

Le consulte di garanzia statutaria tra amministrazione e giurisdizione (*)

Bernardo Giorgio Mattarella

Rispetto alle consulte di garanzia statutarie, la sentenza 200/2008 della Corte costituzionale parrebbe chiudere una strada e aprirne un'altra, non meno importante. La strada che la sentenza chiude è quella della giurisdizione, la strada che essa apre è quella delle decisioni amministrative.

Le consulte di garanzia statutaria non possono essere giudici. Esse possono solo emanare pareri, non vincolanti, e il loro intervento deve essere preventivo e non successivo alla decisione altrui. Questo non sembra un grande problema, perché spesso la giurisdizione è nata dall'attività consultiva. Senza voler scomodare la indistinzione tra amministrazione e giurisdizione, che si è avuta fino al XVIII secolo, il Consiglio di Stato francese è nato come organo consultivo e lo è stato fino al 1872, per poi diventare un organo giurisdizionale, e qualcosa di simile è successo anche al Consiglio di Stato italiano. Certo, oggi la situazione è molto diversa da quella di fine Ottocento: il Consiglio di Stato francese, quando diventò un giudice, conquistò nuovi territori alla giurisdizione, territori che prima le erano sottratti; oggi non ci sono aree sottratte alla giurisdizione, perché c'è il principio della tutela giurisdizionale contro tutti gli atti della pubblica amministrazione, espresso in Italia dall'art. 113 della Costituzione; sulle stesse materie, sulle quali un organo consultivo si pronuncia, c'è già anche un organo giurisdizionale competente. La trasformazione di un organo consulti-

(*) Rielaborazione dell'intervento alla tavola rotonda conclusiva del convegno su "Gli organi di garanzia delle Regioni italiane", organizzato il 4 dicembre 2009 a Bologna presso la sede dell'Assemblea legislativa regionale, dalla Consulta di garanzia statutaria dell'Emilia-Romagna e dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome.

vo in giurisdizionale, a parità di competenze, è quindi preclusa. Però non conta solo l'effetto (la trasformazione), ma anche la causa. Il Consiglio di Stato francese e quello italiano diventarono giudici perché di fatto prendevano decisioni, risolvendo controversie: avevano acquisito una tale autorevolezza che il riconoscimento della natura giurisdizionale fu solo un fatto formale. Dunque, si può acquisire una grande autorevolezza pur non essendo giudici e si possono risolvere controversie pur non esercitando la giurisdizione. È quello che fa il Consiglio di Stato quando decide i ricorsi straordinari: formalmente emana un parere, ma quel parere viene sempre seguito. Ma si pensi anche a certi pareri e segnalazioni dell'Autorità antitrust.

Ciò dimostra che la distanza tra amministrazione e giurisdizione è spesso meno grande di quanto possa apparire. E qui si apre la strada che la Corte costituzionale lascia aperta, quando afferma che le decisioni degli organi di garanzia statutaria sono decisioni amministrative. Si tratta con tutta evidenza di una qualificazione piuttosto importante, se non altro perché è una citazione colta: l'autore citato è Mario Nigro, che è stato il teorico delle decisioni amministrative¹. Nella sentenza 200/2008 è possibile leggere che le decisioni amministrative di questi organi sono "atti amministrativi di accertamento, volti a risolvere conflitti, decidendo, in un caso concreto, sull'applicabilità di una norma o sulle modalità di applicazione della stessa". La definizione di decisione amministrativa data dal Giudice costituzionale ricalca quella data da Nigro nel 1962: "Atti amministrativi di accertamento, formati in modo contenzioso, con un procedimento che dia rilievo al conflitto di interessi o di opinioni, così accertando l'applicabilità della legge a un caso concreto e determinando, talvolta, anche le modalità di applicazione della legge stessa"². Le due definizioni sono sostanzialmente identiche, salvo che per il riferimento al procedimento contenzioso. La Corte costituzionale, dunque, ha fatto riferimento agli studi di Nigro sulle decisioni amministrative. Ha fatto bene, perché tale costruzione,

(1) M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1953; Id., *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962; Id., *Deliberazione amministrativa*, ivi (ora entrambe in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1996, p. 497 e p. 521).

(2) M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 815.

che ad avviso di chi scrive rimane insuperata, è un'ottima base per cercare di descrivere questi organismi. Nigro scriveva in un momento particolare, nei primi anni di attuazione della Costituzione, quando bisognava ancora applicare la disposizione transitoria sull'eliminazione dei giudici speciali. La sua ricerca, quindi, aveva anche un fine che oggi non è più rilevante, però essa rimane attuale come studio sui confini fra giurisdizione e amministrazione. Le decisioni amministrative sono descritte come atti di natura materialmente giurisdizionale, non discrezionali e, di conseguenza, irrevocabili (come le sentenze): caratteri molto peculiari per gli atti amministrativi.

