920, il picco storico del 160 per cento del PIL³.

² Sulle vicende giurisdizionali del debito pubblico v. *amplius* F. Merusi, *Il debito pubblico e la giustizia amministrativa*, in Id., *La legalità amministrativa fra passato e futuro. Vicende italiane*, Editoriale scientifica, Napoli 2016, pp. 137 sgg.

³ Sull'«assillo» del debito pubblico per i governi del primo dopoguerra della Prima guerra mondiale si rinvia alle indicazioni, anche bibliografiche, di P. Ciocca, *Ricchi per sempre? Una storia economica d'Italia (1796-2020)*, Bollati Boringhieri, Torino 2020, pp. 188 sgg.

Per ragioni contingenti legate all'economia di guerra il debito pubblico era composto in misura più che ragguardevole da titoli a breve scadenza e perciò, nel 1923, di prossima scadenza. Attesa la difficile situazione economica postbellica si profilava l'eventualità di procedere a 'ristrutturazioni' unilaterali del debito, ristrutturazioni che, comunque fossero fatte, sarebbero state la fonte di più che probabili contenziosi fra i sottoscrittori dei titoli e lo Stato. Il giudice amministrativo, il Consiglio di Stato, era però un giudice con una giurisdizione di incerto significato: una giurisdizione 'estesa al merito'. Una specialità anche per un giudice speciale come il giudice amministrativo. Una competenza giurisdizionale nata in maniera singolare per non dire accidentale. Il debito pubblico era da sempre oggetto della giurisdizione del giudice amministrativo. Anzi, si può dire che, almeno nell'ordinamento italiano, la giustizia esercitata da un organo della Pubblica amministrazione sia nata per sottrarre al giudice ordinario, il giudice naturale dei rapporti obbligazionari, la giurisdizione in materia di debito pubblico. Infatti nel 1819 il re di Sardegna, appena sbarcato a Nizza di ritorno dall'esilio sardo conseguente alle occupazioni francesi del Piemonte, della Liguria e della Savoia, emanò un editto che sottraeva il contenzioso in materia di debito pubblico al giudice ordinario e lo attribuiva ad un organo amministrativo con una formula che è passata indenne in tutte le successive mutazioni del Regno di Sardegna in Regno d'Italia e in Repubblica italiana, fino ad essere riprodotta nell'art. 133 del Codice del processo amministrativo del 2010. Sono via via mutati i titolari della giurisdizione amministrativa in materia di debito pubblico: nel 1819 era la Corte dei Conti, poi, dopo il 1859, il Consiglio di Stato ed infine, nell'ordinamento attuale, il giudice amministrativo in duplice grado (Tribunale amministrativo regionale e Consiglio di Stato). Ma è mutata via via anche la denominazione del tipo di giurisdizione esercitata dal giudice amministrativo in materia di debito pubblico: all'inizio si trattava di 'contenzioso' amministrativo, cioè della sostituzione di un organo amministrativo al giudice ordinario nella risoluzione di ogni possibile lite del cittadino con lo Stato; poi di giurisdizione propria del Consiglio di Stato, cioè del mantenimento del contenzioso amministrativo nei confronti della Pubblica amministrazione in deroga alla generale devoluzione del contenzioso amministrativo al giudice ordinario attuato dal legislatore dell'Unità d'Italia nel 1865. Sennonché il legislatore italiano sembra avere una naturale inclinazione per le deroghe alle discipline generali. Lo abbiamo già visto all'inizio a proposito dell'istituzione della giurisdizione amministrativa esclusiva. Per il debito pubblico sembra avercela messa tutta... Quando nel 1865 il legislatore dell'Unità nazionale abolì il contenzioso amministrativo con una deroga che avveniva prima della disciplina 'ordinaria' (nell'*Allegato D* anteriore all'*Allegato E* che prevedeva la devoluzione al giudice ordinario del contenzioso nei confronti della Pubblica amministrazione), stabilì che, in deroga, il contenzioso sul debito pubblico era conservato alla 'giurisdizione propria' del Consiglio di Stato. Il Consiglio di Stato conservava, in altri termini, un 'contenzioso amministrativo' in materia di debito pubblico. Sennonché quando nel 1889 fu reintrodotta un giudice amministrativo la giurisdizione del nuovo giudice, individuato nella IV Sezione del Consiglio di Stato, non fu determinata ge-

neralizzando la giurisdizione 'propria' del Consiglio di Stato oppure assorbendo le giurisdizioni 'proprie' all'interno della nuova giurisdizione di annullamento di un atto amministrativo illegittimo. Fu mantenuto l'elenco delle giurisdizioni 'proprie' del Consiglio di Stato. Motivo non esplicitato era probabilmente quello di non dare l'impressione di aver modificato in alcun modo la legge del 1865 che aveva attribuito la tutela dei diritti del cittadino nei confronti della Pubblica amministrazione al giudice ordinario. Condizione politicamente necessaria per poter approvare la nuova legge istitutiva di una giustizia amministrativa che non doveva apparire una riedizione del 'contenzioso amministrativo' esistente in quasi tutti gli Stati italiani preunitari, né formalmente sconfessare i 'liberali' che nel 1865 avevano voluto abolirlo, in pro del giudice ordinario, e che ora dovevano votare a favore di una 'riedizione' di un contenzioso amministrativo.

Senonché quando provvidero, dopo pochi mesi dall'approvazione della legge del 1889, ad aggiornare il Testo Unico delle leggi che disciplinavano le competenze e le funzioni del Consiglio di Stato, gli estensori del Testo Unico si posero il problema di distinguere in qualche modo le vecchie funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato da quelle appena attribuite con la legge del 1889, al che provvidero aggiungendo la precisazione che nelle materie nelle quali il Consiglio di Stato aveva una giurisdizione 'propria' giudicava 'anche in merito'. Che cosa volesse dire giudicare anche in merito è a tutt'oggi controverso. L'interpretazione prevalente era allora, ed è tutt'oggi, che nei casi di giurisdizione estesa al merito il Consiglio di Stato possa fare valutazioni di opportunità amministrativa quando non addirittura decidere secondo criteri equitativi. Comprensibile pertanto che nel 1923, nella paventata imminenza di un contenzioso in materia di debito pubblico, il legislatore paventasse anche le più che probabili richieste di decisioni 'in grazia' che andassero oltre le questioni giuridiche sottoponibili al giudice amministrativo. Donde la decisione di commutare la giurisdizione di merito in materia di debito pubblico in giurisdizione esclusiva aggiungendo il debito pubblico alle altre materie per le quali veniva istituita la nuova 'giurisdizione esclusiva' del Consiglio di Stato. Il debito pubblico ritornava così ad essere una giurisdizione di puro diritto come era sempre stata prima dell'infelice aggiunta del 'merito' da parte del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato del 1889.

