

***La Giustizia amministrativa, sistemi monisti e dualisti a confronto.
La giurisdizione del Consiglio di Stato
dalle origini al 1923, nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia^[1]***

di

Giuseppe Barbagallo

La contrapposizione monismo-dualismo ha più significati. Il tema della prima parte del nostro incontro fa riferimento all'opposizione fra dualità e unità del diritto applicabile all'Amministrazione e al monismo o dualismo giurisdizionale a seconda che sia o meno previsto un giudice speciale per la P.A..

La contrapposizione nella sua assolutezza è inoperante. Anche nei sistemi di diritto comune più spinti, quali Gran Bretagna, Irlanda, Malta, esistono giudici specializzati per i rapporti in cui sia parte la P.A., così nei sistemi più evidentemente dualisti, quali l'Italia e la Francia, accanto al giudice amministrativo anche il giudice di diritto comune è giudice dell'Amministrazione in alcune materie e, secondo una ricerca in corso a cura dell'Università di Limoges (effettuata con il contributo essenziale dell'Associazione dei Consigli di Stato e delle Corti supreme amministrative dell'Ue) sulla giustizia amministrativa in Europa, riguardo ai sistemi giurisdizionali dei 25 Paesi Ue, sembra che l'esistenza di una giurisdizione amministrativa autonoma costituisca la regola, anche nei Paesi il cui sistema giuridico è ritenuto di ispirazione anglosassone. Sui 25 Paesi, 15 sono dotati di giurisdizioni amministrative autonome e, fra gli altri 10, cinque sono dotati di sezioni o camere specializzate in diritto amministrativo all'interno della giurisdizione ordinaria.

Per i Paesi di Common Law segnaliamo il caso dell'Australia, che dal 1975 si è dotata di un Tribunale amministrativo d'appello.

In questa mia relazione, però, desidero dar conto del dibattito fra dualismo e monismo che si è svolto in Italia nel 1800, ove i due sistemi si sono alternati. La tesi di fondo di questo intervento è che la forza dogmatica ed emozionale di tale dibattito ha comportato la costituzione di una storia della giurisdizione amministrativa in Italia che può apparire parziale e non in tutto aderente alla realtà.

Il sistema di "giudicatura amministrativa" (Consigli di prefettura e Consiglio di Stato), introdotto negli Stati preunitari dal dominio napoleonico poi superato con la Restaurazione, fu l'elemento che segnò l'evoluzione della giustizia amministrativa nel nostro Paese.

Possono essere isolati i seguenti momenti in relazione al mutare delle attribuzioni giurisdizionali o giustiziali, concernenti il controllo del potere pubblico nel regno di Sardegna e poi nel regno d'Italia:

- 1) 18 agosto 1831, Editto di Racconigi. Regio editto, "*pel quale S. M. crea ne' regii Stati di terraferma il Consiglio di Stato*".

- 2) Regie lettere patenti 25 agosto 1842, n. 391, con le quali "*S. M. aumenta il numero delle Intendenze generali, stabilisce presso ciascuna di esse un Consiglio per decidere sulle questioni di amministrazione contenziosa ed approva la nuova pianta degli uffici delle Intendenze generali e delle Intendenze*"; e 31 dicembre 1842, n. 399, colle quali "*S. M. regola le attribuzioni degli intendenti generali, degli intendenti e del Consiglio di intendenza, e stabilisce le forme di procedura da seguirsi*

nelle cause avanti li detti Consigli, e la regia Camera dei conti, colla tariffa dei dritti per gli atti in essa contemplati”.

3) 29 ottobre 1847, regio editto n. 641, col quale “*S. M. abolendo col privilegio di foro spettante al regio patrimonio la giurisdizione meramente giudiziaria della Camera dei conti, la costituisce tribunale supremo di tutto il contenzioso amministrativo, e regola questo contenzioso con sistemare la competenza dei Consiglio d’intendenza”.*

4) 4 marzo 1848, n. 674, adozione dello Statuto.

5) 30 ottobre 1859, leggi nn. 3705, 3706, 3707, 3708, con le quali fu riordinato il contenzioso amministrativo.

6) 20 marzo 1865, n. 2248. *Legge per l’unificazione amministrativa del regno d’Italia*; contenente le seguenti leggi:

Legge sull’amministrazione comunale e provinciale, che costituisce l’Allegato A;

Legge sulla Sicurezza pubblica, che costituisce l’Allegato B;

Legge sulla Sanità pubblica, che costituisce l’Allegato C;

Legge sull’istituzione del Consiglio di Stato, che costituisce l’Allegato D;

Legge sul contenzioso amministrativo, che costituisce l’Allegato E;

Legge sulle opere pubbliche che costituisce l’Allegato F.

