

ROBERTO CAVALLO PERIN

IL CONTENUTO DELL'ARTICOLO 113 COSTITUZIONE FRA RISERVA DI LEGGE E RISERVA DI GIURISDIZIONE

SOMMARIO: 1. La sentenza della Corte costituzionale n. 100/87: un dispositivo di infondatezza sulla disciplina di legge che regola i poteri dell'autorità pubblica. — 2. Le norme costituzionali a garanzia della giustizia nei confronti degli atti della pubblica amministrazione. — 3. L'art. 113 nell'interpretazione della Corte costituzionale: il potere di annullamento dell'atto e potere cautelare in capo agli organi giurisdizionali. — 4. (*segue*): la sindacabilità degli atti amministrativi, i presupposti processuali e l'articolo 113. — 5. (*segue*): la sindacabilità degli atti amministrativi e la immediata operatività dell'art. 113. Conclusioni sul contenuto della tutela giurisdizionale garantita dalla Costituzione avanti al giudice amministrativo. — 6. L'art. 113 e le norme della Costituzione che impongono riserve relative di legge. Autonomia e complementarietà. — 7. I rapporti fra l'art. 113 e gli artt. 102 e 103 della Costituzione. La riserva di giurisdizione nei confronti degli atti della pubblica amministrazione. — 8. Conclusioni in ordine alla sentenza n. 100/87 della Corte costituzionale: leggi di sanatoria e limitazione *ex lege* del modo di operare del vizio di eccesso di potere.

1. Una recente sentenza della Corte costituzionale ha risolto la questione di costituzionalità proposta sulla disciplina dei poteri di ordinanza del commissario straordinario per il terremoto della Campania e Basilicata con un dispositivo di infondatezza che pone non pochi interrogativi sui limiti imposti dalla Costituzione alle libertà del legislatore ordinario di disciplinare i poteri autoritativi della pubblica amministrazione (1).

(1) Corte cost., 3 aprile 1987, n. 100, in *Foro it.*, 1987, I, 1671, con nota

L'oggetto specifico della sentenza 3 aprile 1987 n. 100 della Corte costituzionale è stato l'art. 4 d.l. 27 febbraio 1982 n. 57, così come convertito in legge 29 aprile 1982 n. 187.

L'articolo sancisce che: « gli atti e i provvedimenti amministrativi adottati... fra il 23 novembre 1980 ed il 31 ottobre 1981, « si considerano legittimi, anche se in difformità dalle norme in vigore, incluse quelle che regolano la competenza o disciplinano le « procedure, purché diretti a realizzare le attività di soccorso, ad « assicurare servizi necessari per la collettività o a soddisfare esigenze primarie dei cittadini nelle zone colpite dagli eventi sismici ».

L'oggetto del sindacato della Corte costituzionale è su norma tutt'affatto particolare, preordinata a produrre effetti delimitati nel tempo e nello spazio, ma nondimeno la sentenza in esame chiama in causa le interpretazioni che la Corte costituzionale ha da tempo offerto sugli articoli 24 e 113 della Costituzione, talora in combinato disposto con l'art. 3 della stessa.

« È fuor di dubbio — precisa la Corte nella sentenza in esame — che tali norme (artt. 24 e 113 Cost.), le quali esprimono « principî fondamentali del nostro sistema costituzionale, debbano « avere, come è stato dalla corte ripetutamente avvertito, rigorosa « applicazione a garanzia delle posizioni giuridiche dei soggetti che « ne sono titolari. Tuttavia ciò non significa che il cit. art. 113, interpretato nel suo complesso, intenda assicurare in ogni caso contro l'atto amministrativo una tutela giurisdizionale illimitata ed « invariabile... ».

« È indispensabile, però, — continua la Corte — affinché il « ricordato precetto costituzionale possa dirsi rispettato, che la norma, la quale si discosti dal modello accolto in via generale per « l'impugnazione degli atti amministrativi, sia improntata a ragionevolezza e adeguatezza ».

« Da tale principio — conclude la Corte — non si può prescindere neppure nei casi di pubbliche calamità, che non possono mai « giustificare l'inosservanza dei precetti costituzionali: ciò comporta, tra l'altro, che... va assicurata al privato... una tutela la « quale... sia pur sempre idonea a fornire una congrua garanzia... « contro abusi ed eccessi ».

di A. PIZZORUSSO e nostra. Poi in *Le Regioni*, 1987, 1130, ed ivi di P. PINNA, « Lo stato di emergenza e la giurisdizione.

In questo passo della motivazione della sentenza n. 100/87 della Corte costituzionale sono efficacemente riassunte le direttrici o, più precisamente, i limiti esterni entro i quali dovrà collocarsi la risoluzione della questione di costituzionalità proposta.

L'art. 113 della Costituzione garantisce un « modello accolto in via generale per l'impugnazione degli atti amministrativi »; qualsiasi diversa minor tutela contro gli atti della pubblica amministrazione è considerata eccezione compatibile con il sistema costituzionale solo ove essa sia « improntata a ragionevolezza e adeguatezza ».

Enucleate le norme che valgono a ritenere osservati i precetti costituzionali, la Corte precisa che a tali norme non può consentirsi deroga neppure nei casi di calamità pubbliche.

L'affermazione è di particolare interesse non appena si ponga mente alla circostanza che con essa la Corte si preclude la possibilità di percorrere gli argomenti interpretativi che avrebbero consentito di sorreggere un dispositivo di « sospensione delle garanzie costituzionali » per la presenza di situazioni eccezionali (2).

La soluzione di infondatezza della questione di incostituzionalità proposta sull'articolo 4 del d.l. 27 febbraio 1982, n. 57, non può dunque che rifluire nella alternativa offerta dalla Corte costituzionale stessa, della conformità ad un modello di giustizia accolto dal legislatore ordinario in via generale, ovvero in una sua « ragionevole » e « adeguata » eccezione.

Nell'uno e nell'altro caso la soluzione offerta dalla Corte costituzionale non può non contribuire a definire ciò che la Costituzione considera contenuto legislativo imprescindibile per una tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione.

La soluzione è stata cercata all'interno del significato precettivo delle norme costituzionali, con particolare riferimento all'articolo 113 della Costituzione.

L'impostazione è di notevole interesse perché può costituire un primo tentativo di sintesi del percorso interpretativo della Corte costituzionale sull'articolo 113 ed in genere sull'insieme delle norme costituzionali utili a definire la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione.

(2) Da ultimo: C. PINNA, *L'emergenza davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1983, I, 592 e s.; ed ivi riferimenti; nonché: L. MEZZETTI, *Stato di catastrofe e libertà di stampa nella repubblica federale di Germania*, in *Dir. e società*, 1987, 47 e s.

Tentativo reso possibile dalle ormai numerose decisioni che sono state offerte in più di trent'anni di attività della Corte costituzionale, ma altresì in qualche modo imposto, forse suggerito, dalla particolare disposizione legislativa oggetto della sentenza n. 100 del 1987 qui in esame che con la legittimità *ex lege* delle ordinanze del Commissario straordinario parrebbe precludere qualsiasi sindacato giurisdizionale di legittimità sugli atti della pubblica amministrazione.

Il contrasto con l'immediata letteralità dell'art. 113 Costituzione non può essere negato: « Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale... » (comma 1); essa « non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi « di impugnazione o per determinate categorie di atti » (comma 2).

Alla immediata letteralità è tuttavia da tempo subentrata una interpretazione più articolata, non sempre di segno univoco, ma tuttavia sufficiente a consentire di salvare dalla sanzione di incostituzionalità l'articolo di legge che ritiene legittimi *ex lege* alcuni provvedimenti della pubblica amministrazione.

Il contrasto letterale non pare tuttavia essere stato superato dalla Corte con artifici interpretativi o immotivate scelte d'autorità; al contrario la sentenza pare rivelare, quanto meno oggettivamente, un dispositivo che presuppone una profonda meditazione sul sistema costituzionale di tutela contro gli atti della pubblica amministrazione, sia per quanto attiene alle norme più propriamente processuali, sia per quelle sostanziali di necessario complemento, o presupposto, che disciplinano il regime di validità degli atti dell'amministrazione nel nostro ordinamento.

Fuori dal tenore puramente letterale tuttavia la soluzione della questione di costituzionalità nel senso dell'infondatezza impone uno sforzo interpretativo di non poco peso, sia per la complessità dei problemi posti, sia per l'importanza delle questioni coinvolte, sia perché la verifica delle sentenze della Corte costituzionale sull'articolo 113 della Costituzione non può non risolversi in uno sforzo interpretativo volto a ricondurre le diverse decisioni ad una scelta unitaria di fondo del sistema costituzionale di tutela contro gli atti della pubblica amministrazione.

Se difficile è la soluzione della questione proposta, facile ne è stata la sua formulazione: è conforme a Costituzione la sanatoria *ex lege* della illegittimità di alcuni provvedimenti della pubblica amministrazione? Può il legislatore eliminare in tal modo il sindacato giu-

risdizionale di legittimità? Ancor prima, può il legislatore eliminare *ex post* ogni vizio di legittimità degli atti della pubblica autorità?

La risposta in parte positiva è stata data con la sentenza n. 100 del 1987, occorre ora comprendere gli esatti limiti della decisione nei confini offerti dal « sistema generalmente accolto » (art. 113 Cost.) e dalle « ragionevoli ed adeguate » eccezioni (art. 3 cost.) compatibili con il dettato costituzionale.

Definire il primo consente di individuare quanta parte della sentenza in esame debba necessariamente essere ricompresa nell'eccezione, nella ragionevole eccezione. Definire entrambi significa tentare di comprendere cosa debba intendersi per ragionevole ed adeguata eccezione al sistema generalmente accolto dal nostro costituente come tutela giurisdizionale minima contro gli atti della pubblica amministrazione.

2. Gli articoli della Costituzione che più frequentemente vengono richiamati in materia di tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione sono l'art. 24, il 103 ed il 113, nonché l'ultimo comma dell'articolo 111.

In realtà concorrono a formare il sistema delle garanzie costituzionali occupandosi direttamente o indirettamente del giudice amministrativo: l'art. 125, comma 2 (« Nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado »), la VI disp. trans. e finale (che fa salvi dalla revisione delle giurisdizioni speciali il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti), l'art. 108, comma 2 (« La legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali »), l'art. 25, comma 1 (« Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge »), l'art. 101, comma 2 (« I giudici sono soggetti soltanto alla legge »), l'art. 111, comma 1 (« Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati »), infine l'art. 100, comma 1 (« Il Consiglio di Stato è organo... di tutela della giustizia nell'amministrazione »).

Il quadro dei riferimenti è destinato ad ampliarsi a seconda del percorso interpretativo che si voglia seguire.

Il giudice amministrativo, infatti, non è l'unico giudice a cui si possa rivolgere chi abbia doglianze da avanzare contro atti della pubblica amministrazione, ove gli stessi ledano posizioni di diritto soggettivo (art. 113, comma 1, Cost.). In tal guisa gli articoli 101 e seguenti della Costituzione, che si occupano del giudice ordinario,

divengono anch'essi punto di riferimento di ciò che comunemente ricomprende la « giustizia amministrativa », cioè la giustizia nei confronti degli atti della pubblica amministrazione.

Nondimeno anche solo con riferimento al giudice amministrativo gli articoli da ultimo citati o quanto meno taluni di essi possono essere convenientemente richiamati.

Se si dichiara il giudice amministrativo diverso (*rectius*: speciale) rispetto a quello ordinario, si viene necessariamente a porre una relazione in cui essenziale è indicare ciò che distingue rispetto a quanto viene mantenuto eguale. L'affermazione risulta evidente nella nostra Costituzione ove il giudice in generale, non meno della funzione giurisdizionale, sono modellati sul giudice ordinario; alle disposizioni a questi dedicate sono fatte seguire quelle che unicamente per differenza riguardano il solo giudice amministrativo e la giurisdizione amministrativa (3).

L'impostazione, che trova facili conferme nei casi più ovvi (artt. 101 comma 2; 111 comma 1, Cost.; ecc.), non può non porsi come scelta interpretativa di carattere generale, sicché i valori che la Costituzione ha voluto per il giudice ordinario non possono, salvo deroghe espresse, non riguardare anche il giudice e la giurisdizione amministrativa.

In altra direzione interpretativa è possibile coinvolgere norme costituzionali che non appaiono immediatamente riferibili alla giurisdizione amministrativa.

Il termine « giustizia » richiama, pur non confondendosi, i profili normativi che attengono alla disciplina sostanziale dei rapporti fra i soggetti che diverranno parti nel processo. Nel diritto amministrativo ciò significa trattare della disciplina sostanziale che stabilisce i requisiti di validità dell'atto amministrativo.

« Giustizia vuol dire essenzialmente proporzione: ma proporzione non si può avere se non c'è un termine di raffronto che serva « a stabilire il rapporto » (4).

(3) Per tutti da ultimo: G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986, 403 « al di là di tutto quanto è specificato dall'ordine autonomo e indipendente della magistratura ordinaria, pare propugnarsi la diffusione a tutti i magistrati delle fondamentali caratteristiche impresse dalla Costituzione ai magistrati ordinari », *ivi*.

(4) P. CALAMANDREI, *Appunti sul concetto di legalità*, in *Lezioni all'Università di Firenze*, ottobre-dicembre 1944, ora in *Opere Giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, vol. III, Napoli, Morano, 1968, 82-83.

Termine di raffronto che nel diritto amministrativo è imposto anzitutto con legge, prescrivendo la Costituzione ciò che la legge non può non disciplinare direttamente dei poteri dell'amministrazione, degli atti autoritativi dell'amministrazione.

Così opinando non appare fuori luogo volgere lo sguardo alle disposizioni costituzionali che impongono riserve di legge, a quelle molte disposizioni che nella Costituzione prevedono che la legge qualcosa dica perché un potere della amministrazione esista e di esso si possa fare un corretto uso (riserve relative di legge).

