

DI ALESSANDRO MANGIA
(2 GIUGNO 2014)

Non è la prima volta che le sezioni consultive del Consiglio di Stato tentano di accreditarsi come soggetto legittimato a sollevare questione di legittimità avanti la Corte; e dunque come autorità propriamente giurisdizionale, che presiede allo svolgimento di un 'giudizio' secondo la logica dell'art. 1 l. cost. 1/1948. Già nel 2004 (dec. 254/2004) la Corte si era trovata innanzi ad una ordinanza di remissione sollevata all'interno di un procedimento per ricorso straordinario al presidente della repubblica che era stata sanzionata con una ordinanza di inammissibilità tanto precisa e puntuale da dare l'impressione di avere chiuso in modo definitivo una questione che, a rigore, non avrebbe nemmeno dovuto aprirsi. O, almeno, non avrebbe dovuto aprirsi se si avesse avuto riguardo alla decennale giurisprudenza costituzionale sulla 'giurisdizionalità' dell'autorità remittente e si fosse voluto attribuire un senso intellegibile alla secolare qualificazione di queste sezioni come 'consultive'.

E in effetti, se nel 2004 l'iniziativa delle sezioni consultive poteva apparire un tentativo quasi temerario di forzare la giurisprudenza della Corte – tanto da non avere il suo fallimento suscitato troppa attenzione - è da dire come in quella occasione la Corte avesse avuto buon gioco a riprendere i caratteri strutturali dei ricorsi amministrativi, come riconosciuti da sempre - e cioè come rimedi giustiziali interni alla pubblica amministrazione - per negare accesso alla questione di legittimità allora proposta. In particolare, secondo la Corte, non avrebbe potuto porsi legittimamente in dubbio che il ruolo del Consiglio di Stato all'interno del procedimento ex art. 11 d.P.R. 1199/1971 (Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica) fosse limitato al rilascio di un parere tecnico-giuridico in senso stretto e non potesse in alcun modo essere assimilata ad attività giurisdizionale. Secondo la Corte una conclusione del genere risultava *'ineludibile qualora si noti che l'art. 14, primo comma del d.P.R.: n. 1199 del 1971 stabilisce che, ove il ministro competente intenda proporre (al Presidente della Repubblica) una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, deve sottoporre l'affare alla deliberazione del Consiglio dei ministri, provvedimento quest'ultimo, per la natura dell'organo da cui promana, all'evidenza non giurisdizionale'*. Da qui la dichiarazione di inammissibilità della questione in quanto *'sollevata da un organo non giurisdizionale'*.

In realtà, già a quei tempi l'iniziativa delle sezioni consultive non nasceva dal nulla, ma traeva origine da una pronuncia della Corte di Giustizia delle Comunità europee (16 ottobre 1997 in cause riunite da C-69/96 a C- 79/96), secondo cui il Consiglio di Stato in sede di emissione di parere su ricorso straordinario avrebbe potuto qualificarsi come giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (ora 267 del TFUE): e cioè come giudice legittimato a trasmettere alla Corte di Giustizia questione pregiudiziale di interpretazione del diritto comunitario. In specie, secondo la Corte di Giustizia, il fatto che il rinvio pregiudiziale provenisse da un organo stabile, assistito da garanzie di indipendenza, deputato ad amministrare una procedura di applicazione di norme giuridiche comunque ispirata al principio del contraddittorio, era ragione sufficiente a conferire alla autorità nazionale la qualificazione di 'giudice' e quindi ad ammettere la questione all'esame del merito. Non vale la pena di svolgere osservazioni sulle diverse finalità del giudizio ex art. 177 Trattato CE e dunque, sulla diversità del sindacato compiuto in quell'occasione dalla Corte di Giustizia, rispetto a quello che avrebbe dovuto essere compiuto nel diritto interno. Tanto è vero che, giustamente, in quella occasione la Corte costituzionale aveva potuto superare agevolmente il problema della qualificazione intervenuta a livello di ordinamento comunitario osservando che *'il riconoscimento della natura giurisdizionale dell'organo'* da parte della Corte di Giustizia *'non è avvenuto ai fini della proponibilità del giudizio incidentale, retto da norme e principi su cui la*

Corte di giustizia della CE, nella sentenza indicata, non ha avuto da pronunciarsi'. E, viene da dire, non avrebbe potuto in alcun modo pronunciarsi.