7) 31 marzo 1877, n. 3761, *Legge sui conflitti di attribuzioni*, con la quale la giurisdizione sui conflitti di giurisdizione dal Consiglio di Stato viene attribuita alle “Sezioni di Cassazione istituite in Roma”.

8) 31 marzo 1889, n. 5992, *Legge che, costituendo una nuova Sezione del Consiglio di Stato per la giustizia amministrativa, modifica alcuni articoli della legge 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato D.*

9) 7 marzo 1907, n. 62, *Legge sul riordinamento degli istituti per la giustizia amministrativa.*

10) Regio decreto 30 dicembre 1923, n. 2840, *Modificazioni all’ordinamento del Consiglio di Stato e della Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale.*

1. Durante il periodo napoleonico, in Francia, si era realizzato un sistema di giustizia amministrativa nel quale operavano i Consigli di prefettura dipartimentali a livello locale e il Consiglio di Stato a livello centrale. Tale sistema era stato in vario modo seguito anche in Italia, negli Stati preunitari (ad eccezione del Granducato di Toscana). Esso fu abbandonato o entrò in crisi nel periodo della Restaurazione.

Tradizionalmente, si ritiene che il nostro attuale Consiglio di Stato sia stato creato e si sia evoluto sulla base dell’Istituto disciplinato dall’Editto di Racconigi, anche se in proposito si può far riferimento ad una riorganizzazione dell’antico Istituto napoleonico travolto dalla Restaurazione.

Si trattava di un alto consesso avente soltanto funzioni consultive in una serie di affari specificamente fissati e in quegli affari che si fosse ritenuto conveniente fare esaminare ad esso:

art. 20, primo comma: *Il Consiglio di Stato non stabilirà mai cosa veruna in forma di decisione, ma in maniera di deliberazione consultiva. Si dichiarerà sempre nella deliberazione, se è stata presa all’unanimità, o con una maggioranza assoluta o relativa di avvisi.*

art. 21: *Il Consiglio di Stato sarà incaricato dell'esame e della discussione di tutte le disposizioni legislative, o di regolamento che deggiono partire da Noi.*

Egli sarà del pari chiamato a deliberare sovra tutto ciò che riguarda il mantenimento dell'ordine stabilito dalle Leggi, dagli Editti o dai Regolamenti.

art. 23: *Gli affari di universale importanza o di ordine pubblico, dopo l'esame preparatorio d'una delle Sezioni, secondo l'ordine delle materie, saranno sottoposti alla discussione delle sezioni riunite del Consiglio di Stato.*

Sono di questo numero:

Tutte le disposizioni generali destinate ad aver forza di Legge, ed Regolamenti di amministrazione pubblica, che dovranno essere sottoscritti di nostro ordine da uno dei Primi nostri Segretarii o dal Guarda-Sigilli;

Le questioni di competenza, che potessero elevarsi fra le nostre Segreterie;

I conflitti di giurisdizione giudiziaria, o di amministrazione, sempre quando non vi avrà provveduto qualche Legge speciale;

I diversi oggetti che avessero dato occasione alle rappresentanze dei nostri Senati, e della nostra Camera de' Conti;

Le determinazioni generali che ragguardano alla conservazione del buon ordine, alle Opere pie ed Istituzioni di carità, alla salute pubblica, al perfezionamento degli studi, e progresso delle scienze, all'agricoltura, all'industria, ed al commercio;

Il bilancio generale dello Stato tanto attivo, che passivo, coi supplementi di fondo che possono esser richiesti qualche volta dopo ordinato esso bilancio.

I cambiamenti a farsi sia nella determinazione, che nella natura e quantità delle pubbliche imposte;

Le condizioni dei prestiti, che i bisogni ben conosciuti dello Stato potrebbero metterci nel caso di contrattare;

Le modificazioni che potessero aver luogo nel levarsi e rendersi i conti del pubblico tesoro, o nella liquidazione del debito pubblico;

Le variazioni di cui fossero suscettivi i Regolamenti sulle Dogane e sulle Gabelle, e le tariffe delle monete sia nazionali che straniere;

I conti delle Amministrazioni e delle Intendenze generali;

Ed infine tutti gli altri affari non specificati di sopra, che Noi crederemo conveniente di fare dapprima esaminare dal Consiglio di Stato.

