

Annamaria Poggi

Il Consiglio di Stato nei dibattiti dell'Assemblea Costituente

Sommario

1. Il “titolo all’esistenza” del Consiglio di Stato.....	2
2. Le due Commissioni Forti e la loro rilevanza nella fase Costituente.....	3
3. La Relazione finale della prima Commissione Forti (la Commissione per la Riforma dell’amministrazione).....	5
4. I lavori della Commissione per la Riorganizzazione dello Stato (seconda Commissione Forti)...	8
5. Il dibattito nelle Sottocommissioni dell’Assemblea Costituente (artt. 100 e 103).....	11
6. La discussione in Assemblea plenaria: il progetto alternativo di Costantino Mortati.....	13
7. Conclusioni.....	18

1. Il “titolo all’esistenza” del Consiglio di Stato

Secondo una bella espressione di Petrilli il Consiglio di Stato arrivò alla Costituente con “*un titolo all’esistenza*”¹ che aveva già conquistato nello Statuto Albertino che, all’art. 83 riservava al Re, per l’esecuzione dello Statuto stesso, di adottare alcune leggi, fra cui quella per il riordinamento del Consiglio di Stato.

Dalla stessa Assemblea Costituente ne uscirà non solo con lo stesso titolo all’esistenza, ma con un corredo decisamente ampliato. La menzione costituzionale, infatti, aggiunse qualcosa di assolutamente rilevante, a quel titolo all’esistenza poiché sottrasse alla discrezionalità del legislatore “l’esistenza e la configurazione di un istituto, dal cui funzionamento i cittadini avrebbero tratto la suprema garanzia di giustizia di fronte all’operato dell’amministrazione attiva”².

Inoltre, continua l’A, il solenne riconoscimento da parte dei Costituenti fu “un atto di saggezza politica”³: il riconoscimento del formidabile contributo che per circa un secolo l’istituto aveva offerto ad una razionale ed ordinata disciplina dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini, come “concreta realtà da attuarsi in modo costante, secondo la celebre formula di Silvio Spaventa: giustizia nell’amministrazione”⁴.

Tale aspetto, principalmente con riguardo alle Sezioni giurisdizionali verrà ripreso nello stesso torno di tempo da Vittorio Emanuele Orlando nell’edizione dei Principi di diritto amministrativo del 1952 curata da Silvio Lessona: oltre alla straordinaria competenza tecnica temperata da maturità ed esperienza (opposta a quella sovente burocratica di altre magistrature) Orlando sottolineava anch’egli un “titolo all’esistenza” conquistato sul campo, essendosi il Consiglio di Stato dimostrato degno, pur nei momenti bui del Paese, della fiducia che in esso riponevano lo Stato e i cittadini.

¹ R. PETRILLI. *Il Consiglio di Stato nella Costituzione repubblicana*, in *Studi sulla Costituzione*, III, Milano, 1958, p. 329

² *Ibidem*, p. 330

³ *Ibidem*

⁴ *Ibidem*

Vi è indubbiamente qualcosa di profondamente vero in quelle considerazioni, come conferma la circostanza per cui il Consiglio di Stato entrerà ed uscirà dalla fase costituente in conformazione pressochè identica (se si precisa che la funzione consultiva diventerà ausiliarietà del Governo, in relazione ai compiti di consulenza giuridica) nella duplice ma pur unitaria funzione consultiva e giurisdizionale costruita attraverso le tappe della sua evoluzione: 1865, 1889, 1907, 1923.

Una condizione davvero quasi unica rispetto a molti altri istituti dell'architettura del nuovo Stato repubblicano (Governo, Parlamento, CSM, Corte costituzionale...) che riposa in una molteplicità di fattori e che, probabilmente, ha anche a che fare con l'idea di una complessità di talune funzioni giurisdizionali, non riconducibile alla semplificazione del sistema giudiziario intorno alla sola Magistratura ordinaria tenacemente sostenuta da Piero Calamandrei.

Fu, dunque, proprio la complessità dell'organo (nella duplice funzione, nella composizione peculiare) oltrechè la lunga tradizione storica a convincere i Costituenti della razionalità della permanenza dell'Istituto nella sua conformazione storica all'interno dell'ordinamento repubblicano. Verso questa direzione, va sottolineato, spinse anche il fatto che i lavori dell'Assemblea Costituente furono preceduti da un breve ma intensissimo periodo di studi e ricerche, che ebbe come protagonisti soprattutto "tecnici" che conferirono particolare rilievo, come vedremo, alla giustizia amministrativa ed al suo rapporto con la giurisdizione ordinaria.

2. Le due Commissioni Forti e la loro rilevanza nella fase Costituente

Una circostanza che influì profondamente, per quanto qui interessa, sull'andamento dei lavori in Assemblea costituente fu il fatto che essa fu preceduta dal lavoro delle due Commissioni Forti, tra il 1944 e il 1947, quindi prima ma anche in contemporanea all'elaborazione della Costituzione.

Nelle due Commissioni Forti, molto più che in Assemblea Costituente, il Consiglio di Stato fu, contemporaneamente "oggetto" e "soggetto" di studio e di elaborazioni.

Oggetto in quanto la sua duplice funzione (consultiva e giurisdizionale) nonché la sua collocazione nell'ordinamento costituzionale costituì terreno di dibattito intenso, ma in qualche modo condizionato dall'"esperienza" storica del Consiglio stesso.

Soggetto poiché molti dei suoi più prestigiosi componenti furono nominati nelle Commissioni che istruirono man mano le varie questioni, sino alla formulazione delle norme che poi divennero parte della Costituzione.