Certo, prescindendo dal rinvio pregiudiziale, l'iniziativa delle sezioni consultive poteva invocare una qualche analogia con la giurisprudenza sulla legittimazione della Corte dei Conti a porsi come giudice *a quo* in sede di controllo preventivo di legittimità sugli atti del governo (dec. 226 del 1976) e in sede di controllo delle variazioni di bilancio (decc. 384/1991 e 25/1993). Ma anche in quel caso, secondo la Corte costituzionale, il precedente sarebbe stato inconferente, visto che si sarebbe trattato di una qualificazione strumentale ad assicurare, soprattutto nella seconda ipotesi, un qualche sindacato di legittimità ex art. 81 cost. su leggi, come le leggi di variazione del bilancio, che altrimenti sarebbero sfuggite *in toto* al controllo di legittimità costituzionale: il tutto *'a prescindere da ogni notazione sulle differenze tra funzione di controllo della Corte dei conti e funzione consultiva del Consiglio di Stato'*. In poche parole, la Corte da una parte riaffermava la propria, antica giurisprudenza sulla qualificazione delle autorità remittenti e dall'altra si riservava la possibilità di allentare il proprio sindacato quando la stretta applicazione del criterio della *'giurisdizionalità'* della autorità remittente avesse creato un blocco del controllo di costituzionalità .

Sicché la questione poteva ritenersi chiusa ed essere vista come un capitolo tutto sommato marginale all'interno di una giurisprudenza costituzionale, come è quella in punto di qualificazione dell'autorità remittente, non sempre lineare. E poteva dirsi chiusa in modo coerente tanto con la struttura di fondo dell'ordinamento italiano, che ha sempre distinto tra procedimenti giustiziali e procedimenti giurisdizionali, quanto con l'esigenza di garantire comunque la massima ampiezza del controllo di costituzionalità, visto che le norme impugnate in sede di ricorso straordinario avrebbero potuto comunque essere impugate dai soggetti interessati in sede di ricorso giurisdizionale.

2. La riproposizione del problema, semmai, è dovuta ad una serie di modificazioni legislative ed interventi giurisprudenziali che stanno alla base di questa dec. 73 del 2014. Ed è dovuta, probabilmente, anche al diverso ruolo assunto negli ultimi anni dal ricorso straordinario nel sistema complessivo della giustizia amministrativa, che sembra ormai essere inteso, soprattutto dal Consiglio di Stato, come un rito abbreviato e alternativo rispetto al ricorso giurisdizionale ordinario.

Innanzitutto veniva meno, nel procedimento ex art. 11 d.P.R. 1199/1971 il potere del ministro di discostarsi dalle valutazioni del Consiglio di Stato. La l. 69/2009 (art. 69) prescriveva ora che l'atto ministeriale da trasmettersi al presidente della repubblica per l'emanazione avrebbe dovuto essere *'conforme'* al parere delle sezioni consultive: sicché d'un tratto il parere del Consiglio di Stato diveniva un parere vincolante, con esclusione del potere del ministro di provocare una decisione difforme da parte del Consiglio dei ministri. Ma soprattutto la stessa l. 69/2009 inseriva una norma speciale che attribuiva al Consiglio di Stato il potere di sollevare questione di legittimità costituzionale ex art. 23 l. 87/1953, qualora la decisione del ricorso presupponesse l'applicazione di una norma della cui legittimità si dubitasse: in poche parole una norma di legge che, in apparente contrasto con la riserva di legge costituzionale posta dall'art. 137/1, attribuiva competenza a sollevare questione di legittimità ad un organismo consultivo.