Un alloro per il legislatore fascista diversamente motivato?⁴

⁴ Anche se pochi anni dopo, in un caso particolare, il legislatore sembra essersene dimenticato. Regolando il 'rimborso delle obbligazioni e dei prestiti' ereditati dall'ex Contea del Tirolo confluita nel Regno d'Italia, cioè in un caso di debito pubblico ancorché derivato (R.D. 16 gennaio 1927, n. 113), stabilì che contro le decisioni della giunta provinciale amministrativa della Provincia di Bolzano, che si occupava dei modi e dei tempi del rimborso, era ammesso ricorso al Consiglio di Stato competente 'anche per il merito'. Con un salto indietro in una competenza giurisdizionale del Consiglio di Stato che, a quella data, non esisteva più. Il provvedimento legislativo rientrava nella politica di 'assimilazione' della popolazione residente fra 'la stretta di Salorno e il Brennero' voluta da Mussolini dal 1927 in poi, come risulta dalla circostanziata circolare inviata da Mussolini al Prefetto della appena istituita Provincia di Bolzano, il 15 gennaio 1927, riportata integralmente in R. De Felice, *Mussolini il fascista*, vol. II. *L'organizzazione dello Stato fascista. 1925-1929*, Einaudi, Torino 1968, pp.

C'è chi ha sostenuto che anche la giurisdizione esclusiva non è proprio quella adatta per il debito pubblico e per meglio dire non descriverebbe quel che veramente accade in un processo avente per oggetto una questione di debito pubblico. Mancherebbe una delle due componenti dell'esclusività: il fattore giudice amministrativo, perché facendosi questioni su obbligazioni dello Stato debitore i poteri esercitati dal giudice amministrativo sarebbero sempre per natura quelli del giudice ordinario. Ci sarebbe dunque solo una sostituzione di giudici: non di un solo giudice che esercita sia una giurisdizione amministrativa, sia una giurisdizione 'civile', ma un giudice amministrativo che esercita una sola giurisdizione, quella civile in sostituzione del giudice ordinario.

E così sembra che effettivamente fosse fin dal tempo dell'editto del Re di Sardegna. E che così si dicesse anche in una sentenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. V, 11 dicembre 1942) decisa allo scadere del ventennio fascista⁵.

4. Le critiche alla giurisdizione esclusiva. Le opposte tesi della critica fascista e della Corte costituzionale. La giurisdizione amministrativa sul debito pubblico a rischio di incostituzionalità

Ma anche le 'rivoluzioni' di successo non dormono sonni tranquilli. Neppure quelle di successo costituzionale in un ordinamento profondamente diverso da quello esistente nel 1923.

Durante il ventennio fascista serpeggiò la critica da parte di esponenti della 'sinistra' fascista che si trattava di una rivoluzione 'a metà' perché la esclusività della giurisdizione del giudice amministrativo era limitata ai soli casi pre-

498 sgg. La Contea del Tirolo godeva di autonomia politico-amministrativa nell'ambito dei domini asburgici perché pervenuta in via ereditaria agli Asburgo dall'ultima contessa del Tirolo. Di qui l'eredità del debito pregresso al Regno d'Italia al quale era stato attribuito pressoché integralmente il territorio dell'antica contea, così come era accaduto per i debiti pubblici degli Stati confluiti nel Regno d'Italia a conclusione del processo risorgimentale. L'obbligo di ereditare il debito pubblico di entità politiche pregresse era stato solennemente affermato (*déclarations des 17 juin et 13 juillet 1789*) dall'Assemblea rivoluzionaria francese (secondo quanto sinteticamente ma efficacemente illustrato da L.M. de Cormenin, *Questions de droit administratif*, tomo II, Au Bureau du Journal des Audiences de la Cour de Cassation, Paris 1823, p. 252) e da quel momento quasi sempre 'imitato' in vari Stati ed entità politiche anche succedentisi fra di loro.

⁵ Secondo tale sentenza «nei ricorsi concernenti controversie tra lo Stato e i suoi creditori circa l'interpretazione dei contratti di prestito pubblico, è inapplicabile il termine di decadenza di sessanta giorni se, a prescindere dal carattere patrimoniale della domanda, questa sia resa necessaria dal contegno dell'Amministrazione, che si è rifiutata di pagare senza una pronuncia giudiziaria su chi sia il titolare del credito. Il Consiglio di Stato in sede di giurisdizione esclusiva è competente a conoscere della controversia tra lo Stato e un suo preteso creditore in cui si disputi circa l'avvenuto annullamento del titolo del debito pubblico». La sentenza occasionò il commento di M.S. Giannini, *Anomalie della giurisdizione del Consiglio di Stato in materia di debito pubblico*, «Rivista di diritto processuale», 3, 1948, parte II, ora in Id., *Scritti*, vol. II. 1939-1948, Giuffrè, Milano 2002, pp. 825 sgg. Sullo stesso tema in precedenza v. anche V. Crisafulli, *Sui limiti della competenza del Consiglio di Stato in materia di debito pubblico*, «Rivista di diritto pubblico», 25, 1933, parte I, pp. 490 sgg.

visti dalla legge, mentre sarebbe stato rivoluzionario *in toto* che venisse estesa con una previsione generale a tutte le possibili liti del cittadino con la Pubblica amministrazione⁶.

La critica riprese vigore quando nel 1943 il Consiglio di Stato fu trasferito a Cremona nel territorio sotto il controllo della Repubblica sociale italiana. La critica della rivoluzione incompiuta sembra che uscisse dallo studio legale di Farnacci che, *ratione loci*, aveva monopolizzato il contenzioso di fronte al Consiglio di Stato. Di fronte alla sola IV Sezione, la sola che aveva ripreso a funzionare a causa dell'esiguo numero dei consiglieri e dei referendari che avevano ottemperato all'ordine di trasferirsi al Nord nella nuova sede di Cremona⁷.