Il nostro tema, infatti, fu già messo all'ordine del giorno della Commissione per la Riforma dell'amministrazione, istituita con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri 11 ottobre 1944 e 1 gennaio 1945 e presieduta da Ugo Forti.

Nel discorso di insediamento il Presidente del Consiglio Bonomi conferì alla Commissione l'ambizioso compito di elaborare un organico piano di riforma amministrativa che rispondesse ai principi di uno Stato ordinato su basi democratiche. Proprio perciò essa costituì il primo nucleo di studiosi, politici, magistrati e tecnici che prepararono studi, elaborarono argomentazioni su questioni centrali per la struttura del nuovo Stato repubblicano, avviando un dibattito che proseguirà fin dentro l'Assemblea Costituente e che orienterà in larga parte le scelte che poi in quella sede vennero compiute.

La sua composizione era davvero autorevole ed aveva una caratura di tipo tecnico. Oltre Ugo Forti vi sedevano altri 27 membri: di cui 8 appartenenti al Consiglio di Stato (cinque presidenti di sezione: Giuseppe Fagiolari, Renato Malinverno, Raffaele Montagna, Antonio Papaldo, Leonardo Severi tre consiglieri: Silvio Innocenti, Michele La Torre e Antonio Sorrentino); un presidente di sezione della Corte dei conti; due magistrati ordinari; due membri dell'Avvocatura dello Stato, due alti funzionari amministrativi; 12 appartenenti all'accademia o alle professioni legali. Questi ultimi erano indicati dai partiti, ma loro autorevolezza (basti rammentare tra essi Calamandrei, Crisafulli, Jemolo, Piccardi, Zanobini, Jaccarino) non mise minimamente in discussione la conformazione tecnica della Commissione

All'atto dell'insediamento Bonomi indicò i due gruppi di questioni che avrebbero dovuto costituire oggetto di riflessione ad opera della Commissione: il primo aveva ad oggetto il decentramento amministrativo (nei suoi aspetti di decentramento burocratico e autonomico), la riforma degli ordinamenti burocratici e lo *status* degli impiegati pubblici, mentre nel

secondo avrebbero dovuto esaminarsi la riforma della giustizia amministrativa, nei due profili dell'istituzione di organi locali di giurisdizione amministrativa e della definizione dei rapporti tra questa e la giurisdizione ordinaria.

Dal punto di vista organizzativo, poi, la Commissione per la Riforma si articolò in cinque grandi sezioni (come emerge dalla sua Relazione finale) di cui una dedicata esplicitamente alla giustizia amministrativa e affidata a Guido Zanobini.

Di tale Commissione purtroppo non rimangono molte tracce, poiché i cui verbali non furono pubblicati. Ciò che è dato sapere è che essa lavorò, secondo la ricostruzione di Enzo Balboni⁵, dal gennaio al novembre 1945 e che le sue conclusioni furono pressochè totalmente raccolte in eredità dalla c.d. seconda Commissione Forti (titolata Commissione per gli studi attinenti alla Riorganizzazione dello Stato), che si insediò il 21 novembre 1945 presso il Ministero per la Costituente, con un mandato più ampio e con una caratterizzazione più politica.

In realtà la Commissione per la Riforma non dispense completamente le proprie attività, poiché, come dichiarò Ugo Forti nella Premessa alla Relazione finale della Commissione per la Riorganizzazione dello Stato (che venne formalmente consegnata all'Assemblea Costituente), quella prima Commissione poteva proseguire i propri lavori parallelamente e indipendentemente dalla stesura della Costituzione.

Quindi è dato supporre che, dopo che la c.d. seconda Commissione Forti ebbe consegnato il proprio lavoro alla Costituente, la prima Commissione riprese i propri lavori, data anche la sua caratterizzazione più prettamente tecnica e nell'ottica, presumibile, di predisporre elaborati, ricerche e riflessioni per la successiva attività parlamentare legislativa di attuazione della Costituzione.

3. La Relazione finale della prima Commissione Forti (la Commissione per la Riforma dell'amministrazione).

⁵ E. BALBONI, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura* in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica. II. Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Bologna, 1980, p. 249

In ogni caso la Relazione finale della prima Commissione Forti, pubblicata dall'Istituto Poligrafico dello Stato nel 1947, venne esplicitamente consegnata al Governo (e non all'Assemblea Costituente come fece la seconda Commissione Forti), come si puntualizzava nella Premessa.

Il che induce ad interrogarsi se si trattasse o meno dei risultati già raggiunti alla fine della prima fase dei suoi lavori (novembre 1945) oppure di quelli della fase successiva. Probabilmente le contaminazioni furono biunivoche, anche a motivo del fatto che entrambe ebbero la medesima Presidenza e che molti dei commissari siederono in entrambe.

Nel merito, nella Relazione finale della prima Commissione Forti si motivavano le ragioni che condussero ad optare per un giudice specializzato amministrativo, senza riesumare i tribunali del contenzioso amministrativo e senza, per altro verso, optare per le Sezioni consultive del Consiglio di Stato, oppure per le Giunte provinciali amministrative.

La necessità di affidare ad un unico giudice tutte le controversie in materia di diritti e interessi, e partitamente al giudice amministrativo si fondava, secondo la Commissione, dal fatto che quando all'Autorità giudiziaria ordinaria erano state assegnate decisioni scaturenti dal difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato, la prima aveva fatto un uso assai moderato dei suoi poteri, mostrando poca attitudine ad un esame più approfondito della discrezionalità amministrativa, mancandole, in sostanza, "sensibilità ed acume che sono propri del giudice amministrativo"⁶.

