

**Sulla natura del ricorso straordinario:
l'illegittimità costituzionale dell'art. 69 della l. 69/2009**

di Nicola Pignatelli
(15 luglio 2009)

La legge n. 69/2009, recante "*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*", assai nota per le molteplici ed eterogenee innovazioni previste, incide anche sull'istituto del ricorso straordinario al Capo dello Stato (*rectius*, sugli artt. 13 e 14 del DPR 1199/1971). Più specificatamente, il legislatore ha inciso sulla funzione e sul peso (oggi vincolante) del parere del Consiglio di Stato in seno al procedimento, al fine di conferire a tale istituto una natura giurisdizionale (e non amministrativa), fino a prevedere espressamente, come una sorta di "corollario" necessario della riforma procedimentale, la legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare questione di legittimità costituzionale nella relativa sede consultiva.

Una riforma del ricorso straordinario è sembrata necessaria per porre fine alle vicende che hanno visto confusamente emergere talune volte l'anima giurisdizionale e talune altre l'anima amministrativa del procedimento, manifestatosi come una sorta di animale bicefalo, una sorta di "ircocervo" (per utilizzare la suggestiva espressione di Antonio Baldassarre, redattore della sentenza n. 298/1986 della Corte costituzionale). Tuttavia in questa sede non intendiamo ripercorrere tali vicende (bicefale) ma intendiamo più specificatamente soffermarci su un dubbio di legittimità costituzionale che investe l'art. 69 della l. 69/2009.

La originaria formulazione (art. 14) prevedeva che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (contro gli atti amministrativi definitivi per motivi di legittimità) era deciso con DPR su proposta del Ministero competente (titolare dell'istruttoria del ricorso), previo parere del Consiglio di Stato; tuttavia il Ministero competente, qualora intendesse proporre una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, avrebbe potuto sottoporre la questione al Consiglio dei Ministri, a cui spettava in via definitiva decidere se adeguarsi o al contrario discostarsi dalla posizione espressa dal Consiglio di Stato in sede consultiva. In questo procedimento era evidente la (potenziale) *primazia* dell'Esecutivo, che neutralizzava la relativa natura giurisdizionale, a nulla rilevando la rarità delle ipotesi in cui il Consiglio dei Ministri ha fatto uso di tale previsione; il decreto presidenziale era qualificabile come un atto formalmente presidenziale ma *sostanzialmente governativo*, sul presupposto che la controfirma ministeriale del decreto ribadiva in ogni caso la titolarità decisoria del potere esecutivo, sia nell'ipotesi in cui il Consiglio dei Ministri, su impulso del Ministero competente, decidesse di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato, sia nell'ipotesi in cui il Ministero competente decidesse di adeguarsi al contenuto del parere.

La legge 69/2009 ha modificato la procedura del ricorso straordinario, al fine di valorizzare e far prevalere la natura giurisdizionale su quella amministrativa. L'art. 14 del DPR 1199/1971 dispone -nella vigente versione- che la decisione del ricorso straordinario è adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministero competente, "*conforme al parere del Consiglio di Stato*"; da questa formulazione emerge la trasformazione del peso del parere, in ossequio alla autorevole idea di Mortati (*Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, 1340). Nella precedente versione si trattava di un parere reso obbligatoriamente al Ministro competente ma superabile da una decisione politica del Consiglio dei Ministri; nella attuale formulazione, invece, si tratta di un parere obbligatorio e *vincolante* per il Ministero competente, che non potrà più sollecitare l'intervento del Consiglio dei Ministri. In questa logica il decreto presidenziale, che chiude il

procedimento, non può certamente essere ricondotto nell'alveo degli atti sostanzialmente governativi.

Da questa innovazione normativa, con cui il legislatore ha voluto trasformare la natura del procedimento del ricorso straordinario, si è fatta derivare come una sorta di conseguenza necessaria, come in una logica di corrispondenza biunivoca, la previsione espressa della legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare questione di legittimità costituzionale in sede consultiva: *“Se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata, sospende l'espressione del parere e, riferendo i termini e i motivi della questione, ordina alla segreteria l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ai sensi e per gli effetti di cui agli articoli 23 e seguenti della legge 11 marzo 1953, n. 87, nonché la notifica del provvedimento ai soggetti ivi indicati”*.

