

LA SINDACABILITA' DELLE DECISIONI DEGLI ORGANI DI GARANZIA
STATUTARIA: NOTE SUL RIPARTO DI GIURISDIZIONE*

NICOLA PIGNATELLI**

Sommario

1. Una notazione preliminare. – 2. La natura (prevalente) degli organi di garanzia statutaria e i corollari processuali. – 3. Le competenze, gli atti degli organi di garanzia statutaria e il conseguente riparto di giurisdizione. – 4. Una critica al riparto di giurisdizione, come ricostruito dal diritto vivente, relativo alla impugnazione delle decisioni sull'ammissibilità dei *referenda* regionali.

Suggerimento di citazione

N. PIGNATELLI, *La sindacabilità delle decisioni degli organi di garanzia statutaria: note sul riparto di giurisdizione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente contributo è la rielaborazione della relazione svolta in occasione del convegno “Gli organi di garanzia statutaria nella forma di governo regionale fra bilanci e prospettive future”, che si è svolto il 13 aprile 2018 presso il Consiglio regionale della Toscana, Sala Gonfalone, Firenze.

** Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Bari e Vice Presidente del Collegio di garanzia statutaria della Regione Toscana.

Contatto: nicola.pignatelli@uniba.it

1. Una notazione preliminare

La problematica della sindacabilità giurisdizionale delle decisioni degli organi di garanzia statutaria sposta la prospettiva dalla *forma di governo* regionale, e specificatamente dalla posizione di tali organi rispetto al circuito politico regionale -specifico oggetto di questo Convegno- alla *forma di stato*, sotto il profilo del rapporto tra autorità (esercitata da tali organi collegiali) e diritti costituzionali, dei quali sia titolare un terzo, potenzialmente leso dalle stesse decisioni degli organi di garanzia statutaria e quindi processualmente legittimato all'esercizio del diritto di difesa (art. 24 Cost.).

Non esaminerò, invece, il tema della giustiziabilità delle decisioni degli organi di garanzia statutaria su iniziativa di un (altro) organo regionale, posto che esso è assorbito e si risolve nella carenza di legittimazione attiva da parte degli organi del medesimo Ente.

Più specificatamente mi soffermerò sul tema della *giurisdizione* innanzi alla quale l'azione avverso le decisioni deve essere radicata, quindi sui criteri di riparto della giurisdizione relativi alla impugnazione degli atti con i quali gli organi di garanzia esercitano le proprie competenze.

2. La natura (prevalente) degli organi di garanzia statutaria e i corollari processuali

Non può negarsi come storicamente nell'ordinamento repubblicano si siano manifestati organi di natura anfibia, in parte animati da un'indole giurisdizionale e in parte da una amministrativa, rispetto alle quali sono state utilizzate categoria ibride ed evocative, come quella delle funzioni neutrali¹ o giustiziali², una sorta di terza via.

In realtà, soprattutto ai fini della individuazione dei mezzi di tutela giurisdizionale, la doppia natura è stata necessariamente sciolta e quindi attratta talune volte nella dimensione (prevalentemente) *amministrativa*, come per le Autorità amministrative indipendenti (cfr. artt. 14 e 135 c.p.a), talune volte nella dimensione (prevalentemente) *giurisdizionale*, come per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, un complesso "ircocervo"³, a cui il legislatore (l. 69/2009) ha imposto una delle due nature, quella giurisdizionale appunto, attraverso delle modifiche sostanziali dell'istituto,

¹ P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2018.

² V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; M.P. CHITI, *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, p. 543; A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2000; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012.

³ Cfr. Corte cost. n. 298/1986.

dopo che la Corte costituzionale aveva dichiarato manifestamente inammissibile una questione di costituzionalità sollevata in sede di ricorso straordinario proprio sul presupposto della mancanza di un “giudice” (*rectius*, di un giudizio)⁴.

Non vi è dubbio che gli organi di garanzia statutaria abbiano una natura (prevalentemente) *amministrativa*, pur conservando un’indole di specialità e analogie rapsodiche con la funzione giurisdizionale. Tale natura amministrativa è stata riconosciuta dai relatori che mi hanno preceduto, dalla più autorevole dottrina⁵ e dalla stessa Corte costituzionale⁶.

⁴ Cfr. Corte cost. n. 392/2004, sulla quale sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *La natura del ricorso straordinario e la “nozione” di giudizio: la Corte costituzionale e l’“ircocervo”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 2149-2162; N. PIGNATELLI, *Sulla “natura” del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69 l. 69/2009)*, in R. GAROFOLI (a cura di), *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo, I Focus Nel diritto*, Roma, 2009, 119-140. Tuttavia dopo la modifica normativa (l. n. 69/2009) la Corte costituzionale (sent. 73/2014) ha ritenuto per la prima volta ammissibile una questione di costituzionalità sollevata in sede di ricorso straordinario.