2. Con le Regie Lettere Patenti del 1842, può ritenersi realizzato nel Regno di Sardegna un sistema di contenzioso amministrativo. Le questioni di amministrazione contenziosa furono attribuite in primo grado alla giurisdizione dei Consigli d'Intendenza (istituiti presso ogni Intendenza generale e composti dall'Intendente generale e da due consiglieri nominati per Lettere Patenti (artt. 7, Regie Lettere Patenti, n. 391 e 19, Regie lettere patenti n. 399). Si trattava di controversie in materia di:

- 1) esazione dei redditi e dei crediti demaniali, intelligenza ed eseguitamento dei contratti d'affittamento di beni demaniali;

- 2) riscossione entrate provinciali e comunali;
- 3) intelligenza ed eseguiamento di contratti per lavori nell'interesse delle Aziende dipendenti dal Dicastero dell'Interno e delle Finanze;
- 4) contratti di somministrazione o lavori nell'interesse delle Comunità, nonché contratti d'affittamento di beni comunali;
- 5) appalti dei dazi di consumo;
- 6) catasto;
- 7) controversie fra le Comunità ed i particolari per corrosioni od alluvioni;
- 8) contestazioni circa il riparto e pagamento delle contribuzioni regie, provinciali e comunali;
- 9) fissazione delle quote imposte dai Comuni ai venditori al minuto;
- 10) danni a suoli o strade provinciali e comunali;
- 11) responsabilità per opere che incidono sul corso di fiumi, torrenti;
- 12) servitù di marciapiedi lungo i fiumi navigabili;
- 13) classificazione delle strade comunali e concorso nelle spese di manutenzione delle strade comunali;
- 14) risarcimento danni derivante dall'esecuzione di lavori pubblici.

Qualora il valore della causa avesse ecceduto le lire mille duecento era ammesso l'appello alla Camera dei conti (art. 27 Regie Lettere Patenti, n. 399); in materia contravvenzionale, era attribuita giurisdizione ai Consigli ove non fosse prevista la pena del carcere in via principale in materie specificamente indicate (artt. 37 e 38 Regie Lettere Patenti, n. 399). "Delle sentenze profferite dai Consigli per contravvenzioni, che importino una pena pecuniaria eccedente le lire trecento, avrà luogo l'appello alla Nostra Camera dei conti" (art. 39 Regie Lettere Patenti, n. 399).

Nei due modelli di ordinamento del contenzioso derivanti dalla scuola francese (legislazione dell'anno VIII) – il francese dualista e il belga monista²¹, nel quale si era realizzato l'ideale del Duca di Broglie e del dottrinarismo liberale con la giurisdizione unica – viene, con le Regie Lettere Patenti, prescelto il primo dei due. Può quindi individuarsi, con riferimento alle Regie Lettere Patenti del 1842, l'inizio di quel dibattito concernente la scelta fra il sistema dualista e quello monista, che ha interessato in Italia la legislazione, la politica, la dottrina durante il corso della seconda parte del 1800.

3. Il Regio editto 29 ottobre 1847, n. 641, composto, oltre che dal preambolo, da 122 articoli, divisi in cinque titoli ("Della Camera dei conti" artt. 1-24; "Dei Consigli d'Intendenza" artt. 25-45; "Del Procedimento negli affari di competenza dei Consigli" artt. 46-98; "Dei conflitti" artt. 99-113; "Dei diritti e degli emolumenti dovuti per gli atti del Contenzioso amministrativo" artt. 114-117) e in disposizioni generali (artt. 118-122), perfezionò e rese maggiormente organica la disciplina del contenzioso amministrativo. In particolare fu tolta alla Camera dei conti e attribuita alla giurisdizione ordinaria la cognizione delle controversie in cui era interessato il Regio Patrimonio, "e così il Fisco

cesserà di avere per se stesso un privilegio di foro” (art. 1). Alla Camera dei conti fu esclusivamente riservato quale giudice, la suprema giurisdizione del contenzioso amministrativo comprendente il giudizio “in supremo grado in via d’appello dalli giudicati dei Consigli d’Intendenza” e “l’arresto definitivo dei conti di tutti i contabili di danaro Regio o Provinciale” (art. 3). Le decisioni della Camera non erano soggette a ricorso per cassazione ma soltanto a ricorso per revocazione nei casi previsti dall’art. 7 (errore di fatto, successivo rinvenimento documenti rilevanti, ultrapetizione, violazione di norme del giudizio prescritte a pena di nullità, ove con la sentenza non si fosse pronunciato sulla nullità o questa non fosse stata sanata dalla parte che poteva opporla). Le funzioni del pubblico Ministero presso la Camera erano sostenute dal Procuratore generale del Re e dai suoi sostituti (art. 18). La Camera manteneva le proprie attribuzioni non giurisdizionali per l’interinazione e registrazione delle leggi, l’alienazione di cose demaniali e quanto altro previsto dall’art. 15. I Consigli d’Intendenza furono definiti “i giudici ordinari del contenzioso amministrativo” (art. 25). Va quindi sottolineato che nell’ordinamento del contenzioso amministrativo Consigli d’Intendenza e Camera dei conti, composte da magistrati inamovibili, emanavano sentenze in proprio, in quanto erano titolari di giurisdizione (“delegata”) e non di giurisdizione ritenuta. Va infine riportato che la materia dei conflitti di amministrazione e di giurisdizione continuava ad essere decisa dal Governo su parere del Consiglio di Stato, secondo il modello delle giustizie ritenute (artt. 108 e 111).