Dopo la recezione costituzionale è stata avanzata dalla Corte costituzionale la tesi esattamente contraria a quella espressa dai 'fascisti di sinistra': che cioè la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sarebbe possibile nei soli casi nei quali in una determinata materia è identificabile un 'intreccio' fra situazioni soggettive di interesse legittimo e situazioni di diritto soggettivo. Con conseguente costituzionalizzazione di leggi derogatorie materia per materia, così come previsto nella legge 'istitutiva' del 1923, e invece incostituzionalità di leggi a contenuto generale o a materia 'ampia' o generica, che rendessero la 'giurisdizione esclusiva' del giudice amministrativo non derogatoria, ma normale. Solo quando in una determinata materia fosse problematico distinguere la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo da quella del giudice ordinario il giudice amministrativo potrebbe, in esclusiva, sommare le due giurisdizioni⁸.

Donde il dubbio che l'unica previsione normativa della legge del 1923 ancora interamente vigente, la norma che attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione in materia di debito pubblico, sia costituzionalmente illegittima nel nuovo ordinamento nel quale è transitata, dal momento che, come abbiamo visto in precedenza, facendosi questioni di rapporto di debito-credito fra lo Stato e i sottoscrittori dei titoli di debito, non sembra essere identificabile alcun intreccio fra diritto ed interesse, ma solo diritti dei creditori dello Stato.

Se il dubbio fosse fondato la Corte costituzionale potrebbe giudicare incostituzionale l'editto di Carlo Felice (nella forma rivisitata dalla legge del 1923 tuttora vigente) e restituire la giurisdizione in materia di debito pubblico al giudice ordinario.

Sol che, seguendo il ragionamento della Corte costituzionale, forse bisognerebbe concludere che anche la giurisdizione esclusiva attribuita al giudice ordinario senza che nella materia si prospetti un 'intreccio' tra diritto soggettivo ed

⁶ Si rinvia in proposito a F. Merusi e E. Frediani, *Dalla costituente al codice del processo amministrativo*, in Id., *Itinerari della tutela del cittadino*, Editoriale scientifica, Napoli 2019, pp. 151 sgg.

⁷ Cfr. in proposito L.V. Ferraris, *Il Consiglio di Stato fra epurazione e ricostruzione*, «Nuova storia contemporanea», 16 (6), 2012, pp. 41 sgg.

⁸ Per una rassegna della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia e sui problemi da essa suscitati si rinvia a A. Fabbri, *Il criterio della necessaria sussistenza del potere per la previsione della giurisdizione esclusiva nelle materie dei servizi pubblici, dell'edilizia e urbanistica*, in E. Follieri (a cura di), *La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo amministrativo*, Cacucci, Bari 2018, pp. 147 sgg.

interesse legittimo potrebbe essere tacciata di incostituzionalità. È il caso della giurisdizione attribuita *ex lege* alla Corte d'Appello di Roma in materia di sanzioni della Banca d'Italia nei confronti di amministratori di banche⁹.

5. Leggi contenenti limitazioni o esclusioni della giustiziabilità di atti amministrativi

E veniamo all'anatema costituzionale dell'art. 113 contro il legislatore fascista: il divieto di escludere o limitare la tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della Pubblica amministrazione. Nel 1923, lo stesso giorno in cui fu emanato il decreto istitutivo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, fu emanato un altro decreto legislativo, il R.D. 30 dicembre 1923, n. 2781, sulla sistemazione degli ex funzionari di cancelleria della amministrazione austriaca nell'amministrazione dello Stato italiano, il quale prevedeva limitazioni alla ricorribilità avverso i provvedimenti attuativi della relativa legge. Ma non si trattava di una novità del legislatore fascista. Leggi che limitavano in vario modo, o addirittura escludevano, la ricorribilità al giudice amministrativo di atti amministrativi erano state frequenti durante e subito dopo la Prima guerra mondiale, ma non ne mancavano esempi anche prima, anzi si faceva risalire il primo esempio alla stessa legge del 1889 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, la quale, all'art. 3, comma terzo, aveva previsto che «il ricorso che non implichi incompetenza od eccesso di potere non è ammesso contro le decisioni le quali concernano controversie doganali oppure questioni sulla leva militare».

Quel che cambiò dal 1923 in poi fu la frequenza delle leggi che limitavano o addirittura escludevano la giustiziabilità di atti amministrativi.

È possibile individuare in tali leggi una logica o si trattò, come spesso è stato detto, di una pura e semplice manifestazione di autoritarrietà nell'esercizio del potere esecutivo?

Conviene distinguere la esclusione dalla limitazione.

6. La esclusione del vizio di eccesso di potere. Nelle leggi del ventennio fascista l'eccesso di potere aveva già assunto un significato diverso da quello originario previsto nella legge del 1889

La limitazione riguardava di solito il vizio di eccesso di potere, ma in proposito nelle leggi posteriori al 1923 era possibile cogliere una stranezza rispetto a quanto previsto nelle legge di fondazione del 1889.

Il ricorso avverso provvedimenti in materia di leva militare e in materia doganale era ammesso esclusivamente per eccesso di potere, mentre in seguito le leggi, comprese in particolare quelle emanate durante il ventennio fascista,

⁹ Per un esempio recente di tale possibile intreccio v. F. Pedrini, *Discrezionalità dell'atto presupposto e riparto di giurisdizione tra diritti soggettivi e interessi legittimi*, «Giurisprudenza commerciale», 46 (3), parte II, 2019, pp. 510 sgg.

prevedevano che fosse escluso il vizio di eccesso di potere. Il fatto era che nella legge del 1889 l'eccesso di potere riferito ai provvedimenti in materia di leva militare e in materia doganale era inteso nel senso di 'straripamento del potere', cioè al caso in cui il provvedimento aveva invaso la competenza di uno degli altri due poteri dello Stato. Uno straripamento nel caso giudiziario dal momento che giungeva alla fine di un procedimento paragiurisdizionale previsto sia nel caso delle dogane, sia per la leva militare. E l'eccesso di potere come vizio dell'atto amministrativo di cui parlava lo stesso articolo della legge del 1889? Nelle intenzioni del legislatore, o meglio a seguito delle vicende parlamentari che portarono all'approvazione della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere vizio dell'atto amministrativo avrebbe dovuto avere lo stesso significato dell'eccesso di potere riferito alle decisioni in materia di leva militare e in materia doganale: straripamento dell'atto amministrativo in uno degli altri due poteri nei quali il potere sovrano dello Stato era diviso. Nel contesto non solo della stessa legge, ma dello stesso articolo non era possibile che la stessa parola potesse avere due significati diversi. E infatti non li aveva, ma li avrà in seguito per interpretazione giurisprudenziale.