⁵ Cfr., per tutti, R. ROMBOLI, *Il Collegio di garanzia*, in P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di) *Lineamenti di Diritto costituzionale della Regione Toscana*, Torino, 2015, 196 ss.; R. ROMBOLI, *La natura amministrativa degli organi di garanzia statutaria e delle relative decisioni: la Corte costituzionale infrange il sogno di un’Alta corte per la regione calabrese*, in *Foro it.*, 2009, I.

⁶ Cfr. Corte cost. 200/2008, secondo cui “Questa Corte ha già chiarito che «l’introduzione di un organo di garanzia nell’ordinamento statutario regionale non è, come tale, in contrasto con la Costituzione, ferma restando la necessità di valutare, nei singoli specifici profili, la compatibilità delle norme attributive allo stesso di competenze determinate» (sentenza n. 12 del 2006). Nessun dubbio che sia ammissibile attribuire a tali organi di garanzia un potere consultivo, ancorché il contenuto negativo del parere reso determini l’obbligo di riesame dell’atto (sentenza n. 378 del 2004). Si tratta, nel caso oggetto del presente giudizio, di stabilire se la previsione, contenuta nelle disposizioni censurate, di «decisioni» su oggetti dalla stessa determinati possa ritenersi compatibile con la natura amministrativa dell’organo o se, invece, il carattere vincolante di tali atti li qualifichi come sostanzialmente giurisdizionali e pertanto estranei alla sfera di competenza del legislatore regionale. Alla luce dei comuni principi che reggono la qualificazione degli atti dei poteri pubblici, si deve ritenere che la competenza ad emanare atti decisori non è riservata agli organi giurisdizionali, giacché l’ordinamento giuridico italiano conosce da lungo tempo molteplici tipi di atti riconducibili alla categoria delle decisioni amministrative. Queste ultime si caratterizzano per essere 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. (...) Si tratta pertanto di decisioni amministrative che tendono ad eliminare dubbi e controversie sull’interpretazione delle disposizioni statutarie e delle leggi regionali riguardanti i rapporti tra la Regione e gli altri enti che operano nell’ambito del suo territorio. È appena il caso di precisare che tali decisioni non possono né precludere né, in alcun modo, limitare la competenza degli organi giurisdizionali, ordinari o amministrativi, eventualmente richiesti, nei modi rituali, di pronunciarsi sui medesimi atti già oggetto di valutazioni da parte della Consulta statutaria. Le stesse «decisioni» della suddetta Consulta possono ovviamente diventare oggetto di un giudizio di legittimità dei competenti organi giudiziari (...). Da quanto osservato si deve concludere che le suindicate competenze della Consulta statutaria, quali previste dalle norme censurate, non hanno natura giurisdizionale e risultano conformi, nei termini appena indicati, alle previsioni statutarie”. Cfr. anche Corte cost. n. 378/2004, che parla di “organo amministrativo”.

Fermo quindi questo assunto, che terremo come perno, da esso ne derivano una serie di corollari processuali.

In una logica negativa, di “non esperibilità”, la negazione della natura giurisdizionale determina la non attivabilità del rimedio del ricorso per cassazione *ex art. 111, 7° comma* e più in generale di tutti i rimedi che presuppongono che la decisione abbia la natura e la forza di giudicato, come il giudizio di ottemperanza o la revocazione.

In una logica positiva, di “esperibilità”, invece, può ritenersi che il riconoscimento della natura amministrativa di tali organi determina che le decisioni debbano esser ricondotte nell’alveo della tutela dell’art. 113, 1° comma, Cost., secondo cui *“Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa”*, dovendo precisarsi, alla luce della formulazione letterale dell’art. 7, 2° comma, c.p.a., che la tutela è sempre ammessa anche contro i soggetti ad essa *“equiparati”* (quale potrebbe definirsi, per la sua specialità, un organo di garanzia statutaria).

Tuttavia deve precisarsi come la qualificazione (soggettiva) degli organi di garanzia statutaria come organi amministrativi sia in realtà banalmente irrilevante ai fini del riparto di giurisdizione (art. 103 Cost.), posto che ciò che rileva, è la esistenza o meno (oggettiva) di una norma attributiva del *potere*, dovendo ritenersi, sinteticamente, che qualora il legislatore attribuisca un potere pubblico all’organo di garanzia, la situazione giuridica soggettiva dovrà essere qualificata come interesse legittimo e quindi di cognizione del giudice amministrativo, mentre qualora il legislatore non attribuisca un potere pubblico all’organo di garanzia statutaria, la situazione giuridica soggettiva dovrà essere qualificata come di diritto soggettivo e quindi di cognizione del giudice ordinario (al di là dei residui di neutralità o giurisdizionalità, che possono incidere soltanto sulle *modalità* del sindacato del giudice amministrativo o del giudice ordinario sugli atti dei collegi di garanzia).