L'analisi delle disposizioni costituzionali che attengono ai profili sostanziali dell'atto d'amministrazione rimane distinta seppur connessa rispetto ai profili più propri della giustizia sull'atto amministrativo. È argomentare distinto, ma presupposto ad ogni divagare sulla giustizia nei confronti degli atti della pubblica amministrazione.

La Costituzione, dunque, offre non poche norme alla giustizia nei confronti degli atti della pubblica amministrazione; norme che costituiscono la base sufficiente per la ricostruzione delle scelte di fondo con cui il Costituente ha voluto informare il sistema.

La dottrina ha da tempo analizzato il problema (5), occorre ora insistere nell'indagine attraverso una rilettura di quanto la giu-

(5) Si confrontino gli scritti di: V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1962, poi in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1981, 451 e s.; ID., *L'art. 113 Cost. e le restrizioni giurisprudenziali nei confronti della P.A.*, in *Giur. cost.*, 1971, 1744, ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, 584 e s.; ID., *Questioni in tema di depenalizzazione*, in *Giur. cost.*, 1970, 248; C. ESPOSITO, *Sulla tutela giurisdizionale condizionata ai tempestivi ricorsi amministrativi*, in *Giur. cost.*, 1963, 839; A.M. SANDULLI, *La giustizia nell'amministrazione*, in *Cento anni di amministrazione pubblica* (fascicolo celebrativo dell'Amministrazione Civile, aprile-agosto, 1961), 163 e s.; E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964, 26 e s., 41 e s.; G. MIELE, *La giustizia amministrativa* (relazione introduttiva), in *Atti del Congresso celebrativo sulle leggi di unificazione*, I.S.A.P., 1970, 20 e s., 25 e s.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, III ed., Bologna, Il Mulino, 1983, 101 e s.; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, voce: *Giurisdizione amministrativa*, dell'Enc. Dir., vol. XIX, Milano, 1970, 283 e s.; F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, voce dell'Enc. Dir., vol. XIX, Milano, 1970, 610 e s.; M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 250 e s.; E. CAFACCIOLI, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in *Studi in memoria di Furno*, Milano, Giuffrè, 1973, 170 e s.; A. ROMANO, *Costituzione e sviluppi della giustizia*

risprudenza della Corte costituzionale ha dovuto esprimere sulle non poche né omogenee questioni ad essa pervenute dai giudici ordinari ed amministrativi.

Qui è prescelto quale oggetto principale d'analisi l'articolo 113 Costituzione con riferimento alla giurisdizione di legittimità sui provvedimenti amministrativi.

3. L'articolo 24 comma 1 della Costituzione prevede il diritto di agire in giudizio per la difesa dei propri diritti ed interessi legittimi.

L'articolo 103 al comma 1, dopo aver previsto l'attribuzione di funzione giurisdizionale in capo al Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa, ne definisce il contenuto, analogamente a quanto espresso nel comma 2 per la Corte dei Conti, al comma 3 per i tribunali militari e, come norma di specie, rispetto

amministrativa, in *Giur. cost.*, 1974, 2254 e s.; F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio (principi del) (diritto amministrativo)*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. IX, 1961, 738 e s.; G. BOZZI, *Posizione degli organi della giustizia amministrativa nella costituzione*, in *Foro amm.*, 1979, I, 804 e s.; E. CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, in *Il processo amministrativo. Scritti in onore di G. Miele*, Milano, Giuffrè, 1983, 191 e s.; LEVI-SANDRI, *Sul nuovo ordinamento della giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 411 e s.; U. ALLEGRETTI, *Corte costituzionale e P.A.*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, 269 e s.; A.M. SANDULLI, *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, 305 e s.; M. CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 177, ora in *Studi in memoria di V. Bachelet*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1977, 70 e s.; A. PROTO PISANI, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno di chi ha ragione*, in *Foro it.*, 1985, I, 1881; M. NIGRO, *L'art. 700 conquista anche il processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1297; A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2491; C.E. GALLO, voce *Appello nel processo amministrativo*, del *Digesto IV, Discipline pubblicistiche*, Torino, 1987, 316 e s. e note 5, 6 e 12; L. ELIA, *Appunti sul riparto tra le due giurisdizioni nella più recente giurisprudenza costituzionale (1980-1985)*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1987, 162 e s.; G. BERTI, *Art. 113 (e 103, I, II comma)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, tomo IV, Bologna-Roma, Zanichelli - Foro italiano, 1987; E. PICOZZA, voce *Processo amministrativo (normativa)*, dell'*Enciclopedia del diritto*, XXXVI, 1987, 463-466.

a quanto definito nell'articolo 102 della Costituzione per il giudice ordinario, a cui è demandata la funzione giurisdizionale senza specificazione alcuna.

Il giudice amministrativo ha giurisdizione per la tutela dei diritti soggettivi nelle sole materie indicate dalla legge, in via generale per la tutela degli interessi legittimi (art. 103 comma 1).

L'articolo 113 della Costituzione si occupa invece di definire alcuni requisiti essenziali della *tutela* garantita contro gli atti della pubblica amministrazione, sia essa per diritti soggettivi, sia essa per interessi legittimi, avanti al giudice ordinario, ovvero al giudice amministrativo.

Tale tutela giurisdizionale è « sempre ammessa »: cioè è imprescindibile ed insostituibile (art. 113 comma 1). Una volta ammessa « non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti » (art. 113 comma 2), espressione che pare indicare l'esclusione di ogni menomazione della tutela giurisdizionale accordata al comma che precede.

La legge determina se la tutela così accordata possa sfociare in un potere di annullamento del giudice competente, indicandone i casi e gli effetti, nonché quali organi di giurisdizione (giudici amministrativi, ordinari e speciali) possano divenire attributari di siffatto potere (art. 113 comma 3) (6).

Gli enunciati dell'articolo 113 della Costituzione appaiono in sé di chiara e precisa formulazione, sì da non porre gravosi problemi ermeneutici, ove si potesse prescindere dalla storia degli istituti giuridici a cui un dettato legislativo abbia voluto far riferimento.

Il dato storico è fatto ineludibile dell'interpretazione giuridica in questo come in altri casi, soprattutto ove il legislatore costituzionale o ordinario abbiano voluto in qualche modo interagire e non solo recepire le precedenti esperienze giuridiche.

Dunque anche « *in claris fit interpretatio* » (7), o quanto meno così parrebbe leggendo le motivazioni delle decisioni della Corte



(6) G. BERTI, *Art. 113 (e 103 I, II comma)*, del *Commentario...*, cit., 1987, 85 e s. 102, ed *ivi* riferimenti.

(7) Si riprende, con evidente gioco di parole, la frase conclusiva di un recente scritto di P. PERLINGERI, *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 990.

costituzionale che non sembrano aver subito eccessivamente il legame con i precisi dettati dell'articolo 113 della Costituzione.

Letteralmente l'ultimo comma dell'articolo 113 riservando alla legge le attribuisce ampi margini di determinazione dei « casi », degli « organi » e soprattutto degli « effetti » con cui si estrinseca il potere di annullamento.

La letteralità potrebbe indurre a pensare che la locuzione « potere di annullamento » contenuta nell'ultimo comma dell'articolo in esame sia un semplice *nomen juris* di ciò che la legge procederà a definire, contornare, modellare *ex nihilo*.

Tuttavia non è mai sorto il dubbio che il riferimento, o che è lo stesso il *nomen juris*, voglia indicare un nucleo normativo imprescindibile (« effetti ») già noto all'ordinamento e allo stesso Costituente.

Nucleo imprescindibile che è stato individuato nel potere di annullamento degli atti amministrativi impugnati avanti al giudice amministrativo, di cui questi è da tempo titolare nel sindacato generale di legittimità sugli stessi.

Annullare significa porre nel nulla, eliminare dal mondo giuridico l'atto, con effetto retroattivo normalmente sino al momento della sua perfezione.

La retroattività dell'annullamento pare altresì elemento caratterizzante dell'annullamento, restando poi da stabilire sino a quando si voglia risalire per una ottimale mediazione *ex lege* degli interessi contrapposti (8).

I « casi » e gli « organi » che la legge deve stabilire possono invece costituire novità di rilievo per il giudice ordinario o per il giudice speciale, verso i quali la Costituzione non ha precluso l'attribuzione del potere di annullamento degli atti della pubblica amministrazione. Potere di annullamento, infine, attribuito a tali giudici per una giurisdizione sui diritti soggettivi, ove si ritenga che l'articolo 103, comma 1, della Costituzione attribuisca al solo « Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa » la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi (9).



(8) Annullato l'atto altri effetti possono essere prodotti su rapporti così liberati dalla soggezione a quell'atto dell'amministrazione; di questi, che più propriamente non sono semplice prodotto dell'annullamento, dispone la legge.

(9) Evita il problema: Corte cost., n. 32/1970 (*Depenalizzazione, contravvenzioni per la circolazione stradale*; art. 113 Cost.) reputando assente ogni posizione di interesse legittimo poiché sussiste un atto dovuto della p.a. a fronte

L'articolo 113 Cost., seppur così delimitato nella sua portata precettiva dai precedenti storici della giustizia amministrativa in Italia, ha comunque aperto al legislatore la facoltà di attribuire, o non attribuire (10), agli organi giudiziari il potere di annullamento.

Tale disponibilità del legislatore è sempre stata intesa dalla Corte costituzionale nel senso che le garanzie poste dall'intero articolo 113, nel terzo ma altresì nei due commi che lo precedono, non impongano al legislatore di dispensare « sempre la stessa tutela giurisdizionale » (11); la varietà di situazioni consente al legislatore di modulare diversamente le garanzie giurisdizionali, accordando in date circostanze poteri ai giudici che in altre occasioni si vuole negati.

L'affermazione tuttavia è sempre stata circoscritta nel senso che le scelte attribuite al legislatore debbono tuttavia rispondere ad un disegno di ragione.

L'applicazione più evidente del principio indicato si è avuta con il potere cautelare di sospensione dell'atto impugnato avanti al giudice competente per il merito della causa.

Nel sistema di giustizia amministrativa contemplata dalla Costituzione la scelta operata dal legislatore ordinario di attribuire il potere di annullamento alla giurisdizione generale sui provvedimenti della pubblica amministrazione viziati di illegittimità, comporta come « naturale e consequenziale l'attribuzione, all'organo medesimo deputato all'annullamento, del concorrente potere di sospensione cautelare dell'atto impugnato » (12).

di diritti soggettivi patrimoniali del destinatario sicuramente non affievoliti dall'atto amministrativo. Oltre alle disposizioni contenute nella l. 24 novembre 1981, n. 689 (art. 23), si vedano altresì la l. 3 febbraio 1963, n. 69 (ordinamento della professione di giornalista) su cui: Cass. 8 ottobre 1979, n. 5185, in *Foro it.*, 1980, I, 1735; nonché l. 8 agosto 1985, n. 443 (art. 7, u.c.), per attribuzioni alla giurisdizione del giudice ordinario.

(10) È stato ritenuto conforme a Costituzione il divieto posto dall'art. 4 l. n. 2248, All. E del 1865, da Corte cost., n. 161/1971 (*Divieto di azioni possessorie, provvedimenti amm., cave e torbiere, sottrazione*).

(11) Corte cost., n. 138/1968 (*Esecuzione imposte dirette*; art. 7 d.p.r. n. 645/58); Id., n. 87/1962 (stessa questione); Id., n. 47/1964 (*Previdenza sociale*, art. 460 c.p.c. modificato poi nell'art. 443 c.p.c.).

(12) Così: Corte cost., n. 227/1975 (*Edilizia Econ. Popol.*; art. 7 d.l. n. 115/1974) che dichiara la illegittimità dell'esclusione del potere di sospensione dei decreti di esproprio, o di occupazione d'urgenza, del giudice amministrativo ove disposti verso i proprietari risultanti dal catasto. Id., n. 284/1974

Ecco dunque che all'articolo 113 della Costituzione si affianca un diverso disposto normativo a contemperamento, o se si preferisce a completamento, di quanto il 113 letteralmente dispone per la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione.

Il fondamento normativo della *regula juris* così enucleata è ritrovato dunque sia nell'art. 113, sia nell'articolo 3 della Costituzione, o più precisamente in quelle elaborazioni che hanno letto nell'articolo stesso oltre al principio di eguaglianza formale (comma 1) e sostanziale (comma 2) anche il più articolato e complesso « principio di ragionevolezza » (13).

A tale principio il legislatore si deve dunque attenere nell'approntare i diversi mezzi, o modalità, con cui consentire la tutela giurisdizionale garantita in via generale all'articolo 113 della Costituzione.

Il principio tuttavia opera, nel caso di specie, a doppio senso ponendo insieme all'articolo 113 la regola e da solo l'eccezione.

È « naturale e consequenziale » nella giurisdizione generale di legittimità l'attribuzione del potere di sospensione dell'atto impu-

(*Legge sulla casa*, n. 865/1971), art. 13) che dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 13 cit., perchè limitò la sospensione dell'atto del giudice amministrativo ai soli casi di errore grave ed evidente. Infine: Corte cost., n. 190/1985 (*Art. 21 u.c. legge TAR provvedimento cautelare innominato*), su cui *infra*.

(13) Il passaggio logico dal principio di eguaglianza a quello di ragionevolezza pare dipartire dai casi di un giudizio di legittimità costituzionale della norma speciale rispetto a quella generale; cioè dalla conformità a Costituzione di una diversa norma che trovi in fatti o circostanze giuridiche particolari la giustificazione per un diverso trattamento giuridico.