Era infatti accaduto che l'originario disegno di legge conteneva due norme intese a censurare la violazione l'illegittimità sostanziale nell'esercizio del potere amministrativo. Si parlava di abuso di potere e di ingiustizia manifesta. I due riferimenti alla legalità sostanziale dell'agire amministrativo furono stralciati su indicazione dell'Avvocato generale dello Stato, all'epoca il senatore Costa, che nella sua qualità di senatore faceva parte dell'apposito ufficio centrale del Senato che aveva il compito di esaminare preliminarmente i disegni di legge. Motivo per giustificare lo stralcio: il pericolo che, attraverso l'asserita violazione della legalità sostanziale nell'esercizio del potere da parte della P.A. il Consiglio di Stato potesse entrare nel merito delle decisioni amministrative, diventando così un amministratore di secondo grado, non un giudice ma un revisore. Il giudice amministrativo non doveva andare oltre l'eccesso di potere... Inteso come andava inteso nel comma successivo a quello di cui si parlava nello stesso articolo di eccesso di potere come vizio dell'atto, cioè come straripamento di potere, dal potere esecutivo ad uno degli altri due poteri dello Stato¹⁰.

Senonché quasi subito la IV Sezione del Consiglio di Stato, a cominciare dal 1892, cominciò a parlare di 'spirito delle leggi' e di manifestazioni illegittime dell'esercizio del potere che avrebbero potuto con più correttezza linguistica rientrare nell'"abuso nell'esercizio del potere" o nella 'manifesta ingiustizia', cioè in una delle due norme sulla legalità sostanziale stralciate su richiesta del senatore Costa¹¹. L'eccesso di potere vizio dell'atto finì così per diventare il vizio

¹⁰ Sulla vicenda si rinvia a F. Merusi, *Incontri pericolosi... Crispi e la nascita della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in V. Fanti (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2019, tomo II, pp. 1087 sgg.

¹¹ Come aveva già notato un commentatore degli inizi del '900 (V.E. Tiranti, *L'eccesso di potere*, E. Spoerri Editore Libraio, Pisa 1906), i primi casi di eccesso di potere erano con più correttezza linguistica ascrivibili all'"abuso di potere". Il crescendo della giurisprudenza del

della 'legge sostanziale', della legittimità che doveva caratterizzare l'atto oltre la violazione di legge e l'incompetenza. Fino a quando nel 1934 una rassegna di giurisprudenza in occasione del centenario dell'istituzione del Consiglio di Stato non elencò tutti i casi in cui il Consiglio di Stato aveva identificato dei 'sintomi' di eccesso di potere vizio dell'atto, elencando così una serie di ipotesi di violazione della legge 'sostanziale' che, oltre a quella formale, doveva guidare l'azione della Pubblica amministrazione.

Comprensibile pertanto come il legislatore in qualche caso potesse 'non gradire' che determinati provvedimenti potessero venire disciplinati anche da norme o regole 'giudiziarie' integrative della disciplina legislativa che, in quanto integrative, potessero in qualche modo incidere sulle norme di legge, sulla 'volontà' che si voleva esprimere nella disciplina legislativa. Il vizio di eccesso di potere era il veicolo attraverso il quale per passare eventuali 'integrazioni' alla legge vietare la giustiziabilità del vizio di eccesso di potere poteva esser lo strumento per impedire integrazioni 'sgradite' da parte del giudice amministrativo. Di qui in alcune leggi il divieto di ricorribilità di determinati atti per eccesso di potere. Per quell'eccesso di potere come definito dalla giurisprudenza come violazione della legalità sostanziale dell'azione della Pubblica amministrazione.

Fu così che leggi di 'repressione politica', le cosiddette leggi fascistissime della fine degli anni Venti, stabilirono che gli atti amministrativi che potevano essere adottati in attuazione di norme in essi previste non fossero ricorribili, prospettando il vizio di eccesso di potere. Si tratta di leggi che prevedevano la potestà di espellere dalla Pubblica amministrazione soggetti tradizionalmente aderenti a movimenti politici avversi all'istaurando regime fascista, come i maestri elementari e i ferrovieri (R.D.L. 26 gennaio 1928, n. 199 per i maestri elementari e il R.D.L. 7 aprile 1925, n. 405 per i ferrovieri) o, più in generale, pubblici impiegati che manifestassero dentro o fuori dall'ufficio atteggiamenti «contrari alle direttive politiche del governo» (L. 24 dicembre 1925, n. 2300). Si voleva impedire che attraverso il vizio di eccesso di potere il giudice amministrativo potesse introdurre valutazioni diverse rispetto alla «non aderenza al nuovo indirizzo politico fascista».

Non si negava la tutela giudiziaria, ma la si voleva limitare alle violazioni di quanto espressamente stabiliva la legge. E così fu in seguito per i rari casi in cui il legislatore provvide ad escludere il vizio di eccesso di potere dai motivi di ricorso contro un determinato provvedimento amministrativo.

Non solo, ma la legge 1925, n. 2300, aveva altresì una durata limitata nel tempo. Di modo che, quando nel 1927 si intese applicarla anche a consiglieri di

Consiglio di Stato nell'individuazione della violazione sostanziale della legittimità è efficacemente ricostruito da A. Sandulli, *L'eccesso di potere amministrativo*, in G. Pasquini e A. Sandulli (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 39 sgg. Si veda inoltre la rassegna di giurisprudenza di N. Pappalardo, *L'eccesso di potere amministrativo secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, Poligrafico dello Stato, Roma 1932, vol. II, pp. 429 sgg., ora anche in Id., *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano 1959, pp. 33 sgg.