È noto, infatti, come la Corte costituzionale⁷, dopo un travagliato percorso legislativo e giurisprudenziale, abbia affermato chiaramente che la

⁷ Cfr. Corte cost. n. 204/2004, secondo cui *“È evidente, viceversa, che il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell’attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare ‘particolari materie’ nelle quali ‘la tutela nei confronti della pubblica amministrazione’ investe ‘anche’ diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie. Tale necessario collegamento delle ‘materie’ assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive – e cioè con il parametro adottato dal Costituente*

come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa – è espresso dall'art. 103 laddove statuisce che quelle materie devono essere 'particolari' rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata della circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo. Il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice 'della' pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo". Per una lettura critica di questa pronuncia, sotto il profilo della tutela dei diritti nell'ambito della giurisdizione amministrativa, cfr. M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: Il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti*, in www.forumcostituzionale.it. Tuttavia la suddetta impostazione ha avuto autorevole riscontro nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. Cfr. Ad. Pl., 30.7.2007 n. 9, secondo cui "a) 'il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una 'nuova materia' attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione' (Corte cost. n. 204/2004); b) la giurisdizione del giudice amministrativo resta in ogni caso delimitata dal collegamento con l'esercizio in concreto del potere amministrativo secondo le forme tipiche previste dall'ordinamento: ciò sia nella giurisdizione esclusiva che nella giurisdizione di annullamento (Corte cost. n. 204/2004); c) 'al precedente sistema che, in considerazione della natura intrinseca di diritto soggettivo della situazione giuridica conseguente all'annullamento del provvedimento amministrativo, attribuiva al giudice ordinario le controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi (così l'art. 35, comma 5, del d.lgs. n. 80 del 1998, come modificato dall'art. 7, lettera c della legge n. 205 del 2000), il legislatore ha sostituito (appunto con l'art. 35 cit.) un sistema che riconosce esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche il potere di risarcire, sia per equivalente sia in forma specifica, il danno sofferto per l'illegittimo esercizio della funzione' (Corte cost. n. 191/2006); d) 'la tutela giurisdizionale contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione spetta al giudice ordinario, quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo o, se lo sopporti, quante volte l'azione della pubblica amministrazione non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere, che sia riconoscibile come tale, perché a sua volta deliberato nei modi ed in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o provvedimento e non come mera via di fatto'. Non si verifica il collegamento con l'esercizio del potere 'quando l'amministrazione agisca in posizione di parità con i soggetti privati, ovvero quando l'operare del soggetto pubblico sia ascrivibile a mera attività materiale, con la consapevolezza che si verte in questo ambito ogni volta che l'esercizio del potere non sia riconoscibile neppure come indiretto ascendente della vicenda' (Cass. civ., sez. un., 15 giugno 2006, n. 13911, nonché 13 giugno 2006, nn. 13660 e 13659); e) il venire meno, per annullamento giurisdizionale, di atti che sono espressione di una posizione di autorità, non rende rilevanti solo come comportamenti gli effetti medio tempore prodottisi in loro esecuzione, ma determina la concentrazione della cognizione dinanzi allo stesso giudice amministrativo, il quale verifica il corretto esercizio del potere (Cons. Stato, ad. plen., n. 2/2006); f) va considerata come controversia riconducibile all'esplicazione del pubblico potere qualunque lite suscitata da lesioni del diritto di proprietà provocate dall'esecuzione di provvedimenti autoritativi degradatori, venuti meno o per annullamento o per sopraggiunta inefficacia (Cons. Stato, ad. plen., n. 4/2005)". Cfr. anche Ad. Pl., 30.7.2007 n. 10.

giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e la giurisdizione di legittimità partecipino della medesima natura, presupponendo entrambe che nel processo sia in discussione l'attività posta in essere dall'Amministrazione come *autorità*⁸.

In questa logica l'individuazione del *potere pubblico* (anche degli organi di garanzia statutaria) assume la funzione di architrave della giurisdizione, dovendo così essere rimessi alla giurisdizione ordinaria esclusivamente i comportamenti puri, ossia le attività materiali, in assenza di potere, *rectius*, in assenza di una norma attributiva del potere (potendo parlarsi soltanto in questo caso di inesistenza del provvedimento amministrativo), posto che il mero difetto assoluto di attribuzione *ex art. 21 septies* l. n. 241/1990 (configurabile quando una norma attributiva del potere esista nell'ordinamento giuridico ma il potere sia stato esercitato da un'Amministrazione completamente diversa) è rimesso espressamente alla giurisdizione amministrativa⁹; tali comportamenti sono in ogni caso da tenersi distinti, pur problematicamente, rispetto ai comportamenti riconducibili *mediatamente* al potere pubblico, sussistenti quando l'Amministrazione si avvale di strumenti intrinsecamente privatistici ma intimamente connessi ad un potere pubblico o in esecuzione di esso, posto che questi sono riconducibili, per scelta del legislatore, nell'alveo della giurisdizione amministrativa esclusiva, alla luce della loro intima relazione con il potere¹⁰.