L'ambito in cui si collocano questi atti è quello dell'applicazione del diritto da parte delle pubbliche amministrazioni. Gli organi che li emanano sono pubbliche amministrazioni che hanno una particolarità: la loro funzione fondamentale è quella di applicare il diritto. La dimensione dell'applicazione del diritto è sempre presente nell'attività amministrativa: tutte le pubbliche amministrazioni, quando emanano i loro atti, in una certa misura applicano il diritto. Per alcuni tipi di atti o per alcuni tipi di attività, però, questa dimensione è particolarmente forte: per esempio, per gli atti di autotutela, che – come diceva Benvenuti – sono atti materialmente giurisdizionali, ma amministrativi con riferimento all'interesse perseguito. Questo elemento dell'applicazione del diritto è ancora più forte quando ci sono autorità *ad hoc*, preposte a questa funzione, come il Consiglio di Stato in sede consultiva e la Corte dei conti in sede di controllo: quando svolgono queste funzioni, essi non sono giudici, ma non è un caso che queste funzioni vengano attribuite a organi composti da magistrati.

Nigro scrisse che ci sono amministrazioni o organi per i quali il principio di imparzialità è particolarmente accentuato, tanto che questi organi assumono una "coloritura giurisdizionale". Fra questi organi si possono collocare le consulte di garanzia statutaria, non molto diversamente da certe autorità indipendenti: come queste ultime, esse hanno il compito di tutelare un assetto di interessi definito dalle norme; la loro attività consiste nell'applicazione della legge (o degli Statuti) più che nell'esercizio della discrezionalità. Ma il quadro degli organi di garanzia è molto differenziato e, dal punto di vista organizzativo, le autorità indipendenti somigliano più a un ministero che a un giudice:

di conseguenza, quello della riconducibilità delle consulte di garanzia statutaria alle autorità indipendenti parrebbe un falso problema, perché non c'è un modello unico di autorità indipendente al quale eventualmente ricondurle.

A ogni modo, non bisogna preoccuparsi troppo del fatto che la Corte costituzionale abbia affermato che queste autorità non possono essere giudici. Esse svolgono comunque un controllo di legittimità, ponendo in essere attività materialmente, anche se non formalmente, giurisdizionale. D'altra parte, l'ordinamento offre vari esempi della mobilità del confine fra amministrazione e giurisdizione: non solo gli esempi classici, come la volontaria giurisdizione, ma anche le funzioni in materia di procedimenti elettorali, che a volte sono svolte da giudici e a volte da amministrazioni, e i fenomeni di depenalizzazione di certe sanzioni. Quindi, il fatto che la Corte costituzionale qualifichi come amministrativa la natura di queste autorità di garanzia non deve stupire né essere considerata una *deminutio*: l'amministrazione ha tante forme ed esistono amministrazioni che hanno essenzialmente funzioni contenziose. Potrebbe aggiungersi che è abbastanza naturale qualificare come amministrativo ciò che non può essere qualificato come giurisdizionale. Questa natura residuale è la conseguenza della "pienezza di competenza" originaria dell'amministrazione, di cui parlava ancora Benvenuti.

La Costituzione, per note ragioni storiche, pone un confine netto fra amministrazione e giurisdizione, costringendo ad ascrivere organi e atti all'una o all'altra. Dal punto di vista formale, le consulte e la loro attività si collocano sul versante dell'amministrazione, come è inevitabile per organi costituiti dalle Regioni: la disciplina della giurisdizione appartiene alla legge statale e il suo esercizio a organi statali. Dal punto di vista materiale, però, siamo in una zona grigia. Di conseguenza, anche quello della qualificazione dei loro atti come provvedimenti amministrativi mi sembra un falso problema: anche quello dei provvedimenti amministrativi è un *fuzzy set*, un insieme impreciso che ha tante zone grigie; ci sono tanti tipi di atto che vi rientrano solo in parte. Certo, gli atti delle consulte non sono atti discrezionali e forse non sono impugnabili di fronte al giudice amministrativo, ma davanti al giudice ordinario; ma queste caratteristiche sono proprie anche

di molte sanzioni amministrative, che vengono considerate provvedimenti amministrativi. Forse è solo un problema terminologico, poco importante.

Le consulte statutarie sono organi di garanzia, organi materialmente giurisdizionali. La loro funzione è ben espressa dall'idea del contrappeso che esse possono svolgere per le Regioni: possono svolgere funzioni che mancano allo Stato, per esempio il controllo preventivo di legalità costituzionale (o statutaria) delle leggi. La logica del contrappeso è importante perché queste autorità, come molte altre autorità di garanzia, come alcune autorità indipendenti, garantiscono nei confronti dello strapotere delle maggioranze politiche, quindi hanno un ruolo importante nell'ambito della forma di governo regionale.