Si vedano per tutti: L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965, spec. 226 e s.; C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1973, poi in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè, 1984, 637 e s.; A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976; M. CAPURSO, *I giudici della Repubblica*, Milano, Comunità, 1977, 39-40; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., Padova, Cedam, 1987, 320, 459, 562, ma spec. 610; G. BERTI, *L'interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1987, 69, 323 e s., 527, che identifica la ragionevolezza del legislatore con l'obbligo dello stesso di essere fedele alla ragione di obiettività dell'ordinamento; G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, dell'*Enc. Dir.*, vol. XXXVI, 1987, 555 e s., ed *ivi*, (nt. 95) riferimenti a esperienze straniere e (*passim*) a dottrina e giurisprudenza italiana; G. BARILE, *Costituzione e rinvio mobile*, Padova, Cedam, 1987, 67 e s., *ivi* (n. 14) riferimenti a dottrina italiana.

gnato poiché il legislatore ha conferito al giudice il potere di annullamento dell'atto stesso.

È tuttavia costituzionalmente legittima (artt. 113 e 3 Cost.) ogni limitazione del potere cautelare, in capo all'organo giurisdizionale competente per il merito della causa, che sia sorretta da « ragionevole giustificazione ».

È ragionevole la deroga (*rectius*: l'eccezione) tutte le volte che sussistano interessi (pubblici) che l'ordinamento considera meritevoli di maggior tutela rispetto a quelli che il potere cautelare avrebbe potuto garantire (14).

La norma in tal guisa enucleata poté trovare applicazione nei soli casi di legittimità del giudice amministrativo, con la conseguenza di delimitare per lungo tempo le potenzialità innovative dell'ordinamento giuridico in ordine al potere cautelare degli organi giudiziari.

La delimitazione argomentativa ha infatti consentito alla Corte costituzionale di dichiarare la legittimità delle disposizioni di legge che non prevedevano il potere di sospensione dell'atto avanti ai giudici tributari (15).

In verità la soluzione dei giudici tributari fu sorretta da un ulteriore motivo che da un lato ha rivalutato la tutela offerta dal potere di sospensione attribuito all'intendente di finanza, dalla parziale iscrizione a ruolo dei tributi, nonché dalla successiva reintegrazione del patrimonio del ricorrente a seguito di decisione favorevole delle commissioni tributarie; dall'altro che ha valutato sufficiente, per fondare la « ragionevole » eccezione, la presenza di un « preminente inte-

(14) Corte cost., n. 8/1982 (*Opere pubbliche*, l. n. 1/1978, art. 5 comma IV) che dichiara ragionevole la limitazione a sei mesi degli effetti delle ordinanze di sospensione in materia di opere pubbliche. P. BARILE, *Istituzioni...*, cit., 610 e 562, ove si parla di ragionevole composizione fra posizioni soggettive egualmente tutelate in Costituzione in base ad un giudizio di prevalenza fra interessi contrapposti. Ancora: A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, Bulzoni, Roma, 1974, che analizza l'esperienza della Suprema Corte degli Stati Uniti di risoluzione dei conflitti fra posizioni soggettive tutelate in Costituzione.

(15) Corte cost., n. 63/1982 (*Comm. Tributarie, sospensione del procedimento di riscossione fiscale*) che qualifica il processo avanti alle Commissioni come giudizio su rapporto e non su atti; Id., n. 176/1985 (*I.V.A.*) che ritiene il pagamento di quota del tributo in corso di causa conforme a Costituzione, poiché non vi è alcuna necessità di anticipazione degli effetti eventualmente favorevoli della sentenza; da ultimo: id., n. 288/1986, ma vedasi *infra*.

resse costituzionale « (fondamentale e primario) di garantire il regolare svolgimento della vita finanziaria dello Stato » (16).

Successivamente la limitazione alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo è stata superata con la sentenza della Corte costituzionale (17) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 21, ultimo comma, della legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali, n. 1034 del 1971, introducendo così il provvedimento cautelare innominato per le controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego.

La rottura con i precedenti pronunciamenti della Corte costituzionale è evidente ove si ponga mente alla circostanza che l'attribuzione di un potere cautelare al giudice amministrativo in materia di giurisdizione esclusiva significa ammettere tale potere anche fuori dai casi di semplice necessità di sospensione dell'atto impugnato ed in giudizi che possono concludersi anche senza un provvedimento finale di annullamento dell'atto stesso.

In tal guisa si estende il potere cautelare non solo a settori diversi dalla giurisdizione generale di legittimità sugli atti amministrativi, ma altresì si viene a prescindere da ogni « ragionevole correlazione » fra potere di annullamento e potere di sospensione degli effetti dell'atto impugnato così come era stato precedentemente ritenuto dalla Corte costituzionale.

Il fondamento del potere cautelare innominato per le controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego è trovato pur sempre negli articoli 3 e 113 della Costituzione, ma sulla scorta di argomentazioni del tutto differenti.

La Corte ha ritenuto — richiamando un insegnamento del Chiovenda — che sussista nell'ordinamento una direttiva di razionalità secondo la quale « la durata del processo non deve andare a danno di chi ha ragione » (18).

In presenza di un pregiudizio imminente ed irreparabile per il ricorrente è « ragionevole », ai sensi degli articoli 3 e 113 della

(16) Per gli interessi preminenti oltre alla n. 63/1982, si vedano: n. 44/1970; la n. 195/1975; la n. 67/1974; la n. 138/1968; la n. 87/1962; nonché Cass., S.U., 5 marzo 1980, n. 1472, in *Foro it.*, 1980, I, 622 e la 20 gennaio 1987, n. 461, *id.*, 1987, I, 1368; per l'altra affermazione si veda Corte cost., n. 288/86, su cui *infra*.

(17) Corte cost., n. 190/1985.

• (18) Corte cost., n. 190/1985, cit.

Costituzione, che spetti al giudice emanare i provvedimenti d'urgenza che appaiano più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito.

Il potere di cautela e non più solo il potere di sospensione dell'atto impugnato, viene con la sentenza da ultimo citata riconosciuto come componente normale dell'esercizio della funzione giurisdizionale (19), con garanzia, sotto il profilo della *ragionevolezza*, di livello costituzionale.

La *ragionevolezza* ridiviene dunque fondamento insieme all'articolo 113 della Costituzione della tutela offerta contro gli atti della pubblica amministrazione, ad essa la Corte potrà ancora richiamarsi per espungere dalla regola così posta delle eccezioni, delle *ragionevoli* eccezioni.

Sarà rispondente al principio di ragione quella norma che, negando il potere di cautela, sia volta a tutelare interessi che l'ordinamento consideri meritevoli di maggior protezione rispetto a quello del ricorrente di non subire che la durata del processo trascorra a suo danno, a « danno di chi ha ragione ».

La presenza di un interesse preminente parrebbe dunque consentire la legittimità costituzionale di una disposizione di legge che precluda, o più semplicemente non attribuisca, un potere cautelare in capo al giudice competente per il merito della causa.

L'analisi sulla comparazione degli interessi contrapposti deve tuttavia essere condotta con criteri di rigore, evidenziando le diverse disposizioni dell'ordinamento che possano offrire un giudizio di favore verso uno dei due interessi confliggenti e verificando altresì che non sussistano norme contrarie al principio di ragione così prescelto.

In via d'esempio non pare che possa rispondere ai requisiti richiesti la teoria dell'interesse preminente dello Stato enunciata dalla Corte costituzionale per i giudici tributari, in quanto appare di per sé contraddittoria con il potere di sospensione attribuito all'intendente di finanza.

(19) Si vedano i commenti alle sentenze n. 190/1985, di: A. PROTO PISANI, *Rilevanza costituzionale...* cit., in *Foro it.*, 1985, I, 1881; A. ROMANO, *Il giudizio cautelare...* cit., *Id.*, 2491; M. NIGRO, *L'art. 700 conquista...* cit., in *Giur. it.*, 1985, I, 1297; nonché con ampi riferimenti alla vicenda: M. ANDREIS, *L'appellabilità delle ordinanze cautelari amministrative dopo la sentenza n. 190/85 della Corte cost.*, in *Foro it.*, 1986, III, 191.

Appare contraddittorio e dunque non rispondente a principio di ragione, ritenere che l'interesse al regolare « funzionamento della vita finanziaria dello Stato » non possa soffrire comparazione alcuna, caso per caso, con gli interessi contrapposti del ricorrente, poiché tale interesse dello Stato è ritenuto comunque in via generale e astratta di carattere preminente, contraddittorio — si diceva — con l'opposta considerazione di favore in ordine alla attribuzione di analogo potere ad un organo della pubblica amministrazione: l'intendente di finanza.

Tale giudizio di favore non riesce affatto a conciliarsi con la « ragionevole » negazione, in via generale e astratta (del legislatore), di un potere cautelare in capo ad alcuno.

Vi è piuttosto da pensare che le affermazioni ripetute, anche di recente (20), da parte della Corte costituzionale nelle sentenze che riconoscono la legittimità delle disposizioni di legge che non attribuiscono il potere di cautela ai giudici tributari, non siano altro che decisioni di specie, di cui si attende ancora, dell'eccezione, una *ragionevole* motivazione sul piano dei valori costituzionali (21).

Pare conseguente attribuire eguale valore alle affermazioni che hanno sempre accompagnato tali pronunciamenti della Corte e secondo i quali « la garanzia cautelare non costituisce, alla stregua delle norme costituzionali, una componente essenziale della funzione giurisdizionale » (22).

L'analisi condotta consente di concludere che, fatte salve *ragionevoli* eccezioni nel senso sopra precisato, la Corte costituzionale con la sentenza n. 190/85 ha elevato il potere cautelare a componente normale della funzione giurisdizionale; potere cautelare che

(20) Corte cost., n. 288/1986; nonché per la dichiarazione del difetto assoluto di giurisdizione: Cass., S.U. civili, 20 gennaio 1987, n. 461, entrambe in *Foro it.*, 1987, I, 1367.

(21) Per lo stato della questione si vedano le considerazioni ed i riferimenti alla giurisprudenza del giudice ordinario e amministrativo citati in: G. ALBENZIO, *Ipotesi per l'attribuzione alle commissioni tributarie ecc.*, in *Foro it.*, 1987, I, 1426; nonché i contributi di: C. CONSOLO, *La tutela tributaria ritrovata*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 323; C. BAFILE, *Osservazioni sulla sospendibilità dei tributi nel processo amministrativo*, *ivi*, 212; V. CAIANIELLO, *I poteri di sospensiva del giudice amministrativo in materia di tributi*, *ivi*, 1986, 349; da ultimo: C. CONSOLO, *In tema di giurisdizione a conoscere dei giudizi promossi avverso l'imposizione fiscale*, *ivi*, 1987, 256.

(22) Corte cots., n. 288/86, *cit.*

è riconosciuto come strumento essenziale per l'attuazione della tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione (23).

Il potere cautelare può considerarsi dunque parte integrante del contenuto di una tutela che la Costituzione vuole ricompresa, in forza del principio di ragionevolezza, nella garanzia offerta dalla funzione giurisdizionale così come indicata nel combinato disposto degli articoli 113-103 per il giudice amministrativo, o agli articoli 113-102 per il giudice ordinario, o ancora agli articoli 113-VI disp. trans. e fin. per i giudici speciali, nei confronti degli atti della pubblica amministrazione, che hanno leso diritti soggettivi, o interessi legittimi.

4. Il campo di incidenza dell'articolo 113 della Costituzione è sempre stato a largo spettro, investendo ogni disposizione legislativa che voglia regolare l'accesso agli organi di giustizia per la tutela contro gli atti della pubblica amministrazione.

La Corte costituzionale ha ampiamente favorito tale linea interpretativa con interventi nei più diversi settori dell'ordinamento legislativo volti a rimuovere, con sentenze di accoglimento delle questioni di costituzionalità proposte dai giudici di merito, gli ostacoli che si frapponevano all'esercizio della funzione giurisdizionale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione.

L'idea di fondo a cui pare essersi ispirata la Corte nell'interpretazione dell'articolo 113 cit. può essere sintetizzata nella immancabilità ed insostituibilità (« è sempre ammessa », comma 1; « non può essere limitata », comma 2) del sindacato giurisdizionale sulla validità degli atti della pubblica amministrazione, sì da consentire sempre un adeguato ed « effettivo » sistema di tutela giurisdizionale degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi di cui sono titolari i soggetti coinvolti dall'attività dell'amministrazione (24).

(23) Oltre alla dottrina già citata a nota 19, si vedano in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo i recenti contributi di: G. CORSO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1987, 1657; M. SICA, *La cauzione come misura cautelare nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 228; ed ivi riferimenti anteriori.

(24) Si trascura qui di analizzare se l'articolo 113 nella locuzione « contro gli atti » assuma un significato tale da escludere l'attività materiale della pubblica amministrazione con conseguente rilevanza della più specifica tutela dell'articolo 28 Costituzione. Sul concetto di attività amministrativa in tutte le

Adeguatezza ed « effettività » di tutela che anche qui significa veder operare il « principio di ragione » come legittima eccezione, o ponderazione, di un sistema di giustizia generalmente accolto dal legislatore (25).

Un gruppo di sentenze della Corte costituzionale ha avuto ad oggetto disposizioni di legge che sanciscono condizioni di procedibilità o di ammissibilità dell'azione giurisdizionale; in esse il principio di ragionevolezza ha espresso interpretazioni che valgono a darne concreta applicazione (26).

sue possibili accezioni: E. CASETTA, *Attività amministrativa*, voce del *Digesto IV*, (*discipline pubblicistiche*), vol. I, Torino, Utet, 1987, 521 e seguenti, ed *ivi* riferimenti; nonché dello stesso autore: *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 239 e seguenti; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, Cedam, 1985, 214 e seguenti, che pare ricomprendere nella tutela dell'art. 113 Cost. anche i comportamenti della p.a. che non si estrinsecano in atti.