Stato, la legge non era più vigente. Per dispensare dal servizio due consiglieri di Stato, fra i quali Meuccio Ruini, fu necessario emanare un apposito decreto legge¹². Come è noto, Ruini fu reintegrato nel ruolo dopo la caduta del fascismo, divenne presidente del Consiglio di Stato e presidente della Commissione dei 75 all'Assemblea costituente, la quale, su sua ispirazione, fissò in Costituzione i due 'versetti' sulla giustizia amministrativa riportati all'inizio di questo lavoro.

7. La lunga serie di leggi che dopo il 1923 escludevano la giustiziabilità di atti amministrativi. Una classificazione per tipologie e per finalità perseguite

In molti altri casi, dal 1923 in poi, il legislatore non ebbe la raffinatezza di fare distinzioni fra possibili vizi dell'atto amministrativo, di espungere il vizio di eccesso di potere da solo o in compagnia qualche volta della incompetenza. Escluse in toto la ricorribilità degli atti, in assoluto o limitandola a ricorsi amministrativi gerarchici o gerarchici impropri, con formule diverse spesso espresse in maniera confusa e perciò, in qualche caso, di non facile interpretazione.

Ma, superata la non sempre chiara terminologia che caratterizzava tali leggi, è possibile individuare delle logiche sottese a tali rifiuti di tutela giudiziale? Si può provare a cercarle nella lunga serie delle leggi esclusive della tutela giurisdizionale emanate durante il Ventennio.

- Come abbiamo visto, nel 1923, assieme alla legge che istituiva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, fu approvata una legge che prevedeva la sistemazione di dipendenti pubblici della amministrazione austriaca nella amministrazione italiana, escludendo l'impugnabilità dei relativi provvedimenti attuativi. Ma nel 1923 non fu la sola legge che provvedeva a sistemare situazioni problematiche che avevano avuto origine da avvenimenti determinati dalla Prima guerra mondiale. Il R.D. 7 ottobre 1923, n. 2326, si occupava della liquidazione dei danni da corrispondere ai perseguitati politici dell'ex monarchia austroungarica e ai profughi dai territori interessati dagli avvenimenti bellici. Mentre il R.D. 31 dicembre 1923, n. 2358, provvedeva a disciplinare l'Opera nazionale combattenti, creata per reinserire gli ex combattenti nell'attività produttiva agricola. Leggi a contenuto simile, di sistemazione postbellica di situazioni problematiche determinate dalla Prima guerra mondiale, si susseguirono per tutto l'anno 1924. Tutte queste leggi prevedevano la clausola, variamente espressa, della non ricorribilità degli atti amministrativi di attuazione. Il senso di tali leggi era evidente: è arrivato un governo forte in grado di decidere la soluzione dei problemi sociali ed economici generati dalla Prima guerra mondiale e la soluzione non deve essere rallentata o addirittura messa in forse da ricorsi al giudice amministrativo.

¹² Sulla vicenda si rinvia a G. Melis, *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, in S. Cassese (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Giuffrè, Milano 1997, pp. 13 sgg. Per l'avventura professionale, politica ed umana di Meuccio Ruini v. A. Staderini, *Meuccio Ruini (1877-1970)*, in Ciriec, *Protagonisti dell'intervento pubblico in Italia*, Arago, Torino 2012, vol. I, pp. 379 sgg.

- Ricorsi facilmente immaginabili, se non vietati, dal momento che le leggi prevedevano espropriazioni, indennizzi, inserimenti in ruoli del pubblico impiego e consimili provvedimenti per loro natura generatori di opinioni avverse.
- La stessa logica caratterizza le riforme che il legislatore fascista intese realizzare negli anni successivi, come l'innovativa legge del 1926 sulla tutela del risparmio e il controllo del credito (R.D. 6 novembre 1926, n. 1830) o il R.D.L. 10 febbraio 1927, n. 269, sul nuovo ordinamento e la riorganizzazione delle Casse di risparmio e dei Monti di piet . Riforme che si estendono sempre in quegli anni a diversi settori di rilievo economico e sociale, come la riorganizzazione e la disciplina delle stazioni termali; delle fiere, mostre ed esposizioni, o la gestione organizzativa dell'emigrazione (R.D.L. 15 novembre 1925, n. 2046, che istituisce il Commissariato per l'emigrazione; R.D.L. 21 luglio 1927, n. 515, sulle fiere e mercati; R.D.L. 15 aprile 1926, n. 765, per le stazioni di cura). Interventi legislativi di riforma che si susseguirono fino ad oltre la met  degli anni Trenta nei pi  disparati settori e tutti caratterizzati dalla non giustiziabilit  degli atti amministrativi esecutivi.
 - Tutte le leggi che disciplinavano via via i rapporti dello Stato con l' "autarchia" locale territoriale, definizione delle circoscrizioni provinciali, delle funzioni e dell'organizzazione delle provincie, l'organizzazione dei comuni e, soprattutto, i procedimenti di finanza derivati dallo Stato agli enti locali, non solo territoriali, i quali prevedono che, nel caso in cui lo Stato dovesse emanare atti amministrativi di esecuzione di quanto previsto nella legge, questi fossero insindacabili.   la logica dello Stato unitario per il quale non si ammette che possa sorgere un contenzioso al suo interno fra un organo, anche se dotato di personalit  giuridica, e il suo superiore gerarchico, lo Stato nella sua articolazione organizzativa. La gerarchia caratterizza l'organizzazione dello Stato e lo Stato non pu  litigare con se stesso, contro le decisioni del suo vertice gerarchico. Di qui la previsione che nei rapporti gerarchici impropri fra lo Stato e gli enti autarchici, territoriali e non, gli atti del superiore gerarchico, lo Stato, non sono mai giustiziabili amministrativamente.
 - Un altro settore nel quale ricorre la clausola della non giustiziabilit  di atti amministrativi, fino a diventare una clausola di stile di provvedimenti legislativi in materia,   l'intervento dello Stato nell'economia. Sono provvedimenti quasi sempre adottati con decreto legge, il che, come   stato osservato da un commentatore contemporaneo¹³, ne testimonia l'urgenza. Una urgenza di incidere sul ciclo economico negli anni della crisi su scala mondiale del '29, particolarmente negativa. Inibendo la ricorribilit  degli atti previsti nei decreti legge si voleva evidentemente impedire che eventuali ricorsi al giudice amministrativo potessero incidere sul 'tempo dell'intervento' o sul merito stesso degli interventi economici. Il fenomeno si estese anche a leggi

