

Ma chi fa i decreti legislativi? Sui legami tra Consiglio di Stato ed esecutivo

di Francesca Biondi e Lorenzo Platania
(19 marzo 2009)

1. Quali sono gli organi e i soggetti che intervengono nel procedimento tecnico e politico che conduce all'adozione degli atti normativi del Governo?

L'interrogativo se lo pose qualche anno fa il prof. De Siervo¹ nel sottolineare il progressivo accentramento presso la Presidenza del Consiglio delle strutture di predisposizione degli atti normativi rispetto agli apparati legislativi dei singoli ministeri. Ma si presenta oggi con rinnovato interesse rispetto alla prassi, sempre più frequente, di prevedere il coinvolgimento, nel procedimento di formazione dei testi normativi governativi, non solo delle commissioni parlamentari, ma anche di organismi vari, parti sociali e, soprattutto, organi di coordinamento Stato-Regioni.

Generalmente questi soggetti intervengono nel procedimento di formazione dei decreti legislativi attraverso l'espressione di pareri su articolati già redatti (sul punto, la dottrina è molto ampia).

In altri più sporadici casi, invece, soggetti esterni agli apparati ministeriali vengono coinvolti sin dalla redazione del testo normativo o, meglio, è il testo normativo stesso che viene formulato, anziché dagli uffici ministeriali, da commissioni *ad hoc*.

Il significato di questo contributo appare diverso da quello dell'espressione del parere: mentre con il parere si esprime una posizione "interessata", poiché chi dà un parere lo fa avendo riguardo all'interesse che deve curare, la commissione di esperti dovrebbe dare un apporto esclusivamente tecnico, estraneo ad ogni valutazione discrezionale.

La scelta di affidare la predisposizione dell'articolato a commissioni speciali talvolta è contenuta nella stessa legge delega. Ad es., l'art. 1, comma 11, l. 308/2004, con cui è stata delegata la redazione del c.d. codice dell'ambiente, stabilisce che il Ministero competente alla redazione del testo "*si avvale*" di una commissione tecnica composta da membri scelti fra professori universitari, dirigenti apicali di istituti pubblici di ricerca ed esperti di alta qualificazione nei settori e nelle materie oggetto della delega.

In altri casi, invece, è lo stesso Governo che decide di affidarsi a commissioni da esso stesso nominate: ad es., è talmente noto che il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) è stato redatto da una commissione presieduta dall'allora Presidente del Tar Lazio De Lise, da aver assunto il nome di "Codice de Lise".

Rispetto alle ipotesi considerate, particolare appare, invece, a chi scrive, la previsione contenuta nel ddl, già approvato al Senato, intitolato *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, laddove l'art. 45, nel delegare il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per il riassetto della disciplina del processo amministrativo,

¹ *Ma chi fa i decreti legislativi?* in *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto*, a cura di V. Coccozza – S. Staiano, Torino, 2001, p. 497 ss.

stabilisce – come è uso - che tali decreti siano adottati su proposta del Presidente del Consiglio, previa acquisizione del parere del Consiglio di Stato e delle competenti commissioni parlamentari, ma prevede anche – e qui sta la particolarità - che la Presidenza del Consiglio possa delegare al Consiglio di Stato la stesura dell'articolato, mediante commissione speciale, ai sensi dell'art. 14, n. 2, del r.d. 1054/1924. Non solo: si stabilisce anche che il Presidente del Consiglio di Stato ha la facoltà di integrare la commissione speciale con magistrati di Tar, nonché con un numero di membri esterni, non superiore a cinque, esperti nella materia del diritto amministrativo.