Non solo, ma sulla scorta di questo intervento legislativo, prima interveniva una decisione delle S.U. della Cassazione in sede di ricorso per motivi di giurisdizione (art. 111 cost.) proposto dal CSM (Cass. Civ. Sez. Unite, 19 dicembre 2012, n. 23464) e quindi due decisioni del Consiglio di Stato (A.P. 6 maggio 2013 n. 9 e A.P. 6 maggio 2013 n. 10) nelle quali si affermava la natura pienamente giurisdizionale del procedimento per ricorso straordinario muovendo da tre presupposti comuni: dal fatto che la conversione del parere del Consiglio di Stato in parere vincolante ex l.

69/2009 sarebbe stato un dato sufficiente ad assimilare il procedimento giustiziale al procedimento giurisdizionale; dal fatto che, coerentemente con questa assimilazione, la l. 69/2009 avrebbe attribuito al Consiglio di Stato in sede consultiva il potere di sollevare questione di legittimità costituzionale; dal fatto che, esclusasi dalla riforma del processo amministrativo la proponibilità del ricorso straordinario in materie non devolute alla giurisdizione amministrativa, presupposto del ricorso sarebbe la sussistenza di giurisdizione del giudice amministrativo. Tre indici da cui si sarebbe potuta desumere la sostanziale 'giurisdizionalizzazione' del ricorso straordinario.

Che non si trattasse di argomenti irresistibili, caratterizzati da qualche salto logico, è di tutta evidenza. Nell'ordine, si finiva con il sostenere che l'attività consultiva, quando si traduca in parere vincolante, equivale ad attività decisoria; che il legislatore può fissare forme di accesso al processo costituzionale con legge ordinaria, in difformità da quanto disposto dall'art. 137 cost.; che, siccome il ricorso amministrativo si potrebbe esperire solo laddove sia esperibile il ricorso giurisdizionale, il ricorso amministrativo sarebbe espressione di attività giurisdizionale.

Ora, se, questi erano i presupposti, si può capire come la decisione della Corte su una nuova ordinanza di remissione adottata dal Consiglio di Stato in sede consultiva, fosse assai meno scontata di quanto non potesse essere nel 2004. Non solo Cassazione a Sezioni Unite e Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria avevano affermato la nuova natura 'giurisdizionale' del procedimento su ricorso straordinario; non solo per la Corte di Giustizia il procedimento in questione doveva ritenersi sede opportuna per il rinvio pregiudiziale fin dal 1997; ma ad essere impugnata, in questa occasione, per eccesso di delega era la stessa norma della legge delega di riordino del processo amministrativo (l. 104/2010) che limitava (art. 7 co.8) l'esperibilità del ricorso giustiziale alle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. E cioè la norma da cui si desumeva uno degli indici di 'giurisdizionalità' del nuovo ricorso straordinario.

Era dunque una decisione difficile, dal momento che la Corte si trovava di fronte all'alternativa tra lo sconfessare gli orientamenti appena affermati da Cassazione e Consiglio di Stato ovvero adeguarsi ad una evoluzione giurisprudenziale i cui presupposti concettuali erano (e ancora oggi restano) tutt'altro che solidi. E che urtavano contro le categorie concettuali che da sempre reggono la distinzione tra attività giurisdizionale ed attività amministrativa; tra decisione e parere vincolante; tra rimedio giustiziale e rimedio giurisdizionale.

Si resta però sorpresi nel leggere che, secondo la Corte costituzionale, *“l'acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, che assume così carattere di decisione, ha conseguentemente modificato l'antico ricorso amministrativo, trasformandolo in un rimedio giustiziale, che è sostanzialmente assimilabile ad un “giudizio”, quantomeno ai fini dell'applicazione dell'art. 1 della l. cost. 1 del 1948 e dell'art. 23 della l. 87/1953”*.

Ora, se si può convenire sul fatto che bene ha fatto la Corte a limitare la propria affermazione alla proponibilità della questione di legittimità, non si può non restare stupiti di fronte alla tesi per cui la conversione del parere del Consiglio di Stato da obbligatorio a vincolante trasformerebbe di fatto questo parere in una *decisione*. E, se le parole hanno un senso, non si può non restare stupiti nel leggere che un rimedio “giustiziale” possa essere sostanzialmente assimilato ad un “giudizio”.