Questa norma rappresenta, a quanto ci risulta, il primo caso in cui il legislatore ordinario abbia “imposto” alla Corte costituzionale la propria nozione e la propria concezione di “giudice” ai limitati fini della attivazione del giudizio costituzionale in via incidentale. Non può non sorgere un dubbio sulla legittimità costituzionale della stessa scelta del legislatore di disporre in via definitiva di uno dei presupposti del sistema di giustizia costituzionale ed in particolar modo sulla compatibilità dell'art. 69 della l. 69/2009 con l'art. 137, 1° comma, Cost, che pone una riserva di legge costituzionale sulle *“condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale”*, precludendo al legislatore ordinario di intervenire sulla materia.

Deve precisarsi come la formulazione dell'art. 69 della l. 69/2009 abbia un suo antefatto, che deve essere richiamato per meglio comprendere la problematica di legittimità costituzionale che abbiamo prospettato. La Corte costituzionale ha già dichiarato più volte (sent. 254/2004; ord. 357/2004; 392/2004) la inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario, rilevando che si trattasse di un “organo non giurisdizionale”; più specificatamente la Corte ha ritenuto privo dei requisiti di giurisdizionalità il procedimento di decisione del ricorso all'interno del quale il Consiglio di Stato, nella formulazione del parere, era chiamato ad applicare le norme sospettate di legittimità costituzionale, riconoscendo così al ricorso straordinario una natura amministrativa. In altre parole la Corte costituzionale ha ritenuto che mancasse un “giudizio” ancor prima che il “giudice” (*rectius*, ha ritenuto che mancasse un “giudice” perché mancava un procedimento qualificabile come “giudizio”).

La decisiva ragione, alla luce della quale la Corte ha affermato la natura amministrativa del ricorso straordinario, risiedeva proprio nella disposizione che attribuiva al Consiglio dei Ministri, il potere di adottare (potenzialmente) un provvedimento decisorio, vanificando l'attività di obiettiva applicazione della legge da parte del Consiglio di Stato.

Il legislatore ordinario, con la previsione contenuta nell'art. 69, ha ritenuto di poter dare seguito alla indicazione della Corte o più pragmaticamente ha creduto che la abrogazione espressa del potere del Consiglio dei Ministri (come formulato nell'originaria versione dell'art. 14 DPR 1199/1971) potesse essere sufficiente a prevedere altrettanto espressamente in altra disposizione (art. 13 DPR 1199/1971) la legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare questione di costituzionalità. In realtà il legislatore ordinario, a parer nostro, poteva certamente (come ha fatto) riformare il procedimento del ricorso straordinario, valorizzando il peso del parere del Consiglio di Stato (in ossequio a quanto aveva autorevolmente auspicato, ma non poteva (come ha fatto) spingersi a definire il significato di giudice *a quo* ai fini dell'attivazione del giudizio costituzionale.

L'art. 137, 1° comma, Cost. dispone che *“una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità”*; alla legge ordinaria sono, invece, riservate ex art. 137, 2° comma, Cost. *“le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte”*. Nel nostro ordinamento la riserva di legge

costituzionale posta dall'art. 137, 1° comma, Cost. è invertebra dalla l. cost. n. 1/1948, *“Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale”*, il cui art. 1 dispone che la *“questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevato d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso del giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione”*.

In questa previsione risiede la scelta del modello di giustiziabilità delle leggi; in questa norma sta la definizione del nostro modello di giustizia costituzionale e la definizione delle modalità di “accesso” alla Corte: soltanto un “giudice” in un “giudizio” può sollevare questione di legittimità costituzionale. Evidentemente il legislatore costituzionale (n. 1/1948), limitandosi ad evocare la nozione di giudice (e di giudizio), ne ha rimesso, in concreto, la specificazione alla Corte costituzionale, “padrona” del proprio processo, come nessuna altra autorità giurisdizionale, visto che ad essa è riconosciuto tra l'altro un potere regolamentare-integrativo incidente sui giudizi di propria giurisdizione.