2. Per inquadrare correttamente il punto pare anzitutto opportuno ricordare che è l'art. 14, comma 2, TU 1054/1924, a consentire che il Consiglio di Stato possa essere chiamato a formulare “*quei progetti di legge ed i regolamenti che gli vengono commessi dal Governo*”. La norma riconosce il ruolo che svolgeva il Consiglio di Stato, quando, soprattutto nel periodo pre-statutario, scriveva i testi normativi per il Re. Con l'entrata in vigore dello Statuto albertino, la consultazione del Consiglio di Stato sulla redazione delle leggi divenne facoltativa, e non più obbligatoria, poiché nel Senato regio, prima inesistente, erano raccolti i più alti funzionari e magistrati del Regno; eminenti personalità della politica e della cultura; politici di lungo corso, tutti direttamente nominati dal Re. Pertanto, un'Assemblea così composta ben poteva conferire quell'apporto tecnico al procedimento legislativo che prima veniva demandato al Consiglio di Stato². L'origine storica della norma giustificava, dunque, l'intervento di tale organo per le sue competenze tecniche.

Ciò sembra confermato dall'analisi dei rari casi in cui, in anni recenti, si è fatto ricorso all'ausilio del Consiglio di Stato nella redazione di atti legislativi.

La legge di semplificazione 1998 (l. 50/1999), ad esempio, consentiva al Governo, per la loro difficoltà tecnica, di demandare la redazione degli schemi di testi unici “misti” non innovativi al Consiglio di Stato, che aveva a sua volta la facoltà di avvalersi di esperti in discipline non giuridiche. Il Consiglio di Stato, anziché intervenire *ex post* con un parere tecnico, di legittimità, sullo schema di decreto legislativo, poteva cioè essere coinvolto *ex ante*. Di conseguenza, in quella occasione, si era correttamente previsto che, qualora fosse stata sfruttata questa possibilità, sugli schemi redatti dal Consiglio di Stato non sarebbe stato necessario acquisirne anche il parere.

Nell'approvazione dei sei testi unici “misti” di cui all'art. 7 della legge n. 50/1999³ il Consiglio di Stato ha effettivamente avuto un ruolo centrale. Tuttavia, esso è intervenuto con articolati pareri consultivi, e solo il T.U. sulle espropriazioni è

² Cfr. Pezzana, in *La funzione consultiva del Consiglio di Stato. Studi in onore di Landi*, Milano 1985, 108 ss.

³ D.p.r. n. 380/2001 (T.U. sull'edilizia); d.p.r. n. 327/2001 (T.U. sulle espropriazioni per pubblica utilità); d.p.r. n. 445/2000 T.U. in materia di documentazione amministrativa; d.p.r. n. 54/2002 (T.U. in materia di circolazione e soggiorno dei cittadini comunitari); d.p.r. n. 115/2002 (T.U. in materia di spese di giustizia); d.p.r. n. 313/2002 (T.U. sul casellario giudiziale e carichi pendenti).

stato interamente redatto dal Consiglio di Stato⁴, sfruttando pienamente la possibilità di un suo coinvolgimento offerta dalla legge di semplificazione.

Vi è, comunque, da sottolineare che l'attività di redazione di atti normativi, primari o secondari che siano, differisce dalla funzione propriamente consultiva, che invece storicamente caratterizza il ruolo del Consiglio di Stato. La differenza consiste nel fatto che tale organo non interviene su uno schema di provvedimento già formulato da altri, al fine di conferire il proprio apporto tecnico, ma provvede autonomamente alla redazione del provvedimento, esercitando una discrezionalità politica.

E' bensì vero che la predisposizione dello schema del provvedimento non vincola il Governo all'approvazione di quel testo, tuttavia tale proposta condizionerà fortemente le scelte dell'Esecutivo, sia per l'autorevolezza dell'organo che ha predisposto l'atto, sia per il legame che istituzionalmente unisce l'Esecutivo al Consiglio di Stato (dalla nomina di un quarto dei Consiglieri alla prassi del distacco di questi presso gli uffici apicali dei Ministeri e della Presidenza del Consiglio).