¹³ Da C.M. Iaccarino, *Problemi di tecnica legislativa e di ermeneutica nell'odierno diritto pubblico* (estratto dall'«Archivio scientifico del Regio istituto superiore di scienze economiche e commerciali di Bari», 6, 1931-32), Tipografia Cressati, Bari 1932.

di disciplina, per così dire, strutturale dell'economia, come l'organizzazione e il funzionamento dell'ordinamento corporativo (L. 20 marzo 1930, n. 206 sul Consiglio nazionale delle corporazioni), la disciplina dell'autarchia economica¹⁴ seguita alle sanzioni della Società delle Nazioni nei confronti dello Stato italiano alla fine degli anni Trenta (ad esempio la L. 20 ottobre 1940, n. 1501, che istituiva l'Ente nazionale metano) o i rapporti economici con le colonie italiane (R.D. 20 dicembre 1934, n. 2313, recante disciplina dei commerci e delle industrie in Eritrea e Somalia).

- Intuitivo è che leggi straordinarie di politica coloniale contenessero clausole di non ricorribilità dei provvedimenti straordinari adottabili in determinate zone nelle quali si manifestavano turbolenze contro i governanti italiani, come nell'Oltre Giuba somalo (R.D.L. 11 giugno 1925, n. 1114) o la Cirenaica e la Tripolitania dove il governatore della Libia poteva sciogliere con ordinanze non ricorribili associazioni 'contrarie allo Stato' (R.D. 8 maggio 1927, n. 884).
- Come va da sé che in molte leggi che contenevano la clausola della non ricorribilità altra logica non fosse individuabile se non quella che l'autore della legge non intendeva che sorgessero ostacoli alla sua attuazione (così ad esempio non erano ricorribili i provvedimenti di assegnazione delle sedi notarili: R.D. 14 novembre 1926, n. 1953).

Visto l'alto numero, la continuità e la frequenza di leggi che limitavano o escludevano la ricorribilità al giudice amministrativo di provvedimenti amministrativi, possiamo dunque concludere che l'avversione per la giustizia amministrativa fu una caratteristica del regime fascista?

Va detto che durante il Ventennio non mancarono segni contrari. *In primis* da parte dello stesso Mussolini. All'apertura dell'anno giudiziario del Consiglio di Stato, proprio nel 1924, all'inizio della parabola fascista, il Capo del Governo prende la parola e sottolinea, fra l'altro, il significato e l'importanza delle nuove funzioni giurisdizionali – la giurisdizione esclusiva – attribuite al Consiglio di Stato. Nel 1928 Mussolini, non solo assiste alla cerimonia dell'insediamento del nuovo presidente, Santi Romano, da lui voluto e nominato, ma, presa la parola, dichiara di aver voluto essere presente di persona «poiché tenevo a sottolineare l'interesse del governo fascista per l'alta funzione che il Consiglio di Stato è chiamato a svolgere nell'attività generale del regime». «Che esprima pareri consultivi o pronunci sentenze giurisdizionali» prosegue il Duce «la sua funzione in definitiva rimane la stessa: consiste nell'applicare la legge e il diritto».

Il governo intende restituire al Consiglio di Stato tutte le sue funzioni di consulenza e controllo, al fine di realizzare una giustizia più rigorosa in tutti i rami dell'amministrazione, dal momento che l'amministrazione fascista, che il regime ha sottratto alle pressioni delle fazioni e degli interessi di categoria, non può essere altro che un'amministrazione giusta.

¹⁴ G. Toniolo, *L'economia dell'Italia fascista*, Laterza, Roma-Bari 1980, pp. 277 sgg.

E rivolto ai consiglieri di Stato affermava:

Nel momento in cui voi annullate degli atti amministrativi tacciati di incompetenza, di violazione della legge, o di eccesso di potere, non ostacolate il cammino dell'amministrazione fascista, ma la richiamate semplicemente ai suoi principali doveri. Per il governo fascista, conclude, la giustizia amministrativa non è una formula vuota, destinata unicamente alle dissertazioni teoriche dei giuristi, ma un programma politico concreto [...].

Gli stessi temi sono ripresi nel discorso pronunciato in occasione della cerimonia per il centenario del Consiglio di Stato, nel 1931. Ricorda Mussolini:

Lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato è essenziale per il buon funzionamento delle amministrazioni, poiché un regime autoritario come quello fascista ha tutto l'interesse a mantenere in vita un organo di controllo di questo genere. Per il valore ed il prestigio dei suoi membri, guidati da un presidente come Santi Romano, la cui opera è universalmente apprezzata, per la garanzia di giustizia assoluta che offre ai cittadini, il Consiglio di Stato è oggi uno degli elementi fondamentali del regime e della vita politica e morale della nazione¹⁵.

Senonché dopo le tre cerimonie a distanza di anni deve essere sempre tornato a Palazzo Venezia a mettere la sua firma in calce a decreti legge che escludevano la ricorribilità al Consiglio di Stato di determinati atti amministrativi... La sequenza temporale delle leggi che escludevano l'accesso giudiziale al Consiglio di Stato induce a ritenerlo...

Non solo, ma proprio il Consiglio di Stato, in almeno due occasioni, con i pareri della Adunanza generale 6 marzo 1930, n. 57 e del 28 maggio 1930, n. 123, affermò che «tutti gli atti amministrativi sono soggetti al controllo giurisdizionale di legittimità e che questo è un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico al quale non si può derogare».

Ma evidentemente le singole amministrazioni che elaboravano i decreti legge e le leggi delegate non davano retta né al Duce, né al Consiglio di Stato in sede consultiva...

8. La reazione della dottrina dell'epoca. La realtà misconosciuta e i rimedi immaginari

E l'atteggiamento della dottrina dell'epoca nei confronti delle leggi 'liberticide' che escludevano o limitavano la tutela nei confronti di provvedimenti amministrativi?