La *nozione* di “giudice” (ossia la risposta alla domanda “chi è giudice ai fini del sollevamento della questione di legittimità costituzionale?”) è riconducibile nell'alveo dell'art. 137, 1° comma, Cost., nella parte in cui fa riferimento alle condizioni, alle forme e ai termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale. Per questa ragione delle due l'una: o il legislatore costituzionale specifica tale nozione (modificando la l. cost. 1/1948 e) fornendo un (improbabile) elenco degli organi legittimati o tale nozione non può che essere rimessa all'organo naturalmente competente alla interpretazione dello stesso art. 1 della legge costituzionale n. 1/1948, ossia alla Corte costituzionale.

Il legislatore ordinario non può incidere (come fa l'art. 69 della l. 69/2009) su una delle condizioni strutturali del giudizio costituzionale; se questo fosse ritenuto legittimo, il legislatore ordinario potrebbe svuotare completamente l'idea sottesa alla l. cost. 1/1948 attribuendo (per paradosso) la natura di giudice anche a soggetti privi dei requisiti di giurisdizionalità (un portiere di albergo al momento di risoluzione di una lite tra clienti o ad un arbitro in sede di verbalizzazione dell'esito di una partita di calcio).

Tuttavia si potrebbe obiettare che nel caso di specie, in realtà, i requisiti di giurisdizionalità sussistono. A questa obiezione si potrebbe ulteriormente eccepire, pur eventualmente concordando nel merito (ossia sul fatto che la riforma della procedura attribuisce la natura giurisdizionale), che il potere di “riconoscere” la sussistenza di un giudice e di un giudizio, ai fini del sollevamento della questione, anche dopo una evidente trasformazione legislativa del procedimento, spetta comunque alla Corte costituzionale. La riserva di legge costituzionale è funzionale a sottrarre alla legge ordinaria, naturale oggetto del giudizio costituzionale, la libertà di imporre una propria nozione di giudice, fino (potenzialmente) a ridisegnare il modello di giustizia costituzionale, attraverso una discrezionale definizione di una delle condizioni di accesso più decisive.

A questo si aggiunga che l'art. 69 della l. 69/2009, portando alle sue estreme conseguenze la logica sottesa, potrebbe aprire le porte ad una irrazionale esigenza di definire in via legislativa, una volta per tutte, una sorta di elenco nominativo degli organi legittimati al sollevamento della questione di legittimità costituzionale, producendo un pericoloso “irrigidimento” dell'accesso alla Corte costituzionale.

Riteniamo che tale irrigidimento, alla luce dell'art. 137, 1° comma, Cost., sia illegittimo (dovendo rilevarne tra l'altro la inopportunità anche se fosse disposto legittimamente dal legislatore costituzionale); neppure la Corte costituzionale esercitando il proprio potere regolamentare-integrativo (artt. 14 e 22 della l. 87/1953) potrebbe definire analiticamente la nozione di giudice (e di giudizio), vista la sotto-ordinata posizione dei propri regolamenti rispetto alla legge costituzionale, che deve disciplinare la materia. Per queste ragioni la stessa Corte, nel prossimo giudizio costituzionale attivato incidentalmente dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario, potrebbe arrivare a sollevare (altrettanto

incidentalmente) questione di legittimità dinanzi a se stessa proprio sull'art. 69 della l. 69/2009, dichiarandone la incostituzionalità, per quanto tale pronuncia potrebbe non pregiudicare il giudizio sulla ammissibilità della questione sollevata, vista la "nuova" natura (giurisdizionale) del modificato ricorso straordinario.