Ciò può portare ad inconvenienti non previsti dal legislatore, come accaduto in occasione della redazione del T.U. sulle espropriazioni. Tale testo avrebbe dovuto contenere solo il riordino formale della legislazione vigente in materia, con le sole modifiche necessarie a garantire la coerenza della normativa; invece, proprio il Consiglio di Stato, in sede di redazione dell'articolato, ha introdotto l'istituto, innovativo, della c.d. acquisizione sanante, poi effettivamente convogliato nel testo finale del d.p.r. 327/2001, all'art. 43 del T.U. Sulla norma sono stati espressi dubbi di costituzionalità per violazione dell'art. 76 Cost. poiché la delega conferita al Governo non prevedeva la possibilità di andare oltre il coordinamento della legislazione vigente⁵. Ma, al di là delle tormentate vicende legislative del T.U. sulle espropriazioni, ciò dimostra che l'input iniziale condiziona inevitabilmente tutto il processo di approvazione dell'atto, anche al punto di portare all'emanazione di norme di dubbia legittimità costituzionale.

3. Venendo alla disposizione da cui prendono lo spunto queste brevissime riflessioni, ossia all'art. 45 del ddl intitolato *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, ci sembra che essa – rispetto alle ipotesi considerate - presenti qualche profilo, se non di dubbia legittimità, quantomeno di opportunità.

Infatti, anzitutto la commissione è integrata da magistrati del Tar, a cui – com'è noto – la Costituzione non affida funzioni consultive⁶.

In secondo luogo, la delega non si limita al mero riordino della legislazione vigente, come per i testi unici "misti" di cui sopra, ma consente al Governo di incidere su aspetti essenziali del processo amministrativo, dalla disciplina dei

⁴ Lo schema di d.p.r. è stato approvato con parere Ad. Gen., Sez. Atti normativi n.124/2000 Gab. n.4/2001 del 29.03.2001.

⁵ Cfr. R. Conti, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006, 593 ss.

⁶ Secondo fonti giornalistiche, questa previsione sembra stata introdotta per "placare" i malumori dei giudici del Tar, rispetto ad una previsione nata nelle stanze di Palazzo Spada: cfr. Cherchi, *Più vincoli nei ricorsi al Tar*, in *IlSole24ore*, 9.3.2009, p. 4.

termini di esercizio dell'azione alla tipologia di azioni esperibili, passando per il riordino della tutela cautelare (art. 45, c. 2, lett. b). E' significativo, del resto, che il Presidente del Consiglio di Stato Salvatore, in occasione della relazione sull'andamento della Giustizia amministrativa nel 2008, abbia subito esternato la propria soddisfazione per l'importante compito che stava per essere conferito.

La funzione affidata al Consiglio di Stato andrebbe, pertanto, ben oltre la competenza tecnica "pura", come nell'intento originario della norma di cui all'art. 14, n. 2, del T.U. sul Consiglio di Stato (r.d. 1054/1924), finendo per assurgere ad una sorta di co-partecipazione nella funzione legislativa delegata. Difficilmente, infatti, le scelte effettuate dal Consiglio di Stato verrebbero sconfessate in sede di definitiva emanazione del decreto legislativo. Se – come visto – in sede di approvazione di Testi Unici di mero riordino normativo, il Governo ha ritenuto di approvare un articolato predisposto dal Consiglio di Stato contenente previsioni decisamente innovative, che sembrano porsi in contrasto con la lettera della delega, c'è da aspettarsi che nella redazione dei decreti legislativi per la codificazione del processo amministrativo, l'operato del Consiglio di Stato assai difficilmente verrà sconfessato all'Esecutivo.

E' poi proprio l'aver conferito al Consiglio di Stato la riscrittura del processo amministrativo che lascia perplessi. E' vero che forse è l'organo più "esperto" in materia, ma è di dubbia opportunità che il medesimo soggetto scriva le disposizioni che poi si troverà ad applicare concretamente. Ciò, tra l'altro, potrebbe condurre ad una sorta di 'pietrificazione' nell'interpretazione delle norme, poiché gli interpreti di queste sarebbero gli stessi autori, in una specie di continua 'interpretazione autentica', che terrebbe legata a doppio filo la norma all'intenzione originaria del suo redattore.

Un ulteriore inconveniente legato al fatto che il redattore del codice del processo amministrativo ne sarà poi anche il principale interprete si potrebbe, infine, rinvenire nella difficoltà, in concreto, di far valere eventuali vizi per eccesso di delega: in tal caso l'interprete dovrebbe sconfessare il proprio previo ruolo di (co)autore della norma!

Da ultimo, la previsione di cui all'art. 45 suscita qualche perplessità in ordine al fatto che il successivo parere della Sezione consultiva del Consiglio di Stato (o più verosimilmente dell'Adunanza Generale, trattandosi di atto di particolare importanza per l'ordinamento) sugli schemi di decreti legislativi deve essere comunque reso. Si tratta di un doppio passaggio di scarsa utilità, che, infatti, l'art. 7 della legge n. 50/1999 escludeva espressamente.

4. Tutti i profili qui sommariamente abbozzati possono essere ricondotti entro la più ampia problematica dell'indipendenza del Consiglio di Stato dal potere esecutivo. I termini del dibattito sono ampiamente noti. Si sostiene da più parti che la c.d. doppia provvista, ovvero il meccanismo per cui si accede al Consiglio di Stato in parte per nomina governativa ed in parte per concorso o nomina del Consiglio di Presidenza tra i magistrati Tar già in ruolo, che la possibilità di avvicinare i componenti dell'organo dalle Sezioni consultive a quelle giurisdizionali, che la possibilità per i Consiglieri (e per i magistrati Tar) di assumere cariche di rilievo (capo di gabinetto, capo dell'ufficio legislativo, ecc.)

presso i Ministeri e la Presidenza del Consiglio mettano in crisi l'indipendenza del Consiglio di Stato nello svolgimento delle funzioni giurisdizionali⁷. La replica a tali osservazioni argomenta basandosi sull'origine storica del Consiglio di Stato, sulla previsione costituzionale della funzione consultiva, sulla necessità di avvicinare i Consiglieri tra le Sezioni al fine di ampliarne l'esperienza⁸ e sulla indubbia qualità tecnico-giuridica dei consiglieri di Stato e, quindi, del ruolo difficilmente sostituibile di questi nei gabinetti ministeriali⁹.

Le presenti note non consentono certo un approfondimento in merito. Resta tuttavia l'impressione che i dubbi sulla concreta indipendenza del Consiglio di Stato siano ... *non manifestamente infondati*, soprattutto alla luce della nuova formulazione dell'art. 111 della Costituzione.

Per quanto concerne il problema degli incarichi nei Ministeri, una sostituzione dei consiglieri di Stato con personale proveniente dai ranghi dell'Avvocatura di Stato, anch'esso altamente competente in materia giuridica, potrebbe aiutare a salvaguardare l'indipendenza del Consiglio di Stato. Sappiamo, invece, che la funzione consultiva è ineliminabile per espresso disegno costituzionale, tuttavia, questa dovrebbe mantenersi entro limiti ristretti, magari evitando l'avvicendamento dei magistrati dalle Sezioni consultive a quelle giurisdizionali, e senza poter sfociare nella partecipazione attiva (se non addirittura propulsiva) alla redazione di atti normativi primari, quale i decreti legislativi.

⁷ Per tutti questi profili, cfr. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005, pag. 73 ss.

⁸ Cfr. Chieppa, *Consiglio di Stato*, in *Enc. giur.*, p. 4.

⁹ Per queste ed altre considerazioni, cfr., per tutti, Calabrò, *A proposito di indipendenza del Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, f. 12, 2001, p. 555 e la replica di Proto Pisani – Romboli – Scarselli, *Ancora sull'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, p. 556 e ss.