(25) Corte cost., n. 118/1964 (*Foro erariale*) rigetta poiché la deroga al sistema della distribuzione della competenza fra i giudici è giustificata dal minor costo e dai benefici a favore di un miglior funzionamento della amministrazione pubblica (art. 97 cost.), *ivi* compresa quella della giustizia (specializzazione dei giudici); Id., n. 116/1970 (*Imposta di registro; deroga all'art. 91 c.p.c. - spese giudiziali*) rigetta poiché ritiene non irrazionale aver il legislatore subordinato la deroga alla non osservanza da parte del ricorrente del termine di 90 gg. dalla presentazione della domanda in via amministrativa prima di esperire l'azione giudiziaria, ragionevole è consentire alla P.A. uno *spazium deliberandi* e *corrigendi*; Id., n. 80/1967 (*Orari degli uffici pubblici ridotti nelle solennità civili*) ha rigettato poiché è onere minimo dell'esercizio del diritto di difesa informarsi sulla eventualità di una chiusura anticipata; Id., n. 73/1973 (*Regol. prev. di giurisdiz.; sospensione del processo*) rigetta dichiarando l'istituto conforme agli interessi di svolgimento del processo, comunque si rileva l'applicabilità dell'art. 48 c.p.c., c. II, per gli atti urgenti non connessi alla pronuncia sulla questione preliminare di giurisdizione (per esempio di istruzione preventiva); Id., n. 25/1976 (*Nomofilachia dell'Adun. Plen. del Cons. di Stato su decisioni del Cons. Giust. Amm. Reg. Sic.*) rigetta poiché ritiene razionale assicurare una uniformità di controllo sugli atti amministrativi dello Stato, escludendo così ogni ingiustificata disparità di trattamento rispetto ad altri atti amministrativi, o rispetto agli stessi che esplicano efficacia in Regioni diverse dalla Sicilia.

(26) Oltre alle sentenze che dichiarano la incostituzionalità del noto *solve et repete* — Corte cost., n. 21/1961 e n. 96/1167 (non pare invece sia questo il caso della n. 6/1965) — si vedano: Corte cost., n. 170/1986 (*Enfiteusi; deposito prezzo di affrancazione*) che rigetta perché la condizione di ammissibilità trova obiettiva e concreta giustificazione in una prova di serietà della domanda, diversamente l'assenza del pagamento al termine del giudizio potrebbe vanificare l'attività giudiziaria promossa dallo stesso attore inadempiente, a noi pare più semplicemente

Particolare attenzione richiedono quelle decisioni che occupandosi dei rapporti fra ricorsi amministrativi non giurisdizionali e ricorsi giurisdizionali, statuiscono in ordine alle garanzie minime di tutela, attribuite dalla Costituzione, contro gli atti dell'amministrazione.

La Costituzione non garantisce la tutela offerta dai ricorsi amministrativi non giurisdizionali, conseguentemente il legislatore può vietare la loro esperibilità (27), ovvero *a fortiori* è libero di non prevederli affatto.

I ricorsi rivolti all'amministrazione non possono nemmeno porsi quale valida alternativa (insostituibilità) della tutela accordata con l'esercizio della funzione giurisdizionale, la quale è invece garantita « sempre » dal comma 1 dell'articolo 113 della Costituzione (28).

Si è liberi di agire, o no, in giudizio (29), ma questa tutela è, e deve essere, sempre offerta contro gli atti della pubblica amministrazione.

Questa interpretazione di rigore non ha tuttavia impedito alla Corte di ritenere, in tre sentenze (30) l'ultima delle quali pronun-

che sia scelta demandata al legislatore come nel caso dell'art. 2932 cod. civ.; Id., n. 234/1974 (*Infortuni sul lavoro*) è congruo il termine di 60 giorni per la proposizione del ricorso all'amministrazione pubblica, anche se, spirato inutilmente, si precluda la successiva azione giurisdizionale (il problema pare dunque quello del rapporto con il ricorso giurisdizionale e non di termini, processuali ma su ciò *infra*); Id., n. 2/1964 (*Assegni familiari*) accoglie poiché ritiene che fissare la decorrenza del termine, per il ricorso giurisdizionale, dalla spedizione (a mezzo posta) della decisione amministrativa non consenta una effettività di tutela e ne renda estremamente difficile l'esercizio; per altra fattispecie: Id., n. 93/1962. In genere sui presupposti processuali fuori da ipotesi di applicazione dell'art. 113 cost., si veda: P.A. CAPOTOSTI, *Improprietà, improcedibilità ed art. 24 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1986, 1299 e s.

(27) Corte cost., n. 241/1974 (*Sanzioni pecuniarie in materia di imposte*).

(28) Corte cost., n. 141/1969 (*Imposte di consumo; potere della P.A. di ammissione all'oblazione*).

(29) Così Corte cost., n. 148/1972 e n. 1/1964 (*Ric. straordinario al Capo dello Stato*) che sancisce, la prima, la equiparazione degli enti pubblici diversi dallo Stato ai controinteressati; la seconda invece rende possibile l'impugnazione della decisione di accoglimento del ricorso straordinario da parte dei cointeressati.

(30) Corte cost., n. 46/1974 (*Assegni familiari*) cit.; Id., n. 47/1964 (*Previdenza sociale*) cit., che ritiene infondata la questione proposta in ordine all'art. 460 c.p.c. — improponibilità dell'azione giurisdizionale se non è previamente presentato il ricorso all'amministrazione pubblica — oggi si veda l'art. 443 c.p.c. che sancisce l'improcedibilità; il problema è analizzato come precedente logico della

ciata più di dieci anni or sono, la legittimità costituzionale delle disposizioni di legge che subordinano, « in casi determinati e per ragionevoli motivi », l'esercizio dell'azione giudiziaria all'esperimento di una procedura amministrativa.

L'eccezione è evidente ove si pensi che la Corte costituzionale ebbe a ritenere la compatibilità costituzionale delle norme che dispongono l'alternatività del ricorso straordinario al Capo dello Stato all'azione giurisdizionale sul fondamento della volontarietà delle scelte del ricorrente in ordine alla tutela (giurisdizionale o amministrativa) di cui egli intenda fruire (31).

La Costituzione dunque pare esprimere la regola generale che nega al legislatore la possibilità di disporre la subordinazione dell'azione giudiziaria alla previa presentazione delle proprie doglianze ad organi dell'amministrazione pubblica, ovvero più in generale l'impossibilità per il legislatore di imporre agli interessati di rivolgere le proprie doglianze ad organi non giurisdizionali, ove l'articolo 113 della Costituzione sancisce che è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi avanti agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Le tre sentenze indicate che, nelle stesse parole della Corte, fondano l'eccezione alla regola ora ricordata, paiono altresì poggiare su motivazioni di non facile approvazione.

La « ragionevole » eccezione è ritrovata negli interessi del ricorrente a veder risolta con facilità e poca spesa la questione con l'amministrazione all'interno dei suoi uffici, dispensandolo così dalla necessità di esperire una azione giudiziaria prima che l'amministrazione stessa abbia definitivamente esternato la propria decisione (32).

decisione in: Corte cost., n. 234/1974 (*Infortuni sul lavoro*) cit., che statuisce sulla congruità del termine di 60 gg. per ricorrere all'amministrazione, la sua inosservanza importa la decadenza da azione giudiziaria ex art. 460 c.p.c.; Corte cost., n. 107/1963 (*Assicurazione infortuni; accertamento del debito*) anche se qui è possibile in sede esecutiva far valere tutte le ragioni non opposte prima.

(31) Corte cost., n. 78/1966 (e n. 148/1972, n. 1/1964 citt.). Sul punto si veda: C.E. GALLO, *Il ricorso straordinario al presidente della repubblica tra presente e futuro*, in *Foro it.*, 1987, I, 678, nonché si veda l'interessante raffronto del ricorso straordinario con il giudizio arbitrale del processo civile a col. 679.

(32) In particolare: Corte cost., n. 47/1964 (*Protezione sociale*) cit.; ritiene che non sussista un pericolo per il diritto di difesa poiché vi è un termine entro il quale l'amministrazione deve deliberare: Corte cost., n. 46/1964 (*Assegni familiari*) cit.

Gli interessi degli amministratori non pare tuttavia che assumano nei casi indicati peculiarità tali da poterne differenziare il regime giuridico rispetto a quello generalmente adottato con legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali.

Questa, come è noto (arg. ex art. 20), non ha più contemplato, come condizione del ricorso giurisdizionale, la definitività dell'atto impugnato.

Ragionevole, dunque anche in questi casi, pare consentire all'interessato di valutare, di volta in volta, esso stesso la miglior opportunità di rivolgere le proprie doglianze all'amministrazione confidando in una ulteriore e più « prossima » possibilità di giustizia, ovvero se egli ritenga preferibile indirizzare direttamente ad un organo « terzo » la valutazione delle proprie ragioni (33).

La mancanza di ragioni diverse da quelle che hanno fondato la disciplina generalmente accolta dal legislatore esclude la possibilità di stabilire una deroga che sancisca la obbligatorietà del previo ricorso amministrativo non giurisdizionale.

Si era detto che la letteralità dell'articolo 113 della Costituzione, ma ancor più la stessa idea di fondo che pare aver sorretto le interpretazioni della Corte costituzionale, esprimono la garanzia della immancabilità ed insostituibilità del sindacato giurisdizionale sulla validità degli atti della pubblica amministrazione.

Si è ora in grado di precisare che il termine *insostituibilità* comprende (anche) la possibilità, garantita dalla Costituzione, di rivolgere le proprie doglianze contro gli atti della pubblica amministrazione *direttamente* ad un giudice, ad uno dei giudici contemplati dall'articolo 113 della Costituzione.

Quanto all'*immancabilità* della tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione il concetto ha trovato precisazione e concretezza in altro gruppo di sentenze della Corte costituzionale che hanno sancito la immediata operatività precettiva dell'articolo 113 della Costituzione nel nostro ordinamento.

All'analisi di queste sentenze saranno dedicate le pagine del paragrafo che segue.

(33) Si vedano le argomentazioni di eguale tenore critico di C. ESPOSITTO, *Sulla tutela giurisdizionale condizionata ai tempestivi ricorsi amministrativi*, in *Giur. cost.*, 1963, 839 e s.; ID., *Onere del previo ricorso amministrativo e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 1964, 589 e s.

5. La presenza in capo al destinatario di un atto della pubblica amministrazione di un diritto soggettivo, o di un interesse legittimo, determina la possibilità di rivolgersi ad un giudice ogni qualvolta l'interessato ritenga di essere stato leso nel proprio diritto, o interesse legittimo, per causa di un provvedimento, o di un comportamento, della pubblica amministrazione.

L'articolo 113 della Costituzione istituisce tale relazione fra lesione delle posizioni soggettive e tutela giurisdizionale.

« Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi... » (comma 1, art. 113).

L'immancabilità della tutela giurisdizionale per tali posizioni soggettive si evince nel dettato dei comma 1 e 2 dell'articolo 113 cit.: « è sempre ammessa la tutela giurisdizionale » (comma 1); « Tale tutela non può essere esclusa o limitata... » (comma 2).

Le sentenze della Corte costituzionale hanno offerto interpretazioni che vanno ben oltre rispetto a quanto è possibile desumere dall'immediato tenore letterale dell'articolo citato.

Anzitutto la Corte ha ritenuto che la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione sia garantita agli interessati senza che il legislatore debba prevederla, in via esplicita o implicita, la possibilità con disposizioni particolari (34).

L'articolo 113 della Costituzione esplica in tal senso una immediata efficacia precettiva in ogni ambito dell'ordinamento giuridico, svolge, in altri termini, la funzione di norma di chiusura che sancisce la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione per l'intero ordinamento giuridico.

L'articolo 113 della Costituzione diviene così richiamo normativo sufficiente per consentire di invocare un giudice a tutela degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi lesi da un atto dell'amministrazione pubblica.

Le disposizioni di legge ordinaria sono rilevanti per ciò che esse esprimono di ulteriore sulle diverse modalità consentite dal-

(34) Corte cost., n. 65/1972 (*Diritti d'autore S.I.A.E.*) la determinazione delle tariffe è soggetto al sindacato giurisdizionale secondo le normali regole di riparto: interessi legittimi-diritti soggettivi; Id., n. 15/1964 (*Tributi locali su asportazione acque minerali*); Id., n. 93/1963 (*stessa materia*) sanciscono la sindacabilità degli atti da parte del giudice, non importa poi se per violazione di legge o eccesso di potere, ma su ciò si veda *infra* nel testo.

l'articolo 113 di tutela giurisdizionale, in altri termini sulle diverse opzioni lasciate dal dettato costituzionale alle scelte del legislatore ordinario.

In secondo luogo la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di legge che imponevano il divieto di tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'amministrazione per contrasto con i commi 1 e 2 dell'articolo 113 e talvolta per l'ulteriore violazione dell'articolo 24, comma 1 della Costituzione (35).

La prima affermazione in ordine alla immediata operatività nell'ordinamento dei precetti posti dall'articolo 113 della Costituzione è presentata dalla Corte sotto forma di dichiarazione di infondatezza della questione di costituzionalità, poiché una interpretazione adeguatrice al dettato costituzionale importa la generale applicazione degli articoli 2 della l. 2 marzo 1865 n. 2248 all. F, 26 r.d. 26 giugno 1924 n. 1054, 2 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, o di altre disposizioni che prevedono la giurisdizione dei giudici speciali.

L'articolo 113 della Costituzione garantisce, contro gli atti della pubblica amministrazione, un giudice; gli articoli da ultimo citati determinano quale giurisdizione l'ordinamento ha ritenuto preferibile accordare al cittadino fra le tre possibili alternative: giurisdizione speciale, giurisdizione amministrativa, o giurisdizione ordinaria, di cui le ultime due sono configurate dallo stesso ordinamento costituzionale come giurisdizioni generali e normali rispettivamente degli interessi legittimi (art. 103, comma 1) e dei diritti soggettivi, o più precisamente per quest'ultimo di qualsiasi altra sfera di giurisdizione non già attribuita ad altro giudice, essendo il giudice ordinario considerato il soggetto attributario di funzione giurisdizionale senza specificazione alcuna (art. 102, comma 1).