E pur vero, ammetteva la Commissione, che la linea di distinzione tra le due giurisdizioni poggiava sulla discutibile distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, ma proprio la difficoltà di addivenire ad una rispetto a tale distinzione consigliavano di rifiutare la proposta di "unificare" la giurisdizione, mantenendo la funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato sugli interessi legittimi.

Su questo punto il riferimento non esplicitato era probabilmente alla proposta di Calamandrei di riunificazione delle giurisdizioni nella sola giurisdizione ordinaria. Posizione che lo stesso Calamandrei continuerà a sostenere, senza successo, anche nella successiva Commissione Forti e poi in Assemblea Costituente.

⁶ *Relazione*, p. 10

Una volta assunta la decisione di mantenere in capo al Consiglio di Stato le funzioni giurisdizionali, la Commissione si interrogò sulla opportunità, in conseguenza di tale decisione, di scindere le funzioni consultive da quelle giurisdizionali.

La stessa Commissione aveva convenuto che, da un punto di vista teorico sarebbe stata preferibile la soluzione della “scissione” tra le due funzioni “la quale avrebbe potuto essere perfezionata, sempre sul piano teorico, dalla istituzione di una Corte di giustizia amministrativa alla quale sarebbero da demandarsi talune funzioni che attualmente vengono esercitate dalla Corte dei conti e da altre giurisdizioni speciali”⁷.

A tali considerazioni astratte, la Commissione preferì una soluzione concreta basata sulla seguente argomentazione: “la giurisdizione amministrativa, infatti, ha per oggetto prevalente la tutela degli interessi legittimi, i quali, a loro volta sorgono dall’esistenza di norme le quali regolano in senso obiettivo l’attività amministrativa. La funzione del Consiglio di Stato, come giudice degli interessi, non potrebbe essere esplicata – ad avviso della Commissione – in modo del tutto soddisfacente qualora fossero scisse organicamente le sezioni giurisdizionali dalle consultive perché nell’esercizio delle funzioni consultive a contatto più immediato con la realtà e la pratica amministrativa i consiglieri acquistano quella sensibilità e quella esperienza che si dimostrano preziose nell’esercizio della funzione giurisdizionale. In sostanza, l’alternarsi dei consiglieri nell’esercizio di due funzioni, in sé complementari, determina un perfezionamento continuo nella qualità di questi giudici”⁸.

Si pose a quel punto il tema della scelta dei consiglieri e dei limiti alla discrezionalità di scelta da parte del Governo. Tema rispetto al quale la Commissione suggerì di far precedere la nomina ad un vaglio tecnico ad opera di una Commissione interna al Consiglio di Stato e presieduta dal Presidente del medesimo organo.

Una volta confermata la scelta del Consiglio di Stato come organo giurisdizionale, ne conseguì la scelta dell’abolizione delle Giunte provinciali amministrative (antitetiche nella loro composizione all’esercizio indipendente della funzione giurisdizionale) e la loro sostituzione con tribunali amministrativi locali.

⁷ *Ibidem*, p. 14

⁸ *Ibidem*, pp. 14-15

4. I lavori della Commissione per la Riorganizzazione dello Stato (seconda Commissione Forti)

Dei novanta membri della seconda Commissione Forti circa metà erano di nomina politica. Ma anche in questo caso la grande statura scientifica e culturale di molti dei suoi componenti ne fece un punto di riferimento autorevole del dibattito.

I sei partiti della c.d. esarchia avevano, infatti, nominato: per i comunisti (Crisafulli, Terracini, Grieco, Pavone, M. Donati, Turchi, Pepe); per i socialisti (Giannini; Luzzato, Barbara, Nuti, Olivetti, Angeletti, Merloni); per i democristiani (Mortati, Scoca, Tosato, Piccioni, Fuschini, Fanfani); per i liberali (Astuti, Rizzo, Gueli, Sequi, Cassandro, Storoni, Mulas); per gli azionisti (Boeri, Calamandrei, Mazzolani, Gilardoni, E. Reale, Modugno); per i demolaburisti (Orrei, Stolfi, Angelucci, T. Bozzi, A. Donati, De Gregorio). Gli altri membri furono direttamente designati dal Ministro che li scelse tra magistrati, soprattutto amministrativi, professori universitari e funzionari amministrativi.

Anche in questa Commissione la questione della riforma amministrativa dello Stato ebbe un peso preponderante. All'atto del suo insediamento, infatti, il Ministro Nenni ebbe ad affermare: "Ogni riforma politica sostanziale comporta una riforma fondamentale dell'amministrazione"⁹. Sta di fatto che anche qui il filo rosso della trasformazione derivava dall'avvento del principio democratico, e dalla necessità di modificare alla radice il rapporto Stato-cittadino, fortificando le garanzie di quest'ultimo nei confronti della burocrazia amministrativa.

Nella sua seconda seduta plenaria (del 24 novembre 1945) la Commissione decise di strutturarsi in quattro Sottocommissioni: le prime due avrebbero dovuto occuparsi rispettivamente dei "problemi costituzionali" e della "organizzazione dello Stato", mentre le altre due, secondo quanto riferisce Gianfranco D'Alessio, si impegnarono soprattutto nella realizzazione di inchieste¹⁰.