Sui conflitti fra due Consigli d’Intendenza decideva la Camera dei conti (art. 113).

4. Lo Statuto albertino, composto oltre che dal preambolo da 84 articoli, in relazione al Consiglio di Stato, si limitava a prevedere che una delle categorie fra le quali potevano essere scelti i senatori fosse quella dei Consiglieri di Stato dopo cinque anni di funzioni (art. 33, primo comma, n. 15); e a stabilire che si sarebbe dovuta emanare una legge sul riordinamento del Consiglio di Stato (art. 83, comma primo).

Lo Statuto comportò la esigenza di coordinare le nuove forme politiche con quelle amministrative. Si manifestarono quindi i diversi orientamenti di chi, come il Galvagno, che ministro dell’Interno nel 1850 propose un disegno di legge, riteneva che la giurisdizione dovesse essere unica e che il contenzioso amministrativo dovesse essere attribuito ai Tribunali ordinari, e chi, come il Rattazzi, ministro dell’Interno nel 1854, riteneva al contrario che la completa abolizione dei Tribunali del contenzioso amministrativo compromettesse gravi interessi^[3].

5. Fu proprio il Rattazzi che nel 1859 riuscì a trasformare in legge i suoi progetti di moderata riforma, quando il Governo poté esercitare i pieni poteri ad esso conferiti in occasione della guerra per l’indipendenza.

La legge 23 ottobre 1859 modificò l’ordinamento amministrativo. Con la nuova normativa il Regno fu diviso in province, circondari, mandamenti e comuni. Ogni provincia fu retta da un governatore. Il Consiglio di Governo, presieduto dal Governatore e composto da non più di 5 consiglieri, ebbe le competenze consultive e amministrative attribuite dalla legge.

Quindi con le quattro leggi del 30 ottobre 1859 (nn. 3705, 3706, 3707, 3708) fu riordinato il contenzioso amministrativo.

In particolare:

- con la legge n. 3705 fu soppressa la Camera dei conti (art. 9); le sue attribuzioni quale giudice di appello del Contenzioso amministrativo furono devolute al Consiglio di Stato (art. 2). L'appello in materia di contabilità così come le attribuzioni non giurisdizionali in materia di contabilità, furono devolute alla Corte dei conti, istituita con la legge n. 3706;
- con la legge n. 3707 fu riordinato il Consiglio di Stato cui oltre alle funzioni consultive furono date funzioni giurisdizionali (art. 12). Alla III Sezione (Sezione del contenzioso) furono attribuite le funzioni giurisdizionali. Oltre alle funzioni di giudice di appello del contenzioso amministrativo sulle decisioni dei Consigli di Governo (art. 22), al Consiglio di Stato fu attribuita giurisdizione in unico grado in materia di debito pubblico, di richiami relativi alla liquidazione delle pensioni a carico dello Stato (art. 23), di miniere, cave e usine (art. 24). Restavano al Consiglio di Stato le attribuzioni consultive in materia di conflitti di giurisdizione, e il parere doveva essere dato in assemblea generale (art. 17);
- la successiva legge n. 3780, del 30 novembre, delineò le varie ipotesi di conflitti positivi fra autorità giudiziarie e fra queste ultime e l'autorità amministrativa; e di conflitti negativi fra tribunali ordinari e Tribunali del contenzioso.

6. Dopo l'unificazione riprese vigore il dibattito fra sostenitori della giurisdizione unica secondo il modello della Costituzione belga del 1831, quindi dell'abolizione del contenzioso amministrativo (Minghetti, Boncompagni e Mancini), e coloro che invece volevano mantenere il sistema del contenzioso per il suo dimostrato buon funzionamento (Rattazzi, Crispi e Cordova). Nel corso di questo ampio dibattito, emerge la distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi. Il Mancini nel suo lungo discorso alla Camera in risposta all'intervento del Cordova, rilevò che non era sostenibile che all'Amministrazione fosse riservato il giudizio sui suoi atti, perché giudicare è diverso da amministrare e perché i diritti dei cittadini devono essere garantiti dal giudice. Il Mancini nel suo intervento, inoltre, fece riferimento moltissime volte alla circostanza che i magistrati del Consiglio di Stato non godevano della garanzia dell'inamovibilità.

La preoccupazione del Cordova e dei sostenitori del sistema del contenzioso, era quella di garantire la Amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale dal controllo del giudice.