Tali criteri di riparto devono valere quindi anche per la impugnabilità delle decisioni e gli atti assunti dagli organi di garanzia statutaria.

⁸ La Corte ha rilevato, quanto alla giurisdizione esclusiva, come dall'art. 103 Cost. debba desumersi che il legislatore ordinario non è titolare di una discrezionalità assoluta nell'attribuzione di "blocchi" di materie al giudice amministrativo ma soltanto di uno spazio di attribuzione relativo a "particolari materie", nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione oltre a riguardare interessi legittimi (come regola) investe (eccezionalmente, a rimorchio) "anche" diritti soggettivi.

⁹ L'art. 31, 4° comma, del Codice del processo amministrativo dispone espressamente che "La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'articolo 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV".

¹⁰ Lo stesso legislatore delegato, in sede di redazione del codice del processo amministrativo, ha recepito lo schema costruito dalla Corte, in espressa attuazione del principio contenuto nella legge delega (art. 44, 1° comma, l. n. 69/2009), secondo cui il Governo avrebbe dovuto riordinare "le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni", imponendo che il riassetto si adeguasse "alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori", a conferma espressa peraltro dell'autorevole tesi secondo cui il diritto giurisprudenziale è una fonte del diritto Cfr. A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, 287 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna - Roma, 2011, 144 ss., 536 ss., 745 ss.

3. Le competenze, gli atti degli organi di garanzia statutaria e il conseguente riparto di giurisdizione

La stessa Corte costituzionale, nella nota vicenda della impugnazione dello Statuto calabrese¹¹, ha affermato espressamente alcuni principi rilevanti ai nostri fini:

a) la competenza degli organi di garanzia, anche quando assuma forza vincolante, non può limitare la competenza degli organi giurisdizionali (ordinari o amministrativi), in una logica di separazione tra amministrazione e giurisdizione (*“è appena il caso di precisare che tali decisioni non possono né precludere né, in alcun modo, limitare la competenza degli organi giurisdizionali, ordinari o amministrativi, eventualmente richiesti, nei modi rituali, di pronunciarsi sui medesimi atti già oggetto di valutazioni da parte della Consulta statutaria”*);

b) gli atti degli organi di garanzia (siano essi vincolanti o non vincolanti) sono sindacabili in sede giurisdizionale amministrativa o ordinaria (*“Le stesse «decisioni» della suddetta Consulta possono ovviamente diventare oggetto di un giudizio di legittimità dei competenti organi giudiziari”*), alla luce quindi dei criteri di riparto di giurisdizione richiamati nel paragrafo precedente.

In questa logica, al fine della individuazione della giurisdizione, deve essere verificato se gli Statuti regionali e le leggi regionali istitutive attribuiscano poteri agli organi di garanzia e quale natura abbiano gli atti che tali poteri producono.

Quanto alla competenza di verifica della statutarietà delle leggi e dei regolamenti, possiamo certamente ritenere che si tratti di un potere che produce meri *“pareri”*¹² (amministrativi) preventivi non vincolanti nel loro

¹¹ Corte cost. n. 200/2008.

¹² Corte cost. n. 378/2004: *“In ogni caso, la disposizione impugnata fa espresso riferimento ad un potere consultivo della Commissione, da esplicitarsi attraverso semplici pareri, che, se negativi sul piano della conformità statutaria, determinano come conseguenza il solo obbligo di riesame, senza che siano previste maggioranze qualificate ed anche senza vincolo in ordine ad alcuna modifica delle disposizioni normative interessate”*; 12/2006: *“Innanzitutto, nessuna limitazione viene a soffrire la potestà legislativa del Consiglio regionale, che rimane intatta sia nelle materie sia nell'estensione della sua capacità regolativa. L'introduzione di un particolare, eventuale passaggio procedurale, consistente nel parere del Collegio regionale per le garanzie statutarie, rientra nella disciplina del procedimento legislativo regionale, ricompresa indubbiamente nei «principi fondamentali di organizzazione e funzionamento» attribuiti dall'art. 123, primo comma, Cost. alla potestà statutaria delle Regioni. Inoltre, la motivazione richiesta perché il Consiglio regionale possa deliberare in senso contrario ai pareri e alle valutazioni del Collegio di garanzia non inerte agli atti legislativi, ma alla decisione di non tener conto del parere negativo, che costituisce atto consiliare distinto dalla deliberazione legislativa e non fa corpo con essa. Infine, la norma statutaria impugnata si riferisce esplicitamente alle «deliberazioni legislative» e non alle leggi. Tale constatazione fa venir meno ogni perplessità circa una possibile, illegittima limitazione del potere presidenziale di promulgazione e sulla asserita introduzione di una nuova forma di controllo di legittimità costituzionale delle leggi”*.

contenuto, nelle ipotesi in cui il potere consultivo esercitato si risolva in un mero seguito di riesame (indipendentemente dall'aggravio procedurale, più o meno intenso, previsto dalle singole leggi regionali), oppure che si tratti di un potere che produce "decisioni amministrative", *rectius*, atti amministrativi di accertamento, nelle ipotesi in cui sia riconosciuta ad essi una efficacia vincolante: "queste ultime si caratterizzano per essere 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. (...) Si tratta pertanto di decisioni amministrative che tendono ad eliminare dubbi e controversie sull'interpretazione delle disposizioni statutarie e delle leggi regionali riguardanti i rapporti tra la Regione e gli altri enti che operano nell'ambito del suo territorio"¹³.