¹⁵ Ampi brani dei discorsi di Mussolini sopra citati sono riportati in D. Lochak, *Il «Conseil d'État» di Vichy ed il Consiglio di Stato nel periodo fascista*, in Y. Mény (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, il Mulino, Bologna 1994, pp. 51 sgg. Manca in tale lavoro qualsiasi riferimento al Consiglio di Stato italiano nel periodo della Repubblica sociale italiana, che forse era il termine di paragone più appropriato per il Conseil d'État durante il regime di Vichy. Ad esempio, mentre nella Repubblica sociale la funzione consultiva del Consiglio di Stato era stata soppressa, nel regime di Vichy la funzione consultiva del Conseil d'État era stata, almeno in teoria, rafforzata.

La risposta pressoché generale è che si trattava di leggi eccezionali, la tutela di fronte al giudice amministrativo era la normalità e la non ricorribilità di determinati atti amministrativi l'eccezione, che, come tutte le eccezioni, era di stretta interpretazione. Una deroga ad una regola generale, quella della tutela generalizzata nei limiti e secondo le regole della legge del 1889 sulla giustizia amministrativa¹⁶.

Sol che verso la fine del Ventennio le eccezioni erano diventate così tante da far sorgere il dubbio che l'eccezione avesse superato la regola normale...

Va dato atto che alcuni Autori tentarono di superare... l' 'evidenza'.

Il Lentini e il Salemi sostennero che sarebbe stato possibile comunque 'il ricorso al Consiglio di Stato per incompetenza' perché l' incompetenza, intesa come carenza di potere, non rientrava nei tre vizi ordinari, bensì nella violazione della tripartizione dei poteri e come tale era giustiziabile¹⁷.

Mentre Jaccarino, dopo una scorribanda fra le varie formule usate dalle leggi per limitare od escludere la ricorribilità degli atti, finiva per concludere che il sindacato sulla competenza ad emanare l'atto era ammissibile «[...] inquantoché l'atto non soggetto a gravame in tanto è tale, in quanto è emanato dalla autorità prevista dalla legge» e che era possibile che il gravame qualora l'atto «si allontanasse da quanto prescritto dalla legge eccezionale che escludeva il ricorso»¹⁸.

Di queste limitate ed ingegnose formule, ammesso che abbiano avuto qualche attenzione, non sembra esserci traccia nella giurisprudenza del Consiglio di Stato nel ventennio fascista lungo il quale si sono 'distese' le leggi che limitavano o escludevano la ricorribilità di atti amministrativi.

9. Dopo il fascismo. Continua nel Regno del Sud la non giustiziabilità di atti amministrativi. Come eludere il ricorso al giudice amministrativo dopo l'anatema della Costituzione repubblicana: le leggi provvedimento e i 'furti di giurisdizione'. Con la complicità della dottrina

Ma neppure con la caduta del regime fascista le leggi 'liberticide' della giustizia amministrativa si arrestarono. Come si è avuto modo di dire parlando della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quando fu instaurata la Repubblica sociale italiana il Consiglio di Stato fu trasferito a Cremona. Ma mentre nel nord d'Italia il Consiglio di Stato repubblicano aveva ripreso ad esercitare la sua funzione giurisdizionale, nel Regno d'Italia, riparato nel sud della penisola, un decreto luogotenenziale, il D.Lgs. Lg. 19 ottobre 1944, n. 279, stabilì che determinati atti amministrativi non erano giustiziabili. Si trattava di provvedimenti di espropriazione di terre incolte da concedere ai contadini.

¹⁶ Per una rassegna della dottrina dell'epoca si rinvia a F. Merusi e E. Frediani, *La giustizia amministrativa nel ventennio fascista*, «Amministrare», 48 (3), 2018, pp. 355 sgg.

¹⁷ Cfr. in proposito A. Lentini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1939, vol. II, p. 203 e G. Salemi, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova 1941, vol. II, pp. 184 sgg.

¹⁸ Cfr. Iaccarino, *Problemi di tecnica legislativa e di ermeneutica nell'odierno diritto pubblico*, cit., p. 58.

La logica che guidava il legislatore postfascista era la stessa che aveva indotto il legislatore fascista ad escludere il ricorso giurisdizionale contro determinati provvedimenti amministrativi: i ricorsi al Consiglio di Stato avverso i decreti di esproprio avrebbero potuto ritardare, o addirittura impedire, l'attuazione di una riforma economica e sociale¹⁹.

Di lì a poco però il legislatore, divenuto nel frattempo repubblicano e democratico, si trovò di fronte ad una problematica analoga, se non identica: realizzare una riforma agraria che prevedeva l'espropriazione di terreni agricoli da assegnare a coltivatori diretti. Ma l'anatema costituzionale nel frattempo lanciato dall'art. 113 della Costituzione non permetteva più di impedire la giustiziabilità dei provvedimenti di esproprio. Che fare? Rassegnarsi al fatto che nel nuovo ordinamento costituzionale non si poteva più impedire che il cittadino potesse trovare tutela di fronte al giudice amministrativo? *In toto* o con esclusione di determinati vizi dei provvedimenti della Pubblica amministrazione? Ma il legislatore non si ritenne sconfitto dalla novella Costituzione repubblicana ed inventò un nuovo marchingegno per impedire che il cittadino chiedesse tutela al giudice amministrativo: la legge provvedimento. Se il provvedimento ha la veste del provvedimento legislativo, non è, per natura, impugnabile di fronte al giudice amministrativo. La legge non è impugnabile di fronte al giudice amministrativo anche se, in realtà, è un provvedimento identico ad un provvedimento amministrativo. Il Parlamento delegò il governo ad emanare una o più leggi delegate... E le leggi delegate erano dei provvedimenti di espropriazione. Come si può lamentarsi della illegittimità di un provvedimento se lo stesso provvedimento è legislativo? E con questo sofisma il legislatore repubblicano ottenne lo stesso risultato del legislatore della monarchia post fascista e delle tante leggi del ventennio fascista che escludevano la ricorribilità giudiziale di determinati atti amministrativi²⁰.

Una volta trovata la soluzione... Anche la 'forma' delle 'leggi provvedimento' non ebbe più limiti: potevano essere emanate anche con decreto legge, con aggiunte o modifiche parlamentari in sede di conversione di decreti legge e persino con atto di iniziativa governativa o parlamentare e, una volta entrate in funzione le Regioni, pure con leggi regionali. Tanto che si è affermato il fenomeno dell'"amministrazione parlamentare per legge", al quale è risultato naturalmente incline un Parlamento a regime assembleare come quello previsto dalla Costituzione repubblicana.