Prevalsero i primi^[4], e fu approvata la legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia (n. 2248 del 20 marzo 1865). La legge conteneva 6 allegati. Riguardavano direttamente la giustizia amministrativa gli allegati D ed E. L'allegato E prevedeva l'abolizione dei Tribunali del contenzioso amministrativo (art. 1), e l'attribuzione alla giurisdizione ordinaria di "tutte le cause per contravvenzione e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'Autorità amministrativa" (art. 2). Il giudice ordinario poteva solo conoscere degli effetti dell'atto in relazione alla singola controversia; non poteva

modificare o annullare l'atto, ma soltanto disapplicarlo (giudicare il caso come se l'atto illegittimo non ci fosse) (art. 4). Tutti gli affari non attribuiti al giudice ordinario erano affidati ai decreti dell'autorità amministrativa e all'eventuale ricorso gerarchico (art. 3). L'art. 12 dell'allegato E prevedeva che non venisse "fatta innovazione alla giurisdizione della Corte dei conti e del Consiglio di Stato in materia di contabilità e di pensioni".

L'allegato D, sull'istituzione del Consiglio di Stato, accanto alle attribuzioni consultive (artt. 7, 8 e 9), indicava le materie nelle quali il Consiglio di Stato esercitava la propria giurisdizione (art. 10), delineava le regole del giudizio e i poteri del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (artt. 25, 26 e 27) e l'ambito territoriale di applicazione della nuova normativa (art. 28).

Gli articoli 10, 25, 26, 27 e 28, dell'allegato D, così disponevano:

art. 10: *Il Consiglio di Stato esercita giurisdizione propria pronunziando definitivamente con decreti motivati:*

1° Sui conflitti che insorgono tra l'autorità amministrativa e la giudiziaria;

2° Sulle controversie fra lo Stato ed i suoi creditori, riguardanti l'interpretazione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti e delle altre sul debito pubblico;

3° Sui sequestri di temporalità, sui provvedimenti concernenti le attribuzioni rispettive delle podestà civili ed ecclesiastiche, e sopra gli atti provvisori di sicurezza generale relativi a questa materia;

4° Sulle altre materie che dalle leggi generali del regno sono deferite al Consiglio di Stato e sopra tutte le questioni che da leggi speciali non per anco abrogate nelle diverse province del regno fossero di competenza dei Consigli e delle Consulte di Stato.

L'istanza per queste decisioni è trasmessa al Consiglio di Stato dal ministro di grazia, giustizia e culti.

Art. 25: Le decisioni sulle materie, di cui all'art. 10, si deliberano in adunanza generale, con le forme prescritte dal regolamento interno.

Art. 26: Le parti potranno presentare scritture a difesa e produrre documenti nel termine che verrà loro fissato dal Consiglio.

Art. 27: Le parti di Ministero Pubblico nell'istruzione degli affari previsti ai numeri 2 e 3 dell'art. 10, vengono commesse dal Ministro di grazia, giustizia e culti ad un consigliere di Stato o ad un referendario, al quale saranno trasmessi tutti i documenti necessari assieme all'atto con cui si eccita la giurisdizione del Consiglio.

La relazione è dal presidente affidata ad un consigliere di Stato.

Sulla requisitoria del Ministero Pubblico il Consiglio di Stato, lette le scritture difensive, rimuove l'ostacolo dell'atto abusivo, o secondo i casi lo annulla e rimette le cose nello stato precedente.

Art. 28: La presente legge andrà in vigore col 1° luglio 1865, col qual giorno cesseranno di esistere i Consigli di Stato del già Regno di Sardegna e del già Granducato di Toscana, il Consiglio amministrativo di Napoli e la Commissione dei presidenti di Palermo, e saranno abolite tutte le leggi costitutive di questi alti dicasteri, ai quali viene a tutti gli effetti sostituito il Consiglio di Stato stabilito dalla presente legge, salve le prerogative del Tribunale della Monarchia di Sicilia.

Da questa normativa si ricava:

- a) che il Consiglio di Stato nella sua nuova veste continuò ad avere attribuzioni definibili giurisdizionali in unico grado in determinate materie anche dopo l'abolizione della giurisdizione ordinaria del contenzioso amministrativo, disposto dall'allegato E;
- b) che oltre ai poteri annullatori aveva poteri giustiziali generali, come si ricava dalla natura delle controversie alla sua giurisdizione demandate e dalla indicazione dei poteri di cui all'art. 27, comma terzo;
- c) che con l'allegato D, l'attribuzione della decisione dei conflitti acquistava carattere giurisdizionale.

7. Con la legge n. 3761 del 31 marzo 1877 prevalse la tesi sostenuta dal Mancini e dal Mantellini, secondo la quale la risoluzione dei conflitti doveva essere attribuita al supremo magistrato giudiziario. La legge affidò tale giurisdizione alle sezioni unite di Cassazione, istituite in Roma.