In entrambi i casi, quindi, non potrà dirsi che si tratti di atti la cui natura accede a quella (legislativa o regolamentare) dell'atto rispetto al quale la verifica è posta in essere, conservando la loro natura amministrativa (vincolante o non vincolante), né potrà sostenersi che la natura vincolante del parere sia idonea, di per sé, a palesare una natura giurisdizionale (e non amministrativa).

Quanto ai conflitti, è attribuito agli organi di garanzia il potere di rendere parere sui conflitti di competenza interorganica attraverso atti amministrativi a contenuto consultivo non vincolante, che si risolvono in un mero contributo ausiliario per l'organo politico, vero arbitro del conflitto¹⁴.

Quanto alla funzione di consulenza su temi di carattere giuridico-istituzionale di rilievo, attinenti all'interpretazione ed applicazione dello Statuto e delle funzioni consiliari, il potere attribuito è preordinato alla produzione di pareri in senso stretto, per quanto la stessa natura non vincolante palesi una comune radice rispetto agli atti sopra richiamati.

Si tratta più in generale di atti amministrativi, espressione di poteri pubblicistici¹⁵, per i quali quindi è pacifica la sindacabilità in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità (art. 7 c.p.a.).

Per essi, se mai, sono rilevabili problemi *in concreto* di sussistenza delle condizioni dell'azione processuale, apprezzabili soprattutto in relazione alla carenza dell'attualità dell'interesse a ricorrere¹⁶, vista la natura (prevalentemente) non vincolante che trasferisce su atti successivi (e non necessariamente amministrativi) la concretizzazione dell'interesse a ricorrere.

¹³ Così Corte cost. n. 200/2008.

¹⁴ R. ROMBOLI, *La natura amministrativa degli organi di garanzia statutaria e delle relative decisioni: la Corte costituzionale infrange il sogno di un'Alta corte per la regione calabrese*, in *Foro it.*, 2009, I.

¹⁵ Cfr. anche C. MIGNONE, *I Collegi regionali di garanzia statutaria come organi autori di provvedimenti amministrativi*, in *Quad. reg.*, 2007.

¹⁶ Si rinvia, su tali profili, al puntuale intervento di R. TAGLIAFERRI in questo Convegno.

Appare, invece, maggiormente problematica e meritevole di attenzione, quanto al radicamento della giurisdizione, la sindacabilità delle decisioni degli organi di garanzia statutaria in materia di *referenda* regionali.

4. Una critica al riparto di giurisdizione, come ricostruito dal diritto vivente, relativo alla impugnazione delle decisioni sull'ammissibilità dei referenda regionali

La giurisprudenza (sia ordinaria che amministrativa), anche di recente, ha ritenuto di ricondurre alla giurisdizione ordinaria la impugnazione delle decisioni degli organi di garanzia statutaria sull'ammissibilità dei *referenda* regionali, in modo analogo alla impugnazione delle decisioni dei comitati dei garanti in materia di *referenda* locali (la cui casistica è più copiosa), a seguito di una certa influenza delle categorie elaborate intorno alla impugnazione delle decisioni dell'Ufficio centrale in materia di referendum abrogativo statale.

In realtà tale conclusione si fonda su presupposti erronei e su influenze improprie, come tenteremo di evidenziare di seguito.

L'Ufficio centrale per il referendum, nella più solida ricostruzione scientifica, ha una natura *giurisdizionale*, sia sotto il profilo soggettivo-organizzativo che sotto il profilo funzionale¹⁷, non potendo quindi essere qualificato né come un organo amministrativo né come un organo legislativo, per quanto la dottrina abbia riconosciuto ad esso una natura giurisdizionale peculiare, utilizzando la categoria della "giurisdizione oggettiva" strumentale alla tutela (non di situazioni giuridiche soggettive, come la "giurisdizione contenziosa", ma) di un interesse oggettivo e generale allo svolgimento di un procedimento legislativo in modo conforme alle norme di legge che lo regolano¹⁸; tale natura giurisdizionale, al di là della specificità, trova conferma peraltro nella riconosciuta legittimazione al sollevamento della questione di costituzionalità e quindi nella qualificazioni in termini di giudice *a quo*¹⁹.