La stessa Costituzione offre dunque le norme sufficienti a definire il riparto di giurisdizione nell'ipotetico caso di inapplicabilità delle disposizioni stabilite dal legislatore ordinario, in guisa tale da offrire un sistema di giustizia verso gli atti della pubblica ammini-

(35) Corte cost., n. 141/1969 (*Imposte di consumo potere della P.A. di ammissione all'oblazione*) che reputa la negazione di ogni gravame sancito dalla legge inconstituzionale ove ne ricomprende il divieto di adire le vie giurisdizionali; Id., n. 35/1964 (*Espropiaz. per p.u.; stima valore dei beni*) rigetta la questione poiché la stima determinata dalla pubblica amministrazione è contestabile in sede giurisdizionale in forza dei normali poteri istruttori attribuiti al giudice (consulenza tecnica) escludendosi così la negazione del controllo giurisdizionale in ordine alla stessa. Ancora si vedano i riferimenti citati in nota che segue.

strazione in sé completo ed essenziale, ove si prescinda dalla determinazione dei requisiti di validità dell'atto amministrativo che più propriamente attengono ai profili sostanziali della disciplina degli atti della pubblica amministrazione.

La Costituzione, ma ancor prima la pacifica generale applicabilità delle norme poste dal legislatore ordinario sul riparto di giurisdizione, hanno consentito alla Corte di dichiarare l'immediata operatività dell'articolo 113 della Costituzione nell'intero ordinamento giuridico, con declaratorie di incostituzionalità (36) che hanno negato al legislatore la possibilità di sancire franchigie per l'operato della pubblica amministrazione in settori che in via normale sono soggetti al sindacato giurisdizionale (diritti soggettivi-interessi legittimi) (37).

Il quadro costituzionale sulla sindacabilità giurisdizionale degli atti della pubblica amministrazione è integrato nelle sentenze della Corte con specifico riferimento ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo. Dei tre vizi di legittimità dell'atto amministrativo solamente due di essi consentono un sindacato sui contenuti d'esercizio dei poteri dell'autorità.

La violazione di legge e l'eccesso di potere determinano, seppur in diversa guisa, quali contenuti dell'atto siano legittimo esercizio di un potere dell'autorità; la distinzione fra le due ipotesi emerge dalla natura delle norme che pongono i requisiti di validità dell'atto provvedimentoale.

(36) Corte cost., n. 135/1963 (*Esecuzione forzata su beni di Stati esteri, autorizzazione ministeriale*) che dichiara l'incostituzionalità del divieto di ricorsi giurisdizionali avverso il decreto ministeriale sulla « reciprocità », nonché avverso quello che rifiuta l'autorizzazione a procedere sui beni; Id., n. 1/1959 (*Violazioni in materia valutaria e scambi con l'estero*) che accoglie la questione posta sul divieto di ricorso giurisdizionale contro l'atto di accertamento delle violazioni e conseguente atto di irrogazione delle sanzioni, ritiene invece conforme a Costituzione il divieto imposto dalla legge di esperire il ricorso in sede amministrativa; infine si veda la n. 40/1958 (*Decisioni Ministro in materia doganale*) cit. *infra* a nota 41.

(37) Un'unica sentenza della Corte, la n. 98/1965 (*Trattato istitutivo della C.E.C.A.*) pare delimitare l'efficacia dell'art. 113 ai soli casi di giurisdizioni attribuite a giudici dell'ordinamento italiano, anche se le limitazioni siano poste in trattati recepiti con leggi statali. In essa si respinge la questione proposta su disposizioni che ammettono i ricorsi alla Corte di Giustizia solo per vizi di sviamento di potere. La decisione non è tuttavia priva di zone d'ombra tali da impedire ogni affrettata conclusione in punto.

Con le *norme scritte* di legge o regolamento sono determinate in via generale e astratta (*ex ante*) le scelte che la pubblica amministrazione potrà legittimamente operare con i singoli provvedimenti così restringendo, sino all'ipotesi dell'attività vincolata, la sfera attribuita alle scelte discrezionali della pubblica amministrazione (merito) (38).

Il vizio di eccesso di potere opera invece come tipica norma di *jus non scriptum* in forza di pochi elementi (fine di interesse pubblico e talvolta altri parametri coordinati al primo, di cui gli esempi principali sono la individuazione, sotto diverse forme, di interessi secondari) indicati in norme scritte o comunque desunti dall'ordinamento, come sindacato *ex post* sul legittimo esercizio del potere.

In tal senso può dirsi che il vizio di eccesso di potere circoscrive la sfera delle scelte discrezionali attribuita dall'ordinamento (merito) alla pubblica amministrazione, impedendo comunque che l'esercizio dei poteri pubblici trasmodi in ciò che da tempo si è indicato come « arbitrio ». Tale vizio tuttavia delimita, per così dire, dall'esterno il merito dell'azione amministrativa, ma non riesce a penetrare oltre, non riesce cioè a trasformare le scelte discrezionali dell'amministrazione (merito) in attività vincolate, essendo tale prerogativa propria delle sole norme scritte.

La violazione di legge inoltre è deducibile come vizio dell'atto solo ove il legislatore, o la pubblica amministrazione, abbiano posto le norme generali e astratte sul corretto esercizio del potere, al contrario il vizio di eccesso di potere che parrebbe operare comunque come vizio di legittimità dell'atto anche se occorre riconoscere che una copiosa normazione scritta, sul corretto esercizio del potere, potrebbe relegarlo ai margini dell'interesse sul sindacato di legittimità dell'atto (39).

(38) Si confronti: E. CASSETTA, *Atto e attività amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 320 e s., 332 e s.

(39) Il punto di limite è dato dalla attività vincolata, in cui pare difficile ritrovare il vizio di eccesso di potere. In dottrina: A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 e s.; recenti gli scritti di: G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3165 e s. e di P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, 585 e s.

L'immediata operatività nell'ordinamento dell'articolo 113 della Costituzione è così garantita in assenza di disposizioni di legge, o di regolamento, dal non eludibile sindacato giurisdizionale per eccesso di potere (40).

In tal senso la Corte costituzionale è pervenuta a ritenere che l'operatività del vizio di eccesso di potere sia nel nostro ordinamento condizione minima per consentire la conformità al sistema costituzionale del sindacato giurisdizionale (del giudice amministrativo) sulla legittimità degli atti della pubblica amministrazione.

In un caso tuttavia la Corte costituzionale pare essersi sospinta oltre dichiarando l'incostituzionalità del comma 2 dell'articolo 26 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (t.u. leggi Consiglio di Stato in sede giurisdizionale), poiché in esso si precludeva la proposizione di ricorsi giurisdizionali per motivi diversi da incompetenza, o eccesso di potere (41).

La sentenza, dichiarando incostituzionale il divieto di impugnare l'atto amministrativo per vizi di violazione di legge, parrebbe negare la sufficienza del solo sindacato giurisdizionale per il vizio di eccesso di potere.

In verità vi è differenza fra l'ultima ipotesi presentata e le precedenti, sì da consentire il superamento della apparente contraddizione fra i pronunciati della Corte costituzionale.

La declaratoria di incostituzionalità sul comma 2 dell'articolo 26 citato attiene ad un divieto espresso del legislatore di impugnare un atto amministrativo per violazione di legge, ove negli altri casi tale possibilità era già stata preventivamente esclusa dalla disciplina sostanziale dell'atto amministrativo, che non contemplava alcuna norma scritta utile alla individuazione di vizi di violazione di legge.

(40) Corte cost., n. 143/1972 (*Concorsi a cattedra, composizione delle terne*) e la n. 41/1971 (*Mestieri girovaghi, iscrizione al registro ex art. 121 t.u.l.p.s.*) che respingono la questione di costituzionalità pur in assenza di criteri *ex ante* di disciplina dell'esercizio del potere; Id., n. 141/1969 (*Imposte di consumo, potere di ammissione all'oblazione*) cit.; Id., n. 83/1966 (*Intendente di finanza, stima immobili pignorati, determinazione prezzo base*) entrambe presuppongono l'operatività del vizio di eccesso di potere, la prima accogliendo, la seconda respingendo una questione di costituzionalità; vi accenna altresì la n. 15/1964, (*tributi su acque minerali*), cit.

(41) Corte cost., n. 40/1958 (*Decisioni del Ministro in materia doganale*) è l'unica sentenza che fonda solamente sul II comma dell'art. 113 cost. la declaratoria di incostituzionalità.

La precisazione consente di affermare che il legislatore è sempre libero sul piano sostanziale di apporre norme scritte per un corretto esercizio del potere, oppure di rilasciare allo *jus non scriptum* la disciplina d'esercizio del contenuto dei poteri dell'amministrazione con sola operatività del vizio di eccesso di potere, sempreché, ma questo è riscontro ulteriore, nell'uno e nell'altro caso le norme scritte o non scritte consentano una effettiva sindacabilità giurisdizionale sull'esercizio dei poteri della pubblica amministrazione (42).

Fatta la scelta sul piano sostanziale non è più possibile per il legislatore precludere la proposizione di ricorsi giurisdizionali per determinati vizi, siano essi l'eccesso di potere, l'incompetenza, o la violazione di legge, senza porsi in contrasto con il comma 2 dell'articolo 113 della Costituzione.

Tuttavia il vizio di eccesso di potere proprio perché scaturisce da norme di *jus non scriptum* diviene, salvo leggi di sanatoria, indisponibile al legislatore sullo stesso piano sostanziale della disciplina d'esercizio dei poteri dell'autorità. Se norme scritte non sono state poste opereranno comunque le norme non scritte (43).

L'articolo 113 della Costituzione impedisce al legislatore di limitare la tutela giurisdizionale con riferimento a qualsiasi vizio di legittimità dell'atto, ma lascia definire al legislatore, in sede di disciplina sostanziale dei rapporti giuridici, il regime di validità degli atti amministrativi in ragione della particolarità dei rapporti che si vuole regolare e degli interessi pubblici che si vuole perseguire.

Ove il legislatore voglia regolare i rapporti una volta per tutte (in via generale) ed anteriormente ai singoli casi (in via astratta) disporrà norme scritte di esercizio del potere utili a definire *ex ante* i requisiti di validità dell'atto.

(42) Sia nel caso di norme scritte sia di norme non scritte possono sussistere definizioni così generiche da vanificare il sindacato giurisdizionale di legittimità, sì da richiedere al legislatore di circoscrivere più congruamente la disciplina d'esercizio dei poteri dell'autorità; si confronti: P. VIRGA, *Eccesso di potere...*, cit., 587 e s.,

(43) Paradigmatica è l'affermazione di parte motiva della sentenza della Corte cost., n. 143/1972 (*Concorsi a cattedra...*) cit.: « Il buon andamento dell'amministrazione universitaria esige che sia valutata l'opera scientifica del candidato ad una cattedra per quella che è, e non è prevedibile *a priori* quale essa possa essere, così da predisporre criteri ai quali raffrontarla ». Ancora: « la comparazione... debba avvenire soltanto raffrontando il merito intrinseco della attività svolta dai candidati, attraverso una valutazione che non può attingere a regole fisse ».

Al contrario la necessità di valutare volta per volta ed in relazione alle singole ipotesi concrete la migliore disciplina di un corretto esercizio del potere, indurrà il legislatore a lasciare (44) al solo *jus non scriptum* (cioè l'eccesso di potere, per ciò che attiene alla legittimità) i requisiti di validità dell'atto, cioè alle *legittime* ponderazioni che l'amministrazione riterrà più opportune (45).

Dunque sia il vizio di eccesso di potere come risultato di una norma minima per la sindacabilità dell'esercizio dei poteri dell'autorità, sia la possibilità di dedurre qualsiasi vizio dell'atto amministrativo desumibile dalla disciplina dei rapporti sostanziali voluta dal legislatore, concorrono a fondare le condizioni di costituzionalità imprescindibili per consentire l'attuazione della tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione avanti al giudice della legittimità (46).

È possibile ora tentare di riassumere le conclusioni a cui l'analisi delle sentenze della Corte costituzionale ha consentito di pervenire in ordine al contenuto della tutela giurisdizionale garantito dall'articolo 113 della Costituzione avanti al giudice amministrativo, senza più considerare, come si è invece avuto modo di rilevare nei paragrafi che precedono, che alcuni aspetti di essa sono già stati posti dalla Corte su basi tali da poter essere accolti come contenuti di una tutela giurisdizionale avanti al giudice ordinario, o al giudice speciale.

Il potere di chiedere l'annullamento dell'atto amministrativo e l'emanazione di provvedimenti cautelari, la possibilità di denunciare ogni vizio di legittimità dell'atto amministrativo secondo la disci-

(44) L'unico limite è che in concreto sia possibile, in forza della semplice indicazione del fine di interesse pubblico, una idonea sindacabilità dell'atto; ma su ciò si veda la nota 42 *supra*.

(45) Si confronti: M. CLARICH, *La giustizia amministrativa nell'opera di Enzo Capaccioli: un tentativo di ricostruzione sistematica*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 474.

(46) La Corte costituzionale, soprattutto di recente, ha ritenuto di riconoscere uno spazio demandato al libero apprezzamento del legislatore: Corte cost., n. 178/1987 (*Destinazione di diritto a seguito di condanna penale*) che ha rigettato la questione posta sulla legge che impone la destituzione di diritto dall'impiego pubblico prescindendo da ogni valutazione caso per caso in un procedimento disciplinare; sentenza che conferma la precedente n. 270/1986 (*stessa materia*); ancora: Id., n. 170/1986 (*Enfiteusi...*) cit., in ordine alla diversa qualificazione come presupposti processuali o condizioni dell'azione che ha ritenuto attribuito al libero apprezzamento del legislatore.

plina sostanziale approntata dal legislatore per la validità dell'atto, nonché la libertà di sottoporre direttamente ad un giudice le proprie doglianze contro gli atti della pubblica amministrazione, paiono i contenuti minimi della tutela giurisdizionale che la Costituzione vuole accordare a « tutti » (articolo 24, comma 1) avanti al giudice della legittimità sugli atti della pubblica amministrazione.