Secondo una statistica pubblicata in allegato all'opera del Mantellini (*I conflitti di attribuzione in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Firenze, 1878, e riportata da Antonio Salandra in *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, p. 414, n. 19), il Consiglio di Stato dal 1865 al 1877 pronunciò 500 decisioni in materia di conflitti, 305 per la competenza amministrativa, 111 per la competenza giudiziaria, 31 per la Corte dei conti, 22 per la competenza in parte amministrativa e in parte giudiziaria, 31 per decreti di procedere.

8. Per l'impulso decisivo di Francesco Crispi (auspici Marco Minghetti e Silvio Spaventa), il quale, ministro dell'Interno, il 22 novembre 1887 presentò un disegno di legge di "Modificazioni della legge del Consiglio di Stato", fu approvata la legge che istituiva la sezione del Consiglio di Stato per la giustizia amministrativa (legge 31 marzo 1889, n. 5992).

La finalità di tale legge, dichiarata nella relazione al progetto, era quella di dare tutela agli interessi sacrificati dalla legge 20 marzo 1865, all. E ("La legge 20 marzo 1865, allegato E, [...] se per una parte fu l'applicazione del principio di libertà, segnò per l'altra un vero regresso, in quanto che lasciò al solo apprezzamento dell'autorità amministrativa interessi che prima avevano un giudice").

La legge Crispi, all'art. 1, modificando gli artt. 1, 4 e 14 dell'allegato D alla legge 20 marzo 1865, introduceva garanzie di inamovibilità per i magistrati del Consiglio di Stato.

Del resto nell'acceso dibattito che si era svolto un argomento sul quale avevano insistito i fautori della giurisdizione unica (sistema monistico) era che i consiglieri di Stato, a differenza dei giudici dell'Ordine giudiziario ai quali la garanzia dell'inamovibilità era stata attribuita dall'art. 68, secondo comma dello Statuto, non godevano di tale garanzia.

Sulla base dell'art. 25 della legge Crispi, il testo della legge venne coordinato con quello dell'allegato D, della legge 20 marzo 1865, nel testo unico della "legge sul Consiglio di Stato", approvato con r.d. 2 giugno 1889, n. 6166.

L'art. 24 TU, che riporta l'art. 3 della legge Crispi, attribuiva alla neoistituita IV Sezione "di decidere su ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici quando i ricorsi medesimi non siano di

competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali".

Si trattava quindi della giurisdizione generale del giudice amministrativo per lesione di interessi legittimi.

Accanto a questa nuova generale attribuzione, la legge Crispi attribuiva in via specifica la cognizione di alcune materie, prevedendo che in quei casi il Consiglio di Stato pronunciasse anche "in merito". Il r.d. 2 giugno 1889, n. 6166 ("Regio decreto che approva il testo unico della legge sul consiglio di Stato"), all'art. 25, riprodusse l'art. 4 della legge Crispi, aggiungendovi le attribuzioni di cui all'art. 10 dell'allegato D della 2248/1865, ad eccezione di quella sui conflitti, che la legge del 1877 aveva trasferito alla Cassazione di Roma. Anche per le ipotesi speciali di cui all'art. 10 dell'allegato D, il TU mantenne la previsione di una decisione "pronunciando in merito".

Altre attribuzioni specifiche della IV Sezione furono quelle attribuite dall'art. 21 della legge 1 maggio 1890, n. 6837, sulle giunte provinciali amministrative (legge sull'ordinamento della giunta provinciale amministrativa).

Si riportano di seguito sia gli artt. 25, 37 e 38 del TU, concernenti il primo le attribuzione giurisdizionali specifiche del Consiglio di Stato, il secondo i suoi poteri istruttori, il terzo i suoi poteri decisori, sia l'art. 21 della legge n. 6837/1890.

Testo unico

Art. 25: La sezione quarta del Consiglio di Stato decide pronunciando anche in merito:

- 1. Delle controversie fra lo Stato e i suoi creditori, riguardanti l'interpretazione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti e delle altre sul debito pubblico;*
- 2. Dei sequestri di temporalità, dei provvedimenti concernenti le attribuzioni rispettive delle podestà civili ed ecclesiastiche, e degli atti provvisori di sicurezza generale relativi a questa materia;*
- 3. Dei ricorsi nelle materie che, a termini delle leggi vigenti, sono attribuite alla decisione del consiglio di Stato;*
- 4. Dei ricorsi per contestazioni fra comuni di diverse provincie per l'applicazione della tassa istituita dalla legge 11 agosto 1870, n. 5784, allegato 0;*
- 5. Dei ricorsi per contestazioni sui confini di comuni o di provincie;*
- 6. Dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico;*
- 7. Dei ricorsi in materia di consorzi per strade le quali tocchino il territorio di più provincie, e sopra contestazioni circa i provvedimenti per regime delle acque pubbliche ai termini della prima parte dell'articolo 124, legge 20 marzo 1865, sulle opere pubbliche;*
- 8. Dei ricorsi contro il diniego dell'autorizzazione a stare in giudizio ad enti morali giuridici sottoposti alla tutela della pubblica amministrazione;*
- 9. Dei ricorsi sopra tutte le questioni che per leggi speciali non peranco abrogate nelle diverse provincie del Regno siano state di competenza dei consigli e delle consulte di Stato. Nulla è*

innovato, anche per le materie prevedute in questo articolo alle disposizioni delle leggi vigenti, per quanto riguarda la competenza giudiziaria.