Da tale ricostruzione dovrebbe desumersi, quanto alla impugnazione di tali decisioni, l'operatività della categoria della carenza *relativa* della giurisdizione amministrativa (posto che il sindacato dell'Ufficio centrale è esso stesso, come detto, esercizio di giurisdizione, rispetto al quale in ipotesi sarebbe azionabile il ricorso per cassazione *ex art. 111, 7° comma, Cost.*), alla luce delle stesse categorie ricostruite di recente dalla Corte costituzionale in sede di sindacato

¹⁷ C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, 1976, 853.

¹⁸ Così A. PERTICI, *Il Giudice delle Leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2000, 55, che aderisce alla tesi di F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 495 ss.

¹⁹ Cfr. Corte cost. n. 343/2003; 334/2004.

di una questione di costituzionalità sollevata in via incidentale dalla Cassazione in palese carenza di giurisdizione²⁰.

Tuttavia la giurisprudenza maggioritaria, disattendo tale modello, ha utilizzato la categoria della carenza *assoluta* di giurisdizione²¹, valorizzando in modo improprio la partecipazione della funzione esercitata dall'Ufficio centrale alla natura *legislativa* dell'oggetto del referendum²²; in questa logica si è arrivati a sostenere, in sintesi, che gli atti che partecipano della natura legislativa sono sottratti in senso assoluto a qualsiasi sindacato giurisdizionale (e quindi anche a quello amministrativo).

Alle medesime conclusioni, nel senso della carenza *assoluta* di giurisdizione amministrativa, è giunta la giurisprudenza amministrativa sulla impugnazione degli atti dell'Ufficio centrale relativi al recente *referendum* costituzionale ex art. 138 Cost²³, per quanto emerge da essa una opzione motivazionale ulteriore (di ancor più problematico inquadramento sistematico), alla luce della quale si qualifica l'Ufficio centrale (né come un organo amministrativo, né come un organo che partecipa alla funzione legislativa, né come un organo giurisdizionale ma) come un organo "neutrale", titolare di funzioni di controllo esterno, rispetto al quale (anche in tale opzione ermeneutica) sarebbe apprezzabile un difetto assoluto (quindi esterno) di qualsiasi giurisdizione.

In ogni caso ciò che rileva ai nostri fini è l'affermazione di una carenza (certa, al di là del percorso motivazionale) della giurisdizione amministrativa e una sorta di influenza sulla problematica della giurisdizione delle decisioni assunte dai comitati dei garanti sui *referenda* locali.

Sembra, infatti, che la giurisprudenza della Cassazione e la giurisprudenza ordinaria, in materia di sindacato delle decisioni sui *referenda* locali, abbia

²⁰ Cfr. Corte cost. n. 6/2018: "L'«eccesso di potere giudiziario», denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici".

²¹ Si veda su tale giurisprudenza G. COCOZZA, *Il difetto assoluto di giurisdizione con riferimento alle determinazioni dell'Ufficio centrale per il referendum*, in *www.giustamm.it.*, 2018.

²² Cfr., a titolo esemplificativo, Cons. St., sez. IV, 26.11.2015; Tar Lazio, sez. III bis, 11.3.2015 n. 4059; Cons. St., sez. IV, 4.5.2010 n. 2552; Cons. St., sez. V, 16.6.2009 n. 3834.

²³ Cfr. Tar Lazio, sez. II bis, 22.11.2016 n. 11662; Tar Lazio, sez. II, 20.10.2016 n. 10445. Sulla problematica G. MONACO, *Ancora contrasti nella recente giurisprudenza in tema di referendum costituzionale, sulla natura dell'attività svolta dall'Ufficio centrale presso la Corte di cassazione*, in *www.forumcostituzionale.it*; G. RIVOCCHI, *La tutela del voto referendario. Note a margine del ricorso "Onida- randazzo" al Tribunale di Milano*, in *www.aic.it*, 1/2017.

deciso di raggiungere il medesimo “risultato” della sottrazione della materia alla giurisdizione amministrativa, costruendo però un diverso percorso motivazionale, che ha condotto, per errore, al riconoscimento, questa volta, della giurisdizione ordinaria.

Tale motivazione si regge su alcuni assunti²⁴, così sintetizzabili:

- i) il comitato promotore del referendum (locale) ha una posizione di parità con l’organo competente a decidere sull’ammissibilità;
- ii) il comitato promotore è titolare di un diritto costituzionale “*indegradabile*” alla celebrazione del referendum;
- iii) tale situazione giuridica è qualificabile come un diritto pubblico soggettivo²⁵.