Se queste autorità sono formalmente amministrative e materialmente giurisdizionali, allora ci si potrebbe chiedere – per ciascuna di esse – quanto le loro caratteristiche siano adeguate, quanto esse siano assimilabili a giudici. A ciò si potrebbe rispondere che la loro natura materialmente giurisdizionale possa essere in qualche modo misurata prendendo come termine di paragone altri tipi di organismi aventi le stesse caratteristiche ibride: amministrative per qualche aspetto, giurisdizionali per qualcun altro; ora applicazione del diritto, ora perseguimento di interessi pubblici determinati. Il termine di paragone potrebbe essere costituito, da un lato, dai tribunali di molte organizzazioni internazionali, dall'altro, da alcune autorità indipendenti.

Organizzazioni come la Banca mondiale e l'Organizzazione mondiale del commercio hanno tribunali con organi contenziosi, sui quali c'è ormai un'ampia letteratura. Essi hanno caratteristiche e poteri variabili, che sono stati valutati per "misurarne" la natura giurisdizionale, sotto tre diversi aspetti: quello della selezione e della durata in carica dei componenti; quello dell'accesso degli interessati alla "giustizia" da essi amministrata; e quello dell'efficacia delle loro decisioni³. Se si applicano questi tre criteri alle consulte statutarie, si può dire che, in base al primo, esse somigliano a giudici, perché i loro componenti

(3) R.O. KEOHANE, A. MORAVCSIK, A.M. SLAUGHTER, *Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational*, in *International Organization*, 54, 3, Summer 2000, p. 457.

non sono rappresentanti di interessi, anche se naturalmente le varie discipline vanno valutate analiticamente con riferimento a vari aspetti (nomina, durata in carica, requisiti, incompatibilità); in base al secondo, essi vi somigliano solo in parte, perché solo alcuni soggetti istituzionali – e non, per esempio, i cittadini – possono essere parti dinanzi a essi; in base al terzo, la loro assimilabilità a giudici varia da Regione a Regione, dato che gli atti di questi organi hanno natura ed efficacia variabili, ma incontra comunque limiti insormontabili, indicati dalla Corte costituzionale.

Per quanto riguarda le autorità indipendenti, sarebbe opportuno distinguere tra la struttura e il funzionamento. Da entrambi i punti di vista, vale la pena fare ancora riferimento a quanto scriveva Nigro a proposito degli organi che emanano decisioni amministrative.

Per quanto riguarda la struttura, per funzionare come giudici le autorità in questione devono innanzitutto essere tutelate dall'interferenza degli interessi su cui devono giudicare: il problema dell'imparzialità è decisivo. Nigro sosteneva l'esistenza di un principio generale per cui, tutte le volte che si verifica una situazione di deviazione di un atto dalle finalità che gli sono proprie, a causa di una particolare relazione di essi con il destinatario dell'atto, con il bene su cui cade l'attività dell'organo, si produce un vizio di legittimazione del soggetto agente: dunque, anche quando non ci sono norme scritte, ci sono principi generali che impongono una certa distanza dagli interessi su cui si deve giudicare. Ciò può valere per le autorità indipendenti e anche per le consulte di garanzia statutaria.

Per quanto riguarda il funzionamento, Nigro osservava che ciò che conta, nelle decisioni amministrative, è che ci sia il contraddittorio. Questo sembra l'aspetto veramente importante, che dovrebbe essere sviluppato da questi organi di garanzia: la possibilità di tutte le parti interessate di far sentire la propria voce, nel modo più formalizzato possibile. A questo riguardo, è necessario ricordare che alcune autorità indipendenti hanno formalizzato in modo estremamente garantista le proprie procedure, anche al di là delle previsioni di legge: i procedimenti che si svolgono davanti all'Antitrust o davanti all'autorità per l'energia elettrica o del gas, per esempio, prevedono molte forme di contraddittorio.

La conclusione di questo ragionamento potrebbe essere dunque quella di incoraggiare le consulte statutarie a fare altrettanto, organizzando lo svolgimento delle proprie funzioni nel modo più simile possibile a quello dei giudici. L'incoraggiamento deriva anche da un altro esempio: una delle attività principali che svolge il Garante per la protezione dei dati personali è quella consultiva: esso redige pareri, risponde ai quesiti posti da autorità pubbliche e soggetti privati. Tutto questo è *praeter legem*, perché la legge non ha mai attribuito al Garante una funzione consultiva: ma questa funzione serve ed è diventata una delle attività più importanti del Garante. È difficile dire se anche le consulte statutarie potranno esercitare poteri non attribuiti loro, ma sicuramente un po' di fantasia nell'organizzare lo svolgimento delle proprie funzioni, e soprattutto dei propri procedimenti, sarebbe utile.