⁹ Frase citata da E. BALBONI, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura* cit., p. 254

¹⁰ G. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (1946-1946)*, Bologna, 1979, p. 21

Nella riunione successiva del 3 dicembre 1945, dopo ampia discussione, si stese l'elenco degli argomenti delle Sottocommissioni e la materia del Consiglio di Stato venne ovviamente rubricata sia nella Prima Sottocommissione (con la seguente dizione: "funzione giurisdizionale= tribunali ordinari e tribunali militari. Foro amministrativo? Divieto di formare tribunali speciali"¹¹), sia nella Seconda Sottocommissione (con la seguente dizione: "Guarentigie giurisdizionali dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa. In particolare: a) se debba essere mantenuto in vigore il sistema della legge 20 marzo 1865 abolitrice del contenzioso amministrativo; b) se debba essere mantenuta la limitazione ai poteri del giudice stabilita nell'art. 4 della legge anzidetta; c) se siano da ritenersi nulle le disposizioni legislative che non ammettono contro i provvedimenti amministrativi alcun ricorso in via amministrativa o giudiziaria"¹²).

Nella Prima Sottocommissione (presieduta da Boeri) il tema giurisdizionale venne in discussione nella seduta del 22 maggio 1946, preparata dalla Relazione di Calamandrei "Posizione costituzionale del lavoro (potere?) giudiziario nella nuova Costituzione italiana". Sul tema delle giurisdizioni speciali Calamandrei proponeva, oltrechè il divieto di istituzione per il futuro, la riconduzione di quelle esistenti nella giurisdizione ordinaria in forma di commissioni tecniche specializzate. Ammetteva poi che la difficoltà maggiore riguardava il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, rispetto al quale poneva in discussione l'alternativa se conservarlo come organo separato dalla magistratura ordinaria o come sezione tecnica amministrativa della Corte di Cassazione, essendo egli di questa seconda opinione¹³. Nella sua visione, infatti, tale riconduzione doveva operare sia con riguardo al Consiglio di Stato, sia rispetto alle giunte provinciali amministrative (che avrebbero dovuto divenire sezioni amministrative dei tribunali capoluoghi di Regione).

Il Presidente Piga (che in quella circostanza presiedette anche la Prima Sottocommissione) cercò di impostare la discussione interpretando il principio di unicità della giurisdizione in senso funzionale (interpretazione uniforme della legge per tutto lo Stato e dunque necessità di un giudice supremo garante di ciò) ma gli venne ricordato che Calamandrei poneva quel principio in relazione all'abolizione del contenzioso amministrativo. E qui si fermò la discussione con il rinvio ad un successivo approfondimento. Il quale avvenne nella seduta del

¹¹ *Ibidem*, p. 78

¹² *Ibidem*, pp. 79-80.

¹³ *Ibidem*, p. 608-809.

31 maggio 1946 in cui Azzariti, (cui Piga aveva chiesto un approfondimento sul tema) affermò che, fatta eccezione per gli organi della giurisdizione amministrativa, Corte dei conti e tribunali militari, occorreva affermare in Costituzione il divieto di nuova istituzione di giudici speciali e la facoltà di istituire sezioni specializzate presso i tribunali ordinari.

La discussione successiva vide prevalere la proposta di Azzariti (contrari soprattutto Sorrentino e Zanobini che si opponevano all'abolizione delle giurisdizioni speciali).

La Seconda Sottocommissione, presieduta da Emanuele Piga avrebbe dovuto occuparsi, tra l'altro, del ruolo e delle attribuzioni del Consiglio di Stato con particolare attenzione alle garanzie giurisdizionali dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa, Val la pena sottolineare nuovamente come il Presidente Piga (all'epoca presidente di sezione della Cassazione e già facente parte della prima Commissione Forti) enunciò nella prima seduta di lavoro del 3 dicembre 1945 "un programma di lavoro che teneva conto dei risultati fino ad allora acquisiti in sede di prima Commissione (Forti, ndA)"¹⁴.

Nella seduta del 15 marzo 1946 (anche alla presenza di Ugo Forti) si mise all'ordine del giorno il tema del Consiglio di Stato, sulla base di una Relazione predisposta da Tosato (che non venne pubblicata perché irreperibile) ma di cui si diede lettura. La Relazione prevedeva il mantenimento e la costituzionalizzazione del Consiglio di Stato nella sua duplice funzione e la costituzionalizzazione dei criteri di nomina dei suoi componenti.

Nella discussione che ne seguì ebbe un grande rilievo l'intervento di Severi, altresì per la sua posizione di membro del Consiglio di Stato. Severi aderì all'idea del mantenimento della duplice funzione e della sua costituzionalizzazione, ma al tempo stesso propugnò la tesi di un drastico ridimensionamento della funzione "politica" del Consiglio di Stato (incompatibile con il nuovo Stato democratico), attraverso l'eliminazione della funzione consultiva nell'iniziativa ministeriale e governativa per la presentazione o formazione delle leggi. Inoltre espose le motivazioni per cui, a suo giudizio, i Consiglieri di Stato non avrebbero dovuto collaborare assiduamente con i Gabinetti ministeriali, ma solo saltuariamente.

La Commissione concordò sostanzialmente con queste posizioni.

¹⁴ E. BALBONI, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura*, cit., p. 270.

5. Il dibattito nelle Sottocommissioni dell'Assemblea Costituente (artt. 100 e 103)

Quando, dunque, si giunse in Assemblea Costituente il terreno era già stato sostanzialmente arato, soprattutto, vi è da sottolineare, dal punto di vista tecnico.

Ciò non toglie che, come accadde per altri Istituti, l'Assemblea avrebbe potuto capovolgere i termini della questione. Basti rammentare il caso delle Province: abolite nelle discussioni preliminari e nelle Sottocommissioni vennero poi ripristinate in Assemblea plenaria.