Art. 37: Se la sezione riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione con le risultanze dei documenti, prima di decidere sul merito, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti o la produzione di documenti od ordinare all'amministrazione medesima di far nuove verificazioni, autorizzando le parti, quando ne sia il caso ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti.

Art. 38: Se la sezione riconosce infondato il ricorso, lo rigetta.

Se accoglie il ricorso per motivo d'incompetenza, annulla l'atto o provvedimento e rimette l'affare all'autorità competente.

Se accoglie il ricorso per altri motivi, nei casi previsti dall'art. 24 annulla l'atto o provvedimento, salvo gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa; e, nei casi previsti dall'art. 25 decide nel merito.

Se la sezione riconosce che il punto di diritto sottoposto alla sua decisione ha dato luogo a precedenti decisioni tra loro difformi della stessa sezione, potrà rinviare con ordinanza la discussione della controversia ad altra seduta plenaria col concorso di nove votanti.

La decisione è definitiva.

Legge 6837/1890:

Art. 21: Alle materie sottoposte alle decisioni di merito della quarta sezione del consiglio di Stato ai termini dell'articolo 4 della legge 31 marzo 1889, n. 5992, sono aggiunte le seguenti:

- 1. Ricorsi contro il decreto emanato dal prefetto per provvedere, ai termini del secondo capoverso dell'art. 106 della legge comunale e provinciale, all'amministrazione delle proprietà od attività patrimoniali delle frazioni o agli interessi dei parrocchiani, che fossero in opposizione con quelli del comune o di altre frazioni del medesimo;*
- 2. Ricorsi contro il decreto del prefetto che, in seguito a reclamo di parte o d'ufficio, abbia provveduto per regolare o vietare l'esercizio di industrie insalubri o pericolose, ai termini degli articoli 32, 33 e 34 della legge sulla pubblica sicurezza;*
- 3. Contestazioni circa la competenza passiva delle spese ritenute rispettivamente obbligatorie per lo Stato, per la provincia e per il comune, a termini delle leggi vigenti in materia di sanità pubblica; e ricorsi intorno alla competenza in materia di spedalità tra provincia e provincia;*
- 4. Ricorsi in materia di consorzi per opere idrauliche per le quali provvede lo Stato in concorso delle provincie e degli interessati, o alle quali concorre lo Stato nell'interesse generale;*
- 5. Ricorsi in materia di concorso di spesa per opere di bonificazione eseguite direttamente dallo Stato col concorso delle provincie, dei comuni e dei proprietari interessati;*
- 6. Ricorsi intorno alla classificazione delle strade provinciali, e contro le deliberazioni della giunta provinciale amministrativa intorno alla classificazione delle strade comunali;*

7. *Ricorsi contro provvedimenti della pubblica amministrazione in merito ad opere di privato interesse, esistenti o che potessero occorrere attorno alle strade nazionali, od alla costruzione o riparazione dei muri od altri sostegni attorno alle strade medesime;*
8. *Ricorsi contro i provvedimenti del prefetto e contro le deliberazioni della giunta provinciale amministrativa in materia di apertura, ricostruzione o manutenzione delle strade comunali e provinciali;*
9. *Ricorsi contro le deliberazioni della giunta provinciale amministrativa in materia di pedaggi sui ponti o sulle strade provinciali o comunali;*
10. *Ricorsi contro provvedimenti ordinati dal prefetto a norma di quanto è prescritto nell'art. 378 della legge 20 marzo 1865, allegato F, sui lavori pubblici, relativi ad opere pubbliche delle province o dello Stato.*

In base a questa normativa, può ritenersi che la giurisdizione “di merito” del Consiglio di Stato sia nata in contrapposizione alla nuova giurisdizione generale, per indicare che nella prima, nella quale confluivano vecchie e nuove fattispecie, a differenza della seconda, i poteri del giudice non erano soltanto poteri di annullamento. Ciò si ricava: a) dalla natura delle fattispecie, alcune delle quali non consentivano la soluzione della controversia attraverso una pronuncia di annullamento; b) dalla circostanza che nelle ipotesi di attribuzioni preesistenti non era stato attribuito alcun potere di valutazione di opportunità; c) dalla logica del terzo comma dell'art. 38 del testo unico sopra riportato, che contrapponeva l'espressione “annulla l'atto” nei casi previsti dall'art. 24 a quella “decide nel merito” nei casi previsti dall'art. 25; d) dal significato non univoco del termine “merito” utilizzato all'art. 37 t.u. per intendere in via definitiva sulla sostanza della questione.