Ché delle due l'una: o si ammette che il rimedio è giustiziale perché non è giurisdizionale, e dunque non è un “giudizio”, ma un procedimento tutto interno all'amministrazione che si avvale dell'apporto tecnico-consultivo del Consiglio di Stato e si conclude con un provvedimento, per quanto vincolato. Oppure bisogna ammettere che qui si ha a che fare con un procedimento giurisdizionale che però si svolge tra ministero e Consiglio di Stato in sede consultiva; si fonda su una istruttoria gestita dal ministero; ha un contraddittorio garantito in forma ridotta e - cosa davvero

strana per un procedimento giurisdizionale - si conclude con un decreto proposto dal ministro ed emanato dal Presidente della Repubblica impugnabile in primo grado avanti al TAR come provvedimento amministrativo: in altre parole, un atto sostanzialmente giurisdizionale e formalmente amministrativo. Per non parlare del fatto che, se le parole hanno un senso, e si può ancora distinguere tra istruttoria, consulenza e decisione, l'organo decidente (e cioè il Presidente della Repubblica e, indirettamente, il ministro proponente) può sempre chiedere un riesame della questione all'organo da cui provengono le risultanze istruttorie o lo stesso parere. E per non parlare del fatto che, nel caso di impugnazione di regolamenti governativi, le sezioni consultive si troverebbero ad intervenire su un atto alla cui formazione hanno partecipato in qualità di organismo consultivo (art. 17 l. 400/1988).

Non è però questo l'unico punto problematico della decisione, almeno se si pone mente a quel passaggio della decisione per cui l'art. 69 della l. 69/2009 avrebbe realizzato *“la traslazione del suddetto ricorso straordinario dall'area dei ricorsi amministrativi a quella dei rimedi giustiziali”*. I ricorsi amministrativi sono sempre stati rimedi giustiziali e come tali sono sempre stati definiti proprio per distinguerli dai rimedi giurisdizionali, vista la loro collocazione tutta interna all'amministrazione. E non si capisce cosa sarebbe mutato, da questo punto di vista, dopo la conversione del parere del Consiglio da obbligatorio a vincolante, né da un punto di vista terminologico, né da un punto di vista sostanziale.

Tanto più che, se davvero l. l. 69/2009 avesse posto le condizioni per la creazione di un nuovo procedimento giurisdizionale avanti le sezioni consultive del Consiglio di Stato, alternativo o integrativo, rispetto al processo amministrativo si sarebbe dato vita ad una nuova giurisdizione speciale, ancorché incardinata presso il Consiglio di Stato, pur in presenza di un divieto costituzionale (art. 102 cost.) di istituzione di nuovi giudici speciali.

3. E allora, in presenza di un atteggiamento così netto e univoco, forse sarebbe stato troppo pretendere che la Corte costituzionale interrompesse questo singolare 'dialogo' tra le Corti, soprattutto in presenza di una disposizione di legge che ora riserva espressamente alle sezioni consultive del Consiglio di Stato il potere di sollevare questione di legittimità. Tanto più che significative aperture in questo senso si erano già avute con la dec. 265/2013, riferita ai ricorsi straordinari al Presidente della regione Sicilia, dove la Corte aveva ritenuto perfettamente applicabile l'art. 69 l. 69/2009 e dunque aveva ritenuto ammissibile la questione di legittimità.

Ma è proprio con riferimento a questa norma che sorgono le perplessità più gravi, stante la riserva di legge costituzionale sui modi, termini e forme di proponibilità del giudizio costituzionale. Diversamente dalla dec. 254/2004, in questa decisione la Corte si mostra perfettamente consapevole del fatto che una norma (meramente) legislativa, attributiva di competenza a sollevare questione di legittimità, è quantomeno in tensione rispetto alla prescrizione dell'art. 137/1 cost. La Corte tuttavia risolve il problema affermando che l'intervenuta, concorde qualificazione del ricorso straordinario come rimedio propriamente giurisdizionale consentirebbe di superare i dubbi di legittimità della norma, ritenendo soddisfatte da questa (nuova) qualificazione le condizioni poste dal l. cost. 1/1948 per la proposizione dell'ordinanza di remissione: ossia il fatto che l'ordinanza provenga da un 'giudice' nel corso di un 'giudizio'. Dà, insomma, per avvenuta la equiparazione 'sostanziale' tra rimedi 'giustiziali' e rimedi 'giurisdizionali', adeguandosi a quello che sembra ora il diritto vivente stabilito da Cassazione e Consiglio di Stato; e sembra conferire un valore soltanto dichiarativo alla norma di cui all'art. 69 l. 69/2009. In altre parole, nel ragionamento della Corte, stante l'avvenuta conversione (o assimilazione) del ricorso straordinario in rimedio giurisdizionale, le sezioni consultive sarebbero state 'giudice' ex art. 1 l. cost. 1/1948 anche in assenza della previsione legislativa.