Tale logica, ben radicata in relazione ai *referenda* locali, è stata, come anticipato, ribadita, anche di recente, in relazione alla giurisdizione (ordinaria, appunto) sulla impugnazione delle decisioni dei collegi di garanzia delle

²⁴ Cfr. *ex plurimis* Tribunale di Pisa, ord. 8.2.2018; Cons. St., 18.10.2011 n. 5559; Tar Puglia, Lecce, 10.2.2011 n. 281; S.U., 24.6.2009 n. 14803; Tar Emilia Romagna, 24.1.2008 n. 95; Tar Liguria, 27.5.2005 n. 723; Tribunale di Ivrea, 16.10.2007; Tar Liguria, 14.5.2012 n. 664; Tar Lombardia, Brescia, 2.7.2002 n. 1024; Tar Veneto, Venezia, 1.3.2022 n. 989. Queste pronunce richiamano in modo ripetitivo un risalente precedente della Cassazione: S.U., 3.2.2004 n. 1991, secondo cui “*la questione di giurisdizione sollevata nel primo motivo deve essere risolta nel senso della giurisdizione del giudice ordinario. (...) il comitato promotore di referendum agisce nel relativo procedimento in posizione di piena parità con l’organo dell’ente territoriale preposto al controllo della legittimità della richiesta referendaria, operando l’uno e l’altro soggetto a garanzia del diritto fondamentale di svolgere la consultazione e di attuare l’ordinamento, con la conseguenza della non degradabilità della posizione soggettiva del primo per effetto dell’attività posta in essere dal secondo. E’ stato al riguardo osservato che il comitato promotore costituisce un vero e proprio potere, in quanto, pur non facendo parte dell’apparato organizzativo dell’ente territoriale, esercita una potestà pubblica ed è titolare di una situazione soggettiva volta alla realizzazione del diritto politico dei cittadini elettori, costituzionalmente garantito e regolato dalla legge e dallo statuto dell’ente, di intraprendere la procedura referendaria, non comprimibile da atti di organi cui siano attribuiti distinti poteri di intervento e di controllo nell’evoluzione della procedura stessa. Corrispondentemente, l’organo di controllo dell’ente territoriale non è portatore di un interesse pubblico nel senso tradizionale in cui detto interesse è proprio della pubblica amministrazione, né si pone in posizione di supremazia nei confronti del comitato promotore, ma partecipa con questo della funzione referendaria, concorrendo all’attuazione di tale strumento di democrazia diretta, nell’interesse dello stesso istituto referendario come concretamente configurato. La funzione di controllo che tale organo esercita si esprime nell’accertamento della conformità della pretesa referendaria ai principi posti nell’ordinamento, a fronte della quale sussiste il diritto soggettivo pubblico dei promotori, che può essere affermato o negato, ma non degradato né inciso, essendo i suoi limiti dettati esclusivamente dalle leggi e dalle disposizioni statutarie che disciplinano il ricorso al referendum (v. S.U. 1998 n. 10735; 1994 n. 5490; Cons. Stato 1993 n. 328; Cons. Stato 1987 n. 194). Deve pertanto concludersi che la cognizione della domanda diretta alla tutela della posizione soggettiva del Comitato Azzanello Salute e Ambiente, asseritamente lesa dall’atto amministrativo, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario”.*

²⁵ In questo senso già S.U. n. 28.10.1998 n. 10735.

Regioni²⁶, secondo una sorta di influenza circolare degli indirizzi giurisprudenziali.

Tuttavia i suddetti assunti si fondano su un postulato palesemente errato, caduto il quale, cade la giurisdizione ordinaria; tale assunto fallace è la teoria dei diritti costituzionali indegradabili, che abbiamo tentato di criticare in altra sede²⁷.

In sintesi, nel nostro ordinamento si è progressivamente affermata una pericolosa ideologia dei diritti costituzionali, tutt'ora vivente, secondo la quale questi sarebbero da tutelarsi esclusivamente nella dimensione garantistica del diritto soggettivo, pieno ed incondizionato, anche innanzi ad un'Amministrazione pubblica ed ancor prima innanzi ad una norma attributiva di un *potere*, negando che un diritto inviolabile possa vivere dinamicamente come situazione giuridica mediata, in quanto connessa, da una funzione di interesse pubblico. In questa logica si è consolidata una sorta di sdoppiamento tra una dimensione costituzionale *variabile* delle situazioni giuridiche, ossia quella alternativa degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi, e una dimensione *statica*, quella immutabile dei diritti (soggettivi) costituzionali, insensibile alla previsione normativa di un potere pubblico, riconducibile esclusivamente nell'alveo di tutela della giurisdizione ordinaria. Questo modello culturale ed ermeneutico, che pone i diritti fondamentali al vertice assoluto della piramide valoriale della Costituzione, ha come proprio presupposto la reviviscenza della teoria dell'affievolimento, alla luce della quale gli interessi legittimi sarebbero una mera degradazione di un diritto soggettivo pieno (e quindi una dimensione debole dell'individuo nell'ordinamento), rispetto alla quale i diritti costituzionali indegradabili rappresenterebbero una sorta di eccezione in resistenza rispetto al fenomeno giuridico dell'indebolimento del soggetto, così che in presenza di un diritto fondamentale non potrebbe esservi esercizio del potere, anche legittimamente esercitato, e senza di esso neppure giurisdizione amministrativa.