Può anche notarsi come con la legge Crispi sorgesse l'azione di ottemperanza per sanzionare la violazione dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali previsto dall'art. 4, secondo comma, dell'allegato E, l. n. 2248/1865.

9. La legge 7 marzo 1907, n. 62, realizzata in forma di novella al testo unico approvato con regio decreto n. 6166/1889 e alla legge n. 6837/1890, istituì la V Sezione del Consiglio di Stato, attribuendole la c.d. giurisdizione di merito, già attribuita alla IV sia in primo che in secondo grado, aggiungendo anche la materia dei ricorsi per spese di spedalità e per ricoveri degli inabili al lavoro. La nuova legge, aggiunse un secondo comma all'art. 37 del Testo unico così formulato “La Sezione V può inoltre ordinare qualunque altro mezzo istruttorio nei modi che saranno determinati dal regolamento di procedura”.

La legge in questione prevede, inoltre, l'impugnabilità delle decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato innanzi alla Corte di Cassazione per assoluto difetto di giurisdizione, e ridefinì la composizione dell'Adunanza plenaria, affidando ad essa la soluzione dei conflitti fra IV e V Sezione.

La legge del 1907 è ricordata per aver affermato la natura giurisdizionale delle decisioni della IV e V Sezione, in quanto ne ha previsto espressamente l'impugnabilità alle Sezioni unite della Corte di cassazione di Roma per difetto di giurisdizione.

In realtà sia la forma delle decisioni della IV Sezione, sia la circostanza che dal 1859 il Consiglio aveva mantenuto attribuzioni giurisdizionali, sia la ritenuta giurisdizionalità delle decisioni della IV Sezione da parte della Cassazione di Roma, indicavano la natura giurisdizionale di tali decisioni.

L'ampliamento dei poteri istruttori per la c.d. giurisdizione di merito non sembra rilevare ai fini della natura di tale giurisdizione.

Dall'esame della giurisprudenza della V Sezione fra il 1908 ed il 1923 risulta che il merito non è inteso come scelta di opportunità, ma al più come valutazione di corrispondenza dei presupposti di fatto esistenti nel caso di specie ai presupposti di fatto ritenuti necessari dalla giurisprudenza in base alla norma per quel determinato atto (così è ad esempio per i ricorsi avverso i provvedimenti del prefetto in materia di autorizzazione alla accettazione di lasciti per le istituzioni pubbliche di beneficenza, o per i ricorsi contro gli aumenti o le eccedenze delle sovrimposte comunali), o come controllo della discrezionalità tecnica.

[1] La presente relazione fa ampio riferimento alla scheda allegata a "Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Biografie dal 1861 al 1948, Giuffrè, Milano 2006.

[2] Nel sistema belga, con la legge 23 dicembre 1946 fu creato il Consiglio di Stato, con attribuzioni giurisdizionali e consultive, ed è stato quindi mutato completamente il sistema.

[3] Antonio Calandra, nel suo volume *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino 1904, pagg. 305 e 306, così si esprime:

“Dalla scuola francese erano usciti due tipi di ordinamento del contenzioso: il francese e il belga.

Nel primo, come abbiám visto, si era mantenuto sostanzialmente immutato il sistema della legislazione dell'anno VIII, con una tendenza a restituire, a grado a grado, alla giurisdizione ordinaria le materie, nelle quali più evidente era l'usurpazione del contenzioso; a dar forme e termini certi ai giudizi amministrativi; a costituire tribunali amministrativi indipendenti dal potere esecutivo. Ma tali tendenze ad una palingenesi liberale dell'istituto napoleonico, dopo un breve trionfo al tempo della seconda Repubblica, furono, proprio in quel tempo, sopraffatte dalla reazione del secondo Impero. Nel tipo belga invece s'era realizzato l'ideale del Duca di Broglie e del dottrinarismo liberale con la soppressione del contenzioso e col trionfo della giurisdizione unica. Così tra gli statisti liberali italiani alcuni, più preoccupati delle esigenze del governo ed amanti di riforme lente e graduate, pensavano bastasse una prudente e graduale attenuazione del tipo francese, cui non reputavano impossibile ispirare il soffico dei tempo nuovi; altri, più spediti nel tradurre in atto le conclusioni della teoria giuridica allora prevalente, ripudiavano, come fatale strumento di assolutismo e come intollerabile privilegio del potere esecutivo, ogni forma di giustizia che non fosse quella dei magistrati ordinari.”

[4] L'o.d.g. Crispi che chiedeva l'istituzione di Tribunali amministrativi fu respinto.