Ed in effetti, soprattutto nella Plenaria vennero avanzate argomentazioni di tipo più prettamente politico che cercavano di appoggiare in maniera incondizionata la posizione di Calamandrei, circa una riconduzione delle funzioni giurisdizionali alla magistratura ordinaria, anche per reazione al recente passato che aveva visto la proliferazione di molte giurisdizioni speciali,

L'artefice principale di tale posizione fu, come noto, Piero Calamandrei la cui Relazione ("*Posizione costituzionale del lavoro giudiziario nella nuova Costituzione italiana*")¹⁵ costituirà il canovaccio delle discussioni che si svolsero in seno alla Seconda Sezione della Seconda Sottocommissione dell'Assemblea costituente, e, come abbiamo appena visto, all'interno della Commissione per studi attinente la riorganizzazione dello Stato, presieduta da Ugo Forti.

Calamandrei presentò un progetto di sistema giurisdizionale tutto avviluppato intorno alla Magistratura ordinaria, in un disegno che, senza soluzione di continuità, si snodava armonicamente attraverso passaggi chiave quali la statualità della giurisdizione, la sua unicità, il suo autogoverno.

La centralità della giurisdizione ordinaria, in questa prospettiva, si sarebbe potuta realizzare solamente attraverso la creazione di un unico apparato di giudici aventi lo stesso *status*, garantiti nella loro indipendenza esterna da un organo di autogoverno. Di qui l'insistenza sulla formula dell'universalità delle competenze della Magistratura ordinaria, affermata nel primo articolo della Relazione, secondo cui "l'esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale e amministrativa appartiene esclusivamente ai giudici ordinari, istituiti e regolati dalla

¹⁵ La Relazione di P.Calamandrei può leggersi in F.RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982, pp. 263 ss

legge sull'ordinamento giudiziario," e subito ribadita nell'art. 12, per cui l'unicità della giurisdizione si sarebbe espressa nell'attribuzione della qualità di appartenenti al potere giudiziario "esclusivamente ai giudici ordinari, cioè ai giudici singoli (conciliatori e pretori), ai tribunali ed alle corti, istituiti e regolati dalla legge sull'ordinamento giudiziario".

L'eccezionalità dei giudici speciali veniva sottolineata dalla norma secondo cui "Non potranno essere creati neanche per legge organi speciali di giurisdizione", con la quale probabilmente si intendeva raggiungere lo scopo di precisare il limite che nel nuovo ordinamento costituzionale avrebbe incontrato il legislatore ordinario cui, sino ad allora, l'art. 70 dello Statuto Albertino aveva consentito l'istituzione anche dei giudici speciali.

L'esigenza di specializzazione per determinate materie avrebbe potuto legittimare il legislatore unicamente ad istituire apposite sezioni specializzate presso gli organi giudiziari ordinari. C.d.S. e C.d.c., nel caso se ne fosse decisa la sopravvivenza, potevano permanere nel nuovo ordinamento unicamente quali organi consultivi, mentre avrebbero dovuto decisamente essere aboliti i Tribunali militari per il tempo di pace.

La Relazione di Calamandrei venne poi presentata nella Sottocommissione dell'Assemblea Costituente il 5 dicembre dello stesso anno e discussa nelle successive sedute del 17, 18, 19 e 20 dicembre e il 9 gennaio 1947

Gli altri due relatori sul tema, pur dichiarandosi in parte d'accordo con l'affermazione dell'unicità, presentarono proposte "mediane".¹⁶

Patricolo affermò l'unicità per il futuro, salvando espressamente tutte le giurisdizioni speciali preesistenti.

La posizione di Leone risultava più articolata: se da un lato aderiva alla proposta di soppressione delle giurisdizioni speciali esistenti (compresi i Tribunali militari), dall'altro propendeva per la conservazione del C.d.S. e della C.d.c., dichiarandosi perplesso circa un sistema giurisdizionale in cui la pubblica amministrazione risultasse assoggettata alla giurisdizione ordinaria

¹⁶ Le due Relazioni di Leone e Patricolo possono leggersi in F.RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario* cit., pp. 273 ss. e pp. 296 ss.

I primi dibattiti riguardarono l'art. 103 che giunse in seconda Sottocommissione il 5 dicembre 1946 sulla scorta delle Relazioni di Calamandrei, Leone e Patricolo. La posizione del primo rimase isolata e il 10 gennaio del 1947 la Sottocommissione votò favorevolmente sul mantenimento delle funzioni giurisdizionali al Consiglio di Stato.

La discussione sull'art. 100 giunse alla seconda Sottocommissione il 9 gennaio 1947 con la consueta Relazione di Calamandrei cui seguì un appassionato intervento di Bozzi che, difese, invece, la conformazione del Consiglio di Stato sulla base di tre argomentazioni: la permanente difficoltà nel distinguere diritti soggettivi e interessi legittimi; la virtuosità della commistione tra funzioni consultive e giurisdizionali ed infine la prova di indipendenza resa dal Consiglio di Stato durante il periodo fascista (citò il dato secondo cui dei 16.090 ricorsi ne furono accolti circa 10.000 e respinti 6.000).

In Assemblea plenaria vi furono interventi di livello prettamente politico. Soprattutto i costituenti comunisti contrastarono assai accesamente la sopravvivenza del Consiglio di Stato, addivenendo tuttavia, alla soluzione di una sua conservazione.