In questo modo la Corte costituzionale, da una parte, garantirebbe la *ratio* della riserva di legge costituzionale (nonché la propria competenza ad interpretare i presupposti del proprio processo), affermando un importante principio-argine per futuri sviluppi della legislazione ordinaria, e nel contempo potrebbe comunque riconoscere la mutata natura del ricorso straordinario. Non può negarsi come la necessità di preservare la *ratio* della riserva di legge costituzionale sia ulteriormente rafforzata dallo stesso andamento dei lavori della Assemblea costituente, che lasciò volutamente generico, quanto alle modalità di accesso, il contenuto dell'art. 134 Cost. -che definisce le competenze della Corte costituzionale- approvando un emendamento (c.d. Arata) la sera del 2 dicembre 1947, con il quale si rinviava ad un momento successivo la scelta relativa ai modi e ai termini per l'attivazione dei giudizi di legittimità; tuttavia il rinvio dell'Assemblea costituente non era certamente indirizzato al legislatore ordinario, a cui spettano -si ribadisce- le *altre* norme sul funzionamento dei giudizi costituzionali (art. 137, 2° comma, Cost.).

Vorrei chiudere questa riflessione per esprimere il mio disaccordo su due specifiche affermazioni sostenute in un ampio contributo (Livio Carbone, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*) apparso di recente in www.giustizia-amministrativa.it. Non credo che l'art. 69 della l. 69/2009 sia qualificabile come legge di interpretazione autentica né che tale norma trovi copertura costituzionale nella VI disposizione transitoria della Costituzione, non potendo essere ricondotta, infatti, al modello delle leggi di "revisione" delle giurisdizioni speciali.

Quanto alla nozione di legge di interpretazione autentica, la Corte costituzionale afferma da tempo una chiara definizione; definisce legge di interpretazione autentica quella legge, che "*fermo il tenore testuale della norma interpretata, ne chiarisce il contenuto, ovvero privilegia una sola tra le varie interpretazioni possibili, di guisa che il contenuto precettivo è espresso dalla coesistenza delle due norme*" (cfr. *ex plurimis* 233/1988, 155/1990, 380/1990). Nel caso di specie, invece, la l. 69/2009 non tiene "*fermo il tenore testuale della norma*" (cfr. art. 13 e 14 DPR 1199/1971), innovando, da una parte, con un innesto e, dall'altra, con una abrogazione espressa la struttura del procedimento (attraverso la trasformazione sostanziale del peso del parere); non può parlarsi di una legge di interpretazione autentica ma più semplicemente di una legge successiva-modificativa. È evidente come il legislatore abbia recepito in senso innovativo le indicazioni della Corte costituzionale, al fine di superare il profilo procedimentale, che ne determinava la natura amministrativa; il legislatore palesando una volontà modificativa non fa che ammettere la originaria natura amministrativa del procedimento, alla luce della originaria disciplina normativa. In questa logica non può sostenersi che l'art. 69 della l. 69/2009 abbia una funzione meramente "ricognitiva" della natura giurisdizionale pre-esistente e quindi una efficacia retroattiva, idonea ad investire i procedimenti pendenti; l'efficacia di tale norma, vista la sua natura innovativa, non può operare *ex tunc*, mancando infatti qualsiasi espressa previsione in tal senso (art. 11 Disp. prel. c.c.). A questo si aggiunga che sembra mancare anche il profilo della "autenticità" soggettiva (in senso stretto), visto che nel caso di specie il Parlamento darebbe una presunta interpretazione di una norma in origine approvata non da se stesso ma dal Governo (Dlgs. 1199/1971).

Non riteniamo inoltre che si tratti di una legge (tardivamente) attuativa della VI disposizione transitoria, che imponeva al legislatore ordinario di "revisionare" le giurisdizioni speciali pre-esistenti alla Costituzione entro cinque anni dall'entrata in vigore della stessa. La legge n. 69/2009, infatti, non adegua una giurisdizione speciale al "nuovo"

quadro costituzionale (come nella *ratio* della VI disp. trans.) ma più semplicemente trasforma un procedimento giustiziale-amministrativo in un ricorso giurisdizionale; non si tratta quindi di una “revisione” ma di una “trasformazione”, per quanto tale trasformazione - come è noto- fosse già stata progressivamente anticipata (e sollecitata) in via giurisprudenziale.

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali