

LE FUNZIONI CONSULTIVE DEL CONSIGLIO DI STATO

Mario Torsello

SOMMARIO

- PROFILI STORICI DELLE FUNZIONI CONSULTIVE
- IL CONSIGLIO DI STATO NASCE NEL 1831 CON COMPITI DI CONSULENZA ESSENZIALMENTE POLITICA.
- LE FUNZIONI DEL CONSIGLIO DI STATO DOPO LO STATUTO ALBERTINO DEL 1848
- LA LEGGE RATTAZZI DEL 1859. IL CONSIGLIO DI STATO ASSUME UN RUOLO DI CONSULENZA GIURIDICO-AMMINISTRATIVA DEL GOVERNO
- L'UNITA' D'ITALIA E LA LEGGE SULL'ABOLIZIONE DEL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO DEL 1865
- L'ATTRIBUZIONE DI FUNZIONI GIURISDIZIONALI NEL 1889
- LE FUNZIONI CONSULTIVE DAL 1865 AL 1922
- LE FUNZIONI CONSULTIVE DURANTE IL FASCISMO.
- LA COSTITUZIONE DEL 1948
- PROFILI CONTENUTISTICI DELLE FUNZIONI CONSULTIVE DEL CONSIGLIO DI STATO
- ELEMENTI CARATTERISTICI DELL'ATTIVITA' CONSULTIVA
- L'ATTIVITA' CONSULTIVA SUGLI ATTI DI NORMAZIONE IN GENERE
- LA SEZIONE CONSULTIVA PER GLI ATTI NORMATIVI
- CONTENUTI DEL PARERE DEL CONSIGLIO DI STATO SUGLI ATTI NORMATIVI
- IL RISCONTRO DI LEGITTIMITA'
- IL RISCONTRO DI OPPORTUNITA'
- LA CORRETTEZZA TECNICO-GIURIDICA DELLE DISPOSIZIONI.
- FACOLTÀ DI SEGNALARE IPOTESI NELLE QUALI LA LEGISLAZIONE VIGENTE RISULTI OSCURA, IMPERFETTA OD INCOMPLETA
- L'ATTIVITA' CONSULTIVA IN SEDE DI RICORSI STRAORDINARI
- L'ATTIVITA' CONSULTIVA SU QUESITI
- IL VENIR MENO DELL'ATTIVITA' CONSULTIVA IN FUNZIONE DI COLLABORAZIONE ALLA GESTIONE AMMINISTRATIVA
- PRIME CONCLUSIONI
- QUAL È OGGI IL RUOLO DELL'ATTIVITÀ CONSULTIVA?

PROFILI STORICI DELLE FUNZIONI CONSULTIVE IL CONSIGLIO DI STATO NASCE NEL 1831 CON COMPITI DI CONSULENZA ESSENZIALMENTE POLITICA.

Il Consiglio di Stato nasce esattamente 180 anni fa - il 18 agosto 1831 - con l'editto di Racconigi, emanato da Carlo Alberto, sovrano del Regno di Sardegna, che certamente si ispirò anche al Conseil d'Etat.

L'editto - con il quale furono attribuite al nuovo organo funzioni consultive di carattere prevalentemente politico - costituì un atto di grande significato istituzionale perché la Corona, in modo prudente, veniva incontro alle istanze di rinnovamento che si agitavano in quel momento in Europa: il potere del Re, in linea teorica, veniva ad essere attenuato dal Consiglio e si creava una sorta di "monarchia consultiva" secondo un modello che si contrapponeva alla monarchia costituzionale della Francia e dell'Inghilterra dell'epoca (S. Romano, Pene Vidari, A. Sandulli).

Si è parlato, al riguardo, più che di un Consiglio di Stato in senso stretto, di un "Consiglio del re".

Infatti, sotto l'aspetto della sua collocazione istituzionale, il Consiglio era in posizione di dipendenza rispetto al Sovrano e di indipendenza nei riguardi dei ministri. Era presieduto dallo stesso Re e lo consigliava nelle sue decisioni, e quindi si veniva a trovare in una posizione di parallelismo rispetto ai ministri. Anzi, era lo strumento grazie al quale il Re poteva esercitare un controllo di natura politica sull'attività dei suoi ministri (S. Romano, Guicciardi).

Sotto l'aspetto delle sue competenze, il Consiglio esprimeva il proprio parere sulle iniziative legislative, sostituendosi al Parlamento. E' noto, ad esempio, il rilevante contributo che diede alla predisposizione dei codici albertini.

In questa fase, dunque, il Consiglio di Stato ebbe, almeno sulla carta, una forte connotazione politica, abbastanza simile, in fondo, a quella che aveva il Conseil d'Etat al suo sorgere nel 1799.

Nella realtà, però, anche per l'opposizione dei ministri, Carlo Alberto non fu molto deciso a difendere le funzioni del Consiglio e quindi il rilievo riformista dell'editto si attenuò ben presto. D'altro canto i Ministri chiedevano spesso il parere del Consiglio e quindi la sua consulenza si spostò dal piano politico a quello tecnico-amministrativo (Pene Vidari).

Anche questo passaggio da un ruolo politico ad un più tecnico è simile a quello che accadde nel Conseil nella seconda parte dell'Impero.

Si noti che i pareri venivano spesso estesi in lingua francese, poiché a quel tempo il Regno di Sardegna era in sostanza uno Stato a sistema bilingue (Landi).

LE FUNZIONI DEL CONSIGLIO DI STATO DOPO LO STATUTO ALBERTINO DEL 1848

Tale situazione durò fino allo statuto nel 1848 anno in cui, nel Regno di Sardegna, venne meno la monarchia assoluta e si realizzò una monarchia costituzionale.

L'attribuzione di un diverso ruolo istituzionale al Sovrano mise in discussione la stessa sopravvivenza dell'Organo, che subì la prima crisi di identità, correndo il rischio di scomparire: ormai le leggi erano deliberate dal Parlamento e quindi il Consiglio non poteva più svolgere il compito di collaborare con il sovrano nell'attività legislativa.

Il Consiglio di Stato comprese però la necessità di abbandonare ogni ingerenza nel campo politico, anticipando per proprio conto la riforma del suo ordinamento (Guicciardi).

La posizione più tecnica ed amministrativa che politica via via assunta dal Consiglio di Stato tra il 1831 ed il 1848 probabilmente lo salvò. Si pose in luce, infatti, la funzione di primo piano che il Consiglio era in grado di svolgere sia nel campo dell'attività legislativa

che in quella amministrativa. Ad esempio A.C. Jemolo documenta i numerosi importanti pareri resi dal Consiglio di Stato nel decennio precedente al 1859 (A. Sandulli).

LA LEGGE RATTAZZI DEL 1859. IL CONSIGLIO DI STATO ASSUME UN RUOLO DI CONSULENZA GIURIDICO-AMMINISTRATIVA DEL GOVERNO

Con la legge Rattazzi, alla vigilia dell'Unità d'Italia – di cui quest'anno ricorre il 150^o anniversario - si conferì dunque al Consiglio di Stato il ruolo non più di organo consultivo del Re ma del Governo. Esso perse il suo carattere prevalentemente politico e svolse un'attività consultiva di carattere giuridico-amministrativo. Di conseguenza anche la presidenza dell'Istituto non fu più affidata al Sovrano.

Tale attività fu svolta con lo “stile” degli organi giurisdizionali e - secondo il generale riconoscimento - in forma distaccata, oggettiva ed imparziale (de Roberto).

Da rilevare che, accanto alla funzione consultiva le leggi del 1859 attribuirono funzioni giurisdizionali alla Terza Sezione del Consiglio di Stato.

Per la prima volta, quindi, alle il Consiglio svolse entrambe le funzioni consultive, secondo un paradigma che troverà la sua definitiva consacrazione nel 1889.

L'UNITA' D'ITALIA E LA LEGGE SULL'ABOLIZIONE DEL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO DEL 1865

Dopo l'unità d'Italia si affermarono – come è noto - le tendenze verso l'unità della giurisdizione.

Ci furono quindi progetti di riforma del Consiglio che intendevano eliminare le attribuzioni giurisdizionali affidate dalla legge del 1859, limitando la sua competenza all'attività consultiva.

Si verificò, quindi, una seconda crisi d'identità dell'Istituto: era utile conservare un organismo che poteva essere sostituito da altri organi consultivi dell'ordinamento?

Dopo l'abolizione del contenzioso amministrativo del 1865 il Consiglio di Stato perse, dunque, tutte le funzioni giurisdizionali e rimase titolare delle sole competenze consultive.

Nonostante le diminuite attribuzioni, tale periodo viene considerato molto importante nella storia del Consiglio di Stato in quanto l'Istituto diede un apporto consultivo fondamentale per la costruzione dell'unità d'Italia.

Alla crescita dell'apparato burocratico nazionale e all'aumento di funzioni amministrative, si accompagnò la crescente attività di consulenza del Consiglio. Fu in questo periodo, dunque, che il Consiglio si ritagliò, anche nei fatti, un ruolo importante sotto il profilo dell'assetto istituzionale, quale consulente giuridico del Governo (A. Sandulli), svolgendo il ruolo di "insostituibile suggeritore" su materie spesso ancora in via di definizione man mano che veniva formandosi il primo corpo della legislazione liberale.

In ogni caso in questa fase assunse la veste di organo terzo e imparziale (Cassese).

L'ATTRIBUZIONE DI FUNZIONI GIURISDIZIONALI NEL 1889

Queste sono quindi, probabilmente, le ragioni per le quali si affidarono al Consiglio di Stato, con le funzioni consultive, anche le nuove attribuzioni presto riconosciute di carattere giurisdizionale.

Con la legge del '65 *"il prestigio del corpo non decadde affatto, la sua considerazione rimase altissima: ciò spiega come nel 1889 introducendosi un istituto sostanzialmente nuovo, l'organo giurisdizionale sulle questioni di interesse, sembrasse opportuno non creare un nuovo organo, bensì affidare la nuova mansione al Consiglio di Stato, e come l'apparente illegittimità di questa riunione in unico consesso di due mansioni assolutamente*

eterogenee tra loro non desse luogo a forti opposizioni ed a reali contrasti, né allora né poi (Jemolo).

In questo modo il Consiglio cambia nuovamente e si crea uno stretto collegamento e coordinamento tra attività consultiva e giurisdizionale.

Dopo il 1889 c'è comunque un incremento della funzione consultiva e, anzi, in questo periodo, tale attività fu spesso determinante nell'elaborazione e nella messa a punto delle leggi e dei regolamenti, in presenza di una legislazione che delineò un nuovo ruolo dello Stato anche in campi fino ad allora estranei ai pubblici poteri (Melis).

LE FUNZIONI CONSULTIVE DAL 1865 AL 1922

Dal 1865 al 1922 le attribuzioni consultive del Consiglio di Stato non ebbero a subire rilevanti modificazioni.

Vi fu un ulteriore incremento dell'esercizio di tale funzione: nel primo decennio del Novecento i pareri superarono i diecimila casi l'anno (A. Sandulli).

Tutte le tendenze riformatrici dell'istituto si appuntavano verso le attribuzioni contenziose e solo incidentalmente, nei vari progetti formulati per risolvere il problema relativo a queste ultime, si prevedevano alcuni ritocchi all'attività consultiva del Consiglio, generalmente nel senso di estenderne la cerchia di esplicazione (Guicciardi).

LE FUNZIONI CONSULTIVE DURANTE IL FASCISMO.

E venne il periodo buio del fascismo.

L'opera di riassetto dell'intero sistema istituzionale del regime non poteva non riguardare anche il Consiglio di Stato sia con riferimento al suo ruolo nel nuovo ordinamento sia alle

sue attribuzioni consultive rispetto ai numerosi corpi che si erano costituiti nell'amministrazione centrale (Guicciardi).

Il r.d n. 2840 del 1923 estese notevolmente le materie per le quali si richiedeva il parere obbligatorio del Consiglio e, successivamente, la legge 31 gennaio 1926, n. 100, dispose il riordino dell'attività normativa del Governo.

In questo periodo indubbiamente il Consiglio diede un rilevante contributo alla codificazione e in genere alla produzione legislativa e regolamentare.

Anzi proprio nel campo della legislazione primaria vi furono interventi molto significativi. Ad esempio nel periodo 1931-1935 esaminò progetti di legge molto importanti come il primo libro del codice civile e iniziative legislative in materia di catasto, pesca, comuni e province, istruzione superiore, contabilità pubblica, organizzazione dell'economia corporativa, servizio sanitario. Nel periodo 1936-1940 esaminò il codice di procedura civile e i libri successivi al primo libro del codice civile; venne consultato anche su atti normativi in materia di funzione pubblica, forze armate, uffici pubblici, educazione nazionale, lavoro e previdenza sociale etc.(Lochak).

Ma quale fu il rapporto tra il Consiglio di Stato – anche nell'esercizio delle funzioni consultive - e il fascismo?

Non è facile rispondere a questa domanda in presenza di alcuni elementi intrinsecamente contraddittori.

E' noto che, secondo recenti indagini storiche, in questa fase il Consiglio di Stato seppe conservare, anche grazie alla sapienza tecnica dei suoi componenti e a un accentuato spirito corporativo, un'indipendenza di giudizio senz'altro superiore a quella dimostrata, nello stesso periodo, dalla Corte di cassazione (Melis, Mazzaroli) e il taglio prettamente tecnico-giuridico che il Consiglio continuò a perseguire con decisione sia nell'esercizio della funzione consultiva sia di quella giurisdizionale, gli permise di difendere l'integrità dell'organismo senza vistose concessioni al fascismo.

Un ulteriore elemento oggettivamente contraddittorio fu il fatto che, in questo periodo, Santi Romano, uno dei giuristi più insigni dell'epoca, venne chiamato a presiedere il Consiglio di Stato.

Questa nomina è probabile che introdusse degli elementi (quantomeno) di non totale adeguamento del Consiglio di Stato all'idea autoritaria del regime.

E ciò, in primo luogo, per la straordinaria autorevolezza dello studioso, probabilmente poco incline ad inchinarsi alle esigenze politiche del momento.

Inoltre Santi Romano è noto soprattutto per la sua teoria sulla pluralità degli ordinamenti giuridici e la loro autonomia anche normativa. E non può non apparire in contrasto tale impostazione con quella "monistica" del fascismo.

Certo un ulteriore elemento contraddittorio è dato dalla forte dipendenza funzionale ed organica tra attività amministrativa del regime ed attività consultiva del Consiglio. Questo rapporto si ritrova, tra l'altro, nel R.D. 21 agosto 1931, n. 1030, con il quale vennero demandate al capo del governo tutte le attribuzioni che spettavano al ministro per l'interno nei riguardi del Consiglio di Stato.

In ogni caso i pareri del Consiglio di Stato in materia normativa erano così temuti dall'Esecutivo che spesso si preferì procedere per la via parlamentare, piuttosto che per quella regolamentare (Cassese).

Naturalmente non è possibile un raffronto con il Conseil d'Etat del Governo di Vichy, viste le diversità dei due regimi, anche sotto il profilo della durata (Lochak).

In questo senso non v'è dubbio che il fascismo lasciò un segno più profondo sul Consiglio rispetto a quanto fece il regime di Vichy sul Conseil (Cimellaro).

LA COSTITUZIONE DEL 1948

La Costituzione repubblicana ha conservato in vita il Consiglio di Stato con la duplice investitura di organo consultivo e giurisdizionale.

Infatti l'art. 100 Cost. riconosce al Consiglio di Stato la titolarità di una duplice funzione «di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione».

Qui si riscontra una differenza fondamentale con la Costituzione della V Repubblica francese del 1958 che riconosce espressamente il ruolo consultivo del Conseil d'Etat ma non fa cenno alle funzioni giurisdizionali.

La Costituzione italiana, con l'art. 100, ha ricompreso il Consiglio di Stato tra gli organi ausiliari del Governo ma tale collocazione, secondo l'opinione ormai consolidata, non ha il significato di una sorta di dipendenza del Consiglio dal Governo ma solo l'affermazione della strumentalità delle funzioni consultive all'attività dell'Esecutivo. In sostanza la funzione consultiva è il mezzo con cui si esprime l'ausiliarità, che il Consiglio di Stato, con posizione autonoma e, quindi, di garante, assicura agli interessi pubblici (Pescatore).

PROFILI CONTENUTISTICI DELLE FUNZIONI CONSULTIVE DEL CONSIGLIO DI STATO ELEMENTI CARATTERISTICI DELL'ATTIVITA' CONSULTIVA

E' stato detto che il contenuto dei pareri del Consiglio non è omogeneo (Pajno, Barbati, Nocilla).

In realtà – a nostro avviso – esiste un elemento unificante delle varie tipologie di pareri ed è costituito, per così dire, da un profilo soggettivo: anche quando il Consiglio si esprime in sede consultiva opera come soggetto in posizione di terzietà e indipendenza (Cons. Stato, Ad. Gen. parere n. 4/03) ed è espressione dello Stato-ordinamento (cioè inteso nella sua unitarietà) e non dello Stato-apparato (cioè inteso come funzione amministrativa).

Per questa ragione la consultazione del Consiglio può essere richiesta non solo dal Governo ma anche dal Parlamento, dalle Regioni e dalle Autorità indipendenti.

D'altro canto – sotto un profilo finalistico - ai pareri del Consiglio è estranea qualsiasi considerazione o rappresentazione di interessi di parte, ivi compresi quelli dell'amministrazione precedente che richiede il parere.

Tali caratteristiche distinguono il nostro parere dalle attività consultive affidate ad altri organi, che rispondono a diverse esigenze, come i pareri dell'Avvocatura dello Stato.

In definitiva, quindi, l'attività consultiva è anch'essa un'attività di garanzia, svolta, come quella giurisdizionale, secondo canoni di assoluta autonomia e indipendenza, esercitata “nell'interesse pubblico” e non “nell'interesse della pubblica amministrazione” (de Lise).

L'ATTIVITA' CONSULTIVA SUGLI ATTI DI NORMAZIONE IN GENERE

In materia di attività consultiva sugli atti di normazione, taluni ritengono che le potenzialità del Consiglio non siano sufficientemente utilizzate.

Certo, il raffronto con il Conseil d'Etat è estremamente penalizzante per il Consiglio italiano, quanto all'ambito delle funzioni esercitate.

Infatti, seppure sul finire del secolo scorso Consiglio e Conseil trattavano un numero comparabile di questioni riguardanti progetti di legge (Armani), la situazione, poi, si è andata via via modificando. Basti ricordare che la Costituzione francese del 1958 prevede il parere obbligatorio del Conseil d'Etat – fino a quel momento riguardante gli atti regolamentari - su tutti i disegni di legge deliberati dal Governo e sulle ordinanze governative emanate per delega parlamentare. Inoltre i decreti che modificano testi legislativi anteriori alla Costituzione o quelli indicati da specifiche leggi, devono essere approvati dal nostro cugino francese.

Con specifico riferimento al ruolo del Consiglio riguardo alla legislazione primaria è noto che, per lunghissimo tempo, esso è stato di rilievo assolutamente secondario, come notava De Nava oltre un secolo fa. E ciò, nonostante che più volte i Presidenti del Consiglio di Stato, nelle relazioni di insediamento, lamentassero lo scarso esercizio di tali funzioni (Perla, S. Romano, ma anche Ruini e Rocco).

Peraltro, nel nostro sistema, negli ultimi decenni, il ruolo del Consiglio di Stato in questa materia si è andato rafforzando tanto il Consiglio ha assunto, nel settore della produzione normativa, una posizione sempre più rilevante (Mignone).

Non a caso, secondo alcuni autori, il Consiglio avrebbe modificato il proprio ruolo consultivo e ormai si porrebbe nell'ordinamento come "coautore di norme e di regole generali" (Pajno, Barbati), piuttosto che come semplice difensore del principio di legalità.

Ruolo centrale, in questo quadro – com'è noto - svolge l'art. 17 della legge n. 400/1988, secondo cui sono sottoposti al parere obbligatorio del Consiglio tutti gli atti di normazione secondaria del Governo e dei singoli Ministri. Tale legge, quindi, ha chiarito l'obbligo del parere anche con riguardo ai regolamenti ministeriali che prima, a differenza di quelli governativi, sovente venivano emanati anche senza il parere.

Alla sancita (meglio: ribadita) obbligatorio del parere del Consiglio si è accompagnato, quasi contestualmente, il fenomeno dell'espansione della normativa secondaria.

E' questa la fase in cui il Consiglio di Stato ha offerto il suo contributo in tema, ad esempio, di regolamenti di recezione dei contratti collettivi di lavoro dei dipendenti pubblici, di organizzazione dei Dipartimenti della Presidenza del Consiglio dei Ministri e di attuazione della legge n. 241 del 1990, in particolare relativamente ai termini per la conclusione del procedimento ed al responsabile del procedimento.

Più o meno nello stesso periodo (inizio degli anni '90) uno dei temi centrali della politica legislativa nel nostro Paese diventa la semplificazione, prima amministrativa e poi normativa.

Grande impulso, in questa direzione, è stato dato dalla legge n. 537/1993 che ha previsto un massiccio ricorso alla delegificazione e, che, quindi ha incrementato l'attività regolamentare del Governo.

Un altro passaggio fondamentale è costituito dalla legge n. 59/1997 che ha collegato il concetto di semplificazione amministrativa alla delegificazione delle norme e dei procedimenti.

Successivamente, con la legge n. 50/1999, è stato previsto che la semplificazione si attuasse attraverso l'emanazione di testi unici cd. misti, cioè contenenti disposizioni legislative e regolamentari.

E il Consiglio di Stato ha dato il suo apporto fondamentale nella redazione di tali testi unici (es. in materia di documentazione amministrativa, edilizia, enti locali, codice della strada). Il testo unico in materia di espropriazione è stato poi redatto direttamente dal Consiglio di Stato, su richiesta del Governo.

Dopo l'esperienza dei cd. testi unici misti, con la successiva legge n. 229/2003 si delegava il Governo all'adozione di decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni legislative statali in diverse materie attraverso l'emanazione dei cd. codici di settore.

Si è così passati ad un concetto di semplificazione essenzialmente normativa, perseguita mediante la riduzione del numero delle regole poste, al consolidamento ed al riassetto (mediante la codificazione) delle regole, con una maggiore attenzione alla qualità della regolamentazione, anche attraverso lo strumento dell'analisi di impatto (AIR).

Il Consiglio è quindi intervenuto, ad esempio, sul codice dei diritti di proprietà industriale, del consumo, della sicurezza dei lavoratori, dell'amministrazione digitale, sul testo unico della radiotelevisione, sul codice delle assicurazioni.

La legge di semplificazione del 2005 ha introdotto poi la c.d. norma taglia-leggi, con la quale si è inteso operare uno sfoltoimento complessivo delle norme ritenute obsolete, mediante l'attribuzione all'esecutivo del compito di individuare (con decreto legislativo) tutte le norme di cui si ritenga necessaria la permanenza in vigore. Decorso il termine di

esercizio della delega, le norme pubblicate anteriormente al 1° gennaio 1970 si considerano comunque abrogate (effetto cd. ghigliottina).

Orbene il Consiglio di Stato, in tutte queste vicende - anche in virtù di disposizioni ad hoc che prevedevano il parere - è stato chiamato a fornire il proprio contributo e ha obiettivamente svolto il ruolo di “cabina di regia” dell’intero processo di delegificazione e di semplificazione (Nocilla).

In questo modo si è venuto a configurare come organo ausiliario dell’attività di regolazione, in posizione di terzietà e di garanzia (v. parere Adunanza generale n. 2/2004).

Significativo, dunque, il contributo del Consiglio, ad esempio, in materia di codice della proprietà industriale, di codice del turismo, di codice dei contratti pubblici (cd. Codice de Lise), di codice dell’agricoltura, di codice dell’ordinamento militare, di decreto legislativo concernente gli appalti pubblici del Ministero della difesa, di decreto legislativo sulle funzioni espletate dagli uffici consolari.

Tutto ciò, naturalmente, a prescindere dal Codice del processo amministrativo per la cui predisposizione il Consiglio ha avuto un ruolo sostanzialmente redigente.

Ciò che ha fatto dire, già qualche tempo fa, che la qualifica di “codecidente” del Conseil d'Etat, deve essere gradualmente riconosciuta anche al Consiglio di Stato, quantomeno in via di tendenza, anche per la duttilità con cui il Consiglio interpreta il proprio compito, passando dalla materia principale alla materia connessa, dalla consulenza alla diretta redazione (Mignone).

LA SEZIONE CONSULTIVA PER GLI ATTI NORMATIVI

Per affrontare i non facili compiti assegnati al Consiglio di Stato nel settore normativo è stata istituita, dalla legge 127/1997, un’apposita sezione consultiva - la sezione per gli atti normativi - alla quale è stato affidato il compito di esprimere pareri sugli atti che contengono norme generali ed astratte.

La nuova sezione va ad aggiungersi alle altre tre preesistenti, dall'inizio di quest'anno ridotte a due, a seguito dell'attribuzione di funzioni giurisdizionali alla sezione 3[^], essendosi il Presidente del Consiglio di Stato avvalso della facoltà, prevista dalla legge, di individuare, all'inizio di ogni anno, le sezioni che svolgono funzioni giurisdizionali e consultive, e di determinarne le rispettive materie di competenza e la composizione.

CONTENUTI DEL PARERE DEL CONSIGLIO DI STATO SUGLI ATTI NORMATIVI

IL RISCONTRO DI LEGITTIMITA'

In via generale il Consiglio di Stato, in sede di parere sugli atti normativi – siano essi di natura legislativa o regolamentare – effettua innanzi tutto un riscontro di legittimità.

Nel caso degli atti di normazione primaria, ovviamente, tale apprezzamento riguarderà gli aspetti di costituzionalità del testo.

Si tratta, difatti, frequentemente, di decreti legislativi e, quindi, il primo riscontro è quello della compatibilità dello schema con i principi e criteri direttivi della legge delega.

Particolare attenzione il Consiglio ha anche prestato al rispetto, da parte dello schema di decreto legislativo, dell'assetto di competenze tra Stato e regioni che, com'è noto, negli ultimi decenni nel nostro Paese si è andato modificando in modo significativo.

Nel caso in cui lo schema sottoposto sia un regolamento, viene verificato se esso abbia fondamento nella legge, se esistano i presupposti per la sua emanazione e se siano rispettate le competenze e le regole procedurali.

Inoltre si verifica se sussistano vizi di legittimità delle disposizioni per contrasto con leggi o principi generali.

Inutile sottolineare la rilevanza di fatto che tale giudizio di legittimità assume.

E' vero che formalmente il parere del Consiglio non è vincolante e quindi il Governo potrebbe discostarsene legittimamente.

Ma disattendere il parere negativo vuol dire esporre l'atto normativo, e i provvedimenti applicativi, ad un possibile annullamento giurisdizionale. In altre parole: il mancato adeguamento al parere obbligatorio, ancorché non vincolante, del Consiglio di Stato suona come preannuncio di soccombenza, non certa, ma probabile, in un ipotetico giudizio futuro per l'amministrazione che non si fosse conformata (Mignone).

E ciò vale, seppure in misura diversa, anche per gli atti normativi primari in caso di impugnativa innanzi alla Corte costituzionale.

IL RISCONTRO DI OPPORTUNITA'

Il Consiglio, poi, sia nel caso di atti normativi primari sia per quelli secondari, si pronuncia anche sulla "opportunità delle disposizioni".

Naturalmente si tratta dell'apprezzamento più delicato in quanto può sfociare in una valutazione politica in senso proprio.

Esiste, però, a nostro avviso, un ancoraggio oggettivo di tale giudizio se per "opportunità delle disposizioni" s'intende l'idoneità dello schema a realizzare, nel miglior modo possibile, la volontà del legislatore.

In questo caso, è ovvio, occorre nettamente distinguere il tipo di giudizio che viene formulato su un atto normativo primario rispetto quello secondario.

Nel primo caso, difatti, la cd. volontà del legislatore può essere enucleata dai principi e criteri direttivi della legge-delega.

Nel secondo caso, invece, il giudizio è diverso a seconda del tipo di regolamento.

Se si tratta, ad es. di regolamenti di delegificazione, la situazione, sotto un profilo logico, non è molto diversa da quella sopra indicata per l'esame degli schemi di decreti legislativi.

Se si tratta, invece di altri regolamenti (es. regolamenti di esecuzione) il parametro e il vincolo imposto dalla norma primaria è più netto e definito.

In ogni caso qui calza l'avvertimento di un collega secondo cui il Consiglio di Stato, in questi casi, si trova di fronte a un bivio: o entrare a pieno titolo nella "rete dei regolatori", in cui è difficile, nella pratica, distinguere tra organismi tecnici di supporto e soggetti politici che decidono; o limitare il proprio apporto a dati estrinseci di legittimità formale, con ciò rinnegando in buona parte il proprio ruolo storico e restando irrimediabilmente fuori dai processi di decisione regolatoria. *"Probabilmente il futuro "effettivo" del Consiglio di Stato dipenderà proprio dalla sua capacità di collocarsi in una posizione di equilibrio che gli permetta di uscire dal radicalismo insito nell'una e nell'altra delle due ipotesi estreme e di*

saper coniugare partecipazione sostanziale ed estraneità istituzionale ai procedimenti decisionali normativi.” (Patroni Griffi).

Ciò che, a nostro avviso, il Consiglio ha finora sempre fatto.

LA CORRETTEZZA TECNICO-GIURIDICA DELLE DISPOSIZIONI.

Infine il Consiglio controlla la correttezza tecnico-giuridica della formulazione delle disposizioni.

Possono però individuarsi tre aspetti di questo riscontro. In primo luogo, il linguaggio (gli aspetti terminologici, semantici e stilistici e i problemi sintattici e grammaticali propri degli enunciati normativi) e la scrittura del testo (la forma nella quale vanno scritti alcuni elementi costanti dei testi normativi, quali abbreviazioni, sigle, citazioni di atti normativi).

In secondo luogo, la struttura dell'atto normativo, la sua organizzazione nelle partizioni gerarchiche tradizionali e la sistematica delle disposizioni. In terzo luogo, il raccordo tecnico linguistico tra le diverse disposizioni del nuovo testo (riferimenti interni) e il nuovo testo e il corpus legislativo vigente (riferimenti esterni, modifiche e abrogazioni) (Baroncelli).

Negli ultimi tempi una particolare attenzione il Consiglio ha posto sulla qualità "sostanziale" della regolazione, nel presupposto che tale qualità è uno dei fattori determinanti dello sviluppo economico e un elemento fondamentale per accrescere la competitività del Paese e ridurre gli oneri burocratici di cittadini e imprese. Una normazione "di qualità" implica non solo coerenza e chiarezza da un punto di vista giuridico-formale (regole leggibili sia per gli operatori che per i cittadini) ma anche essenzialità e minore onerosità da un punto di vista economico-sostanziale: una regola interviene solo quando è indispensabile e se i benefici da ottenere sono superiori ai costi.

FACOLTÀ DI SEGNALARE IPOTESI NELLE QUALI LA LEGISLAZIONE VIGENTE RISULTI OSCURA, IMPERFETTA OD INCOMPLETA

Importante è anche quanto previsto dall'art. 58 del r.d. n. 444/1942, che dà facoltà al Consiglio di Stato di segnalare al Governo le ipotesi nelle quali la legislazione vigente risulti "oscura, imperfetta od incompleta".

Il Consiglio di Stato può formulare il suo avviso anche indipendentemente da una richiesta di parere, segnalando di sua iniziativa quali settori o aspetti della legislazione vigente meritino di essere riveduti o integrati.

A differenza di quanto normalmente si ritiene, di tale facoltà il Consiglio ha fatto sovente uso, quantomeno negli ultimi tempi.

Ad esempio, la Prima sezione ha fatto uso di tale facoltà in materia di acquisto della cittadinanza italiana a seguito di matrimonio con coniuge italiano, disciplinato dagli artt. 5, 6, 7, e 8 della legge n.91 del 1992.

La questione riguardava la persistenza del potere dell'Amministrazione, trascorsi i due anni dalla presentazione della relativa domanda, respingere la domanda medesima anche nel caso in cui sussistano motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica. E ciò perché, da un lato, la Sezione aveva costantemente ritenuto che, alla luce normativa vigente, la sospensione del procedimento di acquisto della cittadinanza italiana *jure communicationis*, stante la chiara formulazione delle disposizioni in questione, non appariva consentita; dall'altro il Ministero dell'interno – con argomentazioni degne della massima attenzione - aveva ritenuto di non condividere, *quoad effectum*, tale tesi, facendo riferimento alla circostanza che le norme in materia di cittadinanza sono entrate in vigore molti anni fa, in un momento in cui il fenomeno terroristico presentava caratteri completamente diversi dagli attuali.

L'ATTIVITA' CONSULTIVA IN SEDE DI RICORSI STRAORDINARI

Discorso a parte merita il parere espresso dal Consiglio di Stato in sede di decisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Tale ricorso - come è noto – è uno strumento giustiziale che trova la sua genesi nei poteri del sovrano nelle monarchie assolute e che, nonostante queste antiche origini, svolge ancora oggi un'efficace funzione di tutela del cittadino nei confronti della Pubblica amministrazione.

Le ragioni del persistente favore per il ricorso straordinario sono da individuarsi nella mancanza di spese di giudizio e di necessità di difesa tecnica, nella relativa rapidità con la quale viene deciso, nel più lungo termine (120 gg.) concesso per la sua proposizione.

Il ricorso straordinario è ammesso per soli vizi di legittimità e non anche per quelli di merito ed è un rimedio amministrativo di carattere generale, esperibile, cioè, in tutti i casi in cui non sia escluso dalla legge ovvero incompatibile con il sistema.

Tradizionalmente, la tutela offerta dal ricorso straordinario ha investito tutte le posizioni soggettive, sia di diritto soggettivo che di interesse legittimo, per le quali sarebbe possibile esperire anche ricorso giurisdizionale agli organi ordinari di giustizia amministrativa ovvero l'azione innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

Il recente codice del processo amministrativo ha previsto che il ricorso sia ammissibile, invece, solo per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. In tal modo ha sottratto a tale rimedio la tutela dei diritti soggettivi non compresi nelle materie di giurisdizione esclusiva (si pensi, ad esempio, alle situazioni soggettive tutelabili dinanzi al giudice ordinario nel contenzioso «privatizzato» dell'impiego pubblico) (G. Ferrari).

Inoltre è stata recentemente esclusa la sua esperibilità in materia di appalti.

In effetti il ricorso straordinario vive una situazione in qualche senso contraddittoria.

Da un lato, come si è visto, le controversie per le quali è ammesso tale rimedio sono state ridotte.

Dall'altro, il Legislatore ha attribuito una maggiore rilevanza al parere espresso dal Consiglio di Stato in quanto esso ha carattere vincolante per il Governo. E' stata, infatti, eliminata la possibilità di una decisione del ricorso in difformità dal parere, previa delibera del Consiglio dei Ministri. Inoltre il decreto che accoglie il ricorso straordinario può ora essere portato ad esecuzione mediante il ricorso per ottemperanza.

Quindi il potere decisorio del ricorso è per intero di spettanza del Consiglio di Stato, anche se espresso in forma di parere, rispetto al quale il decreto presidenziale "decisorio" è

meramente riproduttivo (Cossu). A ciò si aggiunge che il Consiglio di Stato è ora abilitato a sollevare questioni di legittimità costituzionale anche in sede consultiva.

L'ATTIVITA' CONSULTIVA SU QUESITI

Molto rilevante è anche la consulenza sui quesiti cosiddetti "di massima" proposti dalle Amministrazioni, per lo più sull'interpretazione di norme legislative o regolamentari.

Ovviamente le interpretazioni del Consiglio di Stato non sono vincolanti per le Amministrazioni, per i giudici e per gli organi di controllo, chiamati poi a pronunciarsi su singoli provvedimenti.

L'autorevolezza dell'Organo, oltre alla qualità intrinseca del parere, ha però un effetto fortemente persuasivo, oltre a quanto sopra detto sui possibili riflessi in fatto in un eventuale futuro giudizio.

Tali pareri svolgono un'importante funzione di guida e di indirizzo nello svolgimento dell'azione amministrativa.

IL VENIR MENO DELL'ATTIVITA' CONSULTIVA IN FUNZIONE DI COLLABORAZIONE ALLA GESTIONE AMMINISTRATIVA

Per completezza, si deve anche riferire che, prima del 1997, la legislazione prevedeva numerosi pareri obbligatori del Consiglio di Stato: (es. concessione della cittadinanza italiana, cambiamento o aggiunte di nome e cognome, riconoscimento delle persone giuridiche private). Molti erano anche i pareri sull'attività contrattuale della pubblica amministrazione (es. progetti di contratto, transazioni, disapplicazione di clausole penali).

In sostanza, in questo modo, il parere del Consiglio di Stato era richiesto per una serie di atti di “gestione” che in qualche misura rendevano il Consiglio stesso “partecipe” dell’attività amministrativa.

La legge n. 127/1997 ha invece disposto che il parere del Consiglio di Stato sia richiesto in via obbligatoria per una serie limitata di atti e quindi (a parte gli atti normativi e i ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica) per gli schemi generali di contratti-tipo e gli accordi e convenzioni e ha abrogato tutte norme precedenti che prevedevano un parere obbligatorio del Consiglio di Stato.

In effetti, in tal modo, è venuta meno quasi tutta l’attività consultiva che interveniva in procedimenti di gestione amministrativa, come sopra si è visto.

Questa attività è entrata in crisi in quanto è stata considerata di ostacolo alla rapida conclusione del procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 dispone, infatti, che l’attività amministrativa sia retta dai criteri di economicità e di efficacia e che la pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non in casi straordinari per esigenze istruttorie.

D’altro canto tale impostazione è coerente con la trasformazione del modello dell’organizzazione ministeriale che attribuisce ai dirigenti una posizione di autonomia e di responsabilità “esclusiva”, che non ammette l’intervento di altri centri decisionali (Cons. Stato, Sez. II, 20 giugno 2007, n.2250/07)

PRIME CONCLUSIONI

Da quanto sopra detto si possono trarre alcune conclusioni.

La prima, che è stata evidenziata da più parti, è che nel corso della sua lunghissima vita il Consiglio – anche nell'esercizio delle funzioni consultive - ha indubbiamente avuto la capacità di adattarsi alle varie contingenze storiche (Cassese). E in questo modo è riuscito a superare le varie crisi in cui di volta in volta si è venuto a trovare.

La seconda conclusione è che le funzioni consultive sono consustanziali al Consiglio di Stato in quanto da sempre presenti nella storia dell'Istituto, cui si sono aggiunte, a seconda del periodo storico, le funzioni giurisdizionali.

Schematizzando: all'inizio (1831-1859) il Consiglio svolgeva solo funzioni consultive; fino al 1865 consultive e giurisdizionali; torna a svolgere funzioni solo consultive dopo la legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo del 1865; e, dopo la creazione della IV sezione del Consiglio di Stato del 1889 - e fino ai nostri giorni - svolge funzioni consultive e giurisdizionali.

Inoltre l'esercizio di funzioni consultive fu la ragione più importante per la quale – come si è detto – nel 1889 furono attribuite al Consiglio di Stato le funzioni giurisdizionali. Basti pensare al rilievo, anche al fine della configurazione del vizio di eccesso di potere, dei pareri resi dal Consiglio di Stato in sede di decisione del ricorso straordinario nel periodo che va dal 1865 al 1889 (C.E. Gallo).

La coesistenza delle funzioni consultive e di quelle giurisdizionali è quindi oggi uno degli elementi caratteristici del Consiglio di Stato e una legge che scindesse le due funzioni - a parte evidenti profili di incostituzionalità - probabilmente determinerebbe il venir meno dello stesso Consiglio di Stato.

E per fortuna è ormai un ricordo lontano il tentativo in questo senso della Commissione bicamerale delle riforme istituzionali di qualche anno fa.

Del resto le due funzioni sono tipiche dei sistemi in cui esiste una giustizia amministrativa distinta da quella ordinaria (de Lise).

La compresenza delle due funzioni ha ricevuto, in ogni caso, un riconoscimento formale da parte della Costituzione italiana del 1948.

QUAL È OGGI IL RUOLO DELL'ATTIVITÀ CONSULTIVA?

E' opinione diffusa che la funzione consultiva abbia perduto l'antica estensione, tanto che si ritiene che il sindacato sull'attività amministrativa è prevalentemente, se non esclusivamente, giurisdizionale, avendo la Costituzione configurato la giurisdizione come il luogo privilegiato della tutela e della realizzazione della giustizia (Pajno).

Oggi, quindi, non si potrebbe più ripetere quanto sostenuto ottant'anni fa da Santi Romano, secondo cui la funzione consultiva e quella giurisdizionale implicano entrambe un sindacato sugli atti amministrativi, l'uno preventivo, l'altro repressivo. E ciò per la semplice ragione che tale sindacato preventivo ormai non esiste più.

Senza che però – a nostro avviso – tale evenienza faccia venir meno il concetto di “unità funzionale”, cui si riferiva Santi Romano, tra funzione consultiva – anche nella sua attuale conformazione - e giurisdizionale, in quanto ciò che differenzia il giudizio/parere dal giudizio/sentenza non è la struttura logica, ma l'uso che ne fa l'ordinamento e l'efficacia che quest'ultimo gli attribuisce (Caianiello).

Il numero degli affari sottoposti a parere, quindi, è notevolmente inferiore rispetto a quanto avveniva qualche anno fa.

Non a caso il recente decreto del Presidente de Lise – come sopra detto - ha disposto che la Terza sezione del Consiglio di Stato – che svolgeva attività consultiva – ora svolga funzioni giurisdizionali.

In qualche modo, quindi, ripristinando la legge Rattazzi del 1859!

Da questa premessa, però, non crediamo si possa far conseguire un minore rilievo della funzione nella sua complessità.

Si è detto del ruolo decisamente centrale che ha assunto il Consiglio in sede di politiche di regolazione.

Si è detto anche del cambiamento “epocale” del parere in sede di ricorso straordinario, svolgendo esso ormai un ruolo decisivo in senso pieno.

Certo c’è una nuova fisionomia della funzione consultiva.

Ma essa vede – a nostro avviso – incrementato e non diminuito il ruolo del Consiglio di Stato che, senza disperdere la propria attività in affari di modesto rilievo, può finalmente concentrarsi sulle questioni più rilevanti.