6. La discussione in Assemblea plenaria: il progetto alternativo di Costantino Mortati

Nella Assemblea plenaria, nuovamente la discussione sul Consiglio di Stato si incrociò più volte con quella del principio di unicità della giurisdizione. In particolare val la pena rammentare le sedute del 21 e 27 novembre 1947

In esso giocarono, al contrario di quanto era avvenuto in Sottocommissione, elementi di natura più politica che tecnica. L'ostilità alle giurisdizioni speciali venne motivata sostanzialmente sulla carenza di indipendenza dei giudici, sul loro eccessivo sviluppo quantitativo e sull'uso strumentale che di alcune aveva effettuato il Regime.¹⁷

La scelta operata fu, infine, quella di costituzionalizzare in maniera "imperfetta" il principio di unicità,¹⁸ ma comunque in modo tale da conferire alla Magistratura ordinaria un ruolo

¹⁷ Su tale dibattito v. la efficace sintesi di V.FALZONE, F.PALERMO, F.COSENTINO (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana*, 1980, pp. 327 ss.

¹⁸ A.POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Napoli, 1995, pp.123 ss.

centrale nel sistema giurisdizionale, non disconoscendo una rilevante differenza tra Magistratura ordinaria e giudici speciali ed, anzi, consegnando alla prima, attraverso la predisposizione di una serie di strumenti diversi, le chiavi del sistema giurisdizionale. Si spiega in questa luce, del resto, l'intervento conclusivo del Presidente Piga in Sottocommissione che candidò la Corte di cassazione, in quanto vertice della giurisdizione ordinaria, al ruolo di custode del sistema di verifica della giurisdizione.¹⁹

In realtà in quel contesto emerse una proposta profondamente alternativa, quella di Costantino Mortati²⁰ che in questa sede val la pena richiamare per le molte assonanze con argomenti affrontati nelle Commissioni Forti.

Mortati, infatti, non si limitò a seguire la proposta di Leone, e sostanzialmente anche quella di Patricolo, che proponevano una soluzione di mediazione consistente nella costituzionalizzare del principio dell'unicità e nel mantenimento, accanto alla Magistratura ordinaria, dei tradizionali corpi giudiziari del Consiglio di Stato e della Corte dei conti.

Per Egli, invece, il principio di unicità della giurisdizione non avrebbe dovuto essere il principio intorno a cui costruire l'ordinamento delle giurisdizioni e, tantomeno, il perno del futuro sistema di riparto della giurisdizione. Al contrario la Costituzione avrebbe dovuto espressamente sancire il principio di pluralità delle giurisdizioni (tranne che in materia penale), che avrebbe dovuto trovare collocazione nel Titolo IV ispirando, di conseguenza, le norme inerenti il riparto della giurisdizione, e l'organizzazione delle varie magistrature.

Per comprendere a fondo il passaggio, e nel contempo gettare una luce critica su quelle ricostruzioni, occorre allora soffermarsi per un attimo sulle linee fondamentali del sistema giurisdizionale delineato da Mortati in Assemblea costituente. Un disegno che si collocò in un orizzonte di ampio respiro, superando sia l'idea di conservazione degli organi giurisdizionali preesistenti, sia il timido espediente delle sezioni specializzate.

L'argomento della specializzazione, infatti, aveva condotto i sostenitori dei giudici speciali in un vicolo cieco, dal momento che la soluzione tecnica della sezione specializzata, opposta

¹⁹ Così concludeva il Presidente Piga la discussione sulla Relazione presentata da Calamandrei su cui v. G.D'ALESSIO, (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (1946-1946)*, cit., p. 615.

²⁰ Secondo la ricostruzione di A.POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, cit., pp. 116 ss.

dalla maggioranza dell'Assemblea contro i giudici speciali²¹, non ammetteva repliche poichè pareva in grado di risolvere l'esigenza di conoscenze peculiari in capo al giudice ordinario, senza modificare l'impianto centrale dell'unicità.

Per Mortati, al contrario, il vero problema non poteva consistere nella specializzazione del giudice ordinario o, comunque, nella necessità da parte di quest'ultimo di acquisire particolari cognizioni tecniche, bensì in "una speciale *forma mentis*, una speciale preparazione per la interpretazione di certe disposizioni di legge"²², ovvero, come scrisse altrove nello stesso periodo, in "attitudini formate sulla base di una esperienza vissuta o, in altri termini, un'aderenza alla realtà dei rapporti controversi più penetrante di quella che possa provenire dal di fuori, dalla mera consultazione di un esperto"²³.

La funzione giurisdizionale, in questa prospettiva, non avrebbe potuto ritenersi nè prerogativa esclusiva della Magistratura ordinaria, nè attività da cristallizzare, una volta per tutte, in capo ad un nucleo di organi giurisdizionali preordinati. Di qui la necessità di istituire (in campo

²¹ Cfr. interventi dei commissari Bettiol, Atti Assemblea Costituente, Discussioni, 7 novembre 1947, p. 3707; Bellavista, *ibidem*, 8 novembre 1947, p. 3727; Conti, *ibidem*, 15 novembre 1947, p. 3897; Merlin, *ibidem*, 20 novembre 1947 pom., p. 3930; Persico, *ibidem*, 8 novembre 1947, p. 3732; Caccuri, *ibidem*, 12 novembre 1947, p. 3806; Salerno, *ibidem*, 11 novembre 1947 pom., p. 3777; e Cortese, *ibidem*, 12 novembre 1947 ant., p. 3795.