La conclusione a cui si è pervenuti non discende direttamente dalla sola interpretazione degli enunciati posti nei tre commi dell'articolo 113, ma altresì da quanto non può essere ragionevolmente sottratto dalla tutela avanti al giudice una volta che determinate scelte siano state fatte dal legislatore costituzionale e ordinario.

Insieme all'articolo 113 della Costituzione ha concorso dunque a fondare i contenuti della tutela giurisdizionale contro i provvedimenti della pubblica amministrazione il *principio di ragionevolezza* così come da tempo è stato elaborato sulla base degli enunciati posti all'articolo 3 della Costituzione (47).

Alla regola così ritrovata si possono contrapporre quelle che la Corte stessa ha definito *ragionevoli* eccezioni ad un sistema di giustizia generalmente accolto.

Le ragionevoli eccezioni (art. 3 Cost.), cioè le deroghe alla regola generale, sono consentite solo in presenza di interessi considerati dalla Costituzione stessa meritevoli di tutela e nei limiti di una loro ritenuta prevalenza rispetto al valore, in via generale indiscusso, che contro gli atti della pubblica amministrazione sia « sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa ».

6. Questo il quadro interpretativo che era possibile evincere dalle sentenze della Corte costituzionale intorno al significato dell'articolo 113 della Costituzione (48) prima che venisse emanata la citata sentenza 3 aprile 1987, n. 100.

(47) Sul principio di ragionevolezza si veda, oltre ai riferimenti di nota 13, la tripartizione a cui fa cenno il Presidente della Corte costituzionale F. Saja, *La giustizia costituzionale nel 1987*, in *Foro it.*, 1988, V, 128, fra principio di eguaglianza in senso formale, in senso sostanziale e intrinseca ragionevolezza di una norma.

(48) A cui si deve aggiungere alcune sentenze che sanciscono la infondatezza della pretesa violazione dell'art. 113 da parte di leggi provvedimento. Le si veda citate nel paragrafo che segue a nota 61.

Il particolare oggetto della sentenza n. 100/87 infatti ripropone all'analisi una difficile distinzione fra ciò che la Costituzione ha voluto garantire sul piano della disciplina sostanziale dei rapporti fra amministrazione e altri soggetti dell'ordinamento giuridico e quanto la stessa ha voluto attuato con la tutela giurisdizionale (49).

In entrambi i casi si tratta di limiti posti al legislatore che voglia dettare la disciplina per un determinato settore dell'ordinamento giuridico, ma diversi sono il significato e gli effetti giuridici che conseguono dall'una e dall'altra ipotesi normativa.

Della tutela giurisdizionale offerta dall'articolo 113 della Costituzione si è già trattato, occorre ora procedere ad analizzare i rapporti che sussistono con le disposizioni della Costituzione che sanciscono le riserve relative di legge ed ancor prima quali vincoli vengono ad imporre quest'ultime al legislatore ordinario.

Riserva di legge relativa significa disciplina sostanziale minima che il legislatore deve stabilire affinché un potere della pubblica amministrazione esista e di esso se ne faccia un corretto uso nel nostro ordinamento.

Più precisamente la riserva di legge relativa impone che il legislatore predetermini, con riguardo ai poteri pubblici dell'amministrazione, il soggetto attivo, il contenuto della prestazione imposta (o oggetto del potere) e i soggetti passivi, affinché un dato potere dell'amministrazione esista nei confronti dei diritti soggettivi degli amministrati (50).

In altre parole la Costituzione con le riserve di legge impone che a fronte di diritti soggettivi la legge e solo la legge, con la defi-

(49) La questione ha invece richiamato l'attenzione della dottrina già da tempo; per tutti si vedano gli autori citati alla nota 53 che segue. In questo paragrafo nelle pagine che seguono (nota 55) sono indicati i casi in cui la Corte ha dichiarato infondate le questioni di violazione dell'art. 113 poiché involgenti questioni di disciplina sostanziale del rapporto giuridico con l'amministrazione; tali casi tuttavia non sono mai assurti a ipotesi di limite come nella sentenza n. 100/87, cit.

(50) Lo affermano in varia guisa: Corte cost. n. 144/1972; 56/1972; 52/1967; 55/1963; 4/1962; 12/1960; A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio sulla riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 1969, 167 per la necessità di una predeterminazione legislativa dell'oggetto potere; A. FEDELE, *Rapporti civili*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca (art. 23), Bologna-Roma, Zanichelli - Foro italiano, 1978, 99-105, ed ivi riferimenti spec. nt. 16 e s.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, 153 e s.

nizione dei tre elementi indicati, possa aprire nell'ordinamento lo spazio giuridico necessario all'esistenza di un potere dell'autorità. È ciò che viene comunemente definita « necessità di una *interpositio legislatoris* ».

La riserva di legge relativa impone altresì sotto altro profilo che vengano indicati, non importa ora stabilire se sempre in legge o in via di eccezione anche in altre norme, i « parametri idonei » a consentire la verifica del corretto esercizio da parte dell'amministrazione del potere ad essa attribuito dalla legge.

« Parametri idonei » che potranno essere stabiliti dal legislatore, come già si è avuto modo di riferire, in modalità generali e astratte di esercizio del potere (norme sul procedimento) con conseguente determinazione del vizio di violazione di legge, ovvero con semplice indicazione del fine e di altri elementi (51) utili a consentire in concreto e *ex post* il sindacato di legittimità dell'atto (52).

Definizione in legge di elementi essenziali affinché un potere della pubblica amministrazione possa dirsi esistente nel nostro ordinamento, parametri idonei a consentire la sindacabilità di esercizio del potere stesso, sono i requisiti minimi che la Corte costituzionale ha ritenuto sufficienti per soddisfare le riserve relative di legge. Enunciati minimi di una disciplina sostanziale dei poteri della pubblica amministrazione che la Costituzione vuole per il nostro ordinamento anteriormente ed indipendentemente dall'eventualità di un sindacato giurisdizionale.

È altresì esatto tuttavia ritenere che avanti al giudice la disciplina sostanziale sia strumento essenziale di giustiziabilità dell'atto, in questo come in ogni altro settore del diritto obiettivo.

Talvolta è invece possibile ritrovare accorpati più o meno indistintamente concetti quali: « azionabilità » delle pretese contro gli atti della pubblica amministrazione, « sindacabilità » degli stessi, riserve relative di legge; forse perché esse sono tutte nozioni utili

(51) Così: Corte cost., n. 301/1983; 201/1975; 127/1963; 39/1963; ma non mancano contraddizioni con altri pronunciamenti che solo una analisi di più ampio respiro consente di superare. G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1984, 56, ritiene alternativamente soddisfattiva della riserva di legge relativa, l'indicazione di direttive o del fine di interesse pubblico; tesi che trova ampia conferma in una nostra analisi delle sentenze della Corte costituzionale in materia.

(52) Così Corte cost., n. 103/1957 in materia di prezzi imposti dal C.I.P., in relazione all'art. 41 cost.

alla comprensione di un concetto assai lato quale quello di principio di legalità dell'azione amministrativa (53).

Purtuttavia alcune differenze di rilievo ci sono e valgono a caratterizzare autonomamente i diversi enunciati.

L'*azionabilità* sta normalmente ad indicare il potere di un soggetto di agire in giudizio, cioè di far valere le proprie doglianze avanti ad un giudice, che l'articolo 24 comma 1 della Costituzione riconosce a tutti per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi (54).

La *sindacabilità* sta ad indicare letteralmente la caratteristica dell'atto amministrativo di essere oggetto del sindacato di un organo diverso da quello che ha emanato l'atto, ovvero mediatamente il potere di un organo di sindacare l'atto amministrativo.

In tale ultimo senso se ci si vuole riferire al potere attribuito al giudice di sindacare gli atti amministrativi, appare più preciso parlare di garanzia della tutela giurisdizionale, o più direttamente di *riserva di giurisdizione* nei confronti degli atti della pubblica amministrazione nel senso che si verrà fra poco a precisare.

Le *riserve di legge relative* attengono invece, come si è avuto modo di indicare, alla disciplina sostanziale dei rapporti giuridici e in nulla possono essere confuse con la *azionabilità* e la *riserva di giurisdizione* sancite in altri articoli della Costituzione (24, 102, 103 e 113).

La Corte costituzionale ha infatti più volte rilevato la distinzione respingendo le questioni proposte in ordine all'articolo 113

(53) Recenti sul principio di legalità: G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale...*, cit., 49 e s.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982; nonché: S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1378 e s.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, Cedam, 1969. Contrasto vi è stato fra due autori che fondano entrambi il principio di legalità su norme che riguardano la tutela giurisdizionale: L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, Cedam, 1966, 151 e specialm. 153, che lo fonda sull'art. 113 cost.; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 679 e s., che lo fonda sull'art. 101 comma II cost. («I giudici sono soggetti soltanto alla legge»). Entrambi ribadiscono dunque il fondamento mediato, o presupposto del principio.

(54) M. S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo* dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, 165, ove ne sottolinea l'autonomo significato.

della Costituzione perché rivolte a contestare profili di disciplina sostanziale del rapporto giuridico (55).

La sentenza n. 100 del 1987 della Corte costituzionale si inserisce in tale ordine di pronunciati, ma si evidenzia come caso di limite fra i due campi di intervento del legislatore.

In essa infatti paiono emergere con forza quelle inevitabili connessioni che sussistono fra garanzie della tutela giurisdizionale e disciplina sostanziale del provvedimento amministrativo, connessioni che non possono non essere riconosciute anche in sede di analisi teorica, senza per questo tuttavia pervenire a confondere i rispettivi ambiti concettuali.

La garanzia della tutela giurisdizionale presuppone la disciplina sostanziale dei rapporti fra i soggetti che diverranno parti nel processo, la presuppone necessariamente per la struttura del nostro ordinamento fondato in via preferenziale sulla legge, sul principio di legalità, ma non si esaurisce in essa.

Le riserve di legge imposte dalla Costituzione statuiscono sul modo e sui contenuti minimi della disciplina sostanziale dei poteri dell'autorità, confermando in taluni aspetti il contenuto della tutela giurisdizionale posta all'articolo 113 della Costituzione, ma non si concludono in essa.

Se il legislatore vieta la deduzione di un vizio di legittimità avanti al giudice conoscibile secondo la disciplina sostanziale per esso predisposta in via generale ed astratta, si viola la garanzia della tutela giurisdizionale posta all'articolo 113 della Costituzione.

Ove invece un atto dell'autorità non trovi nell'ordinamento norme sufficienti a delimitare il corretto esercizio del potere ne consegue che le norme di legge, attributive di tale potere, possono essere favorevolmente impugnate per violazione delle disposizioni costituzionali che impongono le riserve relative di legge.

(55) Le sentenze che seguono non involgono tuttavia direttamente la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: Corte cost., n. 13/1971 (*Esec. fiscale sui beni di terzi in casa dell'esecutato*); Id., n. 129/1968 (*stessa materia su beni dei prossimi congiunti*) che rigettano poiché sono limiti che attengono al diritto di proprietà; ancora sulla stessa materia si vedano: la n. 4/1973, la n. 42/1964, la n. 93/1964. Infine la n. 268/1987 (*F.F.S.S., privatizzazione del rapporto di impiego*) che ha eluso inoltre la questione principale di diritto sostanziale che le era stata sottoposta, ma su ciò si vedano le osservazioni di A. ROMANO in *Foro it.*, 1987, I, 2597. Ancora la Corte cost., n. 100/1987, qui commentata in ordine alla sanatoria, ma su ciò infra le conclusioni del testo.

Da entrambe le discipline è possibile evincere che il legislatore è libero, nei limiti indicati dalle riserve di legge, di sancire la disciplina sostanziale che ritiene più idonea per i singoli atti d'autorità; la riserva di giurisdizione impedisce al legislatore di precludere la tutela garantita avanti ad un giudice ed in particolare la deduzione di qualsiasi vizio dell'atto secondo la sua disciplina sostanziale.

7. Definiti i contenuti della tutela giurisdizionale che l'articolo 113 della Costituzione vuole per il nostro ordinamento, verificatane l'autonomia concettuale rispetto ad altre garanzie poste dalla massima fonte dell'ordinamento giuridico, diviene ora necessario tentare di collocare tale tutela giurisdizionale nel quadro di insieme delle tre tradizionali funzioni dello Stato.

Il rapporto fra la legge, l'amministrazione e la giurisdizione è di solito studiato per singole accoppiate e secondo temi considerati assorbenti di ogni argomentare in punto.

Il rapporto legge-amministrazione ha sempre avuto le maggiori attenzioni con rilevanza quasi esclusiva delle questioni che comunemente sono ricomprese sotto la denominazione « principio di legalità ».

Il rapporto legge-giurisdizione non ha riscontrato negli studi di diritto amministrativo e costituzionale, eguale fortuna; di norma è stato analizzato in chiusura delle trattazioni sul rapporto legge-amministrazione e come sua semplice conseguenza.

La legge come garanzia sostanziale dei poteri dell'amministrazione (« La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere », art. 70 Cost.); la legge come determinazione di canoni generali e astratti ed offerti ai giudici per il sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi (« I giudici sono soggetti soltanto alla legge », art. 101, comma 2, Cost.).

La relazione nei due casi non è simmetrica; con il primo enunciato si pone in rapporto la legge con l'attività amministrativa (autoritativa), con il secondo il rapporto si instaura su tre poli: legge, attività amministrativa, attività giurisdizionale (giudici).