¹⁹ Per tale vicenda si rinvia a Merusi e Frediani, *La giustizia amministrativa nel ventennio fascista*, cit., pp. 366 sgg.

²⁰ Sui profili giuridico-costituzionali di questa 'frode alla Costituzione' intervennero i più noti pubblicisti dell'epoca: C. Mortati, *Sui limiti della delegazione legislativa*, «Jus», 3 (2), 1952, p. 219; A.M. Sandulli, *Osservazione sulla costituzionalità delle deleghe legislative in materia di riforma agraria*, «Foro amministrativo», 28, 1952, parte IV, p. 1; G. Guarino, *Profili costituzionali, amministrativi e procedurali della legislazione per l'Altipiano silano e della riforma agraria e fondiaria*, «Foro italiano», 75, 1952, parte IV, pp. 73 sgg.; C. Esposito, *Le leggi sulla riforma agraria e l'art. 138 della Costituzione*, in C. Esposito, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova 1954, pp. 205-214.

Un fenomeno che, almeno per quanto riguarda le leggi-provvedimento, ha avuto l'avallo della Corte costituzionale, la quale, adita in numerose occasioni a proposito della legittimità costituzionale di leggi provvedimento, ha ripetuto, in maniera sovente stereotipata, che dal momento che la Costituzione italiana non prevede una riserva di amministrazione, il legislatore può legittimamente sostituirsi al potere esecutivo e... fare l'amministratore... Dimenticando che le leggi possono essere costituzionalmente illegittime anche per violazione dei diritti fondamentali riconosciuti espressamente dalla stessa Costituzione, come, *in primis*, l'art. 24 Cost., il quale al primo comma garantisce il diritto di azione per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi, da chiunque e da qualunque atto provenga la loro violazione... Forse anche dal Parlamento mediante leggi provvedimento che impediscono al cittadino di tutelare i propri interessi legittimi di fronte al giudice amministrativo...²¹ Ma ormai nulla sembra possibile addurre contro una consuetudine avversa²², tanto più quando risulta essersi formata partendo dalla più autorevole dottrina... Ci si riferisce a 'le leggi provvedimento' di Mortati²³.

E non è finita. Non sempre è possibile ricorrere a leggi provvedimento. Ci sono degli impedimenti naturali. Ad esempio quando si prospettano provvedimenti seriali o di contenuto difficilmente prevedibile. Ma la paura del giudice amministrativo ha indotto il legislatore ad inventare un altro espediente per evitarlo.

Non potendo più prevedere le deroghe che disseminava nelle leggi anteriori alla Costituzione, il legislatore italiano ha inventato il 'furto di giurisdizione', cioè la devoluzione di una intera materia ad un giudice ritenuto più accomodante, o comunque meno 'pericoloso', del giudice amministrativo.

Basta trasformare la materia sottostante da pubblicistica a privatistica e il gioco è fatto: si trasferisce il contenzioso al giudice ordinario. Così è stato fatto contrattualizzando una parte del pubblico impiego a danno parziale della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo²⁴ e per il Servizio sanitario na-

²¹ Ha insistito giustamente, ma inutilmente, sul punto F. Sorrentino, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, «Diritto processuale amministrativo», 8 (1), pp. 76 sgg. e Id., *Garanzia giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi e leggi provvedimento*, «Giurisprudenza costituzionale», 36 (4), 1991, pp. 2780-2781.

²² Per un quadro chiaro ed esaustivo della problematica delle leggi provvedimento v. G. Pepe, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, «Federalismi.it», 22, 2017, pp. 2 sgg. E per un aggiornamento sulle questioni più recenti in materia v. anche L.R. Perfetti, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, «Diritto processuale amministrativo», 37 (3), 2019, pp. 1021 sgg.

²³ C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milano 1968. Anche se non mancarono fin dall'inizio autorevoli voci contrarie variamente motivate. Cfr. in proposito L. Paladini, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna 1996, pp. 180 sgg.

²⁴ A dire il vero, con il precipuo scopo non di sfuggire al giudice amministrativo, bensì di potere stipulare contratti collettivi di lavoro con le organizzazioni sindacali. Si calcola che con la 'privatizzazione' del pubblico impiego sia stato sottratto al giudice amministrativo più di un terzo dell'abituale contenzioso. Sottolinea che tale riforma non era neppure pensabile nell'ordinamento francese perché avrebbe sottratto il pubblico impiego al controllo del Conseil d'État Y. Mény, «Conseil d'État», *Consiglio di Stato: imitazione o divergenze parallele?*, in Id. (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, cit., pp. 16 sgg.

zionale che si afferma agire attraverso aziende privatisticamente organizzate. Oppure si è trasferita la giurisdizione ad un giudice ancora costituzionalmente disponibile 'a attribuzioni *ex lege* di giurisdizione', la Corte dei Conti (ex art. 103 Cost.), come è recentemente accaduto per gli atti di accertamento di appartenenza di enti alla finanza pubblica emessi dall'ISTAT in esecuzione di un regolamento dell'Unione Europea. Ma ci ha addirittura provato un relatore di una Commissione per la riforma costituzionale, la cosiddetta 'Commissione D'Alema', il quale propose di mettere in Costituzione che la Pubblica amministrazione agisce abitualmente con atti di diritto privato [...] sottoponibili, naturalmente, al giudice del diritto privato, il giudice ordinario [...]»²⁵.

Come dire che l'intento di sfuggire alla giurisdizione del giudice amministrativo sembra essere per il legislatore (o di chi per esso elabora le leggi) un impulso irrefrenabile anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione. Non era evidentemente un impulso solo fascista se all'anatema costituzionale è seguito pur sempre il peccato – ancorché democratico e assembleare – un peccato mortale (le leggi provvedimento non hanno giudice se non 'putativo') o un peccato veniale (i furti di giurisdizione che un giudice ce l'hanno, ancorché diverso).

²⁵ Sui furti di giurisdizione legislativi e giurisprudenziali si rinvia a F. Merusi, *Il giudice amministrativo fra macro e micro economia*, in L. Ammannati et al. (a cura di), *I giudici e l'economia*, Giappichelli, Torino 2018, pp. 51 sgg.