²² Intervento del 21 novembre 1947 pom., Atti Assemblea Costituente, *ibidem*, p. 3973. L'emendamento presentato all'art. 95 del Progetto elaborato dalla Seconda sezione della Seconda sottocommissione, era così formulato: "La funzione giurisdizionale nella materia penale ed in quella civile, per le controversie tra privati, è attribuita ai magistrati ordinari, istituiti e regolati secondo le norme sull'ordinamento giudiziario. Presso gli organi giudiziari ordinari possono istituirsi, per determinate materie, sezioni specializzate, con la partecipazione anche di cittadini, a norma delle leggi sull'ordinamento giudiziario. Nelle controversie in cui l'Amministrazione intervenga come parte, per la tutela di un pubblico interesse, la legge potrà attribuire la funzione giurisdizionale ad organi giudiziari speciali. Nella materia penale possono istituirsi con legge giudici speciali solo per le infrazioni commesse da militari e nel caso di guerra dichiarata. La legge, che stabilisce giurisdizioni speciali, determina le condizioni necessarie ad assicurare l'indipendenza dei giudici che le compongono". Su C. Mortati costituente cfr., F. BRUNO, *I giuristi alla costituente: l'opera di Costantino Mortati, Scelte della Costituente e cultura giuridica*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica. II. Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, cit., e ID., *Costantino Mortati e la Costituente*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Napoli, 1989. Il favore per i giudici speciali, sebbene in un'ottica molto differente da quella di Mortati, fu espresso in Assemblea costituente soprattutto dai costituenti comunisti e socialisti che, questa volta in analogia con Mortati, miravano all'instaurazione di un sistema giudiziario assolutamente rivoluzionario e, comunque, si muovevano su di un piano assai diverso dalla semplice conservazione dei più importanti organi giurisdizionali, propugnata dalla maggioranza dei costituenti. In relazione all'esposizione del programma di organizzazione giudiziaria dei costituenti comunisti e socialisti cfr., tra tutti, gli interventi nella Sottocommissione di Uberti del 17 e 19 dicembre 1946, Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda sottocommissione (seconda sezione), rispettivamente p. 1931 e p. 1941; di Targetti, del 17 e 19 dicembre 1946, *ibidem*, pp. 1931, 1934 e 1945; di Di Giovanni del 17 dicembre 1946, *ibidem*, p. 1934 e di Laconi, 19 dicembre 1946, *ibidem*, p. 1942. Il programma comunista di riforma giudiziaria si articolava principalmente in due punti: negazione dell'indipendenza della magistratura come valore assoluto (su cui v. U. TERRACINI, *I problemi di una costituzione democratica*, Roma, 1946 p. 22), e ricerca delle condizioni per legittimare in modo realmente democratico il potere giudiziario (sul punto v. V. CRISAFULLI, *Per una costituzione democratica*, in *Rinascita*, 1946, n.7; P. TOGLIATTI, *I comunisti e la costituente*, *ibidem*, n.4). Il pericolo che la magistratura potesse divenire strumento di oppressione della classe operaia poteva evitarsi, in questa ottica, solo deducendo direttamente dalla sovranità popolare il criterio di reclutamento dei giudici. In questo senso v. soprattutto l'intervento di Laconi sopra citato

²³ *Le giurisdizioni speciali di fronte alla Costituzione, Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Raccolta di scritti di Costantino Mortati, III, Milano, 1972, p. 1172.

amministrativo, ma eventualmente anche in quello civile) giudici speciali, reclutati e preparati in modo diverso rispetto a quello ordinario che avrebbero dovuto comporre un sistema articolato perlomeno su tre livelli differenti.

Un primo, costituito dalla Magistratura ordinaria, che il legislatore avrebbe potuto sviluppare sia sotto il profilo degli organi che in relazione a quello delle competenze, con la previsione, comunque, di una norma di chiusura a favore della giurisdizione ordinaria per tutte le controversie che lo stesso legislatore non avesse deciso di attribuire ad altri organi giurisdizionali.

Un secondo livello nel quale si sarebbero dovuti collocare i giudici speciali che il legislatore avrebbe potuto istituire per le controversie in cui la pubblica amministrazione si fosse presentata come parte. Un livello questo che, pur aperto sotto il profilo degli organi, non avrebbe potuto che presentarsi chiuso in relazione alle competenze (le controversie involgenti un interesse pubblico in cui sia parte una pubblica amministrazione), e che avrebbe necessariamente comportato un diverso criterio di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo, basato non più sulla distinzione diritto-interesse, bensì sulla qualità delle parti.

Un terzo livello, comprendente il Consiglio di Stato e la Corte dei conti, avrebbe dovuto, infine, configurarsi come un sistema chiuso sia sotto il profilo degli organi che delle competenze che sarebbero state attribuite a questi organi dalla Costituzione in modo esplicito, e non meramente esemplificativo²⁴.

Più ordini giurisdizionali, dunque, rispetto ai quali avrebbe perso di significato il controllo operato dalla Corte di cassazione: creare una giurisdizione speciale per poi assoggettarla al controllo sull'interpretazione non poteva che costituire una autentica contraddizione, poichè avrebbe consentito al giudice ordinario di sindacare logiche completamente estranee alla sua formazione professionale ed al suo modo di ragionare. Perciò l'intervento di C.Mortati del 21 novembre sopra citato, si concludeva con la proposta di abolire il sindacato della Corte di cassazione sulle

²⁴ Sempre nell'intervento del 21 novembre, sopra cit., l'A., riteneva contraddittoria la formulazione dell'attuale art. 103 Cost. che considera il C.d.S. e la C.d.c. come eccezioni al giudizio ordinario e contemporaneamente prevede l'esistenza di altri organi di giustizia amministrativa diversi dal C.d.S. e per quel che riguarda la C.d.c. un ampliamento della sua competenza a tutti i casi prevedibili dal legislatore

giurisdizioni speciali, controllo che avrebbe potuto al limite configurarsi in relazione alla sola ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione²⁵.