La relazione legge-giurisdizione presuppone necessariamente atti di esercizio della funzione amministrativa, più in generale non può prescindere da un rapporto con l'amministrazione; al contrario la relazione legge-attività amministrativa che trova un proprio mo-

mento autonomo di analisi sul piano sostanziale che può prescindere dall'esercizio della funzione giurisdizionale.

In altra direzione di ricerca è possibile richiamare una diversa relazione fra le tre funzioni proprie dello 'Stato di diritto'.

Una relazione può essere concepita anche come esclusione, in quanto ove è ben presente una delle attività non può convenientemente esservi, con pari rilievo, l'altra. È ciò che nel rapporto fra organi viene comunemente chiamata 'competenza'.

In tal guisa il rapporto legge, amministrazione, giurisdizione, si converte in riserva di legge, riserva di amministrazione, riserva di giurisdizione.

Correttamente intesi ed ove si considerino esistenti, i tre concetti di riserva valgono esclusione degli atti propri delle due restanti funzioni: riserva dunque a quella e quella sola funzione, sia essa di legge, di giurisdizione, d'amministrazione.

Per quanto si è sopra detto tuttavia la riserva di giurisdizione presuppone normalmente l'esercizio delle altre funzioni, cioè: che un rapporto sia definito in via generale ed astratta, che il rapporto sia in concreto instaurato con l'amministrazione.

Caratteristica normale di tutte le riserve in questione è quella di giovare del principio di gerarchia; l'atto che definisce le rispettive sfere di competenza appartiene ad un livello gerarchico, nell'ordine delle fonti del diritto, superiore a quello a cui appartengono gli atti di cui si vuole definire la sfera d'azione.

L'inderogabilità delle competenze trova dunque forza nel principio di gerarchia pur rimanendo caratterizzato come « principio di specialità o competenza » (56).

La « riserva di legge » impone (57) che essa sia definita in Costituzione, nella nostra Costituzione (rigida); non così parrebbe ove si voglia tutelare la sola sfera attribuita alla funzione amministrativa, ovvero alla funzione giurisdizione, nei loro reciproci rap-

(56) Per i rapporti fra i principî che regolano le fonti del diritto: G. TARRELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Commentario Cicu-Messineo*, Milano, Giuffrè, 1980, 151 e s.

(57) Per una elaborazione in costituzione a struttura flessibile: C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, Cedam, 1934; si confronti in punto l'opinione di F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Mem. Ist. Giur. di Torino, serie II, XLVII, Torino, Giappichelli, 1940, 51, e nt. 14 e 16.

porti di esclusione, essendo sia l'atto amministrativo, sia la sentenza soggetti alla legge (ordinaria).

Ridiviene necessaria nell'attuale nostro ordinamento una disposizione costituzionale per ogni riserva, sia essa d'amministrazione, di giurisdizione, o di legge, che voglia escludere, o più generalmente imporsi, anche alla legge dello Stato.

La Costituzione diviene così, nell'attuale ordinamento (58), fonte necessaria di ogni attribuzione di competenza che voglia resistere ad ogni altra funzione dello Stato (riserva).

La Costituzione è ben noto offre molteplici esempi di riserve di legge (artt. 13 e seguenti; 40 e seguenti), al contrario per la riserva d'amministrazione che la dottrina ha quasi unanimemente negato sia accolta dal nostro ordinamento positivo (59).

Si ritiene infatti che il principio di « preferenza » della legge, la sua stessa definizione come atto a competenza generale, impedisca, quanto meno per le leggi dello Stato, ogni resistenza dell'amministrazione alle ingerenze del potere legislativo.

L'applicazione di quanto asserito è verificata nella generale ammissibilità nel nostro ordinamento di leggi provvedimento (60).

La forma legislativa attribuita ad atti provvedimentali non rimane senza conseguenze giuridiche di rilievo (forza di legge, o efficacia (61), ma persiste la considerazione della possibilità, alquanto

(58) Il fatto nuovo dell'ordinamento repubblicano sta nell'aver definito in Costituzione (rigida) la legge, la sua forza, il suo procedimento (Parla di indisponibilità della forza di legge per lo stesso legislatore: G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale...* cit., 5, 211-212). Da tale scelta ne consegue che tutte le funzioni debbono trovare protezione nella massima fonte scritta dell'ordinamento per poter trovare sancita una riserva.

(59) A favore di una riserva di amministrazione: M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della P.A.*, Milano, Giuffrè, 1966, 172, che pare fondarla sull'art. 97 Costituzione.

(60) In dottrina: C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1968, 105-110; S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1397 e nt. 120, 136; F. SALVIA, *Leggi provvedimento e autonomia regionale*, Padova, Cedam, 1977.

(61) SANTI ROMANO, *Osservazioni sull'efficacia della legge*, in *Riv. ital. per le scienze giur.*, Nuova serie, vol. I, 1947, 64 e s., poi in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, I, 397 e s., in particolare si vedano le pagg. 401, 403 e 405, per i riferimenti alla «suprema potestà legislativa», alla differenza fra «effetti» ed «efficacia», alla diversa «efficacia sostanziale» che intercorre fra atti legislativi e non legislativi.

Talune sentenze della Corte costituzionale (n. 60/1957 - *Riforma fon-*

evidente nel nostro ordinamento, di leggi statali con contenuti d'amministrazione (62).

Non interessa qui analizzare l'altro corno del problema relativo alla tutela della funzione amministrativa nei confronti della funzione giurisdizionale, tutela posta in disposizioni di legge ordinaria e meglio nota come « difetto assoluto di giurisdizione » (63).

L'attenzione vuole essere rivolta, in conformità al tema prescelto, alla riserva di giurisdizione, tema che è stato oggetto di studio soprattutto da parte della dottrina processuale civile (64) quale

diaria; decreto di espropriazione, nonché le n. 63, 64, 65, 70, 78/1957 e la n. 41/1959) hanno respinto la questione di costituzionalità proposta sui decreti legislativi di esproprio poiché la paventata elusione dell'art. 113 Cost. non sussiste se si consideri la circostanza che tali decreti si distinguono dai normali decreti di esproprio per pubblica utilità per motivi che non sono unicamente formali. Con essi sono ben diversi i margini di discrezionalità che acquisisce la pubblica amministrazione rispetto a quanto è ad essa attribuito dalla legge con le norme per l'esproprio di pubblica utilità. La forza di legge consente alla pubblica amministrazione di intervenire direttamente sulla conformazione del diritto di proprietà definito in via generale ed astratta dal legislatore.

(62) A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, 203 e s.

(63) Tema su cui non dovrebbe tardare un risveglio di interesse con particolare riferimento ai rapporti con il giudice penale di cui recenti vicende referendarie hanno evidenziato le tensioni; sul punto si vedano gli *Atti del Convegno « Giustizia e pubblica amministrazione »*, Torino (5-6 dicembre 1986, Palazzo Lascaris) a cura del Consiglio Regionale del Piemonte e dell'Associazione Nazionale Magistrati, Torino, 1987, ed ivi in particolare gli interventi di: C. DAL PIAZ, C. F. GROSSO, M. SINISCALCO; nonché R. BONTEMPI; per diversa opinione: M. CUVA, S. CAMINITI; ancora: M. CAPURSO, *Magistratura e Costituzione*, in *Legittimità, legalità e mutamento costituzionale*, a cura di A. TARANTINO, Milano, Giuffrè, 1980, 9 e s.

Altresì di interesse gli *Atti del « XVIII Congresso Nazionale dei magistrati italiani »* (20-23 giugno 1985, Viareggio), oggi in *Legalità e giustizia*, 1986, fasc. 1-3.

(64) L. MONTESANO, *La funzione giurisdizionale nella repubblica italiana*, in *Temi*, 1967, 246 e s.; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, 7^a ed., 1967, 7 e s.; Id., *La giurisdizione volontaria nell'unità dell'ordinamento*, in *Quaderni dir. proc. civ.*, I, 1969, 3 e s.; E. T. LIEBMAN, *Diritto e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 82 e s. Ne accenna come riserva di sentenza A. M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di A. Segni*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1967, 258; ripresa poi da G. SILVESTRI, voce: *Poteri dello Stato*, dell'*Enc. del dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 702, che la fonda sull'art. 102, nonché 103 e 134 della Costituzione; parla di principio di competenza F. MODUGNO, voce *Poteri (divisione dei)* del *Nss. dig. it.*, vol. XIII, s.d., 487.

aspetto particolare di più ampie trattazioni sul ruolo nel nostro ordinamento della « funzione giurisdizionale » (65).

Il principio della « riserva di giurisdizione » è stato definito da Costantino Mortati con fondamento nell'articolo 102 della Costituzione.

« Nessuna controversia — ritiene l'autore — avente ad oggetto l'interpretazione di norme giuridiche (può) venire sottratta a giudici regolarmente costituiti; non (è) da ammettere nessuna interferenza degli altri poteri nel corso di un giudizio o dopo che la pronuncia sulla controversia sia stata presa ponendola nel nulla, oppure omettendone l'applicazione » (66).

Il fondamento nell'articolo 102 della Costituzione parrebbe limitare la riserva di giurisdizione al solo esercizio di essa da parte del giudice ordinario. Nulla è detto della funzione giurisdizionale attribuita al Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa (67).

La lettera del comma 1 dell'articolo 102 della Costituzione apparentemente contraria ad una riserva di giurisdizione anche per il giudice amministrativo, non riesce insuperabile.

L'articolo 113 della Costituzione sancisce che è « sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa » (comma 1).

Non parla di funzione, ma indubbiamente la presuppone al fine di consentire la « tutela giurisdizionale » contro gli atti della pubblica amministrazione.

(65) Contro il concetto di funzione nella giurisdizione: S. SATTA, voce *Giurisdizione (nozioni generali)* dell'*Enc. del dir.*, vol. XIX, 1970, 218 e s., 223 e s.; ma vi è in Satta l'idea dell'immancabilità del giudizio come « concretamento dell'ordine giuridico » (pag. 224); sul punto è di contraria opinione G. SILVESTRI, voce *Poteri...*, cit., 699.

(66) C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, Cedam, 1976, 1249-1250. Ma sul punto si veda già: SANTI ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1902, ora in: *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, 189 e s.

(67) Non riguardano l'applicazione dell'art. 102 comma 1, ma di interesse sul punto: Corte cost., n. 30/1967 (*Giunte provinciali amministrative, sez. giurisd.*) accoglie per contrasto con l'art. 108 comma II cost.; n. 93/1965 (*Controversie elettorali poteri giurisdizionali dei consigli comunali*) accoglie per eguale motivo; n. 55/1966 (*Consigli di prefettura, giur. speciale contabile*); n. 33/1968 (*Giunta giurisd. amm. Valle d'Aosta*) entrambe di accoglimento per assenza di imparzialità nell'organo.

Per l'articolo 113 infatti diritti ed interessi legittimi debbono avere un giudice, sicché appare conseguente, sul piano logico, che la tutela avanti a questi sia garantita attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale.

L'articolo 113 citato tuttavia non dice che tale esercizio è al giudice riservato, non lo dice anche se non parrebbe eccessivo pensare che lo lasci largamente intendere.

La riserva di giurisdizione nei confronti degli atti della pubblica amministrazione pare invece espressamente posta dal combinato disposto degli articoli 102 e 103 della Costituzione nei loro rispettivi primi commi.

La regola generale è posta dall'articolo 102 nel suo primo comma: « la funzione giurisdizione è esercitata da magistrati ordinari... »; in specie: al « Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa » è attribuita la « giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi » (articolo 103, comma 1).

Per le questioni ivi indicate la funzione giurisdizionale, normalmente riservata al giudice ordinario, muta d'imputazione: al giudice ordinario è sostituito il giudice amministrativo.

La riserva di giurisdizione attribuita in via generale al giudice ordinario per qualsiasi controversia fra i soggetti dell'ordinamento giuridico, siano essi pubblici, siano essi privati, è in via speciale attribuita al Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa.

Il sistema delle scelte costituzionali può dunque essere così ricostruito.

Contro gli atti della pubblica amministrazione è garantita a tutti (articolo 24) la tutela avanti ad un giudice dei propri diritti o interessi legittimi (articolo 113) attraverso l'esercizio di attività giurisdizionale riservata ai soli organi giudiziari, siano essi ordinari (articolo 102), amministrativi (articolo 103), ovvero speciali (VI disp. trans. e finale).

La riserva di giurisdizione garantita dalla Costituzione preclude al legislatore ordinario (forza di legge) ogni diretta ingerenza, o surrogazione, nella funzione giurisdizionale (68).

(68) Il limite posto della riserva di giurisdizione ha in comune molte delle problematiche che sono state analizzate negli studi sulle leggi interpretative.

Se l'assenza di una riserva d'amministrazione consente l'emanazione di leggi provvedimento, la riconosciuta presenza in Costituzione di una riserva di giurisdizione esclude l'emanazione di leggi provvedimento a carattere giurisdizionale (leggi-sentenza, leggi-decreto, leggi-ordinanza).

Resistenza della funzione giurisdizionale verso le ingerenze dirette del legislatore (*rectius*: atti aventi forza di legge), ma altresì verso ogni intervento (mediato) a mezzo degli atti della pubblica amministrazione nella attività che ai soli giudici è riservata, o se si preferisce negli atti che sono esercizio di poteri che solo ai giudici sono riservati: i poteri di esercizio della giurisdizione.

Verso la pubblica amministrazione tuttavia il discorso può apparire più delicato per la presenza di istituti particolari che molto si avvicinano agli atti di esercizio della funzione giurisdizionale del giudice amministrativo.

La « giustizia amministrativa » tradizionalmente ricomprende nelle trattazioni scientifiche i ricorsi amministrativi ' non giurisdizionali '.

La trattazione della riserva di giurisdizione nei confronti degli atti della pubblica amministrazione richiede dunque alcune importanti precisazioni.

Si era detto che i ricorsi alla amministrazione non trovano nella nostra Costituzione garanzia alcuna, essi sono nella disponibilità del legislatore che è libero di ammetterli o negarli come tutela per i destinatari dell'attività amministrativa.