E' però interessante osservare che, tanto per il Consiglio di Stato quanto per la Cassazione, la norma di espressa attribuzione di competenza a sollevare questione di legittimità contenuta nell'art. 69 era uno degli indici più sicuri (assieme alla singolare tesi del carattere decisorio del parere vincolante) per approdare al riconoscimento del carattere giurisdizionale del ricorso straordinario. Sicchè, in questo 'dialogo' tra Corti, da una parte (Consiglio di Stato) ci si appoggia all'art. 69 per sostenere la 'giurisdizionalità' del ricorso straordinario e dall'altra ci si appoggia – come ora fa la Corte costituzionale - alla 'giurisdizionalità' del ricorso per sostenere che l'art. 69 non violerebbe la riserva ex art. 137 cost., in un gioco di rinvii che appare davvero singolare, anche a tenere presenti le diverse finalità dei due giudizi.

Non è questo un elemento di poco conto. Né si può ritenere che quello della conformità a costituzione dell'art. 69 l. 69/2009 fosse un problema che non era stato intravisto in precedenza. Al proposito vale la pena di osservare come la stessa Corte di Cassazione, nella sentenza del 2012, pur affermando il carattere giurisdizionale del procedimento, si fosse mostrata molto cauta sulla conformità dell'art. 69 l. 69/2009 all'art. 137 cost.; e dubbi ancora più forti fossero stati espressi in altri episodi giurisprudenziali (cfr. ad es. TAR Lazio 4104/2010) che dubitavano dell'avvenuta 'trasformazione' del ricorso amministrativo in rimedio giurisdizionale e della possibilità per il legislatore ordinario di aprire e chiudere a piacimento gli accessi al giudizio di legittimità.

Come si è detto, forse sarebbe stato troppo attendersi dalla Corte una decisione di segno diverso, viste le pronunce intervenute negli ultimi anni in punto di natura del ricorso straordinario; e viste le ambiguità, terminologiche e concettuali, su cui queste pronunce si fondavano. E' evidente che, per la Corte costituzionale, che giungeva per buona ultima a pronunciarsi sulla questione, la strada più facile era quella di dismettere la propria precedente giurisprudenza, adeguarsi alle nuove interpretazioni di Cassazione e Consiglio di Stato e riconoscere, ai fini della proposizione della questione di legittimità, il carattere di 'giudice' delle sezioni consultive. E così è stato fatto, anche a costo di suggellare definitivamente una trasformazione nell'assetto della giustizia amministrativa tutt'altro che pacifica, che si fonda sulla equivalenza tra parere vincolante e decisione; e a costo di relativizzare, se non di svuotare di senso, la garanzia formale dell'art. 137/1 cost.

L'alternativa sarebbe stata quella di riqualificare, in opposizione a Cassazione e Consiglio di Stato, il procedimento per ricorso straordinario come procedimento amministrativo e sollevare innanzi a sé questione di legittimità dell'art 69 l. 69/2009, facendo venire meno una delle premesse su cui si fondava la nuova qualificazione – tutta giurisprudenziale - del ricorso al capo dello stato.

E' stato dunque questo l'esito, controverso, di una vicenda che, realisticamente, non avrebbe potuto concludersi in modo lineare se non intervenendo sulle sue discutibilissime premesse giurisprudenziali. E che dà la misura delle ambiguità che, dopo la riforma, oggi attraversano il sistema della giustizia amministrativa e, inevitabilmente, ridondano anche all'interno del processo costituzionale.