Del resto in quella prospettiva è la stessa attività interpretativa che, senza perdere completamente i connotati assegnatigli dal positivismo giuridico, in qualche modo li sviluppava e li arricchiva: non più operazione meccanica unicamente guidata dal presupposto della conoscenza del dato normativo, ma un'attività complessa, in grado di armonizzare i dati derivanti dalla conoscenza della legge a quelli provenienti dalla credibilità dell'esperienza, dal sapere derivante dalle leggi empiriche disciplinanti i vari settori della vita sociale. Ritenere diversamente significava, per l'A., aderire "ad una concezione dell'attività interpretativa come attività meramente sillogistica e ad una raffigurazione del giudice analoga a quella di una macchina, nella quale da una parte si introduce una moneta e dall'altra si estrae una decisione"²⁶.

Ecco allora che la specialità del giudice, che avrebbe dovuto anzitutto riverberarsi in un diverso reclutamento e in una diversa preparazione professionale, non avrebbe rappresentato un male necessario da tollerare in certi casi, ma addirittura una necessità storica derivante "dall'estendersi delle forme di tutela del cittadino nei confronti della p.a. anche per rapporti non incidenti su diritti subbiettivi e nei quali l'amministrazione si presenta nella veste di tutrice generale"²⁷.

In questa ricostruzione, che comunque l'Assemblea costituente rifiutò completamente facendo prevalere la linea del rigoroso divieto di istituzione per il futuro²⁸, il favore per i giudici speciali si esprime come opzione precisa, determinata e minuziosamente argomentata, laddove quello stesso favore, poi concretamente impostosi, deriva quasi unicamente da un'interpretazione estensiva del primo comma dell'art. 103. Non potrebbe, comunque, essere

²⁵ Sull'opportunità di abolire o comunque di modificare il procedimento di verifica della giurisdizione, cfr. altresì G. ROEHRSEN, *La risoluzione dei conflitti di attribuzione e di giurisdizione*, in *Riv.amm.*, 1981, par.4, secondo cui dalla pari-ordinazione tra giudice ordinario e amministrativo discenderebbe la necessità di una riforma della vigente disciplina dei conflitti tale che essi non dovrebbero più essere giudicati da un organo unilaterale ma da un "organo nel quale possano confluire le varie componenti del nostro sistema giurisdizionale". Sostanzialmente nello stesso senso anche F. LONGO, *Proposte per una riforma del supremo organo giurisdizionale regolatore del riparto delle giurisdizioni e delle questioni di attribuzione giurisdizionale*, *Studi per il Centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, pp. 1360-1368.

²⁶ *Il ricorso per cassazione contro le decisioni delle giurisdizioni speciali*, in *Giur. compl. della Corte Suprema di Cassazione*, 1949, p. 230

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ La Sottocommissione, al contrario, aveva approvato la linea meno rigorosa dell'istituzione con legge votata a maggioranza assoluta dei componenti il Parlamento, Atti assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione. Seconda sottocommissione (seconda sezione), 20 dicembre 1946, ant., 1956

diversamente: l'interpretazione estensiva dell'art. 103 rimane una delle poche strade percorribili per teorizzare, dall'interno del sistema costituzionale, l'espansione delle attribuzioni di giurisdizioni diverse dall'ordinaria.

7. Conclusioni

Le vicende successive si sono date carico di dimostrare che, almeno per quanto riguarda la giustizia amministrativa, l'evoluzione è proseguita e, a differenza di quanto pensava Calamandrei, Consiglio di Stato e altri organi di giustizia amministrativa costituiscono una giurisdizione "ordinaria", almeno funzionalmente. Non solo, ma, soprattutto, l'idea di ricondurre ad unità nella giurisdizione ordinaria le controversie amministrative si è dimostrata insufficiente a reggere il livello di specializzazione e complessità che contraddistingue il contenzioso in molti settori e che, anzi, ha prodotto l'emergere di Autorità indipendenti in funzione giurisdizionale.

La loro origine, infatti, è collegata quando all'esigenza, sospinta dalla «coscienza collettiva», di «affidare la funzione di tutela di particolari interessi collettivi di rilevanza costituzionale (...) ad organismi indipendenti, muniti cioè di una peculiare posizione di terzietà, di rincarata imparzialità, di neutralità, di indifferenza rispetto agli interessi stessi»²⁹, quando al superamento della concezione organicistica del potere pubblico fondata sulla figura dello Stato quale figura giuridica unitaria (seppur strutturata in enti pubblici) attraverso la nascita di una struttura parallela «ordinata per corpi autonomi»³⁰ (dal Governo), causata dall'estendersi e dall'ampliarsi delle funzioni pubbliche che richiedono modelli organizzativi diversi e non più settoriali (per Ministeri).

Insomma, la pretesa di attribuire alla Magistratura ordinaria ogni tipo di controversia (principio di unicità della giurisdizione) sta mostrando tutti i suoi limiti: la funzione giurisdizionale non è un sillogismo e, aveva ragione Mortati, a sottolineare che oltre alla conoscenza del diritto, occorre una particolare *forma mentis*, forgiata su esperienze e abiti mentali peculiari.

Anna Maria Poggi

²⁹ F.LONGO, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle Autorità indipendenti*, in S.CASSESE e C.FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, pp. 13-14

³⁰ C.FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove* in S.CASSESE, C.FRANCHINI, *I garanti delle regole cit.*, , p. 69.

Professore ordinario presso l'Università di Torino

Publicato il 13 gennaio 2020