Purtuttavia i dubbi sulla legittimità costituzionale dei ricorsi all'amministrazione sorgono ove li si configuri come giustizia unica, ovvero necessaria, contro gli atti della pubblica amministrazione, in

Da ultimo: R. TARCHI, *Le leggi interpretative come strumento di dialogo (o bisticcio?) fra parlamento e giudici*, in *Foro it.*, 1988, I, 1343, ed ivi alcune ordinanze dei giudici di merito di sollevamento alla Corte costituzionale.

La Corte ha sempre respinto le questioni di costituzionalità fondate unicamente sulla pretesa lesione della funzione giurisdizionale da parte di leggi interpretative (TARCHI, *op. cit.*, 1351 e s.). Possono assumere rilievo le finalità che con lo strumento della legge interpretativa si vogliono perseguire ove siano lesive della sfera attribuita all'esercizio della giurisdizione; da ultimo Corte cost., n. 123/1987 (*Stipendi dei magistrati, estinzione d'ufficio giudizi pendenti*) che accoglie la questione di illegittimità costituzionale. Di infondatezza è la successiva Corte cost., n. 6/1988 (*Medici convenzionati, blocco delle tariffe, interpretazione autentica*), gli articoli di riferimento sono stati indicati nel 101 e 104 comma 1, Cost.

favore di posizioni soggettive per le quali la Costituzione ha voluto garantire un giudice (diritti soggettivi, interessi legittimi).

L'amministrazione può sempre rendere giustizia, ma senza poter elidere la funzione giurisdizionale attribuita dalla Costituzione al giudice ordinario o amministrativo.

Permangono i dubbi su ogni configurazione della giustizia sugli atti della pubblica amministrazione che esprima opzioni preferenziali verso i ricorsi amministrativi non giurisdizionali: se preferenza c'è nelle scelte della Costituzione questa è accordata inequivocabilmente alla tutela giurisdizionale.

La giustizia dell'amministrazione è tutela ulteriore, un qualcosa in più, che nemmeno residualmente può menomare, o anche solo postergare in ordine di importanza, la tutela giurisdizionale.

Il discorso intorno alla giurisdizione nei confronti degli atti della pubblica amministrazione può dunque volgere alla conclusione. Ciò che si è indicato come contenuto della tutela giurisdizionale garantita a tutti dall'articolo 113, diviene contenuto della riserva di giurisdizione nei rapporti fra « poteri dello Stato » (artt. 102 e 103 Costituzione).

In tal senso e limitatamente alla giurisdizione del giudice amministrativo: il potere di annullamento dell'atto impugnato, il potere di cautela, la possibilità per il giudice di conoscere ogni vizio di legittimità dell'atto amministrativo secondo la disciplina sostanziale approntata dal legislatore per la validità dell'atto, nonché il potere del giudice di statuire direttamente sulle doglianze avanzategli contro gli atti della pubblica amministrazione, divengono i contenuti che attualmente l'ordinamento considera essenziali per l'esercizio della giurisdizione amministrativa, dunque i contenuti imprescindibili della riserva di giurisdizione posta all'articolo 103 della Costituzione.

Le eccezioni ragionevoli (articolo 3 della Costituzione) — si era detto — sono consentite unicamente in presenza di interessi considerati nella Costituzione stessa meritevoli di tutela e nei limiti di una loro ritenuta prevalenza rispetto al valore, in via generale indiscusso, che contro gli atti della pubblica amministrazione sia « *sempre ammessa* la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa ».

Riserva che per la giurisdizione sugli atti della pubblica amministrazione si specifica nel senso di una *immancabilità* e *insostituibilità*.

bilità dei poteri attribuiti al giudice nei confronti di tali atti, senza per ciò addivenire a negare la possibilità di attribuzione di analoghi poteri non giurisdizionali (es. potere di annullamento) in capo ad altri organi dello Stato (pubblica amministrazione). La riserva di giurisdizione vale dunque ad 'escludere' qualsiasi menomazione (immancabilità e insostituibilità) dei poteri attribuiti ai giudici nei confronti degli atti dell'amministrazione.

La trattazione sulla riserva di giurisdizione non può certo considerarsi qui convenientemente conclusa, al contrario il tema parrebbe meritare un maggior interesse della dottrina su un istituto giuridico forse da troppo tempo trascurato.

Le norme costituzionali che sanciscono la riserva di giurisdizione obbligano a spostare il quadro dell'analisi dalla tutela del cittadino (*rectius*: tutti) nei confronti del potere pubblico a quello, sicuramente differente seppur connesso, dei rapporti fra « poteri » dello Stato ed esercizio delle rispettive funzioni, con conseguente ricerca dei necessari equilibri che fra gli stessi non possono mancare senza pregiudizio per l'intero ordinamento giuridico, per la sua unitarietà.

La ricerca dell'equilibrio può tuttavia contribuire a spiegare la persistente utilizzazione del « principio di ragionevolezza » a contenimento, integrazione, coordinamento a sistema, nella interpretazione degli enunciati costituzionali sinora analizzati.

Il principio stesso nega però ogni interpretazione definitiva in argomento, aprendo necessariamente a nuove sintesi dello stato di evoluzione dell'ordinamento, dei nuovi 'equilibri' via via raggiunti o ritrovati.

Le questioni di costituzionalità recentemente sollevate dai giudici di merito sulla legittimità di leggi interpretative confermano, seppur sotto diverso profilo, della attualità delle analisi in argomento (69).

In attesa della risoluzione delle questioni così proposte (70) è

(69) Corte conti, sez. I, (ord.) 21 maggio 1984, in *Foro it.*, 1988, III, 223; Pret. di Oristano, (ord.) 21 febbraio 1986; Pret. di Bari, (ord.) 2 dicembre 1985; Pret. di Firenze, (ord.) 11 ottobre 1984, tutte pubblicate *ivi*, I, 1341; in dottrina si veda R. TARCHI, *Le leggi interpretative...*, cit., 1343 e s., ed *ivi* riferimenti.

(70) Di particolare interesse sarà il responso sulla questione sollevata da Corte conti, (ord.) 21 maggio 1984, cit., poiché l'oggetto principale è dato dal-

parso qui sufficiente aver introdotto una diversa prospettiva di analisi attraverso la definizione del contenuto della riserva di giurisdizione in capo al giudice amministrativo, i suoi rapporti con la funzione legislativa e la funzione amministrativa con particolare riferimento al regime di validità degli atti ed ai rapporti con i ricorsi amministrativi giurisdizionali, rammentando infine il fondamento costituzionale della riserva di giurisdizione e le principali caratteristiche che la distinguono, che la individuano, rispetto al ben più noto istituto della riserva di legge.

8. Sussistono ora tutti gli elementi necessari per offrire una interpretazione del dispositivo della sentenza n. 100/87 della Corte costituzionale.

L'oggetto principale del sindacato della Corte era — come si ricorderà — la disposizione di legge che riteneva atti e provvedimenti emanati entro un certo periodo come legittimi « anche se in « difformità dalle norme in vigore, incluse quelle che regolano la « competenza o disciplinano le procedure, purché diretti a realizzare le attività di soccorso, ad assicurare servizi necessari per la « collettività o a soddisfare esigenze primarie dei cittadini nelle zone « colpite dagli eventi sismici ».

L'impugnazione fu proposta per contrasto con gli articoli 3, 24, 41, 113 della Costituzione, cioè per violazione della riserva di legge, ma principalmente del principio sulla sindacabilità giurisdizionale di tutti gli atti amministrativi, senza eccezione alcuna.

In breve e con altre parole la Corte respinge la questione di costituzionalità anzitutto perché la legge parla di legittimità, sicché non tocca la giurisdizione del giudice ordinario, sia penale che civile, offrendo piena tutela ai diritti soggettivi che permangono in capo al destinatario delle ordinanze di necessità e urgenza.

Non tocca altresì la tutela giurisdizionale offerta dal giudice amministrativo, perché operando sul piano sostanziale realizza una sana-

l'art. 30, c. IV, del d.l. 28 gennaio 1983, n. 55, come convertito da l. 26 aprile 1983, n. 131, nella parte in cui, secondo l'interpretazione fornita dalla legge 2 maggio 1984, n. 104, esonera da responsabilità contabile gli amministratori per l'emanazione di provvedimenti illegittimi con contestuale sanatoria dei provvedimenti stessi. La questione assume qui interesse per la sanatoria degli atti illegittimi, anche se il riferimento costituzionale è stato posto dal giudice contabile nel solo art. 81 Costituzione.

toria *ex lege* (71) dei vizi di legittimità di alcuni atti determinati ed in presenza di *ragionevoli motivi*.

Infine perché la sanatoria non preclude l'impugnazione delle ordinanze per sviamento di potere, in particolare per difformità fra scopo concreto perseguito dall'amministrazione e gli interessi pubblici definiti nello stesso articolo di legge sottoposto al sindacato della Corte (realizzazione dell'attività di soccorso, assicurazione dei servizi necessari per la collettività o per soddisfare le esigenze primarie dei cittadini, nelle zone colpite dal terremoto).

Annotando la sentenza della Corte si era osservato (72) che il potere di ordinanza di necessità e urgenza consente già in forza delle vigenti norme attributive (73) di esplicare una efficacia derogatoria delle disposizioni di legge conferenti poteri tipici alla amministrazione. Fra queste sicuramente sono da annoverarsi le disposizioni che attengono al procedimento, alla forma scritta o orale dell'atto, allo spostamento di competenza degli organi normalmente attributari di poteri tipici, verso quelli preposti a far fronte alle situazioni di necessità.

Tale efficacia derogatoria delle norme attributive di poteri d'ordinanza di necessità e urgenza spiega perché sia normale non trovare sentenze che censurano le ordinanze per « violazione di legge » e, al contrario, perché si abbia in materia la massima latitudine del vizio di « eccesso di potere » quale momento di verifica *ex post* del corretto esercizio del potere d'autorità.

La sentenza della Corte costituzionale veniva dunque a confermare l'interpretazione ricostruttiva sul modo di operare del potere di ordinanza che è preferibile, ma al contempo apriva un quesito di specie.

L'art. 4 cit., considerato dalla Corte conforme a Costituzione, che cosa pone, come norma speciale, di diverso dal normale effetto derogatorio delle norme attributive del potere di ordinanza?

In una situazione di conclamato pericolo pubblico (terremoto nell'Irpinia) si è voluto impedire penetranti indagini in ordine alla

(71) Così A. PIZZORUSSO, in *Foro it.*, 1987, I, 1673 in nota a commento della sentenza.

(72) *Foro it.*, 1987, I, 1671, ed ivi riferimenti al potere di ordinanza di necessità e urgenza dell'amministrazione.

(73) T.u.l.p.s. n. 773/1931, art. 2; t.u.l.c.p. n. 148/1915, art. 153; t.u.l.c.p. n. 383/1934, artt. 19, 20, 55.

sussistenza della situazione di necessità e urgenza, in ragione della diversa incidenza territoriale del fenomeno tellurico.

La necessità era generale ed imponeva scelte globali che mal avrebbero tollerato distinzioni fra zona e zona, sol perché talune (forse) più disastrose di altre.

L'art. 4 cit. fonda, in via di sanatoria, la dichiarazione *ex lege* della sussistenza del presupposto di necessità e urgenza per gli atti emanati fra il novembre del 1980 e l'ottobre 1981, nelle zone colpite dagli eventi sismici.

Da ciò l'impossibilità di pervenire a dichiarare un difetto di motivazione in ordine ai presupposti, di sindacare la « sproporzione » fra motivo contingibile e urgente e durata biennale della requisizione; nonché fors'anche, più in generale, ogni valutazione di congruità fra presupposti (concreti) (74), contenuto (concreto) prescelto dall'autorità e fine di interesse pubblico (in concreto) voluto perseguire.

Permane la possibilità di contestare le ordinanze in esame per sviamento di potere ove si perseguano fini di interesse pubblico diversi da quelli enunciati all'art. 4 cit. (assicurare i servizi; realizzare l'attività di soccorso...), ovvero più in generale per eccesso di potere ove i mezzi (contenuti dell'atto) siano incongrui per realizzare lo scopo, così genericamente indicato, rispetto ad un presupposto *ex lege* definito come esistente in tutto il territorio considerato.

La legge realizza dunque una sanatoria parziale di ciò che è normalmente deducibile come vizio di eccesso di potere.

La legge di sanatoria opera sul piano sostanziale della disciplina dei rapporti giuridici sicché la Corte può rilevare una assenza della violazione degli articoli 113 e 103 della Costituzione; la riserva di giurisdizione in capo al giudice amministrativo tutela infatti solo la possibilità di denunciare ogni vizio di legittimità secondo la disciplina sostanziale approntata dal legislatore per la validità dell'atto.

In presenza di riserve relative di legge tuttavia la stessa disciplina sostanziale dei rapporti che l'amministrazione può instaurare con i soggetti ad essa estranei non è lasciata ad una libera determinazione del legislatore ordinario.

(74) Il termine è usato nel senso proprio di opposto ad astratto, alle definizioni astratte del legislatore.

Le riserve relative di legge impongono al legislatore di consentire un idoneo sindacato sull'esercizio del potere amministrativo, sufficiente in molti casi è stata ritenuta la sola operatività del vizio di eccesso di potere.

La legge di sanatoria delimita il modo di operare di tale vizio con la dichiarazione *ex lege* della sussistenza della situazione di necessità e urgenza per tutti gli atti emanati nelle zone terremotate in un dato periodo.

La Corte costituzionale n. 100/87 considera la delimitazione sul piano sostanziale del modo di operare del vizio di eccesso di potere una *eccezione* consentita solo in presenza di *ragionevoli motivi*, espressione che, come è ormai noto, vale dichiarazione della presenza di interessi pubblici preminenti, che nel caso in questione nessuno vuole, o vorrà, mettere in dubbio.