In realtà la teoria dei diritti indegradabili si fonda sulla mistificazione dell'invulnerabilità ed ancor prima sul presupposto fallace del modello dell'affievolimento, rispetto al quale la indegradabilità opererebbe in eccezione; tale modello concepisce l'interesse legittimo come una mera regressione del diritto soggettivo (e non una alternativa ad esso, come desumibile dall'art. 24 Cost.), prescindendo completamente dall'essenza stessa della situazioni giuridiche soggettive in seno alla Costituzione, ossia dalla

²⁶ Cfr. Tar Sardegna, sez. II, 27.4.2018 n. 378; Trib. Firenze ord. 22.6.2016; Tar Valle D'Aosta 18.9.2012 n. 75; Tar Sardegna, sez. II, n. 411 del 20 aprile 2012 Cons. St., 1.10.2010 n. 7268; Trib. Cagliari, 24.1.2008; S.U. n. 6.6.1994 n. 5490.

²⁷ Sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'invulnerabilità*, Pisa, 2013.

rilevanza dell'interesse giuridicamente rilevante, puro, sciolto dalla forma (diritto soggettivo o interesse legittimo), oggetto di qualificazione giuridica, il quale può essere coperto da una disposizione costituzionale e quindi ricondotto nell'alveo di un diritto costituzionale fondamentale, per quanto tale riconducibilità nulla dica sulla qualificazione di tale interesse (come interesse legittimo o diritto soggettivo).

Alla base del diritto affievolito c'è quindi un equivoco e cadendo la teoria dei diritti affievoliti cade anche di converso l'eccezione ad essa, quella dell'indegradabilità dei diritti inviolabili.

Ciò che esiste come un *prius* rispetto alla relazionalità in concreto dell'ordinamento è un *interesse materiale*, intimamente connesso ad un singolo bene della vita (potenzialmente ed eventualmente di rilevanza costituzionale, ossia riconducibile ad una disposizione di rango costituzionale). Tale interesse è pluri-qualificabile (come interesse legittimo o diritto soggettivo), alla luce dell'esistenza (o della inesistenza) di una norma attributiva e fondativa di un potere pubblico. Pertanto l'interesse legittimo non può essere qualificato come un diritto soggettivo affievolito, ma come una situazione giuridica autonoma ed alternativa al diritto soggettivo, e di conseguenza i diritti costituzionali non possono essere apprezzati come una sorta di deroga astratta alla dinamica dell'affievolimento, non essendo questa configurabile, vista l'alternatività costituzionale e la parità valoriale tra diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Ciò che esiste da prima nell'ordinamento costituzionale non è quindi il diritto fondamentale, in quanto tale, sottratto all'affievolimento, ma un interesse materiale da qualificare e quindi un'esigenza ordinamentale di verifica dell'esistenza di una norma genetica del potere pubblico. Soltanto dopo aver verificato l'esistenza e lo spazio di discrezionalità del potere e dopo aver verificato se un interesse materiale è riconducibile nell'alveo di una disposizione costituzionale sui diritti, è possibile cogliere l'eventuale consistenza giuridica dei diritti inviolabili, nella forma dei diritti soggettivi o degli interessi legittimi.

In questa logica risulta palese la fallacia costituzionale, su cui si poggia la suddetta giurisprudenza formatasi sulla impugnazione delle decisioni di ammissibilità dei *referenda* regionali e locali, della corrispondenza biunivoca tra diritti inviolabili e diritti soggettivi, desunta come corollario dal modello dell'affievolimento.

Pertanto dobbiamo ritenere che l'impugnazione delle decisioni degli organi di garanzia statutaria sull'ammissibilità dei *referenda* debba essere radicata innanzi alla giurisdizione amministrativa (di legittimità), posto che la situazione giuridica vantata dal comitato promotore alla celebrazione del *referendum* è qualificabile come di *interesse legittimo, pur di rango costituzionale*, stando al

cospetto, infatti, di un potere pubblicistico, quello attribuito (dagli Statuti e dalle leggi regionali) agli organi di garanzia.

Una conferma della fondatezza di tale conclusione può essere desunta dalla stessa giurisprudenza amministrativa più risalente, formatasi prima della nascita stessa degli organi di garanzia statutaria, sulla impugnazione delle delibere dei Consigli regionali, a cui era attribuito (in via esclusiva) il potere di decidere sull'ammissibilità dei *referenda* proposti; tale giurisprudenza, ancora insensibile alla teoria dell'affievolimento e alla giurisprudenza stratificatasi in materia di *referenda* locali, aveva espressamente riconosciuto la sussistenza della giurisdizione amministrativa²⁸.

²⁸ Cfr. Tar Lombardia, 9.12.1982 n. 1171; Tar Lombardia, 9.5.2014 n. 441; Tar Pescara, 7.10.2003 n. 839.